

## Sala Constitucional

Resolución N° 01622 - 2022

**Fecha de la Resolución:** 19 de Enero del 2022 a las 13:00

**Expediente:** 18-005745-0007-CO

**Redactado por:** Luis Fdo. Salazar Alvarado

**Clase de asunto:** Acción de inconstitucionalidad

**Control constitucional:** Sentencia estimatoria

**Analizado por:** SALA CONSTITUCIONAL

Sentencia con Voto Salvado

### Sentencias del mismo expediente

**Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente**

---

### Contenido de Interés:

**Temas Estratégicos:** Ambiental, Constitución Política

**Tipo de contenido:** Voto de mayoría

**Rama del Derecho:** 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

**Tema:** ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Subtemas:**

- NO APLICA.

**Tema:** AMBIENTE

**Subtemas:**

- NO APLICA.

Descriptor: AMBIENTE. PROYECTO HIDROELÉCTRICO EL DIQUÍS

Expediente: 18-005745-0007-CO

Sentencia: 001622-22 de 19 de enero de 2022

Tipo de asunto: Acción de inconstitucionalidad

Norma impugnada: Decreto Ejecutivo No. 34312 de 6 de febrero de 2008, "Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad", publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 31 de 13 de febrero de 2008.

Parte dispositiva: Se declara parcialmente CON LUGAR la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad". Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos en el sentido de que la inconstitucionalidad declarada no afecta la información obtenida durante la vigencia y recolección de la misma, no será necesario volver a repetir las acciones y estudios si cumplieron la función técnica y científica para el cual fueron diseñados para el proyecto, así como para fundamentar las solicitudes que correspondan ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, las que se podrían considerar válidas para esos propósitos, todo a juicio de esta. Todo lo anterior a fin de no repetir las acciones que eviten perturbar los derechos de las comunidades indígenas y su territorio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el efecto retroactivo de la anulación no se aplica respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren materialmente o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Así, esta declaración se hace sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre el Instituto Costarricense de Electricidad y las asociaciones representativas de las comunidades indígenas, que tuvieron como resultado el desistimiento del proceso en la sede de la jurisdicción ordinaria. En lo demás, se declara sin lugar la acción. Los Magistrados Rueda Leal y Garro Vargas salvan el voto y declaran sin lugar la acción. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como al Instituto Costarricense de Electricidad. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.-

**I.- Sobre la admisibilidad.** El artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, cuando por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa, cuando se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o cuando sea presentada por el procurador General de la República, el contralor General de la República, el fiscal General de la República o el defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. Dispone el texto en cuestión que procede cuando "*por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa*". En segundo lugar, se prevé la posibilidad de acudir en defensa de "*intereses difusos*"; este concepto, cuyo contenido ha ido siendo delineado paulatinamente por parte de la Sala, podría ser resumido en los términos empleados en la Sentencia N° 1993-3750 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993:

*"... Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificados o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende reciben un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos que se encuentran en determinadas circunstancias y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter".*

En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (*difuso*) entre una pluralidad no identificada de sujetos. Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de "*difusos*", tales como: el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros. Al respecto, deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren, en principio, a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés que atañe a todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación -como órgano jurisdiccional- de limitarse a conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda, de ninguna manera, llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales.

## **II.- Sobre la legitimación del accionante y las coadyuvancias incoadas extemporáneamente.**

En criterio de la Sala, es claro que el accionante tiene una doble legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, claramente expresado y delimitado en el considerando anterior, basado en el interés difuso para la defensa del medio ambiente, como también, para la defensa de intereses que atañen a la colectividad al deducir una pretensión por su condición de persona indígena, que en su caso sería la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En Sentencia N° 2019-017397 de las 12:54 horas del 11 de septiembre de 2019, se indicó que: "*en asuntos análogos al presente, esta Sala ya ha admitido la legitimación directa para formular acción de inconstitucionalidad, al tenor de lo previsto en el citado artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, párrafo segundo, en tanto que el interés que detentan los accionantes y que los legitima para interponer esta acción de inconstitucionalidad es el referido interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada (véase, entre otras, la sentencia número 2000-11530 de las 14:43 horas del 21 de diciembre de 2000 y la sentencia número 2011012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011). En este sentido, [...], este Tribunal también tiene por admitida esta acción al velar por la defensa de un interés que atañe a una colectividad, en este caso los derechos de los pueblos indígenas*". En el mismo sentido, puede de igual forma consultarse la Sentencia N° 2014-005251 de las 14:30 horas del 23 de abril de 2014.

Dado que por resolución de las 9:03 horas del 31 de mayo de 2018, la presidencia de esta Sala resolvió todos los escritos de los días 7, 9, 10, 11, 15, 16, 17, y 18 de mayo de 2018, presentados en tiempo, con excepción del 29 de mayo, de ese año, igual suerte debe correr el escrito presentado por el señor Mario Enrique Mora Badilla, dado que fue incoado el 17 de junio de 2018. De este modo, su gestión debe ser rechazada por extemporánea.

**III.- Objeto de la impugnación.** La acción tiene como objetivo impugnar los artículos 1 y 9, del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "*Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad*", que establece:

N° 34312

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA  
EL MINISTRO DE LA PRESIDENCIA  
Y EL MINISTRO DE AMBIENTE Y ENERGÍA

*En el ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 140 incisos 8) y 20) de la Constitución Política, los artículos 3 inciso m), 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal, N° 7575 del 13 de febrero de 1996 y los artículos 1, 6, 7, y 19 del Código de Minería, Ley N° 6797 del 4 de octubre de 1982.*

Considerando:

*I.—Que entre las metas del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Jorge Manuel Dengo Obregón, se encuentra reducir la dependencia de combustibles importados, aprovechar mejor las fuentes de energía renovable del país y llegar a producir el 100% de la electricidad del país a partir de fuentes de energía renovables. Adicionalmente el acuerdo No. 24 del 7 de diciembre del 2006,*

declaró de interés público la Iniciativa "Paz con la Naturaleza" impulsada por la Presidencia de la República, mediante la cual Costa Rica se comprometió a ser neutral en carbono, o "C-Neutral", para el año 2021.

II.—Que de acuerdo con las disposiciones del Decreto Ley N° 449 del 8 de abril de 1949, el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante el ICE, tiene como responsabilidad fundamental encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar para el pueblo de Costa Rica.

III.—Que el Decreto Ejecutivo N° 26728-MP-MINAE del 20 de febrero de 1998, dispone en su artículo 1° declara de interés público los proyectos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Asimismo el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 33619 del 20 de febrero del 2007, declara de conveniencia nacional e interés público los planes de expansión del ICE y sus empresas, en los Sectores de Electricidad y Telecomunicaciones.

IV.—Que los proyectos desarrollados por el ICE deben estar precedidos de procesos participativos de negociación y consulta, a fin de establecer puntos de concertación con las diferentes comunidades involucradas en el desarrollo de sus proyectos y de garantizar que las necesidades energéticas del país se satisfagan en armonía con el ambiente.

V.—Que el país necesita el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, cual forma parte del Plan de Expansión de Generación Eléctrica y se operará utilizando las aguas del río General que recorren los cantones de Bueno Aires, Osa y Pérez Zeledón; para lo que se requiere que los distintos órganos y entes públicos brinden un trámite prioritario, expedito y efectivo a las gestiones del Instituto con la finalidad de asegurar la implementación oportuna del Proyecto.

VI.—Que los artículos 1, 6, 7, y 19 del Código de Minería, Ley N° 6797, declaran de utilidad pública toda actividad minera y reconocen al Estado el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible sobre todos los recursos minerales que existen en el territorio nacional, y en su mar patrimonial; otorgándole además la prioridad para explorar las riquezas naturales en cualquier momento y para la búsqueda de cualquier sustancia mineral, pudiendo hacerlo por sí o por medio de organismos que dependan de él.

VII.—Que el ICE llevó a cabo de forma exhaustiva un estudio geotécnico de materiales necesarios para la construcción de las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, del cual se desprende la necesidad de reservar algunas áreas cercanas a las futuras obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, que se han visualizado como posibles fuentes de materiales a utilizar en las obras.

VIII.—Que en la fase de pre ejecución -finalización de estudios y diseño final de las obras- y durante la fase constructiva del proyecto se requiere de la corta focalizada de especies arbóreas declaradas en veda; además se requiere recolectar, extraer y reubicar fauna y especies vegetales menores tales como: orquídeas, herbáceas, bromelias, helechos arborescentes, bambúes silvestres, arbustos, bejucos, principalmente, para fines de investigación científica.

IX.—Que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 prohíben el cambio de uso de suelo y la corta de árboles en terrenos cubiertos de bosque y en áreas de protección, exceptuando aquellos proyectos estatales o privados que el Poder Ejecutivo declare de Conveniencia Nacional, sean los proyectos cuyos beneficios sociales sean mayores a los costos socio ambientales.

X.—Que se hace necesario eximir al ICE de los requisitos establecidos en el artículo 89 del reglamento la Ley Forestal, para cortar y aprovechar el recurso forestal existente en ellos. **Por tanto,**

#### DECRETAN:

Artículo 1°—En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 3° inciso m), 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, se declara de Conveniencia Nacional e Interés Público los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante el ICE.

[...]

Artículo 9°—Se exceptúa al ICE de:

a) El artículo 89 del Decreto Ejecutivo N° 25721 del 17 de octubre de 1996, en relación con los requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el Proyecto.

b) El Decreto Ejecutivo N° 25700 del 15 de noviembre de 1996, sobre la veda establecida para la corta y aprovechamiento de las especies referidas,

c) El artículo 37 del Decreto Ejecutivo N° 32633 del 10 de marzo del 2005, sobre la recolecta, extracción y reubicación de especies de flora y fauna situadas en las áreas de investigación y sitios de obras del Proyecto, sus obras de transmisión asociadas y sus sitios de aprovechamiento de minerales no metálicos, y

d) El artículo 20 del Decreto Ejecutivo N° 32553 del 29 de marzo del 2005, en materia de prohibiciones y condiciones.

[...].

A su vez, para mejor entender los alcances de la disposición y sus efectos, con el propósito de ilustrar el caso que nos ocupa, es relevante transcribir el numeral 89 del Reglamento a la Ley Forestal, N° 7575, que dice lo siguiente:

"Artículo 89- Los aprovechamientos en bosque, la corta de árboles en áreas agrícolas, urbanas, los proyectos agroforestales, los proyectos de reforestación y regeneración natural y los proyectos de pago de servicios ambientales, con o sin incentivos, podrán realizarse en terrenos de dominio privado inscritos, o en terrenos sujetos a posesión."(sic)

Para demostrar la titularidad de la propiedad será necesario presentar certificación registral o notarial, donde se establezca la descripción del inmueble, gravámenes y anotaciones.

Para demostrar la titularidad de la posesión, se deberá presentar certificación judicial de la existencia de sentencia firme en el trámite de información posesoria correspondiente.

En fincas inscritas podrá autorizarse el aprovechamiento cuando existan contratos de arrendamiento, o cualquier otra modalidad contractual, en estos casos deberá presentarse certificación registral o notarial de la inscripción del arrendamiento al Registro Público, donde se indique expresamente la posibilidad otorgada al arrendatario de disponer del recurso forestal; en las modalidades contractuales no sujetas a inscripción, se deberá presentar certificación registral o notarial de la propiedad y documento público que demuestre la existencia del contrato sus alcances.

(Así reformado por Artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 27925 del 30 de abril de 1999)

(NOTA: Mediante el artículo 9° del decreto ejecutivo N° 34312 del 6 de febrero de 2008, se establece que se exceptúa al ICE de los requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el proyecto)."

**IV.- Sobre el fondo.** Esta Sala se avocará al problema que se presenta en el caso que nos ocupa, especialmente, a la luz de lo informado por el Ministro de Ambiente y Energía, en cuanto afirma que el Decreto Ejecutivo que declaró al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, como un proyecto de conveniencia nacional, fue promulgado conteniendo importantes omisiones; adicionalmente, la problemática ha evolucionado de distintas maneras; incluso, ello se ha reflejado en otros procesos tramitados ante este Tribunal. Pero, antes, se deberá resolver los alegatos del accionante sobre la propiedad indígena, para definir la naturaleza de la propiedad de las reservas indígenas; y, si es procedente que se pueda proceder o no, con el levantamiento de prohibiciones contenidas en la Ley Forestal. Finalmente, resolver los restantes alegatos como la personalidad del Río Grande de Térraba. En lo demás alegado, se resolverá conforme se vayan despejando los diferentes cuestionamientos constitucionales enunciados.

**V.- Sobre la propiedad indígena en el Derecho Internacional.**

Lo primero que debe decirse, es que mediante la Sentencia N° 1992-003003 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992, esta Sala estableció, en cuanto al Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo que:

*"[...] El Convenio consultado, dentro del ámbito general de las materias encomendadas a la Organización Internacional de Trabajo (OIT) plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible, una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendentes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales a los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de la situación deprimida, a veces incluso explotada y maltratada, en que viven los aborígenes de muchas naciones; situación que no es del todo ajena al Continente Americano, donde las minorías, y a veces mayorías indígenas se encuentran prácticamente marginadas de la civilización predominante, mientras, por otra parte, sufren la depresión y el abandono de sus propias tradiciones y culturas. Hoy, en el campo de los derechos humanos, se reconoce, en resumen: a) Que es necesario reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que están sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social: b) Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo-; c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante -medios entre los cuales destaca por su importancia el acceso a la educación y a la lengua oficial...".*

Esta decisión forma parte del *corpus iuris* de este Tribunal, el que inicia cuando se tramitó la consulta legislativa de constitucionalidad para la aprobación del Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, decisión que reconoce el robustecimiento de una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales, que fortalecerían la dignidad y atributos esenciales de los pueblos indígenas en el país, y el otorgamiento de medios específicos para darles plenitud a sus derechos.

Por otra parte, mediante la Sentencia N° 2002-03468 de las 16:04 horas del 16 de abril de 2002, la Sala estableció que:

*"En ese sentido, la Constitución Política, si bien no contiene un estatuto específico respecto de los derechos de las comunidades autóctonas, de su sistema (en especial de las normas contenidas en los artículos 28, 33, 50 y 74) es posible colegir un principio de reconocimiento de tales prerrogativas, basado en la idea de respeto y protección estatales, como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura y al mismo tiempo el acceso de sus integrantes a los frutos que el desarrollo nacional produce. Lo anterior es reafirmado por el numeral 76 constitucional, que expresamente plantea impone al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. Así, puede la Sala partir como premisa del reconocimiento constitucional hecho a favor de la identidad cultural y protección de los pueblos indígenas que habitan el país. El Derecho Internacional, por su parte, ha sido profuso en el reconocimiento de derechos de estas comunidades, destacando en ese sentido lo establecido en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (27), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.1 y 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2, 13 y 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 y 26). En forma concreta, ha sido la Organización Internacional del Trabajo la que ha generado la regulación más específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, los convenios números 107 y 169 contienen una detallada enumeración de derechos reconocidos a estos pueblos. Del Convenio número 107, resulta especialmente importante para el caso en estudio lo establecido en la Parte II (régimen de propiedad de las tierras indígenas). Del 169, también la Parte II regula lo atinente a las tierras indígenas".*

Posteriormente, en esa misma sentencia, se agrega:

*"No cabe duda, por ende, que el Estado costarricense ha reconocido en forma amplia los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país. Lo mismo se puede decir respecto del específico derecho de propiedad comunal que corresponde a tales comunidades en razón de su pertenencia tradicional. 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. Para ello, la legislación nacional dispuso el traspaso registral de tales tierras a las respectivas comunidades indígenas (Ley número 6172, artículo 9°, antes transcrito), imponiéndose al Instituto de Desarrollo Agrario el deber de proceder a efectuar todos los trámites necesarios a fin de garantizar la efectiva verificación de dicho traspaso".*

Entonces, resulta de vital importancia para la decisión del caso que nos ocupa, la regulación de la propiedad indígena, cuyo tratamiento se encuentra en varias de las disposiciones del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989, de la Organización Internacional de Trabajo. En esta Convenio, es claro que constituye una veta jurídica de gran trascendencia para el derecho a la propiedad indígena, con el que, a su vez, estaría resguardando una serie de derechos reconocidos expresamente para los grupos indígenas. Se debe entender que todo lo anterior, incluye claramente como telón de fondo un verdadero derecho de posesión pacífica de los territorios indígenas, que haga posible la vivencia de la cultura, tradiciones y la vida espiritual,

concebida autónomamente por ellos. Si bien se puede utilizar el término tierras o territorios, debe señalarse que la utilización del término "tierras" no debe ser restrictivo, sino, por el contrario, es preferible el uso de la palabra territorio, que es más comprensivo de los intereses y derechos de los pueblos indígenas. De este modo, en su articulado, se reconoce, con toda claridad, lo siguiente:

**"Artículo 13.**

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos 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.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir 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.

**Artículo 14.**

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

**Artículo 15.**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. 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 equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la protección de la propiedad comunitaria en forma privativa y exclusiva, mediante los distintos remedios jurisdiccionales que otorga el ordenamiento jurídico costarricense, por sí mismos y/o con el concurso del Estado, o incluso en oposición al propio Estado cuando no sigue las formalidades legales y convencionales establecidas. Para una correcta decisión en el caso que nos ocupa, de conformidad con los alegatos del accionante, es importante abordar el tema del régimen general de los derechos fundamentales, en función de la propiedad colectiva indígena acordada en el Derecho de la Constitución.

**VI.- Sobre el derecho a la propiedad comunal indígena en la legislación nacional.** También, para abordar el tema de la propiedad indígena que nos ocupa, cabe indicar que la Ley Indígena, N° 6172 del 29 de noviembre de 1977, define quiénes son los indígenas, cuáles son las estructuras que les gobierna a la interno y externo de las reservas; y, principalmente, en lo que atañe a la acción, el problema de la propiedad de las reservas indígenas, sus protecciones de forma clara y prístina. Así,

"Artículo 1°.- Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad.

Se declaran reservas indígenas las establecidas en los decretos ejecutivos números 5904-G del 10 de abril de 1976, 6036-G del 12 de junio de 1976, 6037-G del 15 de junio de 1976, 7267-G y 7268-G del 20 de agosto de 1977, así como la Reserva Indígena Guaymí de Conteburica.

Los límites fijados a las reservas, en los citados decretos, no podrán ser variados disminuyendo la cabida de aquéllas, sino mediante ley expresa.

Artículo 2°.- Las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. No son entidades estatales.

Declárase propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley. La Procuraduría General de la República inscribirá en el Registro Público esas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas. Las reservas serán inscritas libres de todo gravamen. Los trasposos del Estado a las comunidades indígenas serán gratuitos, no pagarán derechos de Registro y estarán exentos de todo otro tipo de carga impositiva conforme a los términos establecidos en la Ley de CONAI.

Artículo 3°.- Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas solo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Todo traspaso o negociación de tierra o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros

Artículo 4°.- Las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de CONAI. La población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo directivo representante de toda la población; del consejo principal dependerán comités auxiliares si la extensión geográfica lo amerita".

Sobre el particular, se hace necesario transcribir la jurisprudencia de la Sala sobre este tema, en cuanto quedó definido en la Sentencia N° 2014-05251 de las 14:30 horas del 23 de abril de 2014, que:

"..., de la simple lectura de las disposiciones de la Ley indígena que se han transcrito, se extrae que es la Ley -no el reglamento- es

la que establece la propiedad y organización comunitarias. El párrafo segundo del numeral 2° regula esa propiedad comunitaria al indicar: "... Declárese (sic) propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley...". En cuanto a la organización el mismo cuerpo normativo establece que "... las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesora (sic) del CONAI" (el destacado no es del original). Ahora bien, es la Ley Sobre el Desarrollo de la Comunidad (N° 3859), la que regula las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y el artículo 3° del Reglamento a la Ley indígena que se impugna, no ha hecho más que concretar el tipo de organización que responde a las bases establecidas por el legislador en la Ley indígena que le sirve de marco, lo que además, se ajusta al Convenio 169 de la organización (sic) Internacional de Trabajo, en tanto materializa la obligación del Estado de velar porque las comunidades indígenas adopten una organización jurídica acorde a sus tradiciones, que les permita el ejercicio de los derechos y obligaciones que la ley les reconoce. ...este tipo de estructura jurídica le permite disfrutar a este sector de la población de especiales beneficios (artículo 19 de la Ley 3859) de los que no disfrutarían con otro tipo de estructuración jurídica -verbigracia recibir servicios, donaciones, subvenciones, y transferencias anuales de dinero, tanto del Estado como de sus instituciones-, lo que conlleva, desde luego, el control ordinario de esos recursos públicos".

Cabe señalar, entonces, que de la Ley Indígena se deriva el régimen jurídico de titularidad de las reservas indígenas y el que les brinda las protecciones necesarias para mantener su condición especial de propiedad comunitaria, como también habilitar los canales para recibir los beneficios que les correspondan. Una primera distinción, sin embargo, que se debe hacer, es que esa titularidad no solo recae sobre una persona jurídica privada con capacidad de derecho, sino que la ley también se ocupa de aclarar que no es una organización estatal.

En este sentido, al tener "las comunidades indígenas plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase", el posterior desarrollo de los preceptos legales estableció que serían gobernadas por las Asociaciones de Desarrollo Comunal, las que, para que funcionen como gobierno local, las que tampoco son organizaciones públicas de base corporativa, sino de sujetos de derecho privado, para todos los efectos les representa. Sobre el particular, esta Sala, en Sentencia N° 2011-012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011 (entre otras), también se pronunció en los siguientes términos:

*«La legislación costarricense hace el reconocimiento de la capacidad jurídica del grupo indígena para representarse en los artículos 2 y 4 de la Ley Indígena, 3, 4 y 5 del Reglamento a la Ley Indígena, y el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 13568-C-G de 30 de abril de 1982, donde se reconoce la representación legal de las Comunidades Indígenas en las Asociaciones de Desarrollo Integral, que actúan como gobierno local, pero sin que se les pueda considerar entidades estatales. [...]».*

Por ello, debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada especial, que no es pública o privada, clásicamente entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal. La Sentencia N° 2011-000397 de las 11:32 horas del 14 de enero de 2011, estableció con certeza que: "Importante es indicar sobre el carácter colectivo o comunitario de la propiedad indígena, ya que la pertenencia de ésta no es personal, sino del colectivo como tal. 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 a 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". Es claro, para la Sala, que el concepto del derecho a la propiedad admite este tipo de propiedad privada *sui generis*; tan solo basta recordar que desde hace mucho tiempo el derecho a la propiedad ha evolucionado para superar la concepción clásica de un derecho de primera generación, para aplicarse a una gran diversidad de formas de propiedad y posesión de las cosas. Esto permite entender que se ha rechazado las formas monolíticas del derecho a la propiedad. A esto se le debe agregar, además, que como derecho este viene acompañado de las potestades de todo dueño de exigir ante terceros un disfrute y goce privativo de la propiedad privada, así como también, la del dueño de tolerar las limitaciones que conlleva esa propiedad, cuando se le puede afectar con limitaciones de interés social. Pero, nada de esto, puede entenderse que excluye las formas tradicionales o especiales de defensa de la propiedad privada, especialmente, en cuanto este debe ajustarse a la defensa de los territorios indígenas por parte de las personas legítimas o con interés legítimo para hacerlo.

Para el caso de los territorios indígenas, debe tomarse en cuenta que ha sido también modulado el derecho a la propiedad regulado en el artículo 21, de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la sentencia del 27 de junio de 2012, del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que:

*"145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos (cita omitida). Entre los pueblos 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 (cita omitida). Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden 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 de tal disposición para millones de personas (cita omitida)".*

La jurisprudencia convencional entonces también reconoce la importancia de la propiedad indígena por el carácter especial que tiene, para la conservación de la cultura indígena y su cosmovisión, para mantenerle intacta y protegida, y por supuesto, resguardada por las obligaciones internacionales derivadas del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, como lo alega el accionante. De ahí que, debe tener protecciones y beneficios particulares en la Ley, y en la aplicación de ésta, lo

que debería incluir, la cuestión de si el territorio indígena es un concepto que supera una concepción tradicional de tierras, ello incluye una protección especial del bosque sobre esas tierras, razón por la cual debe haber un especial cuidado del Estado en la remoción de las protecciones que tiene para la propiedad privada.

El accionante argumenta en ese carácter especial de la propiedad indígena, junto a los compromisos internacionales, que debieran impedir que sea sometida a una declaratoria de conveniencia nacional del Régimen Forestal. Como bien acepta -inicialmente- el accionante, se debe distinguir los territorios indígenas del Patrimonio Natural del Estado, o lo que sería lo mismo, a Áreas Silvestre Protegidas de propiedad estatal. La Sala entiende que la argumentación está dirigida para que *no se asimile* la propiedad privada especial de los territorios indígenas a la clásica propiedad privada, dado que sobre éstos no hay protecciones específicas como sí las podría haber para el territorio indígena. Ahora bien, en una ocasión, esta Sala estableció que *“El régimen jurídico de protección de la propiedad de las Áreas Silvestres Protegidas y las Reservas Indígenas son distintas, toda vez que mientras en la primera es propiedad Estatal, la de las reservas indígenas pertenecen a una forma de propiedad comunitaria, de modo que, aunque éstas últimas son forma especial de propiedad, inscrita a nombre de una Asociación de Desarrollo Integral, no son equivalentes y no pueden asimilarse a las formas de protección de la propiedad de bienes del Estado, especialmente aquellas integradas al Patrimonio Natural del Estado”* (Sentencia N° 2010-014772 de las 14:35 horas del 1° de septiembre de 2010). En el caso, la Sala analizó la yuxtaposición de límites del Parque Nacional Corcovado con los territorios pertenecientes a la Reserva Indígena Guaymí de Conteburica. Cabe indicar, entonces, que si los territorios indígenas no pueden ser considerados bienes de dominio público y sus bosques Patrimonio Natural del Estado, no por ello, dejan de ser bienes jurídicos relevantes a los que el Estado costarricense debe conservar y resguardar. Por el contrario, las protecciones que busca el accionante se deben encontrar en el Derecho de la Constitución, de la regularidad de las medidas que se tomen respecto de los territorios indígenas afectados, tomando en cuenta si se incide directa o indirectamente en ellos.

También, en el escrito de interposición de la acción, se argumenta la condición especial de los territorios indígenas, la que se debería asimilar -en su criterio- más a bienes de demanio público, para no estar sujeta a una posible declaratoria de conveniencia nacional sobre territorios indígenas. El énfasis de las argumentaciones del accionante se engarza con las protecciones de la inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de la propiedad comunal indígena. En criterio de la Sala, el origen de estas restricciones sobre la propiedad privada frente a una libertad de comercio, responde a fines legales distintos, pues en el caso de las Áreas Silvestres Protegidas Estatales se refiere al resguardo ambiental, protección al régimen forestal e hídrico, y para los territorios indígenas se origina en la protección de las costumbres y tradiciones a lo interno de éstos, entre las cuales se protege la negociación de tierras entre indígenas, no así para no indígenas. Esta Sala, en el ejercicio de la jurisdicción de la libertad, al resolver el recurso de amparo de una mujer indígena que convivía con un individuo ajeno al grupo indígena, topó con las medidas de la Asociación de Desarrollo Indígena que le impedían mantener posesión de tierras dentro del territorio indígena. Así, esta Sala, por Sentencia N° 2016-07536 de las 9:05 horas del 3 de junio de 2016, estableció que: *“Es por esa razón que en el caso concreto, considera la Sala que no se conculcan los derechos fundamentales de la recurrente. Como se dijo, el Estado ha reconocido la autonomía de los pueblos indígenas así como su estructura social y órganos competentes para tomar decisiones acordes a las costumbres ancestrales. En el sub lite, la amparada se muestra disconforme con una decisión adoptada por Asociación recurrida (sic), lo que, sin embargo, se ha basado en las costumbres de la comunidad indígena Cabécar. En efecto, el peritaje cultural aportado a este asunto demuestra que conforme a la costumbre indígena, si bien en la Reserva Indígena Cabécar de Chirripó de Turrialba no está prohibida la unión de personas indígenas y no indígenas, no menos cierto es que no se encuentra permitido que tales parejas vivan y posean tierras dentro del territorio indígena. Tal restricción no es infundada, puesto que contribuye a la preservación de la cultura cabécar, la protección de sus costumbres y su territorio, como bien se explica en el mencionado peritaje cultural”*. Aquí debe imperar la preservación de la cultura y tradiciones indígenas. No se debe olvidar la relación que mantienen los pueblos indígenas con el territorio y sus recursos naturales, de los cuales obtienen el sustento físico, cultural y espiritual. La inalienabilidad e imprescriptibilidad es para la protección de esa cultura indígena, proscribiendo las prácticas para acceder a los derechos de propiedad por posesión, ya sea por medio de la prescripción positiva o la usucapión. Se debe recordar, que la cosmovisión de la cultura indígena está desligada de las formas más invasivas de la naturaleza, de una mayoría de las personas no indígenas que explotan la tierra.

Entonces, aceptar la tesis del accionante, fundamentado en las protecciones de estos territorios en la Ley Indígena, haría muy engorroso conciliar las prácticas y costumbres indígenas con las normas del Patrimonio Natural del Estado, por sus implicaciones sobre el bosque y sus aspectos aprovechables por los indígenas, pues aún cuando el artículo 6, de la Ley Indígena, establece la propiedad indígena comunal, ésta es de toda la comunidad indígena representada por una Asociación de Desarrollo Integral, y a lo interno, es la ley la que les autoriza a construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas. Por otra parte, se autoriza el aprovechamiento de los recursos naturales, mientras estos sean medios para la preservación de las tradiciones ancestrales.

Ahora bien, esta Sala reafirma la obligación de preservar la propiedad indígena como forma de propiedad privada especial y de relevancia constitucional e internacional de los derechos humanos. El valor o preeminencia de la propiedad comunal indígena, no debe confundirse con formas de propiedad pública estatal, con las protecciones y restricciones legales impuestas, como las establecidas en los artículos 2 y 3, de la Ley Indígena, N° 6172 de 29 de noviembre de 1977, éste último en cuanto las declara *“...inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan”*. Esta argumentación o interpretación de derecho del accionante fue razonablemente rechazada por la Procuraduría General de la República, cuando acertadamente aclara que esta condición de las reservas indígenas no proviene de la asimilación de la propiedad a una figura de dominio público o demanial, es insuficiente con declararlas inalienables e imprescriptibles con relación a los no indígenas, pues no se cumple con un elemento subjetivo de la propiedad como la titularidad administrativa, y el elemento teleológico como el destino al uso público o a un servicio público, y como elemento formal o normativo la sujeción a un régimen jurídico especial de Derecho Administrativo, entre otras cosas. Una interpretación en tal sentido, con la normativa actual, no es procedente. Es comúnmente aceptado que la incorporación de un determinado sector o actividad al dominio público conlleva, a su vez, el acompañamiento de muchas otras normas para la materialización de su incorporación al régimen público derivado de su

declaratoria legislativa de “*publicatio*”, pues debe solucionar aquellos problemas asociados a la incorporación de un bien o actividad privado al régimen de Derecho Público; así, es necesario que el legislador aborde los desajustes que provocaría en el régimen de la propiedad privada. Tal conclusión haría nugatorio una serie de objetivos que se buscan con el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, y de la Ley Indígena, como es lograr un gobierno acorde a las costumbres indígenas a lo interno de las reservas indígenas, la materialización de derechos fundamentales de los indígenas, concebidos tanto desde el punto de vista individual como colectivo, reconociendo no solo la existencia de un derecho consuetudinario que valida su propia autodeterminación e identificación como pueblos originarios, sino de preservación, que incluye también la disposición y posesión de los recursos tradicionales dentro de sus territorios. En Sentencia N° 2020-010034 de las 9:05 horas del 2 de junio de 2020, haciendo alusión a la Ley Indígena, se indica que: “*El Consejo Nacional de Producción debe dar carácter prioritario al establecimiento de expendios en las comunidades indígenas, y solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas*”. Evidentemente, no se podrían conciliar con una declaratoria de patrimonio natural del Estado para los bosques dentro de las tierras indígenas. Debe recordarse que tienen derecho de mantener sus formas de vida tradicional, costumbre, creencias, tradiciones distintivas, estructura social y económico, entre otros, lo cual en efecto puede abarcar el bosque y los ríos desde un punto de vista holístico, de lo contrario implicaría dejar sin contenido “*la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*” (artículo 13.2, del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo. El verdadero problema que surge, es el tema de las aguas que discurren por estas cuencas, lo cual deberá ser dilucidado más adelante.

En todo caso, en la acción se acusa la afectación a la propiedad indígena, se pide en concreto su protección en favor de individuos concretos, y bajo un régimen jurídico internacional protector. Precisamente, esto tiene incidencia en el cumplimiento de la obligación internacional establecida en el artículo 14.1, del Convenio N° 169, en cuanto establece: “*Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*”, en el mismo 14.2 “*Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión*”. Como tal, las personas indígenas pertenecientes a una comunidad determinada, como las Asociaciones de Desarrollo, son sujetos de derecho privado, evidentemente, se trata de las organizaciones que permiten la autoorganización interna y autónoma de los grupos indígenas y tribales. Como tales, hay protecciones a la propiedad privada comunal que deben aplicarse, dispuestas por la ley, como primer supuesto, y además, ajustar estas conductas del Estado también para cumplir con las obligaciones internacionales. Para todo ello, debe determinarse si, en efecto, el Decreto Ejecutivo impugnado tiene incidencia directa o indirecta, la magnitud de esa afectación, y posteriormente, el cumplimiento del procedimiento establecido en la ley.

#### **VII.- Sobre las implicaciones de los derechos de los indígenas.**

De este modo, los siguientes puntos se examinarán:

#### **A.- Se debe asegurar que el Decreto Ejecutivo impugnado no implica -necesariamente- la inundación de los territorios indígenas, a pesar de que sí podría implicar comprometer los derechos fundamentales específicos de pueblos indígenas.**

Tal como se indicó *supra*, la Sala ha admitido el carácter especial de la población indígena en nuestro país, como “*... los más naturales de nuestros naturales*”, es igualmente cierto que ningún derecho han obtenido conquistadores y colonizadores, así como quienes heredaron esa posición sobre estos grupos minoritarios étnicos, pues es importante reafirmar que el Estado les debe protección y respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos, entre ellos el derecho de desenvolverse libremente acorde a los modelos tradicionales de tenencia y uso de la tierra, asociados a su cultura y costumbres, los que sin lugar a dudas son derechos que deben ser resguardados al celebrar la consulta en un adecuado contexto. Adicionalmente, mediante la reforma a la Constitución Política, por Ley N° 9305, del 24 de agosto de 2015, se establece que “*Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural*”, lo que no podría ser desatendido por este Tribunal.

Dicho todo lo anterior, hay que determinar si el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Ejecutivo impugnado, afectó en concreto y potencialmente los territorios indígenas. En criterio de la Procuraduría General, eso no está claro en el expediente. Sin embargo, al examinar la jurisprudencia de este Tribunal, es posible tener por acreditado que la aplicación del Decreto Ejecutivo impugnado, mantiene dentro de los límites de la habilitación o autorización, porciones del territorio indígena en cuestión. En concreto, se ha determinado esa afectación por el Estado, de modo que es importante tener en cuenta que ya, mediante la Sentencia N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011, la Sala estableció que:

**“III.- SOBRE LA PROPIEDAD DEL PUEBLO INDÍGENA ACCIONANTE.** *La Reserva Indígena de Térraba se encuentra delimitada en el Decreto Ejecutivo 22203 del 2 de abril de 1993. Asimismo, su fundamento legislativo se desprende de la denominada Ley Indígena No. 6172 del 29 de noviembre de 1977, cuyo artículo 2, en forma expresa, declara propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en su artículo 1°, dentro de las cuales se incluye la reserva Térraba. Ahora bien, de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas. Por su parte, el proyecto se compone de sitios de explotación, por tanto, no posee un único espacio o área de acción, y como no se manifiestan las dimensiones espaciales de tales sitios o puntos, es imposible por ahora -de acuerdo con la información que consta en este proceso-, calcular un área de terreno en común que pueda existir entre el Proyecto Hidroeléctrico Diquís y la Reserva Indígena de Térraba. No obstante, establecidos los límites de la Reserva Indígena de Térraba sobre las hojas topográficas respectivas, en asocio y ubicación de los lugares que forman parte del proyecto hidroeléctrico, existen tres sitios coincidentes con el área de la Reserva: los puntos 536000 E / 337875 N, 547052 E / 334121 N y 546614 E / 332384 N. Por otro lado, en su informe, el Instituto Costarricense de Electricidad admite que se estarían inundando aproximadamente 74 hectáreas en la reserva indígena de China Kichá y 653 hectáreas de la reserva indígena de Térraba. En total se inundarían aproximadamente 727 hectáreas, que afecta un 7.5% del total de territorio indígena de Térraba y un 5.7% del total de territorio de China Kichá. En consecuencia, resulta indubitable que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, en su fase de ejecución -que todavía no*

ha comenzado- y de acuerdo con la información que sí consta en el expediente de esta acción, comprenderá territorio indígena *Térraba*".

De ahí, que con la claridad de las conclusiones de este Tribunal, no podría desdecirse ahora, ni mucho menos si no se alega que se le hizo incurrir en un error material de apreciación por el Instituto Geográfico Nacional, órgano administrativo y técnico que contribuyó a la localización de las áreas de posible afectación. Aunque, lo que el accionante reclama es la inundación de territorio indígena, lo cual, evidentemente no ha sucedido ni sucedería, pues los informes son claros que se encuentra en las fases preliminares, y como se indicará más adelante, el proyecto fue suspendido en su totalidad. Sin embargo, la forma del abordaje por parte del Gobierno de la República, al declarar el proyecto de Conveniencia Nacional sí comprometió los derechos fundamentales específicos de los pueblos indígenas a los que se les aplicó el Decreto Ejecutivo impugnado.

#### **B.- La necesidad de observar los mecanismos que hacen valer esos derechos fundamentales de los pueblos indígenas.**

Esta Sala se avocará al problema que se presenta en el caso que nos ocupa, especialmente, a la luz de lo informado por el Ministro de Ambiente y Energía.

El Ministerio de Ambiente y Energía, que es el ente rector en la materia ambiental, informa a la Sala que está autorizado para declarar proyectos de conveniencia nacional a la luz de los artículos 19, inciso b), y 34, y de conformidad con el 3, inciso m), todos de la Ley Forestal, regulan la posibilidad de exceptuar las prohibiciones del régimen forestal ligadas a la propiedad privada, pero que, éstas "*no aplica(n) para cualquier situación o proyecto, sino únicamente para aquellos casos en los que se logre demostrar que los beneficios sociales sean mayores que el costo socioambiental, no obstante no consta en este Despacho los estudios y valoración social y económica que así lo justifiquen, lo anterior sin dejar de lado, que el proyecto se realiza sobre territorio indígena*". De este modo, para resolver la acción, esta afirmación debe tomarse como lo que es, la admisión de que no se llevó a cabo una parte esencial del procedimiento administrativo.

Si bien, podría argumentarse que el conflicto jurídico se traduciría en un conflicto de legalidad, dada la omisión del Poder Ejecutivo de cumplir con los requerimientos legales establecidos en la Ley Forestal, en criterio de la Sala, el problema de fondo no se limita tan solo a un incumplimiento de la ley propiamente. Se debe engarzar con los efectos que tiene el Decreto Ejecutivo, dado que se autorizan los estudios preparativos o los estudios preliminares de una obra de gran magnitud sobre territorios indígenas (Artículo 3, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Así, debe definirse si aún en este estadio procesal en el que se declaró la Conveniencia Nacional sin cumplir todos los requerimientos legales, son aplicables las obligaciones internacionales que libremente aceptó el Estado costarricense al ratificar el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo. Lo anterior, a pesar de que el accionante expresamente renuncia a la falta de consulta libre e informada como uno de los fundamentos de su impugnación, ello no es óbice para que este Tribunal analice si la omisión incurrida por el Poder Ejecutivo, conlleva otras graves implicaciones en el resto de los derechos que acompaña a las comunidades indígenas en su derecho de auto-organización, y relación con sus territorios, al ser ello una obligación toral del sistema de protección de estas comunidades que les asegura su auto preservación. Cabe aquí afirmar que el libre y pleno ejercicio de los derechos que reconoce el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, se hace valer con la obligación de consultar a los pueblos indígenas. Este sería uno de los medios más importantes que tiene el Convenio mencionado. Sin embargo, no debe ser considerado el único, pues de su propia letra existe la obligación de respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas establecidos en ella, además de la obligación de consulta, estos otros son derechos autónomos y subsisten a pesar de la omisión del Estado de establecer los mecanismos de consulta. Más aún, habría que detallar si al haber otros mecanismos sucedáneos más generales, que tampoco fueron observados, repercute en los derechos establecidos en el Convenio. Así, es importante mencionar que el mismo bloque de legalidad establece los mecanismos de consulta, pero para todos los colectivos organizados en manifestar sus consideraciones cuando se trata de la elaboración de disposiciones de carácter general, como se examinará más abajo. Debería definirse que las afectaciones potenciales e indirectas deben ser susceptibles de protección, especialmente, si ello está así reconocido en la legislación nacional y ello implica el respeto, garantía y protección a los derechos humanos de los indígenas. Lo contrario, claramente, sería dejarlos insubsistentes. Es necesario recordar, que el Decreto Ejecutivo se promulgó para identificar la viabilidad técnica del proyecto; y, para ese momento, no se tenía claro si habría consecuencias materiales para el territorio indígena.

Descartado el argumento de la Procuraduría General de la República que no están localizadas las áreas que podrían verse afectadas por las obras, la Sala estima que la mera mención de las coordenadas, en cuanto comprende áreas de los territorios indígenas que serían intervenidas, estudiadas, implica que se debió haber cumplido con un mínimo de garantías, de legalidad ordinaria como las reglas establecidas en la Ley Forestal, la Ley General de la Administración Pública y con mayor razón otras como la protección de los territorios indígenas que son establecidas mediante Tratado. Sería incomprensible que esta Sala se retracte de la localización y ubicación de los territorios indígenas que ya había definido en otro precedente del Tribunal. De ahí que la afirmación de que no hay afectación por el Decreto Ejecutivo impugnado, porque no menciona los territorios indígenas, no podría ser de recibo dado los efectos concretos y potenciales que habría sobre estos territorios indígenas (artículo 3, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), siendo posible afirmar que si se autorizaron actividades materiales, directa e indirectamente, a favor de personas ajenas a las reservas indígenas, éstas serían actividades de investigación y de recolección de información dentro de sus territorios, lo que es un asunto que debe contemplar los derechos indígenas. Como se observa, en el precedente transcrito dictado en otra acción de inconstitucionalidad, se acreditó dentro de las actuaciones judiciales, la potencial afectación a la protección especial de la propiedad comunal indígena, sin el concurso de un acto administrativo de carácter general debidamente fundamentado. De este modo, es claro que el Estado costarricense tomó una decisión sin cumplir requisitos, al no ponderar los beneficios sociales frente a los socioambientales.

También es cierto que a lo largo de muchos de los precedentes de este Tribunal, se indicó que se trataría de una fase preliminar de investigación, preparatoria para el Estudio de Impacto Ambiental, que no daría lugar a la inundación de terrenos o territorio indígena, y que por ello, no daría lugar a exigir en este punto las formalidades de la consulta previa e informada a la comunidad indígena (Sentencias N° 2008-011743 de las 12:16 horas del 25 de julio de 2008; N° 2008-013560 de las 10:20 horas del 5 de

septiembre de 2008; N° 2009-06045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009; N° 2010-009536 de las 11:01 horas del 28 de mayo de 2010; N° 2010-13100 de las 14:57 horas del 4 de agosto de 2010; y N° 2010-13662 de las 15:42 horas del 17 de agosto de 2010, citados en la Sentencia 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011), pero si bien lo anterior fue así, es necesario analizar las implicaciones del incumplimiento de las formalidades de la Ley Forestal.

### **C.- Sobre los cambios de circunstancias jurídicas del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís.**

El Decreto Ejecutivo que declaró al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, como un proyecto de conveniencia nacional, ha evolucionado de distintas maneras, incluso ello se ha reflejado ante este Tribunal como consecuencia del cambio de circunstancias. En este sentido, los estudios “preliminares” del Proyecto Hidroeléctrico no han continuado, se han suspendido, y no obstante lo anterior, se ve con preocupación la necesidad de reexaminar el elemento que no se había discutido en esta sede, como es la obligación de una ponderación de beneficios sociales y costos socioambientales no discutidos en la vía administrativa. Esta obligación nace de la normativa que el legislador concibió para que toda actividad que el Poder Ejecutivo respaldara en conformidad con el desarrollo sostenible, que considerara de conveniencia nacional, cumpliera con esa ponderación de los sacrificios y beneficios socioambientales. Sin embargo, antes de iniciar la discusión de fondo, es importante traer a colación las siguientes sentencias que son relevantes para la forma de resolver del Tribunal.

Por Sentencia N° 2019-14731 de las 9:20 horas del 9 de agosto de 2019, la Sala indicó que:

*“Tal y como se indicó supra, este Tribunal ha elaborado ampliamente el concepto de la consulta previa que debe realizarse para adoptar disposiciones administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas. En acatamiento a dicha obligación, el Estado adoptó en el año 2016 la Directriz Ejecutivo N° 042-MP, “Construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas”; y tras realizar talleres, capacitaciones y consultas, se promulgó en el año 2018 el Decreto Ejecutivo N° 40932, Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas, así como la Directriz 101-6, que hace vinculante su aplicación a las instituciones autónomas. (...) el ICE presentó la correspondiente solicitud de consulta. Sin embargo, y ante la transitoriedad de la Unidad encargada de operar el procedimiento, retiró la gestión de marras. Posteriormente e (sic) determinó que el proyecto no resulta viable para los requerimientos del sistema de generación del país en los próximos 15 años, y se decidió aplazar su ejecución; lo cual evidentemente incluye la consulta indígena. Así las cosas, dado que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís fue aplazado por parte del Instituto recurrido, el amparo resulta improcedente. En otras palabras, no se desprende del elenco de hechos probados que existe una amenaza actual, cierta e inminente a los derechos fundamentales de los tutelados. En razón de lo anterior, se impone la desestimatoria del presente proceso”.*

En la misma línea de argumentación, la Procuraduría General de la República trae a la atención de este Tribunal la sentencia firme N° 194-2015-VI de las 15:15 horas del 27 de noviembre de 2015, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, en cuanto estableció que:

*“1) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, si decide a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental respectivo bajo la normativa vigente al momento de la presentación de su solicitud.*

*2) Se ordena a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente que, si la fase de investigación a la que hicimos referencia se retoma, deberá definir el instrumento de evaluación ambiental que deba exigirse al ICE de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y tomando en cuenta los parámetros que para efectos de esa clasificación se establezcan, así como la significancia ambiental de cada una de las obras o actividades impactantes que se vayan a realizar.*

*3) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, en caso de que decida a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá gestionar ante los entes y órganos competentes las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico exige para realizar actividades como la corta de árboles, movimiento de tierras, excavaciones, construcción de obras en el cause de (sic) río como diques o muros de gaviones.*

*4) Se ordena a ambos demandados que mientras no se haya efectuado la consulta indígena previa, libre e informada al pueblo indígena de Térraba ni se cuente con el instrumento de evaluación ambiental que corresponda según las actividades que se efectúen, deberá abstenerse de adoptar cualquier conducta administrativa, ya sea referida a la fase de investigación o a la de inversión del PHD, que pueda afectar el medio ambiente o la biodiversidad de esa Reserva Indígena”.*

En la parte considerativa, se indica que:

*“En ese sentido, si el ICE decide, a corto, mediano o largo plazo, retomar la fase de investigación geológica del PHD en el sitio Térraba deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental correspondiente, el cual se tramitará bajo un nuevo expediente (no como una modificación o ampliación) y se regirá por la normativa vigente al momento de su presentación, conforme a la cual deberá determinarse la calificación del proyecto, el nivel de significancia ambiental y el instrumento que deberá exigirse. Respecto de este último aspecto, la pretensión de la parte actora propone que la evaluación ambiental en el Territorio Indígena de Térraba lo sea a través de una Evaluación Ambiental Estratégica o un Estudio de Impacto Ambiental. De inicio, hay que advertir que la definición del instrumento de evaluación ambiental es una potestad que corresponde, en exclusiva, a la SETENA conforme, claro está, a las particularidades que para cada caso impone la normativa vigente”.*

Si a lo anterior, se tiene en cuenta lo señalado por el Ministro de Ambiente y Energía, queda aún abierta la cuestión de determinar la regularidad constitucional y convencional del Decreto Ejecutivo de Conveniencia Nacional, objeto de la acción de inconstitucionalidad, pues ese es el que precisamente da origen e inicio a la conducta administrativa que el ICE requirió para iniciar todas las gestiones “preliminares” de factibilidad del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ante la SETENA, y peor aún, que presuntamente le permitió materializar en territorio indígena. Ahora bien, examinada la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, de la sede de legalidad ordinaria, el Decreto Ejecutivo no fue abordado porque dicha pretensión quedó desistida por la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Térraba, pues si bien el proceso se había iniciado con la demanda establecida por la Asociación, sin embargo, su representante solicitó el expreso desistimiento estando en curso la demanda, lo cual fue aceptado por el Tribunal, en Sentencia N° 127-2015-VI, de las 9:50 horas del 30 de julio de 2015. Entre las diferentes pretensiones se solicitó la anulación total de varias conductas administrativas, por haberse omitido el

procedimiento de consulta previa a la comunidad indígena, y por disconformidad con el ordenamiento jurídico, se solicitó: “a) el Decreto Ejecutivo No. 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008, publicado en La Gaceta No. 31 del 13 de febrero de 2008”. Como se puede observar, no se entró a conocer sobre la legalidad de esta pretensión, la cual sí es conocida ahora en esta sede. De previo a la tramitación y promulgación del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado “Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”, como se ha indicado anteriormente, el Poder Ejecutivo debía hacer un ejercicio de ponderación antes de su emisión, de modo que para cambiar el uso de suelo del lugar se ocupaba del estudio que involucra maximizar los beneficios sociales comparados con los costos socioambientales, tal y como estaría definido en el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal. De igual manera, los numerales 19, inciso b), y 34, del mismo cuerpo legal.

La Sala debe tomar en cuenta, que así como fueron materializadas varias infracciones a la Ley Forestal, también lo fueron al Convenio N° 169, que pretende ser protegido por el accionante, como es el respeto a la integridad del territorio indígena.

Así, la ausencia de los estudios socioambientales para superar las prohibiciones contenidas en la Ley Forestal, como sería la tala de árboles en zonas de protección, incluidas aquellas ubicadas en la propiedad comunal indígena, no es otra cosa que una actuación contraria a los principios de la buena fe y al mismo Convenio N° 169, que lo erige como un elemento -de confianza- importante para la conducción del Estado frente a las comunidades indígenas bajo su jurisdicción. Dicho ligamen es importante, incluso en la fase preliminar, de ahí la necesidad de que cualquier proyecto que incluya territorio indígena debía contar con la consulta, a estos pueblos, como a cualquier otro que pudiera verse afectado. No podría afirmarse que el artículo 1°, del Decreto Ejecutivo impugnado, cumpla con esta exigencia, el cual, evidentemente es el postulado toral y sostén de todo lo demás. La declaratoria de conveniencia nacional no contó con el estudio de costos sociales y socioambientales según lo informa el propio Ministro de Ambiente y Energía, el cual hubiera arrojado claramente la necesidad de cumplir al menos en una etapa preliminar la consulta y con ella la opinión de los pueblos indígenas. Más aún, el efecto que tiene el artículo 9, del Decreto Ejecutivo, está claro para este Tribunal, pues además *invisibiliza ilegítimamente* los territorios indígenas (que se recuerda fueron localizados e individualizados ante este Tribunal), al eximir al ICE de demostrar la titularidad de las propiedades, todo lo cual se constituye en una infracción constitucional (artículo 45) y convencional (artículo 21, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los numerales 13.2, y 14.2, del Convenio N° 169). Con estas normas se irrespetó la propiedad privada comunal indígena, además de que eximió de la protección ambiental en la corta y aprovechamiento de especies, entre otras cosas, actividades que no podían darse en el territorio indígena, sin que se implementara las mínimas formalidades de ley.

Debe tomarse en cuenta las obligaciones internacionales establecidas en favor de ciertos sectores vulnerables de la población mundial. Estos instrumentos son para la protección de categorías definidas de la población mundial que han sufrido vejaciones históricas y las siguen padeciendo, incluso a pesar de estar instrumentadas en los tratados de derechos humanos. Estas obligaciones son creadas con un fin de vincular jurídicamente a los Estados según un objeto concreto, de modo que pueden ser invocados a lo interno por los propios interesados objeto de protección, y por los otros sujetos de derecho internacional en caso de incumplimientos. En este sentido, es necesario indicar que en Costa Rica estos instrumentos tienen un rango privilegiado que en aplicación de la doctrina del derecho internacional público, deben ser observados de buena fe por el Estado como el principio *pacta sunt servanda*, así como otros principios contenido en la Convención de Viena de Interpretación de los Tratados. En tratándose del Derecho de la Constitución, estos instrumentos de derechos fundamentales, de conformidad con los principios protectores de los Derechos Humanos son receptados por este Tribunal, por lo que aplica la preeminencia de estas obligaciones internacionales en el tanto conceden mayor protección a los derechos humanos y superan aquellos que la misma Constitución Política concede. Esta doctrina establecida desde los inicios de la Sala, entre las cuales se encuentra la sentencia de la Sala, N° 1995-2313 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, que estableció que:

*“... no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de los derechos humanos tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgue mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”.*

La omisión de consulta a los pueblos indígenas o tribales, si es relevante, inevitablemente resurge con la afirmación del Ministro de Ambiente y Energía, así como de los aportes de algunos de los coadyuvantes. La Sala coincide con el mencionado Ministro que los decretos de conveniencia nacional no aplican a cualquier situación o proyecto, sino a específicos que cumplen con los requerimientos de la ley; es decir, que cumplan con demostrar que los beneficios sociales que se persiguen se apreciarían más que los costos socioambientales. La preocupación surge porque informa que no consta en su Cartera esos estudios y valoración social y económica que lo justifiquen. Por otra parte, además de lo señalado supra por esta Sala en su jurisprudencia, admite que el proyecto se realiza sobre territorio indígena, y es claro que no se cumplió con un procedimiento administrativo adecuado (de la Ley Forestal, como el pautados en el artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública, dentro de los procedimientos especiales para la elaboración de disposiciones de carácter general).

#### **D.- Sobre la jurisprudencia.**

El accionante arguye que no se puede aplicar las disposiciones excepcionales de la Ley Forestal a los territorios indígenas, porque se trata de una propiedad especial comunal. Aunque este es un tema que se abordó oportunamente líneas atrás, queda por ver las implicaciones de las soluciones que le ha dado la jurisprudencia de la Sala y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, existe obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas que les puedan afectar, también, es necesario establecer que no está cerrado el acceso a los recursos naturales, aún cuando estuvieran en los territorios indígenas. Esta Sala, en la Sentencia N° 2011-012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011, trae a colación, nuevamente, que en esta resolución se recopilaron las diferentes sentencias que establecieron que demandar el consentimiento previo a los estudios preliminares del proyecto sería un reclamo prematuro.

Ahora bien, es importante retomar esta discusión de cara a las obligaciones internacionales que tiene el país, con respecto a los

pueblos y comunidades indígenas formalmente constituidas en el lugar en que se desarrollan los estudios preliminares del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Es importante mencionar, que por su parte el propio Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, por sentencia N° 194-2015-VI, de las 15:15 horas del 17 de noviembre de 2015, condicionó todas las actuaciones del Instituto Costarricense de Electricidad, de modo que debía redefinirse las autorizaciones y permisos ambientales que se ocuparían para ingresar y retomar los estudios ambientales en los territorios indígenas, lo que incluso tendrá impacto en la Consulta. El fin de los estudios es determinar si éste procede o no -técnicamente-, así como la información para el Estudio de Impacto Ambiental, proceso que efectivamente involucra la ejecución de trabajos dentro de un área geográfica que incluye los territorios indígenas.

Cuando la jurisprudencia de la Sala analizó partes del Decreto Ejecutivo de Conveniencia Nacional, no se había traído a la atención la grave omisión que ahora surge del informe del Ministerio de Ambiente y Energía, órgano rector y encargado de velar por la protección del ambiente y su relación no discriminatoria con la sociedad en general. El detalle, es que el decreto de conveniencia nacional eximió de las restricciones en el uso de suelo cubierto por el régimen forestal, pero para ello era necesario producir, un estudio técnico que demostrara los beneficios sociales para los sectores involucrados. Este Tribunal había sostenido, anteriormente, en la Sentencia N° 2009-017155 de las 14:00 horas del 5 de noviembre del 2009, que: *“La posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, fue fundamentada precisamente en el concepto de desarrollo sostenible que debe ser incorporado al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, como ya se indicó, no sólo es posible, sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población -en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional, según el cual el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza; claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país, no querido ni pretendido por los constituyentes, ni tampoco por los legisladores que tuvieron la responsabilidad de promulgar la Ley en cuestión. Así las cosas, este Tribunal mantiene el criterio vertido con anterioridad, señalando que lo dispuesto en la norma impugnada no resulta lesivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, pues al momento de concretarse un proyecto como de conveniencia nacional, se deben verificar previamente los impactos ambientales que con él se producen y realizar una comparación con los beneficios sociales que éste implique, lo cual no se puede verificar abstractamente en la norma, sino en el análisis de cada caso concreto, vía recurso de amparo y no de acción de inconstitucionalidad”*. Es decir, el antecedente claramente se decanta por desentrañar el sentido de la pauta normativa de la Ley Forestal, que es procurar el desarrollo sostenible y el uso racional de los recursos, de manera que por razones de lógica, justicia y conveniencia se definen derroteros que demarcarían la prevalencia de los diferentes intereses y derechos involucrados. Pero, para que ello quedara debidamente sustentado, lo primero que observa esta Sala, es que era necesario que el Poder Ejecutivo levantara la información, de previo a la emisión del Decreto Ejecutivo, dado que no existían ni se alegaron razones de interés público o de urgencia como para que se omitieran los requisitos de ley, como era conceder audiencia por diez días a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados (artículo 361, inciso 2, de la Ley General de la Administración Pública). Esto no se hizo de acuerdo con el Ministro de Ambiente y Energía. Incluso en un caso en el que se pretendía beneficiar con la concurrencia de una comunidad indígena para el mejoramiento del camino existente, era necesario la corta de árboles, razón por la cual era necesario el cumplimiento de los requisitos de ley antes de declarar la Conveniencia Nacional. La Sala, en Sentencia N° 2021-12080 de las 8:30 horas del 28 de mayo de 2021, indicó que:

*“Quedó acreditado que si bien existe un paso que ya está en uso dentro de la reserva indígena y lo que se pretende es mejorar dicho paso para facultarlo para la entrada de vehículos, debido a que dentro del recorrido existe aproximadamente 9,2 kilómetros que pasan por área de bosque, es necesario gestionar la declaratoria de conveniencia nacional para poder otorgar el permiso de corta de los árboles que se requieren cortar para la generación del camino que se pretende. Aunque, de previo, la Municipalidad de Golfito, al igual que todo desarrollador de un proyecto de conveniencia nacional, sea público o privado, debe presentar los estudios técnicos necesarios, en los cuales se demuestre que los beneficios sociales del proyecto son superiores a los costos socioambientales. Así, posteriormente dichos estudios tendrán que ser analizados y valorados previamente por el Poder Ejecutivo, antes de proceder con la respectiva declaratoria de conveniencia nacional”*.

Por otra parte, según el informe del Ministro, tampoco se hizo una diferenciación entre sectores sometidos a un régimen de suelos de propiedad forestal, de aquellos sujetos de derecho privado que también serían comunales o colectivos indígenas, lo que conlleva un problema de relevancia constitucional y convencional, toda vez que involucra categorías sociales de importancia para la jurisdicción constitucional. La observación es relevante para este Tribunal Constitucional, porque se trata de categorías sociales que están protegidas internacionalmente, por el historial de discriminación y supresión a la que se han visto sometidos los pueblos indígenas. Recuerda la Sala que en la Sentencia N° 2020-023789 de las 19:00 horas del 10 de diciembre de 2020, se indicó que: *“... desde su ratificación por nuestro país [refiriéndose al Tratado de Minamata], las obligaciones internacionales que asume deberían estar produciendo efectos jurídicos duraderos, lo que debe ser práctica usual en aquellos tratados de Derechos Humanos que buscan elevar la dignidad humana, y cuyas obligaciones consisten en proteger, resguardar y hacer respetar esos derechos. [...] Este tipo de tratados también buscan el *effet utile* o lo que sería lo mismo lograr efectos duraderos, jurídicamente hablando, al tratarse de esfuerzos comunes y de cooperación internacional en una determinada área, porque adquieren especial interés internacional”*. Se requiere de un efecto material, que surge de la necesidad de los Estados que cuando firman y ratifican las obligaciones internacionales, deben hacer que los términos y condiciones pactadas se cumplan dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, lo cual, para nuestro país, no es ni más ni menos que respetar las obligaciones pactadas hacia los pueblos indígenas y tribales, debidamente acordadas en el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo.

Cabe sostener una complementariedad muy necesaria de estas obligaciones internacionales con la importancia de los estudios que de conformidad con el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal establece, como tantas veces se ha citado: *“Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socioambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*. Se agrega que, este inciso m) y otro, fueron agregados por Ley N° 7788 de 30 de abril de 1998, que

es la Ley de Biodiversidad. Sin embargo, a pesar de lo anterior, el Reglamento a la Ley Forestal, Decreto Ejecutivo N° 25721 de 17 de octubre de 1996, establecía la definición de conveniencia nacional en el artículo 2. En él, establecía como *“Conveniencia Nacional: Las actividades de conveniencia nacional son aquellas relacionadas con el estudio y ejecución de proyectos o actividades de interés público efectuadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, que brindan beneficios a toda o gran parte de la sociedad tales como: captación, transporte y abastecimiento de agua; oleoductos; construcción de caminos; generación, transmisión y distribución de electricidad; transporte; actividades mineras; canales de riego y drenaje; recuperación de áreas de vocación forestal; conservación y manejo sostenible de los bosques; y otras de igual naturaleza que determine el MINAE según las necesidades del país”*. Sin embargo, para ese momento, ya existía una definición legal que articulaba el artículo 114, de la Ley de Biodiversidad, N° 7788 de 30 de abril de 1998, al adicionar el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal, que ya establecía que *“conveniencia nacional”, se constituía en las “...actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*.

En opinión del Tribunal, esto es de gran importancia para la decisión que nos ocupa, porque trazaba el procedimiento que debió haberse llevado a cabo, si bien podría decirse que el Estado costarricense tenía dos posibles caminos: a) realizar el procedimiento administrativo otorgándole audiencia a las comunidades afectadas, incluidas las indígenas (Artículo 361.2, de la Ley General de la Administración Pública: *“Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectado por las disposiciones la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ellos razones de interés público o de urgencia debidamente consignados en el anteproyecto”*); o b) no otorgar las audiencias pero justificando adecuadamente *“cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto”* (*ídem*), relevándose de las posibles consultas. Se optó equivocadamente por lo segundo, sin cumplir tampoco con la obligación legal de señalar las razones de interés público o de urgencia para omitirlo, lo que evidentemente trae numerosos problemas, hasta el propio Ministro de Ambiente informa y pone la atención de este Tribunal en esta omisión. Además, el Ministro de la Presidencia enfatiza en la importancia del proyecto hidroeléctrico, quien indica en su planteamiento que lo que hay es un desarrollo en diversas fases. Al momento de rendirse el informe, se desarrollaba la primera fase, que consiste en la realización de los estudios de factibilidad, como serían los estudios del entorno físico para el diseño de la obra, colecta de información biótica, física y socioeconómica que se empleará como sustento técnico para el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA). A su vez, el informante Ministro de la Presidencia señala que la consulta previa a los grupos indígenas debía hacerse antes del señalado estudio.

No obstante lo anterior, la Sala retoma que en el informe del Ministro de Ambiente y Energía afirma entonces que el Decreto Ejecutivo no cumple con el enunciado de la definición que dice *“El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*, pues claramente, al carecer de los requisitos señalados atrás, no hubo un procedimiento administrativo de ponderación que es lo que estaría pautado por la legislación ambiental, reclamo que parcamente hace el accionante, y de forma tangencial, pero que sí lo hace -concretamente- algunos de los coadyuvantes en este proceso. Además, las omisiones conllevan a otras infracciones del ordenamiento jurídico. En la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, la Sala sostuvo que: *“LXXXIX.- Es por lo anterior que resulta inexacto afirmar la inconstitucionalidad del artículo 2 del Reglamento de la Ley Forestal, pues de conformidad con lo establecido, lo que dicha norma dispone debe integrarse y aplicarse según lo definido en los artículos 19 y 34 de la propia Ley Forestal. Es decir, aún cuando el artículo 2 del Reglamento identifique a la actividad minera como actividad de conveniencia nacional, es claro que ese carácter, identificación o reconocimiento -conveniencia nacional- está supeditado al cumplimiento de lo establecido en las normas legales -demostración de que los beneficios son mayores al costo-, por lo que es evidente que el Reglamento no suplanta la voluntad legislativa, no vacía de contenido las normas legales que la informan, ni contradice de modo alguno la protección ambiental que debe otorgarse de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, por lo que tampoco puede aducirse que dicha disposición reglamentaria exceda los límites de la razonabilidad cuando, por el contrario, se impone la realización de actos concretos legalmente establecidos. Es así que la autorización de cambio de uso de suelo no puede acordarse tan sólo porque el Reglamento dice que la actividad minera es de conveniencia nacional, sino que tal autorización resulta procedente cuando esa conveniencia haya sido debidamente demostrada y públicamente declarada por el Poder Ejecutivo mediante un acto posterior, acto administrativo para cuyo dictado se haya cumplido con la aplicación de los procedimientos e instrumentos correspondientes. La aplicación de estos instrumentos y la determinación de la bondad de los beneficios por sobre los costos, es justamente lo que evita la adopción de actos arbitrarios por parte de la administración, toda vez que los resultados obtenidos darán criterio y base técnica-objetiva para que el Poder Ejecutivo emita la declaratoria de conveniencia nacional de un proyecto minero determinado y la correspondiente autorización para el cambio de uso de suelo. [...] De tal forma, es más que claro que si el ordenamiento impone a la administración el deber de realizar un procedimiento previo para pronunciar una declaratoria de conveniencia nacional de una actividad determinada, ello es precisamente un valladar que evita la arbitrariedad administrativa, y, por el contrario, obliga a la administración a adoptar y dictar actos administrativos debidamente fundados en razones técnicas objetivas; esta situación, además, permite y garantiza que el acto administrativo dictado pueda ser valorado en su momento por las instancias administrativas y judiciales que correspondiere”*. En consecuencia, no hubo ningún estudio que pudiera demostrar la ponderación del balance exigido por la normativa, mucho menos, con el agravante para el caso, que el análisis no solo estaría exigido para la determinación de los costos socio-ambientales, como ocurriría para las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, sino que para una parte de la población costarricense protegido por el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo. Esta normativa, por supuesto, exigible y directamente aplicable, por parte de la Administración Pública de previo a la emisión del Decreto Ejecutivo.

Debe traerse a colación el precedente de la Sala, sobre el Decreto Ejecutivo que nos ocupa, en la que se decidió mediante Sentencia N° 2010-013100 de las 14:57 horas del 4 de agosto de 2010, que era constitucional basada en las siguientes consideraciones:

*“Pues bien, lo dicho hasta ahora sirve para indicar que el Poder Ejecutivo no se ha excedido en sus atribuciones y las exenciones que ha otorgado están plenamente amparadas en su obligación de velar porque el país siga un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, basado en formas de producción de energía limpia. Adicionalmente, la declaratoria de conveniencia*

nacional del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís se encuentra amparada en lo dispuesto en la Ley Forestal y su reglamento, pues, una represa hidroeléctrica es, ciertamente, un proyecto que lo que pretende es la “generación, transmisión y distribución de electricidad”, de tal suerte que, el decreto impugnado daría abrigo a un proyecto que cabe dentro de los supuestos del artículo 19 de la Ley Forestal y el artículo 2 del Reglamento a la Ley Forestal. Aunado a esto, debe tomarse en cuenta que el decreto en ningún momento implica la posibilidad de llevar adelante el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís sin cumplir los controles ambientales dispuestos por el ordenamiento, pues, como bien lo admiten los informantes en esta acción, el decreto no lo exime 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. En adición, debe hacerse ver que el accionante no enjuicia, de manera concreta, los incisos b), c) y d) del artículo 9 del decreto ejecutivo 34312-MP-MINAE de 6 de febrero de 2008, debido a que no aporta las razones concretas por las cuales esos tres apartados de ese decreto pueden vaciar de su contenido esencial el artículo 50 Constitucional. En ese sentido, debe recordarse y traerse a colación lo dicho al inicio de este considerando, la dignidad humana es el centro, la piedra angular, de cualquier Estado de Derecho, por lo que esta y el respeto por la integridad del entorno deben, sin duda, ir de la mano, pues una política ambiental que no tome en cuenta el pleno desarrollo de las personas difícilmente será sostenible, como tampoco lo será un modelo de desarrollo socioeconómico que no se preocupe por el entorno y que sacrifique, a toda costa, la protección del medio, ignorando que este es una parte esencial e integrante de nuestras vidas. Desde esa perspectiva, los incisos b), c) y d) del artículo 9 del decreto impugnado no resultan contrarios al Derecho de la Constitución, pues se encuentran amparados en una norma legal que autoriza al Poder Ejecutivo a tomar determinadas acciones, para aligerar el tipo de proyectos ahí contemplados, sin que esto signifique o acarree una desprotección del medio y sin que la autorización se erija como una prerrogativa arbitraria, irrazonable e ilimitada para la destrucción del ambiente o el vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Entonces, es claro que las normas impugnadas se ajustan plenamente al Derecho de la Constitución, pues calzan, de forma coherente, con el modelo de desarrollo impuesto por la visión de un Estado Social de Derecho diseñada por el constituyente originario. Además, no significan un vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En adición, esas normas no implican desconocer la legislación que tutela al ambiente. Asimismo, el decreto en ningún momento exime al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís de la realización del estudio de impacto ambiental. Y, finalmente, ese decreto fue dictado de acuerdo con las competencias que la Ley Forestal y su reglamento le dan al Poder Ejecutivo, para declarar la conveniencia nacional de un proyecto, el cual, en este caso, se enmarca, claramente, como un proyecto de infraestructura a partir del cual se pretende conseguir la “[...] generación, transmisión y distribución de electricidad [...]”.

VII.- Finalmente, por medio de escrito que se presentó ante esta Sala a las 8:10 horas del 1 de agosto del 2008, el accionante alegó que a la fecha no existía un convenio entre el Instituto Costarricense de Electricidad y la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Térraba. Lo que, a su juicio, infringe el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución Política, por oponerse al artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que fue debidamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley No. 7316 del 3 de noviembre de 1992. Sin embargo, ello hace referencia a hechos ajenos al objeto específico de la presente acción. En todo caso, cabe apuntar que el accionante ya interpuso un recurso de amparo en que acusó esos mismos hechos (expediente 09-001709-0007-CO) y tal proceso se declaró sin lugar, por medio de sentencia 2009-006045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009. Por lo que el accionante deberá estarse a lo resuelto en tal oportunidad”.

Ahora bien, en esta Sentencia N° 2010-013100 *supra* citada, se resolvió con base en el Reglamento a la Ley Forestal (artículo 2), que define entre otras cosas, lo que es “Conveniencia Nacional”, y ejemplifica actividades como la “generación, transmisión y distribución de electricidad”. Aceptar cualquiera de las actividades enumeradas en la definición, que es a su vez, *numerus apertus*, conlleva en sí el germen de la arbitrariedad como se indicó en la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, citada anteriormente. Es evidente, que no se analizó la ausencia de un procedimiento administrativo de ponderación de los beneficios sociales con los costos socio-ambientales, como se ha venido argumentado *supra*, en esta sentencia. Siguiendo con el antecedente citado, y el amparo a que se hizo alusión, este se declaró sin lugar la pretensión de aplicar el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, se resolvió con la Sentencia N° 2009-006045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009, de la siguiente manera:

**“IV.- Sobre el caso concreto.** En el caso bajo estudio, el recurrente acusa lesión al artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, ya que, el Instituto Costarricense de Electricidad, no le consultó a los habitantes de la Reserva Indígena de Térraba, previo a realizar los estudios para el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Efectivamente, y con sustento en la normativa internacional esbozada en el considerando anterior, existe un derecho de parte de los pueblos indígenas a ser consultados, 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. Ciertamente la construcción de una Planta Hidroeléctrica es uno de esos temas; sin embargo, es menester analizar si en el caso concreto existía el deber de consultar. En ese sentido, del informe rendido bajo juramento, con las consecuencias incluso penales que prevé el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se colige que actualmente el proyecto en cuestión se encuentra en la primera fase, la de factibilidad, que comprende la preparación de los insumos para la firma consultora que se contratará para el Estudio de Impacto Ambiental, siendo que dicho estudio ni siquiera se ha iniciado. De esta manera, se tiene que aún la construcción del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, no está siquiera definido su desarrollo y efectiva construcción, toda vez que todavía ni siquiera se han solicitado los permisos correspondientes, por cuanto no se ha determinado aún la factibilidad para realizar el mencionado proyecto, ya que si las investigaciones no se llevan a cabo no hay forma de saber si es posible o no, por la geología de lugar, construir una presa. Es así, como esta Sala considera que el presente amparo es prematuro, ya que 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.

V.- No obstante lo indicado en el considerando anterior, tanto del informe como de la prueba aportada al expediente, se colige que durante todo el proceso han participado diferentes actores, dentro de los cuales se destacan las comunidades indígenas, teniéndose que actualmente se discute con la población indígena de Térraba, el mecanismo efectivo de concertación social a fin de

solventar la puesta en marcha del mecanismo de participación y representación indígena, en ese sentido, se indica que se está llevando a cabo un proceso en conjunto con las diferentes comunidades a fin de lograr no solo la aplicación de las normas sino la compilación de las necesidades reales que les afectan. En ese sentido, se tiene que el equipo del Área Social de la Unidad de Gestión Ambiental del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ha venido manteniendo reuniones con 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. En razón de lo anterior, esta Sala estima que la autoridad recurrida ha realizado esfuerzos para acercarse a los habitantes indígenas de la comunidad de Térraba, ello a pesar de que todavía no se ha concretizado de manera definitiva la construcción de la presa. Sin embargo, es menester recordarle a la autoridad recurrida, que en caso de decidirse desarrollo el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberán asegurarle a los pueblos indígenas una efectiva participación en el proceso y en la toma de decisiones. Por último, vale la pena indicar que no le compete a esta Sala analizar si el Instituto Costarricense de Electricidad pago o no avalúos por daños a terceros que habitan dentro del territorio de Térraba, por cuanto determinar si se debe hacer un avalúo y cancelar la correspondiente indemnización y ante que instancia debe hacerse, se escapa de las competencias de este Tribunal. Así las cosas, lo procedente es declarar sin lugar el recurso, como en efecto se ordena”.

A pesar de que en efecto, se cita la jurisprudencia de la Sala, su reexamen es imperativo; es claro que, se hace necesario la reconsideración de estos precedentes, especialmente bajo una mejor ponderación para aplicar la doctrina de la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, porque el abordaje debe ser otro, que concilia el principio de legalidad con las obligaciones internacionales, debidamente ratificadas, de los tratados a la legislación nacional. Si hay infracción a los Instrumentos de Derechos Humanos, como lo es el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, estos gozan de un rango equivalente al de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución Política; y, por ende, en virtud de los principios protectores de derechos humanos, deberá reconocerse mayor protección cuando no lo hace la propia Constitución Política. Se recuerda, que es el propio Constituyente el que reconoce la preeminencia y preponderancia de los Tratados a nivel interno, que es un plus hacia la observancia obligatoria de sus términos para todos los operadores de derecho, y que ello debe suceder cuando el legislador aprueba el instrumento, otorgándole la potencia y resistencia a la norma para su aplicación interna en el país. La Sala se refiere al rango o jerarquía de la normativa internacional en el país. Ha sido el Constituyente derivado el que ha procurado que los instrumentos de derechos humanos adquieran un valor similar o igual al texto de la Constitución Política, cuando, habilitó a través del artículo 48, Constitucional, que dichos instrumentos sean fuente de derecho en la jurisdicción de la libertad (amparo y habeas corpus), y sería un serio contrasentido, marchar a contrapelo o contracorriente al no reconocer lo mismo para los casos de control de constitucionalidad, como se ha establecido en esta jurisdicción desde larga data. Por Sentencia N° 1995-002313, de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, se sostuvo que:

*“Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica”.*

En criterio de la Sala, la solución correcta en el tema que nos ocupa, debe reafirmar no solo el principio de legalidad, que evidentemente es un principio fundamental de todo Estado Social de Derecho, el cual, ha sido claramente violentado, tomando en consideración el informe del Ministro de Ambiente y Energía que menciona, con toda claridad, que esa cartera de Gobierno, incumplió con el levantamiento de la información necesaria en un expediente administrativo; es decir, al no honrar la obligación jurídica previa a declarar un proyecto de interés para el país como Conveniencia Nacional, sin establecer su importancia factual en un procedimiento administrativo; y, con ello, incurrió en actuaciones arbitrarias que no comulgan bien con el principio de legalidad y el Estado Social de Derecho, como el costarricense. De ahí que, resulte necesario, declarar con lugar la acción, para efectos de establecer la nulidad de la totalidad del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado *“Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”*. Lo anterior, toda vez que, no resiste el examen de constitucionalidad y de convencionalidad, si en esta acción de inconstitucionalidad se ha comprobado que no cumple con los artículos 3º, inciso m), 19, inciso b), y 34, de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, a pesar de que pretendió haberlo hecho. Se debe seguir la línea jurisprudencial de la Sentencia N° 2010-0006922 de las 14:35 horas del 16 de abril del 2010; pues, lógicamente, si el Reglamento a la Ley Forestal (Decreto Ejecutivo N° 25721) define que determinadas actividades son de conveniencia nacional, como sucede con la generación, transmisión y distribución de electricidad, ello no puede significar que constituye una autorización automática para modificar el uso de suelo, sin levantar la información requerida en la Ley. Obrar de este modo, sería equivalente a retirar la protección que la Ley Forestal ofrece a todo suelo cubierto por el bosque en forma abstracta, autorizando cambios a la protección forestal, sin la constatación técnica necesaria que requiere la protección al medio ambiente. No puede aceptarse que la mera conducta administrativa del Poder Ejecutivo pueda revertir la voluntad del legislador que impone la demostración de que los beneficios sociales sean mayores al costo socio-ambiental, y porqué el legislador impuso establecer ese balance mediante los instrumentos apropiados, sino era hacer referencia a estudios concretos.

Finalmente, es importante mencionar que en cumplimiento de la regla de oro del derecho internacional, los Tratados deben ser cumplidos de buena fe y de conformidad con sus términos, precisamente el sostén del derecho internacional está en la confianza y rectitud de la conducta de los sujetos de derecho internacional. Corresponde a los agentes internos observar estos términos, de modo que, si existen desviaciones, las mismas deben ser erradicadas y/o corregidas por esta Sala o por los diferentes órganos de control de la Administración Pública, especialmente porque las obligaciones internacionales son vinculantes jurídicamente y fueron

libremente adquiridas por el Estado costarricense. El Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos que tienen todas las personas, pero especialmente observadas para las categorías específicas de personas indígenas que tienen a su haber un Tratado Internacional que les da cobijo. El acercamiento de todas las partes debe ser la regla general, incluso para iniciar los estudios preliminares, de modo que siempre tenga como objetivo el que se genere confianza, incluso cuando se declare la conveniencia nacional. En este sentido, debe observarse el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, "*Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas*" que traza la implementación de un procedimiento de consulta para los pueblos indígenas, instrumento que deberá aplicarse en una fase en la que se decida continuar con las actuaciones del Estado, y del ICE como desarrollador del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, o cualquier otro. En el artículo 2, sobre las definiciones del mencionado Decreto, indica que: "*Las siguientes definiciones son derivadas del marco normativo vigente aplicable: ... e. **Afectación.** Se considera que un proyecto de ley, medida administrativa o proyecto privado, afecta los derechos de los pueblos indígenas, cuando contiene elementos que puedan implicar cambios en su situación jurídica, en los derechos colectivos, su forma de vida, cultura, espiritualidad y dinámica social. Así como las medidas que, sin ser ejecutadas estrictamente dentro de los territorios indígenas, tengan como resultado una afectación de los derechos colectivos y culturales de los pueblos indígenas*". A su vez, "*g. **Medidas administrativas.** Comprende, entre otros, actos administrativos, políticas públicas, decretos ejecutivos y proyectos de desarrollo, promovidos desde las instituciones públicas del Poder Ejecutivo*". En este sentido, es necesario volver a traer a colación el amplio significado de territorios que utiliza el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, en cuanto " *cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*".

### **VIII.- Sobre el problema de la personalidad jurídica del Río Térraba alegada, y la propiedad de las aguas del dominio público.**

En la acción se pide a la Sala que se pronuncie en favor del Río Térraba para el reconocimiento de la personalidad jurídica, porque con ello, se considera que puede brindarle mayor protección que consideran merece dicho afluente.

El accionante solicita lo anterior con base en este tipo de reconocimientos en otras partes del mundo, pues han ganado tracción. No desconoce la Sala que mucho de esto se remonta a los años setenta del siglo pasado, cuando Christopher Stone escribió un artículo sobre la necesidad de reconocer derechos a los árboles y generar formas para su defensa. En general, se trata de movimientos de grupos ambientales y de colectivos, que han encontrado eco en algunos Estados. Estos grupos buscan esta declaración de la instrumentalidad jurídica como parte de una estrategia contra prácticas ambientales insostenibles o violatorias de los derechos de los pueblos aborígenes; estas tendencias buscan la protección de la naturaleza y sus ecosistemas, derivado por un legítimo interés en mantener su integridad, como también, el interés en la defensa de los ríos, lagos y otros cuerpos de agua, que se derivan de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales. A favor de acoger esta ficción legal, estaría que otorga una titularidad que presuntamente otorgaría más seguridades y protecciones a la naturaleza al dotarle de la personalidad jurídica. En el caso del Río Grande de Térraba, esta tendencia es doble, para proteger su integridad y la que se deriva de los derechos de los pueblos indígenas, que es la que pretende el accionante. Sin embargo, es necesario señalar que en aras de mantener un orden jurídico lógico, este tipo de declaratorias requiere de un acompañamiento de instituciones jurídicas que aseguren la composición de órganos que comparten la responsabilidad, como "*guardianes*" o "*representantes legales*", pues es necesario conciliar todos los intereses involucrados. Así, se debe velar no solo por la defensa de los intereses del Río, hay que atender los otros intereses sociales y nacionales. Debe consecuentemente abordarse los problemas de cómo debe interactuar una persona jurídica de esta naturaleza con otras personas, instituciones nacionales, y en un futuro no muy lejano, el tener que contrarrestar posiciones opuestas como sujeto de derecho con responsabilidades. Cabría preguntarse, si puede gestionar acciones reivindicatorias, a nivel administrativo y judicial, se trata solo de las aguas del río, o de los ríos y sus orillas en las cuencas, los afluentes, o incluso, cómo va a responder -aún por frívolas que parezcan- reclamos por daños por inundación ante la amenaza del cambio climático, o la extracción compartida de sus recursos, entre otros temas de suma importancia.

Si bien este tipo de reconocimientos y acciones han sido otorgados en otras latitudes, que se van sumando, que han logrado un mayor desarrollo legal como el caso de Bolivia o Ecuador, estima la Sala que un abordaje de este tipo, deja abierta gran cantidad de cuestionamientos que el régimen legal en Costa Rica no puede responder afirmativamente, sin que el legislador haya intervenido, pues se requiere de la modificación del ordenamiento jurídico para que ello pueda suceder.

Con la acogida de la pretensión principal del accionante, que implica la nulidad absoluta del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "*Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad*", es importante señalar que como consecuencia natural, las cosas regresan a un momento anterior a su promulgación, pues ha dejado de tener vigencia y efectos cualquier declaratoria de conveniencia nacional sobre los territorios indígenas. De este modo, por las razones anteriormente explicadas, no es posible ni siquiera afirmar que se estará procediendo a la inundación de áreas ocupadas por las reservas de los grupos indígenas Bribri, Cabécares y los Térrabas, como se afirma en el libelo de interposición, ni mucho menos, toda vez que es claro que, a este momento, no podría afirmarse que ocurrirá, ni siquiera la existencia de tal amenaza.

Por el contrario, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís se encuentra suspendido, además, después de la declaratoria de este Tribunal, es claro que deberán cumplirse -de nuevo- los procedimientos administrativos dejados de realizar; y, de igual manera, debe procederse con el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, "*Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas*", como parte del cumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene nuestro país respecto del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre esto, hay la necesidad de que sea con carácter previo, no queda agotada con un acto meramente informativo, debe generar confianza entre las partes porque es de buena fe, debe ser adecuada y mediante las instituciones representativas indígenas, la consulta debe ser sistemática y transparente, y el fin que debe alcanzar es el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.

Otra razón que apoya la modificación del ordenamiento jurídico, se encuentra también en la Constitución Política, y la jurisprudencia de esta Sala. Así, debe tomarse en cuenta que, por Sentencia N° 2002-06987 de las 11:17 horas del 12 de julio de 2002, esta Sala fue clara en afirmar cuál es el régimen jurídico que le ha dado el ordenamiento jurídico nacional al agua, el que ha sido considerado

como un bien de dominio público. La Sala analizó en un recurso de amparo, la solicitud de protección del derecho a la propiedad y del debido proceso, de los propietarios de un bien inmueble en el que habían varias nacientes que abastecían la comunidad de Bordon, Cahuita, sobre los cuales se reclamaba el derecho a la propiedad, y en la que se consideró que: *“De conformidad con lo que establece nuestro ordenamiento jurídico vigente en relación con las nacientes, es menester indicar a los recurrentes que los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales, desde donde brotan las primeras aguas hasta su desembocadura son de dominio público, es decir son propiedad nacional y como tales son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil, además, la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. En virtud de que están fuera del comercio de los hombres, estos bienes no pueden ser objeto de posesión y sobre ellos, un particular no puede argumentar derecho de propiedad. Así las cosas, el argumento de los recurrentes en el sentido de que las nacientes les pertenecen porque se encuentran en su propiedad, no es de recibo y por el contrario, la actuación de las autoridades recurridas, en este caso los funcionarios del Ministerio de Ambiente y Energía y del Área de Conservación respectiva, de velar por las nacientes y porque se evite, a toda costa, la contaminación de las mismas se encuentra ajustada al principio consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política y a las leyes que hacen efectiva la garantía constitucional”*. Así las cosas, pesa sobre las aguas de las nacientes, sus afluentes directos o indirectos, quebradas y otros cuerpos de agua, un tratamiento jurídico muy concreto por parte del Constituyente y legislador, que es dotarle su carácter de dominio público. Esto implica que debe igualmente modificarse en la Constitución Política, para que sea regulado de modo distinto, como es la forma en que se pide declarar. Visto que desde el artículo 121.14), de la Constitución Política, se dejó claro que *“No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional”*. En consonancia con el precepto constitucional de las aguas de dominio público, la Ley de Aguas, Ley N° 276 del 27 de agosto de 1942, establece en el artículo 1°, inciso IV, que:

*“Son aguas del dominio público:*

*[...]*

*IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que brotan las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros; [...]*”.

Por otra parte, es necesario citar el artículo 50, de la Ley Orgánica del Agua, Ley N° 7554 del 4 de octubre de 1995, que establece de igual manera, que:

**“Artículo 50.- Dominio público del agua.** *El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés social”*.

Recientemente, por Ley N° 9849 del 5 de junio de 2020, el Constituyente derivado, adicionó al artículo 50 Constitucional, lo siguiente:

*“Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. [...]”*.

Ya desde la Sentencia N° 1991-03206 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991, la Sala estableció que: *“El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objetivo de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil de bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa”*. En otra Sentencia, la N° 2008-007117 de las 12:47 horas del 25 de abril de 2008, en el que se discutía el tema de los caminos públicos, la Sala estableció que: *“Bajo esta tesitura, las carreteras, calles o caminos públicos, por su condición de bienes integrantes del demanio, no pueden ser enajenados sin antes haber sido desafectados del régimen de dominio público. Así pues, la naturaleza demanial de las vías públicas se presume y excluye cualquier otra posesión que se pretenda, siempre y cuando la titularidad sobre el inmueble esté respaldada en prueba fehaciente y sin perjuicio que en la vía ordinaria jurisdiccional se pueda discutir el mejor derecho que se pretenda. De lo anterior se deriva, también, el principio del privilegio de la recuperación posesoria de oficio del bien afectado, en virtud del cual, la administración puede recobrar la posesión perturbada de sus bienes sin necesidad de acudir al juez y sin perjuicio de discutir el mejor derecho en la vía jurisdiccional (interdictum propriam). Desde esa perspectiva, el ejercicio efectivo de la tutela sobre el dominio público debe tener como fin hacer cesar cualquier avance indebido de los particulares contra tales bienes, pudiendo la Administración utilizar la fuerza-poder de policía sobre el dominio público – en su defensa”*. Aplicado lo anterior al caso del agua, es claro que la Constitución Política al referirse a las fuerzas del agua de dominio público, y la Ley de Aguas, en sentido general, se refieren a *“los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que brotan las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros”*, las que se reputan para todo propósito legal como de dominio público que no puede ser apropiado por sujetos de derechos privado. Todo esto requiere de más precisión, pues la dificultad al yuxtaponerse o sobreponerse los derechos tradicionales indígenas, sobre los de la comunidad nacional, es necesario la conciliación de todos los intereses involucrados, lo cual solo sería posible a través de los estudios técnicos apropiados en la materia, y los resultados de la consulta previa, libre e informada. De ahí que, la declaración del otorgamiento de personalidad jurídica al Río Grande de Térraba que se pide para la resolución del caso que nos ocupa, no es posible en este momento procesal, en el tanto que desde la Constitución Política hay un abordaje concreto del agua como bien de dominio público o de la Nación, lo que incluye claramente la de los ríos de la totalidad de nuestro país.

Incluso, es posible afirmar que por las mismas razones, el agua es un recurso compartido por la humanidad. Ha sido considerado un bien estratégico para las sociedades en el mundo, que si bien, el reconocimiento de las tradiciones y costumbres indígenas y

tribales lo incluye, es que se protege el significado del Río, y del agua. Hay que señalar que en el caso que establece el reconocimiento de derechos de la personalidad jurídica al Río Whanganui, de Nueva Zelanda, este provino después de una larguísima batalla legal de más de 150 años entre la tribu Whanganui Iwi (Pueblo Maori) y el Gobierno de Nueva Zelanda, cuando surgieron algunos conflictos de aprovechamiento piscícola del río (durante la segunda mitad del Siglo XIX). Mediante un acuerdo de finiquito en el año 2014, se logró pacificar las discrepancias y litigios, y finalmente, el Parlamento del Nueva Zelanda en el año 2017 culminó ese acuerdo con el “*Te Awa Tupua Act*”, legislación que para algunos críticos aún mantiene algunos puntos del conflicto que no se solucionaron, porque de conformidad con el *Common Law* de Nueva Zelanda, el agua también es de dominio público, y subsisten a lo largo de la rivera múltiples propietarios, además del pueblo indígena en cuestión.

Además de lo argumentado por el accionante, es importante establecer que si bien ha habido en otras Naciones de América Latina acciones similares como el reconocimiento a la naturaleza como un sujeto de derechos (Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-622 de 2016), la Sala estima que por la forma en que ha sido resuelta la acción, no quedarían los pueblos indígenas del Río Térraba con una verdadera amenaza a las costumbres y cultura indígena. Cabe señalar además que no se ha provocado el desbordamiento del Río Grande de Térraba por represamiento, ni ha habido afectación del territorio indígena en la forma de inundaciones parciales, temporales o permanentes, porque ya en este punto concreto ha habido avances jurisdiccionales en el resguardo de los derechos de los indígenas. Ha quedado claro que el ICE mantiene el proyecto suspendido, se ha resuelto en la jurisdicción contencioso-administrativa la obligación de cumplimentar los Estudios de Impacto Ambiental, conforme lo establezca la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Por último, se trae a colación que en nuestro país las personas que abogan por la defensa del ambiente, tienen amplia legitimación, casi irrestricta por la cantidad de las protecciones que el ordenamiento jurídico nacional ofrece a la naturaleza, las que estarían contenidas desde los artículos 50 y 89, Constitucionales, en diversas leyes y reglamentos, tales como la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 de 4 de octubre de 1995; la Ley de Biodiversidad, Ley N° 7788 de 30 de abril de 1998; la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, Ley N° 7317 de 21 de octubre de 1992; y el Decreto Ejecutivo N° 31849 de 24 de mayo de 2004, Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), entre otros. Es oportuno señalar que, a nivel institucional, se tiene en la vía administrativa mecanismos que aún no se han completado, y que conforme se mencionó supra, la jurisdiccional que ya se pronunció (de continuar con el proyecto se debía cumplir con la solicitud formal ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental). De este modo, las formas de tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son abundantes y efectivas, incluidas la de la jurisdicción constitucional que admite la legitimación directa.

De igual manera, por la forma en que se está resolviendo la acción, no se considera necesario abordar las cuestiones relacionadas a la inderogabilidad singular de las normas, así como los otros tratados invocados en la acción, situación que no ha sido necesario abordar para la anulación del Decreto Ejecutivo impugnado.

Por todo lo expuesto, la acción debe declararse sin lugar, en este extremo.

**IX.- Conclusión y dimensionamiento.** Por la forma de resolver en esta sentencia, se estaría corrigiendo un problema *ab initio* del Decreto Ejecutivo impugnado, toda vez que el Ministerio de Ambiente y Energía incurrió en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley Forestal para declarar proyectos de Conveniencia Nacional. Pero además, debe decirse con toda claridad que la materia que nos ocupa exige sobrepasar un campo de interpretación del Derecho y de las resoluciones dictadas por este Tribunal en el pasado, para no dejar espacio para mayores perjuicios sobre los derechos indígenas y el Territorio Indígena Térraba. Más aún, el problema detectado no puede ignorar la ubicación o geolocalización de los territorios indígenas con las coordenadas que habían sido establecidas en el Decreto Ejecutivo. Pero, no se debe vaciar la declaratoria de inconstitucionalidad de esta sentencia a un problema territorial que presuntamente ya fue corregido por esta Sala por Sentencias N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011 y N° 2016-15711 de las 17:30 horas del 26 de octubre de 2016, dado que, sería incurrir en una ilegítima *simplificación* de una grave infracción al Derecho a la Constitución (valores, principios y normas). Debe recordarse que el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, llama a respetar la importancia especial que tienen las tierras y territorios para los pueblos indígenas. Los derechos indígenas no se resumen a la tenencia y explotación de un territorio, pues como es bien sabido, es más integral que eso. Es la base sobre la cual crece su cultura y sus valores espirituales, tiene un efecto agregativo, que sobre él se suman otros derechos que se construyen alrededor de ese territorio y ofrece las condiciones para su modo de vivir y les aseguran su supervivencia como un todo. Delimitar esa infracción a un logro limitado obtenido en sentencias anteriores de la Sala, desconoce de hecho que se mantienen vigentes otras partes y efectos nocivos de la Declaratoria de Conveniencia Nacional, que de acuerdo con esta sentencia se determinó que carece de una condición exigida por el ordenamiento jurídico, es ilegal y contraria al Derecho de la Constitución (valores, principios y normas), y permitiría la supervivencia en paralelo de prerrogativas del Estado y sus instituciones, que podrían profundizar la inseguridad jurídica que tienen para todo el resto de derechos asociados a las tierras de las comunidades indígenas. Es a todas luces un comportamiento judicial que no se ajusta al rigor, seriedad y altura que ameritan los compromisos y obligaciones internacionales asumidas libremente por el Estado costarricense, de cara a los derechos indígenas aquí referidos. De manera que, sin un pronunciamiento *expreso* de esta Sala, sobre la aludida declaratoria, se diluiría en el laberinto de la interpretación de los operadores de derecho, lo que podría socavar la vigencia de los valores, usos y goce del territorio, cuando deberían ser pacíficamente ejercidos por los pueblos indígenas. Por declarado inconstitucional el artículo 1°, sobreviene la del resto de la normativa, lógicamente por conexidad y consecuencia, debe expulsarse del ordenamiento jurídico los demás artículos que dependen de esa declaratoria por estar en contra de las obligaciones internacionales, pues de no hacerlo *expresamente* se mantendría vigente esa declaratoria de Conveniencia Nacional que permite alinear esos objetivos dentro de una serie de mecanismos jurídicos de derecho público que permiten agilizar, coordinar instituciones, mecanismos informativos y de negociación, y exceptúa al Instituto Costarricense de Electricidad de los “*requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el Proyecto*”, los que no han sido declarados inconstitucionales, pero son excepciones que engrosan impactos negativos y los problemas de irrespeto sobre el control e interferencia de terceros, dentro del territorio indígena. Con todo lo anterior, se les devuelve la dignidad intrínseca que los pueblos indígenas se merecen y se asegura que la puedan ejercer mediante la consulta indígena.

A partir de ahora, de querer avanzar hacia el desarrollo y consolidación del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís con un nuevo decreto,

esta declaratoria deberá gestionarse observando lo establecido en el ordenamiento jurídico, de forma oportuna por parte del Gobierno de la República. Es importante señalar, que no solo deberá haber cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias para continuar con los estudios de factibilidad, así como para la realización del Estudio de Impacto Ambiental, sino que deben garantizarse los derechos de las comunidades, sus tradiciones y cultura como pueblos indígenas afectados, en los términos del Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, “*Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas*”, a quienes se les deberá otorgar la consulta previa, libre e informada, así como el reconocimiento de las restantes garantías que ofrece el ordenamiento jurídico al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Dado que la Sala está declarando con lugar la acción, con la eliminación del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado “*Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad*”, con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, ello se hace sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, lo que significa que queda salvaguardada aquella información obtenida durante la vigencia del Decreto Ejecutivo impugnado, en favor o en contra de la realización del proyecto; de modo tal, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no será necesario volver a repetir las acciones y estudios si cumplieron la función técnica y científica para la cual fueron diseñados en el proyecto, así como para fundamentar las solicitudes que correspondan ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, las que se podrían considerar válidas para esos propósitos, todo a juicio de ésta. Todo lo anterior a fin de no repetir las acciones que eviten perturbar los derechos de las comunidades indígenas y su territorio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el efecto retroactivo de la anulación no se aplica respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren materialmente o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Así, esta declaración se hace sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre el ICE y las asociaciones representativas de las comunidades indígenas, que tuvieron como resultado el desistimiento del proceso en la sede de la jurisdicción ordinaria.

En todo lo demás, debe declararse sin lugar la acción.

**ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.** “...debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada *especial*, que no es pública o privada, *clásicamente* entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal. debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada *especial*, que no es pública o privada, *clásicamente* entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal...”

CO10/22

... Ver menos

#### **Citas de Legislación y Doctrina Sentencias Relacionadas**

---

#### **Contenido de Interés:**

**Tipo de contenido:** Voto de mayoría

**Rama del Derecho:** 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA CON JURISPRUDENCIA

**Tema:** 045- Propiedad privada

**Subtemas:**

- NO APLICA.

**ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.** “...debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada *especial*, que no es pública o privada, *clásicamente* entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal. debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las

características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada *especial*, que no es pública o privada, *clásicamente* entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal...”

**CO10/22**

... Ver menos

---

**Contenido de Interés:**

**Tipo de contenido:** Voto salvado

**Rama del Derecho:** 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

**Tema:** AMBIENTE

**Subtemas:**

- NO APLICA.

**Exp:** 18-005745-0007-CO

**Res. N°** 2022001622

**Voto salvado del magistrado Rueda Leal.** Disiento respetuosamente del punto de partida que asume la sentencia de mayoría, lo que me obliga a salvar el voto.

En un recuento cronológico del control de constitucionalidad que la Sala ha ejercido sobre el decreto n.º 34312-MP-MINAE, observo que en la sentencia n.º 2011012975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011 se aplicó una interpretación conforme del ordinal 8 *eiusdem*, en el siguiente sentido:

*“Se declara sin lugar la acción respecto de los artículos 1 y 4 del Decreto Ejecutivo número 34312. Por mayoría, se interpreta conforme a la Constitución el numeral 8 del Decreto Ejecutivo número 34312, siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 de ese Decreto se realice en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento...”*

Posteriormente y ante la omisión de efectuar la citada consulta, mediante voto n.º 2016-15711 de las 17:30 horas del 26 de octubre de 2016 dispuso la Sala:

*“Se declara con lugar la acción planteada y, en consecuencia, se anula por inconstitucional el artículo 8 del Decreto 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008. Esta sentencia tiene efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo que fue establecido en la sentencia número 2011- 12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe ...”*

Este hecho es de vital relevancia, dado que el numeral 8 anulado establecía la ubicación del pretendido proyecto hidroeléctrico:

*“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  
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”*

En consecuencia, al momento de conocer esta nueva acción, la citada norma ya era inexistente en el ordenamiento jurídico, dada la anulación *erga omnes* dispuesta por la Sala.

Pese a lo anterior y haciendo caso omiso de tal anulación, la mayoría de este Tribunal se ha decantado por acudir a la sentencia n.º 2011012975 para conceder efectos jurídicos al citado artículo 8:

*“... hay que determinar si el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Ejecutivo impugnado, afectó en concreto y potencialmente los territorios indígenas. En criterio de la Procuraduría General, eso no está claro en el expediente. Sin embargo, al examinar la jurisprudencia de este Tribunal, es posible tener por acreditado que la aplicación del Decreto Ejecutivo impugnado, mantiene dentro de los límites de la habilitación o autorización, porciones del territorio indígena en cuestión. En concreto, se ha determinado esa afectación por el Estado, de modo que es importante tener en cuenta que ya, mediante la Sentencia N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, la Sala estableció que:*

*“III.- SOBRE LA PROPIEDAD DEL PUEBLO INDÍGENA ACCIONANTE. La Reserva Indígena de Térraba se encuentra delimitada en el Decreto Ejecutivo 22203 del 2 de abril de 1993. Asimismo, su fundamento legislativo se desprende de la denominada Ley Indígena No. 6172 del 29 de noviembre de 1977, cuyo artículo 2, en forma expresa, declara propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en su artículo 1º, dentro de las cuales se incluye la reserva Térraba. Ahora bien, de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del*

*citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas. Por su parte, el proyecto se compone de sitios de explotación, por tanto, no posee un único espacio o área de acción, y como no se manifiestan las dimensiones espaciales de tales sitios o puntos, es imposible por ahora -de acuerdo con la información que consta en este proceso-, calcular un área de terreno en común que pueda existir entre el Proyecto Hidroeléctrico Diquís y la Reserva Indígena de Térraba. No obstante, establecidos los límites de la Reserva Indígena de Térraba sobre las hojas topográficas respectivas, en asocio y ubicación de los lugares que forman parte del proyecto hidroeléctrico, existen tres sitios coincidentes con el área de la Reserva: los puntos 536000 E / 337875 N, 547052 E / 334121 N y 546614 E / 332384 N. Por otro lado, en su informe, el Instituto Costarricense de Electricidad admite que se estarían inundando aproximadamente 74 hectáreas en la reserva indígena de China Kichá y 653 hectáreas de la reserva indígena de Térraba. En total se inundarían aproximadamente 727 hectáreas, que afecta un 7.5% del total de territorio indígena de Térraba y un 5.7% del total de territorio de China Kichá. En consecuencia, resulta indubitable que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, en su fase de ejecución -que todavía no ha comenzado- y de acuerdo con la información que sí consta en el expediente de esta acción, comprenderá territorio indígena Térraba”.*

*De ahí, que con la claridad de las conclusiones de este Tribunal, no podría desdeñarse ahora, ni mucho menos si no se alega que se le hizo incurrir en un error material de apreciación por el Instituto Geográfico Nacional, órgano administrativo y técnico que contribuyó a la localización de las áreas de posible afectación. Aunque, lo que el accionante reclama es la inundación de territorio indígena, lo cual, evidentemente no ha sucedido ni sucedería, pues los informes son claros que se encuentra en las fases preliminares, y como se indicará más adelante, el proyecto fue suspendido en su totalidad. Sin embargo, la forma del abordaje por parte del Gobierno de la República, al declarar el proyecto de Conveniencia Nacional sí comprometió los derechos fundamentales específicos de los pueblos indígenas a los que se les aplicó el Decreto Ejecutivo impugnado.”*

Obsérvese que, según la mayoría, no es posible desconocer el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional relacionado con la localización de las áreas de posible afectación, lo que sirve de fundamento para el análisis posterior de constitucionalidad. Sin embargo, ese informe técnico fue rendido con base en las coordenadas indicadas en el numeral 8, como se deduce de la transcripción efectuada por la propia mayoría:

*“...de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas...”*

Visto que esa norma fue anulada mediante la sentencia n.º 2016015711, según se indicó, entonces el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional carece de sustento normativo para mantener su vigencia actual. Se sigue de ahí que la decisión de la Sala igualmente carece de fundamento jurídico, ya que toma este informe como premisa.

Estimo que el numeral 8 es central para determinar la inconstitucionalidad del decreto impugnado a la luz de los reclamos planteados por el accionante. Él acusa: 1) la irreductibilidad del bosque (en particular, de aquel en tierra indígena); 2) reserva de ley e inderogabilidad singular de la norma, porque el Poder Ejecutivo no mencionó “...en todo el decreto de conveniencia nacional cuestionado, que existían terrenos que son parte de territorios indígenas...”; 3) que las declaratorias de conveniencia nacional son aplicables a la propiedad privada, pero no a los territorios indígenas; 4) violación al derecho convencional, por cuanto la represa inundaría territorios indígenas. Finalmente, solicita el reconocimiento de la personalidad jurídica del río Grande de Térraba.

La lectura de cualquiera de los reclamos anteriores parte de la determinación geográfica del proyecto y la afectación del territorio indígena para ser válido. Incluso, se observa que el actor asumió erróneamente que el artículo 8 todavía seguía vigente al momento de interposición de la acción y lo transcribe en su escrito como objeto de impugnación, a pesar de que ya había sido anulado.

Por su parte, atinente a la solicitud de reconocimiento de la personalidad jurídica del río Grande de Térraba, ella debe descartarse tan solo, porque, en el caso concreto, tal pretensión no está ligada a la alegada inconstitucionalidad de la norma impugnada, ni la parte accionante desarrolló algún razonamiento jurídico específicamente para sustentar tal vínculo.

Como argumento adicional, destaco que los reclamos anteriores no son aplicables a los otros artículos del decreto cuestionado sin la determinación geográfica de la zona afectada por el proyecto. De hecho, en el caso de algunos numerales, no se puede establecer siquiera algún tipo de relación entre los citados reclamos y la norma correspondiente. Así, verbigracia, no se deriva una objeción concreta en contra de la cooperación interinstitucional (numeral 2), el destino de fondos para el desarrollo local (ordinal 3) o el establecimiento de mecanismos de información y negociación (artículo 4). Sin embargo, todos ellos se ven afectados por la inconstitucionalidad decretada.

No puedo dejar de subrayar la relevancia del numeral 8 (anulado) para la interpretación sistemática de las normas restantes del decreto impugnado y, en consecuencia, para la valoración de constitucionalidad de los reclamos planteados. Esto se nota con un ejercicio hipotético: a fin de hacer viable el proyecto hidroeléctrico, el Poder Ejecutivo hubiera podido, con posterioridad a la anulación del numeral 8 mediante la sentencia n.º 2016-15711, emitir un decreto para adicionar un nuevo artículo 8, que estableciera una zona geográfica distinta, completamente alejada de los territorios indígenas del actor. Desde mi perspectiva, tal proceder hubiera resultado válido. En conclusión, los reclamos del accionante son insubsistentes si no se determina la zona geográfica afectada. En consecuencia, declaro sin lugar la acción.

**Paul Rueda L.**

**CO10/22**

**... Ver menos**

---

**Contenido de Interés:**

Tipo de contenido: Voto salvado

Rama del Derecho: 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tema: AMBIENTE

Subtemas:

- NO APLICA.

Exp: 18-005745-0007-CO

Res. N° 2022-001622

### VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS.

Con el respeto acostumbrado salvo mi voto y declaro sin lugar la acción de inconstitucionalidad planteada contra el decreto ejecutivo n.º34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, que es "Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad".

#### I.- Objeto de la acción

La parte accionante alega que la normativa cuestionada ¿obras y embalse? viola el principio de irreductibilidad del bosque en territorios indígenas, implica una infracción al principio de no regresión en materia ambiental y se lesiona el principio de reserva de ley.

#### II.- Informe de la Procuraduría General de la República (PGR)

Al respecto, el Procurador General de la República, Julio Alberto Jurado Fernández, informó lo siguiente:

*"En la sentencia 12975/2011 esa Sala desestimó la acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 1º y 4º del Decreto Ejecutivo 34312 (expediente 08-9215-0007-CO) y, por mayoría, interpretó conforme a la Constitución su numeral 8, siempre y cuando la consulta que establece el artículo 4º ibid se realizara en un plazo improrrogable de seis meses, a partir de la notificación del pronunciamiento. Al no realizarse la consulta, se interpuso otra acción de inconstitucionalidad contra el artículo 8 de dicho Decreto, tramitada bajo el expediente 16-005486-0007-CO, que la Sala, en el voto 15711/2016, declaró con lugar y anuló la norma, con efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo establecido en la sentencia número 12975/2011, y dejó a salvo los derechos adquiridos de buena fe, como consta en la publicación hecha en el Boletín Judicial N° 239 del 13 de diciembre de 2016. La resolución 15711/2016 no ha sido notificada, ya que está pendiente de redactar.*

**Por lo anterior, no hay coordenadas que determinen el sitio donde eventualmente se ejecutaría el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PHD), lo que hace improcedente la acción en cuanto a los alegatos sobre la afectación de territorios indígenas: disminución de área, tala y eliminación o inundación del bosque y áreas de protección, con la represa, cambio de uso de suelo, pérdida de biodiversidad, del paisaje natural, sitios arqueológicos y sagrados. Es hipotético que el PHD se vaya a desarrollar y, en ese tanto, es impredecible que pudiera menoscabar reservas indígenas.**

*A esto se une que en proceso de trámite preferente contra el Instituto Costarricense de Electricidad y el Estado, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, en sentencia firme N° 194-2015-VI, declaró parcialmente con lugar la demanda y dispuso:*

*"1) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, si decide a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental respectivo bajo la normativa vigente al momento de la presentación de su solicitud.*

*2) Se ordena a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente que, si la fase de investigación a la que hicimos referencia se retoma, deberá definir el instrumento de evaluación ambiental que deba exigirse al ICE de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y tomando en cuenta los parámetros que para efectos de esa clasificación se establezcan, así como la significancia ambiental de cada una de las obras o actividades impactantes que se vayan a realizar.*

*3) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, en caso de que decida a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá gestionar ante los entes y órganos competentes las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico exige para realizar actividades como la corta de árboles, movimiento de tierras, excavaciones, construcción de obras en el cauce de río como diques o muros de gaviones.*

*4) Se ordena a ambos demandados que mientras no se haya efectuado la consulta indígena previa, libre e informada al pueblo indígena de Térraba ni se cuente con el instrumento de evaluación ambiental que corresponda según las actividades que se efectúen, deberá abstenerse de adoptar cualquier conducta administrativa, ya sea referida a la fase de investigación o a la de inversión del PHD, que pueda afectar el medio ambiente o la biodiversidad de esa Reserva Indígena".*

Al parecer, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís está inactivo.

(...)

Sin embargo, al no haber coordenadas que definan la ubicación del PHD y ser incierta su ejecución, carece de sustento el alegato de que se reducirán, por inundación o tala de bosques, los territorios indígenas, propiedad privada comunitaria.

(...)

En síntesis, el Decreto 34312 no violenta el principio de irreductibilidad del bosque, ni el Convenio 169 de la OIT, porque es incierta la ubicación y realización del Proyecto en territorios indígenas, propiedad privada colectiva, y se dictó en consonancia con normas que la Sala Constitucional ha declarado que se ajustan al Derecho de la Constitución.

La Procuraduría también considera que el alegato no es de recibo, al carecer de coordenadas el Decreto tildado de inconstitucional que permitan ubicar el PHD en un área geográfica concreta. No habría entonces base para aseverar que el mismo entrañe en la materialidad una disminución de alguna reserva indígena o la tala e inundación de sus bosques, ni la afectación de los derechos posesorios o culturales y ambientales de las comunidades indígenas. Tampoco contiene el Decreto ninguna norma que disponga la reducción de territorios indígenas o que modifique la Leyes 6172 y 6703, ni se contraponen al Convenio 169 de la OIT.

En virtud de los propios pronunciamientos de la Sala este asunto carece de interés actual.

(...)

Al no precisar el decreto objetado el sitio donde se desarrollaría el PHD, de incierta ejecución, se repite, no podría afirmarse que afectará reservas indígenas. En su literalidad no dispone una disminución, inundación, tala de árboles o cambio de uso de suelo de éstas. Y tiene asidero en la Ley Forestal, artículos 19 inciso b) y 34, cuya constitucionalidad ha reconocido esa Sala. Con lo cual, no contraviene el Convenio 169 de la OIT, artículos 13 y 14.2, ni el 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y conexos. De lo que se sigue que no se daría un irrespeto a la importancia especial que para las culturas y valores de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras que ocupan o utilizan, y además el Estado costarricense ha dictado normas para determinar los territorios de las comunidades indígenas y proteger sus derechos de propiedad y posesión”.

### III.- Antecedentes de la Sala Constitucional

Esta Sala dictó la sentencia n.º2016-15711 del 26 de octubre de 2016 mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 8 del decreto ejecutivo n.º34312 que acá también se impugna. La norma en cuestión disponía lo siguiente:

“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

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

(La Sala Constitucional mediante resolución N° 12975 del 23 de setiembre de 2011, interpretó conforme a la Constitución este artículo: “siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 de ese Decreto se realice en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento.”)

Como se aprecia, la disposición transcrita constituye un elemento clave en la realización del proyecto: las coordenadas geográficas en las que se iba a desarrollar. Dicha norma fue examinada originalmente en la sentencia n.º2011-012975 de las 14:30 hrs. de 23 de setiembre de 2011 en la que expresamente se advirtió que se iba a preservar su constitucionalidad hasta la realización de la consulta contemplada en el art. 4 del propio decreto. No obstante, con posterioridad se constató que no hubo tal consulta, lo que motivó la declaratoria de inconstitucionalidad. Al respecto, esta Sala realizó las siguientes consideraciones:

“En el sub examine, lo planteado por el accionante es que la Administración no efectuó dicha consulta, motivo por el que este Tribunal procede a revisar nuevamente la constitucionalidad del ordinal 8 del Decreto número 34312-MP-MINAE de 6 de febrero de 2008, para cuyo efecto se toma en consideración lo dispuesto en la sentencia supracitada. Así, primeramente se debe indicar que el plazo otorgado en aquella oportunidad por la Sala, no se puede calificar como preclusivo, porque los plazos judiciales tienen la característica particular contemplada en el artículo 144 del Código Procesal Civil, el cual dispone: “Plazos judiciales. Cuando este Código fuere omiso en cuanto a la duración de un plazo, éste será establecido por el juez, tomando en cuenta la naturaleza del proceso y la importancia del acto...”. A partir de esta característica, en cada caso concreto, la autoridad judicial eventualmente puede valorar un plazo concedido en una orden judicial de acuerdo con la naturaleza del proceso y la importancia del acto, cuando así sea debidamente justificado y solicitada su prórroga. Ahora, en la especie, de las audiencias rendidas en este expediente por las autoridades del ICE y del Ministro de Ambiente y Energía, no se acredita que la Administración hubiese gestionado alguna prórroga del plazo en cuestión de previo a su vencimiento, invocando las razones por las que no había podido celebrar la consulta. De manera que no resulta atendible, que luego de vencido sobradamente el plazo conferido, las autoridades administrativas vengan a intentar justificar su inercia en llevar a cabo la consulta de marras. **Por ello, se impone declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del numeral 8 impugnado, pues aun cuando dicha disposición no resultaba inconstitucional al momento de su emisión, dadas las condiciones y etapas del proyecto a desarrollar en aquella oportunidad, no menos cierto es que este Tribunal, en la sentencia No. 2011-12975 de las 14:30 horas de 23 de setiembre de 2011, sostuvo la constitucionalidad de dicha norma siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34312 fuera realizada en el**

plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de tal pronunciamiento, lo que finalmente no ocurrió y, por ello, de modo sobreviniente deviene ahora inconstitucional el artículo 8 de dicho Decreto, único objeto de esta acción.

(...)

Se declara con lugar la acción planteada y, en consecuencia, **se anula por inconstitucional el artículo 8 del Decreto 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008. Esta sentencia tiene efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo que fue establecido en la sentencia número 2011- 12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dispone que la eficacia de esta decisión inicie a partir de la fecha de primera publicación del edicto en que se informó de la admisión de este proceso. Reséñese este pronunciamiento en La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial**". (Lo destacado no corresponde al original).

#### **IV.- Consideraciones personales**

A la luz de los antecedentes examinados y de la postura de la PGR, considero que corresponde declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad y descartar los presuntos vicios apuntados por la parte accionante. Lo anterior por la sencilla razón de que el proyecto no podía seguir adelante, dado que desde el año 2016, de previo a la interposición de este proceso, ya había una declaratoria de inconstitucionalidad respecto de las coordenadas que definían "los sitios para explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas". Si los argumentos de inconstitucionalidad se basan en una presunta afectación al principio de irreductibilidad de los bosques y una supuesta lesión o amenaza a la propiedad indígena, se debe concluir que los mismos son insubsistentes ante una imposibilidad material de llevar adelante el proyecto en cuestión por falta de una ubicación geográfica debidamente delimitada. Sobre el particular, comparto las consideraciones realizadas por la PGR en el sentido de que "al no haber coordenadas que definan la ubicación del PHD y ser incierta su ejecución, carece de sustento el alegato de que se reducirán, por inundación o tala de bosques, los territorios indígenas, propiedad privada comunitaria".

Está claro que a tenor de los propios pronunciamientos de esta Sala ¿que tutelaron el derecho a la audiencia en relación con la propiedad indígena? quedó insubsistente el decreto ejecutivo impugnado, pues carece de un elemento fundamental para su desarrollo: una ubicación debidamente definida incluso luego de una audiencia previa.

Advierto que con este pronunciamiento no estoy avalando el contenido de las disposiciones impugnadas, sino que estimo que carece de interés actual ahondar en el resto de las impugnaciones, debido a que uno de los ejes nucleares del desarrollo del proyecto cuestionado ¿su ubicación? ya fue declarado inconstitucional por esta Sala desde el año 2016, mucho antes de la interposición de esta acción de inconstitucionalidad.

En atención a lo dicho, considero que no hay mérito para acoger la acción de inconstitucionalidad y por eso la declaro sin lugar.

**Anamari Garro V.  
Magistrada**

CO10/22

... [Ver menos](#)

## **Texto de la Resolución**

\*180057450007CO\*

Exp: 18-005745-0007-CO

Res. N° 2022-001622

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y cero minutos del diecinueve de enero del dos mil veintidós.**

**Acción de inconstitucionalidad** promovida por [Nombre 001], mayor, indígena térraba, portador de la cédula de identidad número [Valor 001], vecino de la [Nombre 002] contra el Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "**Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad**".

#### **Resultando:**

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:09 horas del 13 de abril de 2018, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, que es "**Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad**", publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 31 de 13 de febrero de 2008. El accionante afirma que pertenece al grupo originario Brorán del Territorio Indígena Térraba. Alega que la normativa cuestionada viola el principio de irreductibilidad del bosque, contemplado en diversas normas de índole legal, por lo que no es posible permitir la tala de árboles y la eliminación de zonas de protección, así como la inundación de territorios, pues no nos encontramos frente a fundos de naturaleza privada, sino territorios indígenas. Los territorios indígenas son creados por medio del legislador, razón por la cual, solo por esa vía se puede modificar el destino de esos suelos. La

inundación del bosque supone la pérdida del conocimiento originario asociado con este, lo que viola el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo. Considera que la normativa impugnada viola el principio de reserva de ley y de inderogabilidad singular de la norma, en cuanto soslaya las disposiciones de la Ley Indígena, en lo que se refiere a la posibilidad de disminuir el alcance de estos terrenos. Además, se deja indebidamente de lado las normas de la Ley de Patrimonio Arqueológico, Ley N° 6073, que incluye dentro de éste a los inmuebles producto de las culturas indígenas. De modo que, el régimen de los territorios indígenas no es equiparable a los de propiedad privada y, por tanto, solamente por vía legal se puede modificar su destino. Es evidente que la inundación que se prevé en el proyecto lesiona, de manera grosera, el uso de los territorios que son indígenas. Considera que el agua, la biodiversidad y ciertos puntos espaciales tienen derecho, razón por la cual la Sala Constitucional debería intervenir en el caso concreto. Insiste en que las declaratorias de conveniencia nacional, en los términos del artículo 19, de la Ley Forestal, sólo son aplicables respecto de fundos privados. Pide que se observe, al sub examine, los alcances de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Yakey AXA vs. Paraguay*, y *Saramaka vs. Surinam*, además de la opinión consultiva N° OC-23/17. La normativa cuestionada vulnera el artículo 5°, de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, y la Convención sobre Protección de Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Estima que se debería reconocer la personalidad jurídica al Río Grande de Térraba, como se ha efectuado en otros ordenamientos, respecto de ciertos bienes naturales. Insiste en que la reducción de los territorios indígenas debe producirse vía ley, lo que no se ha efectuado en el caso concreto. Solicita se declare con lugar la acción y la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que proviene del párrafo 2°, del artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuanto se defienden el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que es parte de la defensa de intereses difusos.

3.- Por resolución de las 9:12 horas del 17 de abril de 2018, se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República, al Ministerio de la Presidencia y al Ministerio de Ambiente y Energía.

4.- Julio Jurado Fernández, en su condición de Procurador General de la República rindió su informe, e indica que la legitimación esgrimida por el accionante- interés difuso en defensa del derecho a un ambiente sano y equilibrado, aunado a su origen "Borán" del territorio [Nombre 002] (que se verían inundados con el embalse del proyecto), es procedente al tenor del numeral 75, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Señala, que los alegatos del accionante se desarrollan en seis reflexiones:

**1. Violación al principio de irreductibilidad del bosque:** los Considerandos VIII-X, y artículos 1, y 9, del decreto impugnado (Decreto Ejecutivo N° 34312, Declara de Conveniencia Nacional e Interés Público los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad) permiten la tala e inundación del bosque y cambio de uso de suelo en territorios indígenas, lo anterior, se opone al artículo 50, Constitucional, al Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo; y, además, no es procedente la declaratoria de conveniencia nacional en estos territorios.

**2. Violaciones a los principios de reserva de Ley e inderogabilidad singular de la norma:** los Considerandos VIII-X, y artículos 1, y 9, del decreto impugnado, autorizan la tala e inundación de bosques en territorios indígenas, su cambio de uso de suelo, la pérdida de biodiversidad y afectación de sitios sagrados, esto transgrede los artículos 7, 50, y 89, Constitucionales, el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 2.2 b, y 13-15), artículos 1, y 3, de la Ley N° 6172, y artículo 1, de la Ley N° 6703.

**3. Inaplicación de las declaratorias de conveniencia nacional en territorios indígenas:** las declaratorias de conveniencia nacional solo son aplicables a territorios privados y no a los indígenas, los artículos 50 y 89, Constitucionales, el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley N° 6172, y la Ley N° 6703, otorgan a estos territorios una condición especial similar a los bienes de dominio público.

**4. Violación a la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América Latina (Ley N° 3763, artículo 5), la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (artículos 4 y 5), y los artículos 7, 50 y 89, Constitucionales,** puesto que la represa contemplada en el decreto impugnado inundará territorios indígenas.

**5. Reconocimiento de personalidad jurídica al Río Grande de Térraba:** la represa de dicho río transgrede lo dispuesto por el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 2.2 b, y 13-15), y el numeral 21, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que dicho afluente es un ente sagrado y vivo para los grupos indígenas.

**6. Afectación a grupos indígenas sin Ley:** el decreto impugnado no es procedente, porque los territorios indígenas no deben disminuirse, inundarse, cambiarles el uso de suelo, o talar sus árboles sin autorización legal, lo indicado, se opone a lo dispuesto por los artículos 13.1, y 14.2, del Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 21, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las normas 7, 50 y 89, Constitucionales, y la Opinión Consultiva OC-23/17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reafirma, que la Sala Constitucional ya se ha pronunciado, en dos ocasiones (Expedientes N° 08-9215-0007-CO y N° 16-005486-0007-CO), respecto al Decreto Ejecutivo N° 34312 y en dichos trámites se constató que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís aún no cuenta con coordenadas que determinen el sitio donde eventualmente se desarrollará, de momento, el proyecto quedó en fase de investigación y ahora está inactivo; siendo así, es impredecible que el proyecto menoscabe reservas indígenas. Alude que, respecto al primer alegato del accionante, se reitera que como el proyecto aún no cuenta con coordenadas que determinen el sitio donde eventualmente se desarrollará, entonces no puede confirmarse una reducción, inundación o tala de bosques en territorio indígena (propiedad privada comunitaria). Apunta que, en cuanto al segundo alegato, el decreto impugnado no lesiona los principios de Reserva de Ley y de Inderogabilidad Singular del Reglamento, porque dicho acto administrativo se amparó en lo preceptuado en los numerales 19 y 34, de la Ley Forestal; aun cuando en la especie no vislumbra perjuicio para los territorios indígenas, estima que la Ley Indígena (Ley N° 6172) ha de interpretarse sistemáticamente con la Ley Forestal, esta última habilita al Poder Ejecutivo dictar en todo el país y cuando lo juzgue procedente, decretos de conveniencia nacional para proyectos de infraestructura en inmuebles de dominio privado. Aclara que, relacionado al tercer argumento, el hecho

de que las reservas indígenas sean inalienables e imprescriptibles respecto a las personas no indígenas, no les endosa el calificativo de bienes de dominio público porque, en este caso específico, no cuentan con: titularidad administrativa, acto de afectación (para uso público o servicio público), sujeción a un régimen jurídico especial de Derecho Administrativo o conjunto de disposiciones que lo constituyen, integrado por los principios sobre los que se diseñan las potestades de autotutela demanial. En ese sentido, la Procuraduría concuerda con lo resuelto por lo expuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI (Sentencia N° 138/2013), y Sección VII (Sentencia N°127/2015) “(...) *los territorios indígenas reconocidos en Costa Rica, son bienes propiedad privada de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional, cada uno con personalidad jurídica propia (...)*”(énfasis en negrita del original) por lo que estarían sujetos a la Ley Forestal y lo referido por el decreto impugnado. Añade que, con el cuarto argumento, el decreto impugnado no alude a los territorios indígenas o autoriza la inundación de estos, y más bien, el Estado ha cumplido el compromiso internacional de adoptar leyes y reglamentos para conservar y proteger los bosques, así como sus ecosistemas naturales, dentro del concepto de desarrollo ambientalmente sostenible, y tampoco quebrantaría las normas convencionales y constitucionales mencionadas. Expone que, sobre el quinto alegato, la incorporación de la naturaleza como sujeto de derechos es incipiente y comporta un cambio de paradigmas, y aún estamos en un sistema que niega derechos a todo lo que no sea humano; dicho alegato plantea una cuestión deontológica y no una transgresión a normas o principios constitucionales por la falta de ese reconocimiento. Subraya que, si bien una reserva indígena puede incorporar un río, dicho afluente no pierde su carácter demanial; es decir, los ríos están sometidos a un régimen jurídico especial de Derecho Público y no son titularidad de una Asociación de Desarrollo Integral, por ejemplo. Explica que, por lo que corresponde al último alegato, se reitera lo planteado en la refutación del primer alegato: como el proyecto aún no cuenta con coordenadas que determinen el sitio donde eventualmente se desarrollará, entonces no puede confirmarse una reducción, inundación o tala de bosques en territorio indígena (propiedad privada comunitaria). El accionante pide que si no se estima que los decretos de conveniencia no son aplicables a los territorios indígenas, subsidiariamente, pide se indique que no pueden disminuirse, inundarse, cambiárseles el uso del suelo, ni talarse sus árboles sin una ley que lo fundamente. Sin embargo, la Procuraduría reitera que es incierta la ejecución del Proyecto ni se puede afirmar el sitio donde se desarrollaría. Por lo anterior, solicita se declare sin lugar la acción y recomienda a la Sala Constitucional solicitar la audiencia del Instituto Costarricense de Electricidad.

5.- Carlos Manuel Rodríguez Echandi, en su calidad de Ministro de Ambiente y Energía, contesta la audiencia concedida e indica que las reglas generales de no cortar o aprovecharse de árboles en Patrimonio Natural del Estado, y no cambiar el uso de suelo en terrenos privados con bosque, cuentan con la excepción en el supuesto de que se arguya una “conveniencia nacional” con dicho proceder y se demuestre que los “(...) *los beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales*”. Esta excepción está establecida en el artículo 19, inciso b), y numeral 34, y de conformidad con el artículo 3, inciso m), todos de la Ley Forestal. La figura de la Conveniencia Nacional, no aplica para cualquier situación o proyecto, sino únicamente para aquellos casos en los que se logre demostrar que los beneficios sociales sean mayores que el costo socioambiental, no obstante no consta en este Despacho los estudios y valoración social y económica que así lo justifiquen, lo anterior sin dejar de lado, que el proyecto se realiza sobre territorio indígena.

6.- Rodolfo Piza Rocafort, en su calidad de Ministro de la Presidencia, contesta la audiencia concedida e indica que en el año 2008, en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (Jorge Manuel Dengo Obregón), se declaró la conveniencia nacional e interés público del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y se fijó como uno de sus objetivos: reducir la dependencia de combustibles importados, aprovechar mejor las fuentes de energía renovables en el país, y llegar a producir el cien por ciento de la electricidad nacional a partir de fuentes de energía renovables. Manifiesta, que el proyecto fue diseñado para ejecutarse en diversas fases y actualmente se encuentran en la primera; misma que conlleva la realización de estudios propios de factibilidad como: estudios del entorno físico (geología, geofísica, hidrología, entre otros), que fungen como insumo para el diseño de las obras, y la colecta de información biótica, física y socioeconómica, la cual se empleará como sustento técnico del Estudio de Impacto Ambiental. Expone que, para obtener la viabilidad ambiental del proyecto, se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los territorios indígenas que podrían verse afectados; tal y como lo indicó la Resolución N° 1815-2014-SETENA (del 5 de septiembre de 2014), en donde se acusó la necesidad de efectuar dicha consulta indígena. Explica, que no habían cumplido con ese requisito porque, en su momento, no existían herramientas para realizar la consulta citada; no obstante, el 5 de abril del 2018 se emitió el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP: Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas. Agrega que sobre los restantes argumentos del accionante que se circunscriben a la especialidad de la materia, se adhiere al informe emitido por el Ministerio de Ambiente y Energía. Solicita se declare sin lugar la acción.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo, del artículo 81, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron publicados en los números 078, 079 y 080 del Boletín Judicial, de los días 04, 07 y 09 de mayo de 2018.

8.- Mediante escritos presentados el 7 de mayo de 2018, se apersonan [Nombre 015], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 015]; [Nombre 016], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 016]; [Nombre 017], portador de la cédula de identidad N° [Valor 017]; y [Nombre 018], portador de la cédula de identidad N° [Valor 018]; para que se les tenga como coadyuvantes activos de la acción, solicitan se declare con lugar, se respeten los territorios indígenas, así como los sitios sagrados, así como que el Río Grande de Térraba sea considerados un sujeto con personalidad jurídica conforme se pide en la acción.

9.- Mediante escritos presentados el 9 de mayo de 2018, se apersonan [Nombre 019], portadora de la cédula de identidad N° 4-[Valor 019]; [Nombre 020], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 020]; [Nombre 021], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 021]; [Nombre 022], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 022]; [Nombre 023], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 023]; [Nombre 024], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 024]; todos como coadyuvantes activos de la acción, y solicitan se declare con lugar, se respeten los territorios indígenas, así como los sitios sagrados, así como que el Río Grande de Térraba sea considerados un sujeto con personalidad jurídica conforme se pide en la acción.

10.- El 10 de mayo de 2018, presentan escrito de coadyuvancia el Consejo de Mayores Brorán del territorio [Nombre 002] integrado por los miembros: [Nombre 003], portador de la cédula de identidad N° [Valor 003]; [Nombre 004], portador de la cédula de identidad N° [Valor 004]; [Nombre 005], portador de la cédula de identidad N° [Valor 005]; [Nombre 006], portador de la cédula de identidad N° [Valor 006]; [Nombre 007], portador de la cédula de identidad N° [Valor 007]; [Nombre 008], portador de la cédula

de identidad N° [Valor 008]; [Nombre 009], portador de la cédula de identidad N° [Valor 009]; [Nombre 010], portador de la cédula de identidad N° [Valor 010]; [Nombre 011], portador de la cédula de identidad N° [Valor 011]; [Nombre 012], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 012]; [Nombre 013], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 013]; y [Nombre 014], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 014]; para que se les tenga como coadyuvantes activos de la acción, asimismo señalan que están opuestos a la intervención del lugar, de sitios sagrados, tala de árboles, pérdida de biodiversidad, y que el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, les garantiza paz y tranquilidad, mientras que el Decreto impugnado los saca y expulsa de lo que por muchísimos años han tenido. Piden respeto.

**11.-** Por escrito del 10 de mayo de 2018, otro grupo presentan coadyuvancia activa, suscrito por [Nombre 003], portador de la cédula de identidad N° [Valor 003]; [Nombre 004], portador de la cédula de identidad N° [Valor 025]; [Nombre 005], portador de la cédula de identidad N° [Valor 005]; [Nombre 006], portador de la cédula de identidad N° [Valor 006]; [Nombre 007], portador de la cédula de identidad N° [Valor 007]; [Nombre 008], portador de la cédula de identidad N° [Valor 008]; [Nombre 025], portador de la cédula de identidad N° [Valor 026]; [Nombre 026], portador de la cédula de identidad N° [Valor 027]; [Nombre 009], portador de la cédula de identidad N° [Valor 009]; [Nombre 027], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 028]; [Nombre 028], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 029]; [Nombre 029], portador de la cédula de identidad N° [Valor 030]; [Nombre 030], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 031]; [Nombre 031], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 032]; [Nombre 032], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 033]; [Nombre 033], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 034]; [Nombre 034], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 035]; [Nombre 035], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 036]; [Nombre 036], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 037]; [Nombre 037], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 038]; [Nombre 038], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 039]; [Nombre 039], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 040]; [Nombre 040], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 041]; [Nombre 041], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 042]; [Nombre 042], portador de la cédula de identidad N° [Valor 043]; [Nombre 043], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 044]; [Nombre 044], portador de la cédula de identidad N° [Valor 045]; [Nombre 045], portador de la cédula de identidad N° [Valor 046]; [Nombre 046], portador de la cédula de identidad N° [Valor 047]; [Nombre 047], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 048]; [Nombre 048], portador de la cédula de identidad N° [Valor 049]; y [Nombre 049], portador de la cédula de identidad N° [Valor 050]; en la que solicitan declarar con lugar la acción para dar el reconocimiento de que los pueblos originarios tienen un vínculo estrecho y directo con sus territorios, y que los mismos no son propiedad privada, bajo cuyo régimen no se pueden dar declaratorias de conveniencia nacional por medio de la cual se talen árboles o se afecten ríos y quebradas. Que reconozcan al Río Grande de Térraba como sujeto con derechos dado el mismo es vital para los coadyuvantes y al represarlo, eliminaría parte de su cultura y sitios vitales sagrados. Un río con una represa pierde vida y biodiversidad pues es interrumpido su flujo natural. Con iguales argumentos, [Nombre 050], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 051]; [Nombre 051], portador de la cédula de identidad N° [Valor 052]; [Nombre 052], portador de la cédula de identidad N° [Valor 053]; [Nombre 053], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 054]; [Nombre 054], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 055]; [Nombre 055], portador de la cédula de identidad N° [Valor 056]; [Nombre 056], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 057]; [Nombre 057], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 058]; [Nombre 058], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 059]; [Nombre 059], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 060]; [Nombre 060], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 061]; y [Nombre 061], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 062].

**12.-** En otros escritos presentados el 10 de mayo de 2018, [Nombre 062], portador de la cédula de identidad N° [Valor 063]; [Nombre 063], portador de la cédula de identidad N° [Valor 064]; [Nombre 064], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 065]; [Nombre 065], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 066]; [Nombre 066], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 067]; [Nombre 067], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 068]; [Nombre 068], portador de la cédula de identidad N° [Valor 069]; [Nombre 069], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 070]; [Nombre 070], portador de la cédula de identidad N° [Valor 071]; [Nombre 071], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 072]; [Nombre 072], portador de la cédula de identidad N° [Valor 073]; [Nombre 073], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 074]; [Nombre 074], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 075]; [Nombre 075], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 076]; y [Nombre 076], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 077]; para que se les tenga como coadyuvantes activos de la acción, solicitan se declare con lugar, se respeten los territorios indígenas, así como los sitios sagrados, así como que el Río Grande de Térraba sea considerados un sujeto con personalidad jurídica conforme se pide en la acción.

**13.-** Mediante escrito presentado por medio de fax el 10 de mayo de 2018, a la secretaria de la Sala, el señor [Nombre 077], abogado y auditor ambiental, vecino de la Zona Sur, solicita se le tenga como coadyuvante activo para que se respeten los territorios indígenas, así como los sitios sagrados, patrimonio histórico, arqueológico, y su cosmovisión espiritual de los pueblos indígenas. Y, además, que se declare al Río Grande de Térraba como un sujeto con personalidad jurídica, respeto al principio de irreductibilidad del bosque, solicita la inspección-in situ, entre otras cosas.

**14.-** Por escrito presentado el 11 de mayo de 2018, en iguales términos que los anteriores coadyuvantes, presentan solicitud [Nombre 078], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 078]; [Nombre 079], portador de la cédula de identidad N° [Valor 079]; [Nombre 080], portador de la cédula de identidad N° [Valor 080]; [Nombre 081], portador de la cédula de identidad N° [Valor 081]; [Nombre 082], portador de la cédula de identidad N° [Valor 082]; [Nombre 083], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 083]; [Nombre 084], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 084]; [Nombre 085], portador de la cédula de identidad N° [Valor 085]; [Nombre 086], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 086]; [Nombre 087], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 087]; [Nombre 088], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 088]; [Nombre 089], portador de la cédula de identidad N° [Valor 089]; [Nombre 090], portador de la cédula de identidad N° [Valor 090]; [Nombre 091], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 091]; y [Nombre 092], portador de la cédula de identidad N° [Valor 092].

**15.-** [Nombre 093], mayor de edad, casado, abogado y profesor de Derecho Indígena de la Universidad de Oklahoma, con número de pasaporte [Valor 093], solicita admitirle como coadyuvante activo de la acción de inconstitucionalidad. Se propone establecer que las comunidades indígenas tienen el derecho de usar y gozar de sus tierras tradicionales, bosques y a que no se pongan en peligro o riesgo la subsistencia de los mismos. Alega que hay una diferenciación cuando se aplica cualquier normativa que incida o involucre a un territorio indígena. Señala el conflicto de naturaleza constitucional que hay en el artículo 9, incisos a),

b), c) y d), del Decreto Ejecutivo N° 34312. Afirma que se incurre en desprotección si no se observan las garantías exigidas en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, la ejecución de estos proyectos sin los mencionados estándares internacionales causa daños, pérdidas irreparables, generan situaciones de mayor pobreza y sufrimiento en las comunidades afectadas. Razón por la cual, se requiere de medidas estructurales y acciones integrales de parte de los Estados para proteger a las comunidades indígenas. El gestionante repasa la historia de participaciones a nivel internacional de Costa Rica con sus votos afirmativos para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), y la ratificación del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1993). El Decreto Ejecutivo no hace referencia alguna a territorio indígena ni otro similar, pero se debe asegurar una aplicación rigurosa de estas obligaciones jurídicas en el marco de los territorios indígenas. En virtud de los compromisos internacionales el Estado debe la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Dicha protección respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas y tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 26.3, y el artículo 21, de la Convención Americana). Así lo expresó el Estado costarricense ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el 2006, de igual forma el gestionante cita el caso de *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Señala también el conflicto del artículo 9, incisos a), b), c), y d), del Decreto Ejecutivo, y el Convenio N° 169, y su aplicación del derecho internacional hacia los recursos naturales de las comunidades indígenas. También, se enfocó en traer a la discusión la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana: caso *Saramaka vs. Surinam*, en la que hizo referencia cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada entran en contradicción. En similar sentido el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* en el que la propiedad de la tierra garantiza el patrimonio cultural de las comunidades indígenas. En el escrito de coadyuvancia se afirma que los pueblos indígenas tienen derechos sobre todos los recursos existentes en sus tierras, en el que destaca que el Estado de Costa Rica informó al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2014) sobre un abordaje favorable a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Señala también la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el respeto que los Estados deben garantizar a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Continúa destacando la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam* para las emisión de concesiones madereras y otros recursos naturales en tanto tengan participación de los beneficios efectivos y resguardar las condiciones señaladas, entre otras cosas. Finalmente, considera que la Sala debe dar un paso adelante como se ha realizado en otros pocos Estados del mundo en reconocer la personalidad jurídica al Río Grande de Térraba. Entiende que es un río que se ha venido deteriorando, que se habían diseñado planes para su recuperación y protección, pero no se habían materializado. Señala a la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-622 de 2016, con el reconocimiento del “río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos de protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas [...]” (sic). Lo mismo que Corte de Ecuador, India y Nueva Zelanda. Pide, independientemente de si se tratase de fase inicial o no del proyecto, declarar con lugar la acción contra el artículo 9, incisos a), b), c), y d), del Decreto Impugnado, en el tanto concuerde con tierras dentro de territorios indígenas.

**16.-** Por escrito presentado el 16 de mayo de 2018, solicitan ser tenidos como coadyuvantes activos de la acción, los siguientes gestionantes: [Nombre 094], portadora de la cédula de identidad N° [Valor 094]; [Nombre 095], portador de la cédula de identidad N° [Valor 095]; y [Nombre 096], portador de la cédula de identidad N° [Valor 096], quienes manifiestan su atención al elevado valor del Río Grande de Térraba, que ha venido siendo respetado, amado, admirado y protegidos por generaciones de pueblos indígenas, con valor paisajísticos, fuente de vida, y su ecología. Piden respeto a los territorio indígenas, así como los sitios sagrado de la región. Piden tomar al mencionado Río como sujeto con personalidad jurídica y manifiestan actuar en apoyo de las personas que son de pueblos originarios.

**17.-** Por escrito presentado el 17 de mayo de 2018, el señor [Nombre 097], coordinador del Programa Kioscos Socioambientales de la Universidad de Costa Rica, solicita se le tenga como coadyuvante activo de la acción. Pide que se disponga que el Río Grande de Térraba sea tomado como un sujeto con personalidad jurídica, por las siguientes razones: Esta declaratoria es un proceso legal y político basado en los derechos de la naturaleza de las nuevas constituciones y sentencias de la Corte Constitucional Colombiana (Río Atrato); y los casos de Río Whanganui en Nueva Zelanda, y el sagrado río Ganges en India. Se podría afectar a más de trescientas sesenta y cinco especies de animales terrestres que habitan los bosques que se verían inundados, además de la desaparición de trece especies de peces que no se encuentran en otra parte del mundo. Por la disminución de sedimentos hacia el Humedal Térraba-Sierpe por cambios en la afluencia del Río Térraba. El embalse inundaría ciento sitios arqueológicos y con ellos se perdería buena parte de la historia milenaria de nuestros pueblos y particular la explicación al enigma que representar las Esferas del Delta del Diquís. Se ubican cementerios ancestrales, la inundación total de las cavernas a las orillas del río y la modificación del cauce del Río Térraba, alterando las formas de vida y tradiciones de los pueblos indígenas, e impacto sobre las prácticas de la población que utilizan el río como transporte, canales de riego o viven de la pesca artesanal. El desarrollo del proyecto es un negocio para la venta de energía a países de la región, el ambiente y las comunidades correrán con la mayoría de los costos. Se han realizado los llamados “estudios previos”, pero en realidad se trata de proyectos previo como apertura y reparación de caminos, estudios geológicos, almacenes, campamentos, oficinas, construcción de torres de alta tensión, túneles, extracción de materiales, desvío de quebradas y dragados, entre otras cosas (con señalamiento de los expedientes de identificación). Señala que las acciones señaladas no serán valoradas en un mismo instrumento de evaluación ambiental integral. El magaproyecto, ya segmentado en pequeñas o medianas obras en distintos momentos, oculta el impacto real de la obra total y dificulta el cálculo de una relación costos-beneficios. Se debe hacer reasentamiento de comunidades, entre ellas mil quinientas personas en un distrito nuevo en Buenos Aires, más once comunidades que viven del humedal Térraba-Sierpe, y presenta una serie de interrogantes de actividades económicas y sociales, que en sí mismos tendrán otros impactos ambientales sin poder cuantificar sus costos-beneficio y del impacto integral. Esto además de los cambios en el comportamiento de la retención de sedimentos sobre el humedal, lo que provocará cambios drásticos en la costa, y posiblemente, desaparición del humedal. Aporta otra información técnico-científico.

**18.-** En escrito presentado por fax el 18 de mayo de 2018, [Nombre 098] y [Nombre 099], incoan escrito para que se les tenga como coadyuvantes activos, señalan respecto del artículo 1° y el considerando IX, del Decreto Ejecutivo impugnado que la

tala del bosque implica incluir áreas que no son contempladas en la Ley Forestal y a las que no les cubre la excepción planteada en su artículo 34. El Poder Ejecutivo pretende cortar árboles en terrenos de bosque, además de las áreas de protección establecidas en la norma, se incluye la tala de terrenos forestales en territorios indígenas, lo que en sí es una violación grosera al artículo 50, de la Constitución Política. Con el Decreto se pasa por encima de la legislación ambiental. Y, en cuanto a la viabilidad ambiental, artículo 6, del Decreto, indican que carece de un verdadero sustento técnico y se convierte en una mera manifestación política, pues el Poder Ejecutivo está declarando de conveniencia nacional un proyecto que, a la fecha, no se sabe si es compatible con las exigencias legales y los parámetros ambientales técnicos para alcanzar una viabilidad ambiental. Agregan que hay quebranto al principio constitucional de no regresión ambiental, porque los terrenos forestales descritos en la Ley Forestal, y que no coincidan con las áreas de protección señaladas en el artículo 33 de dicha ley, cuentan con una protección especial, que prohíbe expresamente la tala. Se intenta aplicar excepciones que no aplican a las áreas de protección. Piden declarar con lugar la acción.

19.- [Nombre 100], portador de la cédula de identidad N° [Valor 097], Presidente de la Federación para la Conservación de la Naturaleza (FECON), el 18 de mayo de 2018, solicita se le tenga como coadyuvante activo de la acción de inconstitucionalidad. Señala que los artículos 2, párrafo segundo, y 3, 4, y 7, de la Ley N° 6172 de 16 de noviembre de 1977, la Sala debe declarar con lugar la acción y establecer el respeto a los territorios indígenas, así como los sitios inalienables. Señala que conforme al artículo 7, mencionado, hay un régimen jurídico de protección especial para los terrenos forestales dentro de los territorios indígenas. Estos deben mantener su aptitud forestal. Es evidente que talar los árboles y sustituir los ecosistemas en cuestión por un proyecto hidroeléctrico, hace materialmente imposible que se conserve la naturaleza forestal del terreno. Agrega que el cambio de uso de suelo tiene que justificarse, que el impacto ambiental se amortigua por el beneficio social a la población afectada. Pero en el Decreto no existe ningún apartado que desarrolle el alcance del impacto ambiental y por el contrario en su artículo 6, le da a la Secretaría Técnica Ambiental un plazo de cinco meses para la determinación de la Viabilidad Ambiental. Hay lesión al principio precautorio, que dice que en caso de certeza científica sobre el impacto ambiental de un proyecto, el Estado debe de resolver a favor de la naturaleza. Se le otorga conveniencia nacional al proyecto, pero sin una evaluación ambiental se desconoce el impacto ambiental. Si éste no se tiene claro: ¿Cómo sabe el Poder Ejecutivo que el costo del proyecto se justifica con los beneficios? Es imposible saberlo si aún no se conoce el costo ambiental. Finalmente, aunque la Procuraduría General de la República indique que en razón de que las coordenadas geográficas son inciertas es incierto el lugar donde se desarrollará el proyecto, pero en su criterio basta el considerando IV y el artículo 8. Apoyan la acción en favor de los pueblos originarios, así como para la protección del ambiente.

20.- [Nombre 101] solicita ser tenido como coadyuvante activo de la acción, para lo cual indica que el Decreto Ejecutivo N° 34312 violenta el principio de reserva de ley, no se indicó que existían terrenos que son parte de territorios indígenas, y más bien relevan al Ice de demostrar de quien son los terrenos que se verán afectados por el proyecto, y es solo hecho vicia de inconstitucionalidad el Decreto. La Universidad de Costa Rica indicó, mediante acuerdo en sesión N° 5668, ordinario, del 28 de septiembre de 2012, que la *"construcción del PHED conllevaría irremediablemente a la afectación de 150 sitios arqueológicos dentro de los cuales se encuentran sitios sagrados y ancestrales térrabas, que representan un elemento intangible cultural y de identidad para los grupos indígenas, según el Convenio 169 de la OIT"*. Las reservas indígenas son bienes demaniales creados por ley, se debe acudir a la elaboración y aprobación de una ley expresa, y por ello vía decreto es absolutamente inconstitucional. Sobre la naturaleza de los territorios indígenas, de acuerdo con el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, que no se puede considerar propiedad privada, o comunal simple, dado que una calificación de esa categoría deja sin contenido la norma internacional ratificada por Costa Rica. Agrega que hay infracción del Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, pues el decreto cuestionado establece que se talarán bosques, incluso con especies en veda y que el Instituto Costarricense de Electricidad no debe demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el Proyecto, se está otorgando carta abierta o licencia indeterminada para destruir irreversiblemente los territorios indígenas. Alega que el Río Grande de Térraba es un ente sagrado y vivo para los grupos indígenas que viven ahí, represarlo es transgredir sus derechos de grupos originarios a aspectos culturales y tradicionales conforme al artículo 2.2.b, de la Convención. Cita el párrafo 379, de la Opinión Consultiva OC-21/17 de 15 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la especial protección de los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han usado los pueblos indígenas, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión. Estima violentado el artículo 89, Constitucional, en el tanto se violenta el deber de no contaminar o destruir el paisaje natural, el cual con la implementación del decreto, literalmente desaparecerá el paisaje natural existente hoy. Cita la Sentencia N° 2003-06324, de la Sala Constitucional. Sostiene que hay graves roces con las obligaciones internacionales contraídas por Costa Rica en instrumentos tales como la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (Ley N° 3763), la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Ley N° 5980), pues al reemplazar el paisaje natural existente por un espejo de agua de decenas de hectáreas. Se acusa la violación al principio de objetivación de la tutela ambiental, toda vez que en el considerando V del decreto cuestionado señala la necesidad de que existan estudios técnicos que señalen que el proyecto solventará la necesidad energética del país, cuanto hay otros. La necesidad de estudios técnicos previos no funciona como una mera formalidad, sino que responde al principio del sometimiento de las decisiones relacionadas con el ambiente a criterios de la ciencia y de la técnica. Acusa la violación del principio precautorio y de objetivación, señala el principio 15, de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. A pesar del señalamiento de la Procuraduría de que no hay coordenadas, es claro que no había certeza científica de los lugares que se verían afectados por las obras del proyecto. También se acusa al principio de compensación, que según los precedentes de la Sala debe hacerse por ley. De ahí, que la normativa ambiental se entiende que no es posible mediante decreto disminuir las áreas de las reservas indígenas para ser afectadas con un embalse que literalmente las desaparezca, el decreto no tiene la fuerza normativa y además se inundarán territorios indígenas, no tiene la posibilidad de compensar los terrenos de los pueblos indígenas.

21.- Por escrito presentado el 29 de mayo de 2018, la señora Irene Cañas Díaz, en su calidad de Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Electricidad, indica que se adhiere a los argumentos de derecho ampliamente desarrollados por la Procuraduría General de la República en defensa de los intereses del Estado. Señala que, mediante el Plan de Expansión de la

Generación Eléctrica (2016-2035), se pretende la adecuada oferta eléctrica en los años venideros del país y una de las ideas recomendadas es el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Refiere que, continuando con lo anterior, el proyecto citado operaría utilizando las aguas del río General, que recorre los cantones de Pérez Zeledón y Buenos Aires en la Zona Sur del país, tendría una potencia de generación de seiscientos cincuenta mega watts, una producción media de tres mil cincuenta giga watts hora al año- lo que se traduce en energía para proveer aproximadamente a un millón cincuenta mil clientes- y sería el mayor aprovechamiento hidroeléctrico en el país, con una potencia equivalente al treinta por ciento de la capacidad instalada del país en términos de energía y un veintitrés por ciento en términos de potencia- convirtiéndose en el embalse de regulación más importante junto con el de Arenal-. Manifiesta, que la consulta- de acuerdo al Decreto Ejecutivo N°40932 Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas- permitirá un diálogo de buena fe entre las partes para así determinar con exactitud los impactos a los sitios de interés cultural en los territorios indígenas, y establecer de manera conjunta las medidas de control que se deban aplicar; sin embargo, mientras la consulta no se realice no será posible determinar con certeza el impacto y las acciones correspondientes. Añade, que la obtención de resultados específicos en materia de análisis y valoraciones socioeconómicas y aspectos ambientales, insumos necesarios para el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto, no se lograrán hasta tanto no se celebre la consulta indígena indicada. Solicita se declare sin lugar la acción.

22.- Mediante la resolución de las 9:03 horas del 31 de mayo de 2018, la Presidencia de esta Sala resuelve los escritos presentados los días 7, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18 y 29 de mayo de 2018, mediante el cual admite como coadyuvantes activos a todos los solicitantes, salvo la presentada de último (29 de mayo) de la Presidente Ejecutiva del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), la que resulta extemporánea. Se advierte a los gestionantes que al no ser los coadyuvantes parte principal del proceso, no resultarán directamente perjudicados o beneficiados por la sentencia, es decir, la eficacia de la sentencia no alcanza a los coadyuvantes de manera directa e inmediata, ni les afecta la cosa juzgada, no les alcanza tampoco los efectos inmediatos de ejecución de la sentencia, entre otras cosas. Por otra parte, sobre la solicitud formulada el 29 de mayo de 2018, se consideró extemporánea, toda vez que fue presentada una vez transcurrido el plazo de quince días señalado en el artículo 83, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, contado a partir de la primera publicación del edicto a que se refiere el artículo 81, de la Ley de rito, razón por la cual fue rechazada. En esta resolución se tuvieron por presentados los informes de la Procuraduría General de la República, el Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía. A su vez, se turnó el expediente al Magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado, para el estudio de fondo correspondiente.

23.- Mediante escrito presentado por fax, el día 17 de junio de 2018, el señor Mario Enrique Mora Badilla, presenta gestión con el fin de admitirle como coadyuvante activo de la acción.

24.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 ídem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

25.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Salazar Alvarado**; y,

#### **Considerando:**

**I.- Sobre la admisibilidad.** El artículo 75, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, regula los presupuestos que determinan la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, cuando por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa, cuando se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o cuando sea presentada por el procurador General de la República, el contralor General de la República, el fiscal General de la República o el defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. Dispone el texto en cuestión que procede cuando "*por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa*". En segundo lugar, se prevé la posibilidad de acudir en defensa de "*intereses difusos*"; este concepto, cuyo contenido ha ido siendo delineado paulatinamente por parte de la Sala, podría ser resumido en los términos empleados en la Sentencia N° 1993-3750 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993:

*"... Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificados o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende reciben un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos que se encuentran en determinadas circunstancias y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter".*

En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (*difuso*) entre una pluralidad no identificada de sujetos. Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de "*difusos*", tales como: el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros. Al respecto, deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren, en principio, a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés que atañe a todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación -como órgano jurisdiccional- de limitarse a

conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda, de ninguna manera, llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales.

## **II.- Sobre la legitimación del accionante y las coadyuvancias incoadas extemporáneamente.**

En criterio de la Sala, es claro que el accionante tiene una doble legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, claramente expresado y delimitado en el considerando anterior, basado en el interés difuso para la defensa del medio ambiente, como también, para la defensa de intereses que atañen a la colectividad al deducir una pretensión por su condición de persona indígena, que en su caso sería la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En Sentencia N° 2019-017397 de las 12:54 horas del 11 de septiembre de 2019, se indicó que: *“en asuntos análogos al presente, esta Sala ya ha admitido la legitimación directa para formular acción de inconstitucionalidad, al tenor de lo previsto en el citado artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, párrafo segundo, en tanto que el interés que detentan los accionantes y que los legitima para interponer esta acción de inconstitucionalidad es el referido interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada (véase, entre otras, la sentencia número 2000-11530 de las 14:43 horas del 21 de diciembre de 2000 y la sentencia número 2011012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011). En este sentido, [...], este Tribunal también tiene por admitida esta acción al velar por la defensa de un interés que atañe a una colectividad, en este caso los derechos de los pueblos indígenas”*. En el mismo sentido, puede de igual forma consultarse la Sentencia N° 2014-005251 de las 14:30 horas del 23 de abril de 2014.

Dado que por resolución de las 9:03 horas del 31 de mayo de 2018, la presidencia de esta Sala resolvió todos los escritos de los días 7, 9, 10, 11, 15, 16, 17, y 18 de mayo de 2018, presentados en tiempo, con excepción del 29 de mayo, de ese año, igual suerte debe correr el escrito presentado por el señor Mario Enrique Mora Badilla, dado que fue incoado el 17 de junio de 2018. De este modo, su gestión debe ser rechazada por extemporánea.

**III.- Objeto de la impugnación.** La acción tiene como objetivo impugnar los artículos 1 y 9, del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado *“Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”*, que establece:

N° 34312

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

EL MINISTRO DE LA PRESIDENCIA

Y EL MINISTRO DE AMBIENTE Y ENERGÍA

*En el ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 140 incisos 8) y 20) de la Constitución Política, los artículos 3 inciso m), 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal, N° 7575 del 13 de febrero de 1996 y los artículos 1, 6, 7, y 19 del Código de Minería, Ley N° 6797 del 4 de octubre de 1982.*

Considerando:

*I.—Que entre las metas del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Jorge Manuel Dengo Obregón, se encuentra reducir la dependencia de combustibles importados, aprovechar mejor las fuentes de energía renovable del país y llegar a producir el 100% de la electricidad del país a partir de fuentes de energía renovables. Adicionalmente el acuerdo No. 24 del 7 de diciembre del 2006, declaró de interés público la Iniciativa “Paz con la Naturaleza” impulsada por la Presidencia de la República, mediante la cual Costa Rica se comprometió a ser neutral en carbono, o “C-Neutral”, para el año 2021.*

*II.—Que de acuerdo con las disposiciones del Decreto Ley N° 449 del 8 de abril de 1949, el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante el ICE, tiene como responsabilidad fundamental encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar para el pueblo de Costa Rica.*

*III.—Que el Decreto Ejecutivo N° 26728-MP-MINAE del 20 de febrero de 1998, dispone en su artículo 1° declara de interés público los proyectos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Asimismo el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 33619 del 20 de febrero del 2007, declara de conveniencia nacional e interés público los planes de expansión del ICE y sus empresas, en los Sectores de Electricidad y Telecomunicaciones.*

*IV.—Que los proyectos desarrollados por el ICE deben estar precedidos de procesos participativos de negociación y consulta, a fin de establecer puntos de concertación con las diferentes comunidades involucradas en el desarrollo de sus proyectos y de garantizar que las necesidades energéticas del país se satisfagan en armonía con el ambiente.*

*V.—Que el país necesita el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, cual forma parte del Plan de Expansión de Generación Eléctrica y se operará utilizando las aguas del río General que recorren los cantones de Bueno Aires, Osa y Pérez Zeledón; para lo que se requiere que los distintos órganos: y entes públicos brinden un trámite prioritario, expedito y efectivo a las gestiones del Instituto con la finalidad de asegurar la implementación oportuna del Proyecto.*

*VI.—Que los artículos 1, 6, 7, y 19 del Código de Minería, Ley N° 6797, declaran de utilidad pública toda actividad minera y reconocen al Estado el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible sobre todos los recursos minerales que existen en el territorio nacional, y en su mar patrimonial; otorgándole además la prioridad para explorar las riquezas naturales en cualquier momento y para la búsqueda de cualquier sustancia mineral, pudiendo hacerlo por sí o por medio de organismos que dependan de él.*

*VII.—Que el ICE llevó a cabo de forma exhaustiva un estudio geotécnico de materiales necesarios para la construcción de las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, del cual se desprende la necesidad de reservar algunas áreas cercanas a las futuras obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, que se han visualizado como posibles fuentes de materiales a utilizar en las obras.*

*VIII.—Que en la fase de pre ejecución -finalización de estudios y diseño final de las obras- y durante la fase constructiva del proyecto se requiere de la corta focalizada de especies arbóreas declaradas en veda; además se requiere recolectar, extraer y*

reubicar fauna y especies vegetales menores tales como: orquídeas, herbáceas, bromelias, helechos arborescentes, bambúes silvestres, arbustos, bejucos, principalmente, para fines de investigación científica.

IX.—Que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 prohíben el cambio de uso de suelo y la corta de árboles en terrenos cubiertos de bosque y en áreas de protección, exceptuando aquellos proyectos estatales o privados que el Poder Ejecutivo declare de Conveniencia Nacional, sean los proyectos cuyos beneficios sociales sean mayores a los costos socio ambientales.

X.—Que se hace necesario eximir al ICE de los requisitos establecidos en el artículo 89 del reglamento la Ley Forestal, para cortar y aprovechar el recurso forestal existente en ellos. **Por tanto,**

#### DECRETAN:

Artículo 1º—En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 3º inciso m), 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, se declara de Conveniencia Nacional e Interés Público los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante el ICE.

[...]

Artículo 9º—Se exceptúa al ICE de:

a) El artículo 89 del Decreto Ejecutivo N° 25721 del 17 de octubre de 1996, en relación con los requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el Proyecto.

b) El Decreto Ejecutivo N° 25700 del 15 de noviembre de 1996, sobre la veda establecida para la corta y aprovechamiento de las especies referidas,

c) El artículo 37 del Decreto Ejecutivo N° 32633 del 10 de marzo del 2005, sobre la recolecta, extracción y reubicación de especies de flora y fauna situadas en las áreas de investigación y sitios de obras del Proyecto, sus obras de transmisión asociadas y sus sitios de aprovechamiento de minerales no metálicos, y

d) El artículo 20 del Decreto Ejecutivo N° 32553 del 29 de marzo del 2005, en materia de prohibiciones y condiciones.

[...].”

A su vez, para mejor entender los alcances de la disposición y sus efectos, con el propósito de ilustrar el caso que nos ocupa, es relevante transcribir el numeral 89 del Reglamento a la Ley Forestal, N° 7575, que dice lo siguiente:

“Artículo 89- Los aprovechamientos en bosque, la corta de árboles en áreas agrícolas, urbanas, los proyectos agroforestales, los proyectos de reforestación y regeneración natural y los proyectos de pago de servicios ambientales, con o sin incentivos, podrán realizarse en terrenos de dominio privado inscritos, o en terrenos sujetos a posesión.”(sic)

Para demostrar la titularidad de la propiedad será necesario presentar certificación registral o notarial, donde se establezca la descripción del inmueble, gravámenes y anotaciones.

Para demostrar la titularidad de la posesión, se deberá presentar certificación judicial de la existencia de sentencia firme en el trámite de información posesoria correspondiente.

En fincas inscritas podrá autorizarse el aprovechamiento cuando existan contratos de arrendamiento, o cualquier otra modalidad contractual, en estos casos deberá presentarse certificación registral o notarial de la inscripción del arrendamiento al Registro Público, donde se indique expresamente la posibilidad otorgada al arrendatario de disponer del recurso forestal; en las modalidades contractuales no sujetas a inscripción, se deberá presentar certificación registral o notarial de la propiedad y documento público que demuestre la existencia del contrato sus alcances.

(Así reformado por Artículo 1º del Decreto Ejecutivo N° 27925 del 30 de abril de 1999)

(NOTA: Mediante el artículo 9º del decreto ejecutivo N° 34312 del 6 de febrero de 2008, se establece que se exceptúa al ICE de los requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el proyecto).”

**IV.- Sobre el fondo.** Esta Sala se avocará al problema que se presenta en el caso que nos ocupa, especialmente, a la luz de lo informado por el Ministro de Ambiente y Energía, en cuanto afirma que el Decreto Ejecutivo que declaró al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, como un proyecto de conveniencia nacional, fue promulgado conteniendo importantes omisiones; adicionalmente, la problemática ha evolucionado de distintas maneras; incluso, ello se ha reflejado en otros procesos tramitados ante este Tribunal. Pero, antes, se deberá resolver los alegatos del accionante sobre la propiedad indígena, para definir la naturaleza de la propiedad de las reservas indígenas; y, si es procedente que se pueda proceder o no, con el levantamiento de prohibiciones contenidas en la Ley Forestal. Finalmente, resolver los restantes alegatos como la personalidad del Río Grande de Térraba. En lo demás alegado, se resolverá conforme se vayan despejando los diferentes cuestionamientos constitucionales enunciados.

#### **V.- Sobre la propiedad indígena en el Derecho Internacional.**

Lo primero que debe decirse, es que mediante la Sentencia N° 1992-003003 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992, esta Sala estableció, en cuanto al Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo que:

“[...] El Convenio consultado, dentro del ámbito general de las materias encomendadas a la Organización Internacional de Trabajo (OIT) plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible, una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendentes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales a los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de

la situación deprimida, a veces incluso explotada y maltratada, en que viven los aborígenes de muchas naciones; situación que no es del todo ajena al Continente Americano, donde las minorías, y a veces mayorías indígenas se encuentran prácticamente marginadas de la civilización predominante, mientras, por otra parte, sufren la depresión y el abandono de sus propias tradiciones y culturas. Hoy, en el campo de los derechos humanos, se reconoce, en resumen: a) Que es necesario reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que están sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social: b) Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo-; c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante -medios entre los cuales destaca por su importancia el acceso a la educación y a la lengua oficial...”.

Esta decisión forma parte del *corpus iuris* de este Tribunal, el que inicia cuando se tramitó la consulta legislativa de constitucionalidad para la aprobación del Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, decisión que reconoce el robustecimiento de una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales, que fortalecerían la dignidad y atributos esenciales de los pueblos indígenas en el país, y el otorgamiento de medios específicos para darles plenitud a sus derechos.

Por otra parte, mediante la Sentencia N° 2002-03468 de las 16:04 horas del 16 de abril de 2002, la Sala estableció que:

*“En ese sentido, la Constitución Política, si bien no contiene un estatuto específico respecto de los derechos de las comunidades autóctonas, de su sistema (en especial de las normas contenidas en los artículos 28, 33, 50 y 74) es posible colegir un principio de reconocimiento de tales prerrogativas, basado en la idea de respeto y protección estatales, como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura y al mismo tiempo el acceso de sus integrantes a los frutos que el desarrollo nacional produce. Lo anterior es reafirmado por el numeral 76 constitucional, que expresamente plantea impone al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. Así, puede la Sala partir como premisa del reconocimiento constitucional hecho a favor de la identidad cultural y protección de los pueblos indígenas que habitan el país. El Derecho Internacional, por su parte, ha sido profuso en el reconocimiento de derechos de estas comunidades, destacando en ese sentido lo establecido en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (27), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.1 y 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2, 13 y 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 y 26). En forma concreta, ha sido la Organización Internacional del Trabajo la que ha generado la regulación más específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, los convenios números 107 y 169 contienen una detallada enumeración de derechos reconocidos a estos pueblos. Del Convenio número 107, resulta especialmente importante para el caso en estudio lo establecido en la Parte II (régimen de propiedad de las tierras indígenas). Del 169, también la Parte II regula lo atinente a las tierras indígenas”.*

Posteriormente, en esa misma sentencia, se agrega:

*“No cabe duda, por ende, que el Estado costarricense ha reconocido en forma amplia los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país. Lo mismo se puede decir respecto del específico derecho de propiedad comunal que corresponde a tales comunidades en razón de su pertenencia tradicional. 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. Para ello, la legislación nacional dispuso el traspaso registral de tales tierras a las respectivas comunidades indígenas (Ley número 6172, artículo 9°, antes transcrito), imponiéndose al Instituto de Desarrollo Agrario el deber de proceder a efectuar todos los trámites necesarios a fin de garantizar la efectiva verificación de dicho traspaso”.*

Entonces, resulta de vital importancia para la decisión del caso que nos ocupa, la regulación de la propiedad indígena, cuyo tratamiento se encuentra en varias de las disposiciones del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989, de la Organización Internacional de Trabajo. En esta Convenio, es claro que constituye una veta jurídica de gran trascendencia para el derecho a la propiedad indígena, con el que, a su vez, estaría resguardando una serie de derechos reconocidos expresamente para los grupos indígenas. Se debe entender que todo lo anterior, incluye claramente como telón de fondo un verdadero derecho de posesión pacífica de los territorios indígenas, que haga posible la vivencia de la cultura, tradiciones y la vida espiritual, concebida autónomamente por ellos. Si bien se puede utilizar el término tierras o territorios, debe señalarse que la utilización del término “tierras” no debe ser restrictivo, sino, por el contrario, es preferible el uso de la palabra territorio, que es más comprensivo de los intereses y derechos de los pueblos indígenas. De este modo, en su articulado, se reconoce, con toda claridad, lo siguiente:

**“Artículo 13.**

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos 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.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir 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.

**Artículo 14.**

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a

utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

#### **Artículo 15.**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. 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 equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la protección de la propiedad comunitaria en forma privativa y exclusiva, mediante los distintos remedios jurisdiccionales que otorga el ordenamiento jurídico costarricense, por sí mismos y/o con el concurso del Estado, o incluso en oposición al propio Estado cuando no sigue las formalidades legales y convencionales establecidas. Para una correcta decisión en el caso que nos ocupa, de conformidad con los alegatos del accionante, es importante abordar el tema del régimen general de los derechos fundamentales, en función de la propiedad colectiva indígena acordada en el Derecho de la Constitución.

**VI.- Sobre el derecho a la propiedad comunal indígena en la legislación nacional.** También, para abordar el tema de la propiedad indígena que nos ocupa, cabe indicar que la Ley Indígena, N° 6172 del 29 de noviembre de 1977, define quiénes son los indígenas, cuáles son las estructuras que les gobierna a la interno y externo de las reservas; y, principalmente, en lo que atañe a la acción, el problema de la propiedad de las reservas indígenas, sus protecciones de forma clara y prístina. Así, “Artículo 1°.- Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad.

Se declaran reservas indígenas las establecidas en los decretos ejecutivos números 5904-G del 10 de abril de 1976, 6036-G del 12 de junio de 1976, 6037-G del 15 de junio de 1976, 7267-G y 7268-G del 20 de agosto de 1977, así como la Reserva Indígena Guaymí de Conteburica.

Los límites fijados a las reservas, en los citados decretos, no podrán ser variados disminuyendo la cabida de aquéllas, sino mediante ley expresa.

Artículo 2°.- Las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. No son entidades estatales.

Declárase propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley. La Procuraduría General de la República inscribirá en el Registro Público esas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas. Las reservas serán inscritas libres de todo gravamen. Los trasposos del Estado a las comunidades indígenas serán gratuitos, no pagarán derechos de Registro y estarán exentos de todo otro tipo de carga impositiva conforme a los términos establecidos en la Ley de CONAI.

Artículo 3°.- Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas solo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Todo traspaso o negociación de tierra o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros

Artículo 4°.- Las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de CONAI. La población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo directivo representante de toda la población; del consejo principal dependerán comités auxiliares si la extensión geográfica lo amerita”.

Sobre el particular, se hace necesario transcribir la jurisprudencia de la Sala sobre este tema, en cuanto quedó definido en la Sentencia N° 2014-05251 de las 14:30 horas del 23 de abril de 2014, que:

“... de la simple lectura de las disposiciones de la Ley indígena que se han transcrito, se extrae que es la Ley -no el reglamento- es la que establece la propiedad y organización comunitarias. El párrafo segundo del numeral 2° regula esa propiedad comunitaria al indicar: “... Declárese (sic) propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley...”.

En cuanto a la organización el mismo cuerpo normativo establece que “... las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesora (sic) del CONAI” (el destacado no es del original). Ahora bien, es la Ley Sobre el Desarrollo de la Comunidad (N° 3859), la que regula las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y el artículo 3° del Reglamento a la Ley indígena que se impugna, no ha hecho más que concretar el tipo de organización que responde a las bases establecidas por el legislador en la Ley indígena que le sirve de marco, lo que además, se ajusta al Convenio 169 de la organización (sic) Internacional de Trabajo, en tanto materializa la obligación del Estado de velar porque las comunidades indígenas adopten una organización jurídica acorde a sus tradiciones, que

les permita el ejercicio de los derechos y obligaciones que la ley les reconoce. ...este tipo de estructura jurídica le permite disfrutar a este sector de la población de especiales beneficios (artículo 19 de la Ley 3859) de los que no disfrutarían con otro tipo de estructuración jurídica -verbigracia recibir servicios, donaciones, subvenciones, y transferencias anuales de dinero, tanto del Estado como de sus instituciones-, lo que conlleva, desde luego, el control ordinario de esos recursos públicos”.

Cabe señalar, entonces, que de la Ley Indígena se deriva el régimen jurídico de titularidad de las reservas indígenas y el que les brinda las protecciones necesarias para mantener su condición especial de propiedad comunitaria, como también habilitar los canales para recibir los beneficios que les correspondan. Una primera distinción, sin embargo, que se debe hacer, es que esa titularidad no solo recae sobre una persona jurídica privada con capacidad de derecho, sino que la ley también se ocupa de aclarar que no es una organización estatal.

En este sentido, al tener “*las comunidades indígenas plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase*”, el posterior desarrollo de los preceptos legales estableció que serían gobernadas por las Asociaciones de Desarrollo Comunal, las que, para que funcionen como gobierno local, las que tampoco son organizaciones públicas de base corporativa, sino de sujetos de derecho privado, para todos los efectos les representa. Sobre el particular, esta Sala, en Sentencia N° 2011-012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011 (entre otras), también se pronunció en los siguientes términos:

*«La legislación costarricense hace el reconocimiento de la capacidad jurídica del grupo indígena para representarse en los artículos 2 y 4 de la Ley Indígena, 3, 4 y 5 del Reglamento a la Ley Indígena, y el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 13568-C-G de 30 de abril de 1982, donde se reconoce la representación legal de las Comunidades Indígenas en las Asociaciones de Desarrollo Integral, que actúan como gobierno local, pero sin que se les pueda considerar entidades estatales. [...]».*

Por ello, debe quedar claro que los bienes inmuebles a nombre de las asociaciones, de las comunidades indígenas, no son bienes de dominio público, aunque traspasados por instituciones públicas a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, son de naturaleza privada. A su vez, para la Sala, hay que establecer -también- que a diferencia de la propiedad privada común, dadas las características de la forma colectiva o comunal de la propiedad indígena, se trata de una forma de propiedad privada especial, que no es pública o privada, clásicamente entendida, pero sí amparada a las protecciones del artículo 45, de la Constitución Política, de las disposiciones convencionales aplicables, o de los tratados de Derechos Humanos; y, las que determina la ley. De este modo, puede decirse que es una forma de propiedad privada *sui generis*, de suyo colectiva o comunal. La Sentencia N° 2011-000397 de las 11:32 horas del 14 de enero de 2011, estableció con certeza que: “*Importante es indicar sobre el carácter colectivo o comunitario de la propiedad indígena, ya que la pertenencia de ésta no es personal, sino del colectivo como tal. 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 a 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*”. Es claro, para la Sala, que el concepto del derecho a la propiedad admite este tipo de propiedad privada *sui generis*; tan solo basta recordar que desde hace mucho tiempo el derecho a la propiedad ha evolucionado para superar la concepción clásica de un derecho de primera generación, para aplicarse a una gran diversidad de formas de propiedad y posesión de las cosas. Esto permite entender que se ha rechazado las formas monolíticas del derecho a la propiedad. A esto se le debe agregar, además, que como derecho este viene acompañado de las potestades de todo dueño de exigir ante terceros un disfrute y goce privativo de la propiedad privada, así como también, la del dueño de tolerar las limitaciones que conlleva esa propiedad, cuando se le puede afectar con limitaciones de interés social. Pero, nada de esto, puede entenderse que excluye las formas tradicionales o especiales de defensa de la propiedad privada, especialmente, en cuanto este debe ajustarse a la defensa de los territorios indígenas por parte de las personas legítimas o con interés legítimo para hacerlo.

Para el caso de los territorios indígenas, debe tomarse en cuenta que ha sido también modulado el derecho a la propiedad regulado en el artículo 21, de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la sentencia del 27 de junio de 2012, del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que:

*“145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos (cita omitida). Entre los pueblos 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 (cita omitida). Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden 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 de tal disposición para millones de personas (cita omitida)”.*

La jurisprudencia convencional entonces también reconoce la importancia de la propiedad indígena por el carácter especial que tiene, para la conservación de la cultura indígena y su cosmovisión, para mantenerle intacta y protegida, y por supuesto, resguardada por las obligaciones internacionales derivadas del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, como lo alega el accionante. De ahí que, debe tener protecciones y beneficios particulares en la Ley, y en la aplicación de ésta, lo que debería incluir, la cuestión de si el territorio indígena es un concepto que supera una concepción tradicional de tierras, ello incluye una protección especial del bosque sobre esas tierras, razón por la cual debe haber un especial cuidado del Estado en la remoción de las protecciones que tiene para la propiedad privada.

El accionante argumenta en ese carácter especial de la propiedad indígena, junto a los compromisos internacionales, que debieran impedir que sea sometida a una declaratoria de conveniencia nacional del Régimen Forestal. Como bien acepta -inicialmente- el accionante, se debe distinguir los territorios indígenas del Patrimonio Natural del Estado, o lo que sería lo mismo, a Áreas Silvestre Protegidas de propiedad estatal. La Sala entiende que la argumentación está dirigida para que *no se asimile* la propiedad privada especial de los territorios indígenas a la clásica propiedad privada, dado que sobre éstos no hay protecciones específicas como sí las podría haber para el territorio indígena. Ahora bien, en una ocasión, esta Sala estableció que “*El régimen jurídico de protección*

de la propiedad de las Áreas Silvestres Protegidas y las Reservas Indígenas son distintas, toda vez que mientras en la primera es propiedad Estatal, la de las reservas indígenas pertenecen a una forma de propiedad comunitaria, de modo que, aunque éstas últimas son forma especial de propiedad, inscrita a nombre de una Asociación de Desarrollo Integral, no son equivalentes y no pueden asimilarse a las formas de protección de la propiedad de bienes del Estado, especialmente aquellas integradas al Patrimonio Natural del Estado” (Sentencia N° 2010-014772 de las 14:35 horas del 1° de septiembre de 2010). En el caso, la Sala analizó la yuxtaposición de límites del Parque Nacional Corcovado con los territorios pertenecientes a la Reserva Indígena Guaymí de Conteburica. Cabe indicar, entonces, que si los territorios indígenas no pueden ser considerados bienes de dominio público y sus bosques Patrimonio Natural del Estado, no por ello, dejan de ser bienes jurídicos relevantes a los que el Estado costarricense debe conservar y resguardar. Por el contrario, las protecciones que busca el accionante se deben encontrar en el Derecho de la Constitución, de la regularidad de las medidas que se tomen respecto de los territorios indígenas afectados, tomando en cuenta si se incide directa o indirectamente en ellos.

También, en el escrito de interposición de la acción, se argumenta la condición especial de los territorios indígenas, la que se debería asimilar -en su criterio- más a bienes de demanio público, para no estar sujeta a una posible declaratoria de conveniencia nacional sobre territorios indígenas. El énfasis de las argumentaciones del accionante se engarza con las protecciones de la inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de la propiedad comunal indígena. En criterio de la Sala, el origen de estas restricciones sobre la propiedad privada frente a una libertad de comercio, responde a fines legales distintos, pues en el caso de las Áreas Silvestres Protegidas Estatales se refiere al resguardo ambiental, protección al régimen forestal e hídrico, y para los territorios indígenas se origina en la protección de las costumbres y tradiciones a lo interno de éstos, entre las cuales se protege la negociación de tierras entre indígenas, no así para no indígenas. Esta Sala, en el ejercicio de la jurisdicción de la libertad, al resolver el recurso de amparo de una mujer indígena que convivía con un individuo ajeno al grupo indígena, topó con las medidas de la Asociación de Desarrollo Indígena que le impedían mantener posesión de tierras dentro del territorio indígena. Así, esta Sala, por Sentencia N° 2016-07536 de las 9:05 horas del 3 de junio de 2016, estableció que: *“Es por esa razón que en el caso concreto, considera la Sala que no se conculcan los derechos fundamentales de la recurrente. Como se dijo, el Estado ha reconocido la autonomía de los pueblos indígenas así como su estructura social y órganos competentes para tomar decisiones acordes a las costumbres ancestrales. En el sub lite, la amparada se muestra disconforme con una decisión adoptada por Asociación recurrida (sic), lo que, sin embargo, se ha basado en las costumbres de la comunidad indígena Cabécar. En efecto, el peritaje cultural aportado a este asunto demuestra que conforme a la costumbre indígena, si bien en la Reserva Indígena Cabécar de Chirripó de Turrialba no está prohibida la unión de personas indígenas y no indígenas, no menos cierto es que no se encuentra permitido que tales parejas vivan y posean tierras dentro del territorio indígena. Tal restricción no es infundada, puesto que contribuye a la preservación de la cultura cabécar, la protección de sus costumbres y su territorio, como bien se explica en el mencionado peritaje cultural”*. Aquí debe imperar la preservación de la cultura y tradiciones indígenas. No se debe olvidar la relación que mantienen los pueblos indígenas con el territorio y sus recursos naturales, de los cuales obtienen el sustento físico, cultural y espiritual. La inalienabilidad e imprescriptibilidad es para la protección de esa cultura indígena, proscribiendo las prácticas para acceder a los derechos de propiedad por posesión, ya sea por medio de la prescripción positiva o la usucapión. Se debe recordar, que la cosmovisión de la cultura indígena está desligada de las formas más invasivas de la naturaleza, de una mayoría de las personas no indígenas que explotan la tierra.

Entonces, aceptar la tesis del accionante, fundamentado en las protecciones de estos territorios en la Ley Indígena, haría muy engorroso conciliar las prácticas y costumbres indígenas con las normas del Patrimonio Natural del Estado, por sus implicaciones sobre el bosque y sus aspectos aprovechables por los indígenas, pues aún cuando el artículo 6, de la Ley Indígena, establece la propiedad indígena comunal, ésta es de toda la comunidad indígena representada por una Asociación de Desarrollo Integral, y a lo interno, es la ley la que les autoriza a construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas. Por otra parte, se autoriza el aprovechamiento de los recursos naturales, mientras estos sean medios para la preservación de las tradiciones ancestrales.

Ahora bien, esta Sala reafirma la obligación de preservar la propiedad indígena como forma de propiedad privada especial y de relevancia constitucional e internacional de los derechos humanos. El valor o preeminencia de la propiedad comunal indígena, no debe confundirse con formas de propiedad pública estatal, con las protecciones y restricciones legales impuestas, como las establecidas en los artículos 2 y 3, de la Ley Indígena, N° 6172 de 29 de noviembre de 1977, éste último en cuanto las declara *“... inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan”*. Esta argumentación o interpretación de derecho del accionante fue razonablemente rechazada por la Procuraduría General de la República, cuando acertadamente aclara que esta condición de las reservas indígenas no proviene de la asimilación de la propiedad a una figura de dominio público o demanial, es insuficiente con declararlas inalienables e imprescriptibles con relación a los no indígenas, pues no se cumple con un elemento subjetivo de la propiedad como la titularidad administrativa, y el elemento teleológico como el destino al uso público o a un servicio público, y como elemento formal o normativo la sujeción a un régimen jurídico especial de Derecho Administrativo, entre otras cosas. Una interpretación en tal sentido, con la normativa actual, no es procedente. Es comúnmente aceptado que la incorporación de un determinado sector o actividad al dominio público conlleva, a su vez, el acompañamiento de muchas otras normas para la materialización de su incorporación al régimen público derivado de su declaratoria legislativa de *“publicatio”*, pues debe solucionar aquellos problemas asociados a la incorporación de un bien o actividad privado al régimen de Derecho Público; así, es necesario que el legislador aborde los desajustes que provocaría en el régimen de la propiedad privada. Tal conclusión haría nugatorio una serie de objetivos que se buscan con el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, y de la Ley Indígena, como es lograr un gobierno acorde a las costumbres indígenas a lo interno de las reservas indígenas, la materialización de derechos fundamentales de los indígenas, concebidos tanto desde el punto de vista individual como colectivo, reconociendo no solo la existencia de un derecho consuetudinario que valida su propia autodeterminación e identificación como pueblos originarios, sino de preservación, que incluye también la disposición y posesión de los recursos tradicionales dentro de sus territorios. En Sentencia N° 2020-010034 de las 9:05 horas del 2 de junio de 2020, haciendo alusión a la Ley Indígena, se indica que: *“El Consejo Nacional de Producción debe dar carácter prioritario al establecimiento de expendios en las comunidades*

indígenas, y solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas". Evidentemente, no se podrían conciliar con una declaratoria de patrimonio natural del Estado para los bosques dentro de las tierras indígenas. Debe recordarse que tienen derecho de mantener sus formas de vida tradicional, costumbre, creencias, tradiciones distintivas, estructura social y económico, entre otros, lo cual en efecto puede abarcar el bosque y los ríos desde un punto de vista holístico, de lo contrario implicaría dejar sin contenido "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (artículo 13.2, del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo. El verdadero problema que surge, es el tema de las aguas que discurren por estas cuencas, lo cual deberá ser dilucidado más adelante.

En todo caso, en la acción se acusa la afectación a la propiedad indígena, se pide en concreto su protección en favor de individuos concretos, y bajo un régimen jurídico internacional protector. Precisamente, esto tiene incidencia en el cumplimiento de la obligación internacional establecida en el artículo 14.1, del Convenio N° 169, en cuanto establece: "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", en el mismo 14.2 "Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión". Como tal, las personas indígenas pertenecientes a una comunidad determinada, como las Asociaciones de Desarrollo, son sujetos de derecho privado, evidentemente, se trata de las organizaciones que permiten la autoorganización interna y autónoma de los grupos indígenas y tribales. Como tales, hay protecciones a la propiedad privada comunal que deben aplicarse, dispuestas por la ley, como primer supuesto, y además, ajustar estas conductas del Estado también para cumplir con las obligaciones internacionales. Para todo ello, debe determinarse si, en efecto, el Decreto Ejecutivo impugnado tiene incidencia directa o indirecta, la magnitud de esa afectación, y posteriormente, el cumplimiento del procedimiento establecido en la ley.

#### **VII.- Sobre las implicaciones de los derechos de los indígenas.**

De este modo, los siguientes puntos se examinarán:

##### **A.- Se debe asegurar que el Decreto Ejecutivo impugnado no implica -necesariamente- la inundación de los territorios indígenas, a pesar de que sí podría implicar comprometer los derechos fundamentales específicos de pueblos indígenas.**

Tal como se indicó *supra*, la Sala ha admitido el carácter especial de la población indígena en nuestro país, como "... los más naturales" de nuestros naturales", es igualmente cierto que ningún derecho han obtenido conquistadores y colonizadores, así como quienes heredaron esa posición sobre estos grupos minoritarios étnicos, pues es importante reafirmar que el Estado les debe protección y respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos, entre ellos el derecho de desenvolverse libremente acorde a los modelos tradicionales de tenencia y uso de la tierra, asociados a su cultura y costumbres, los que sin lugar a dudas son derechos que deben ser resguardados al celebrar la consulta en un adecuado contexto. Adicionalmente, mediante la reforma a la Constitución Política, por Ley N° 9305, del 24 de agosto de 2015, se establece que "Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural", lo que no podría ser desatendido por este Tribunal.

Dicho todo lo anterior, hay que determinar si el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Ejecutivo impugnado, afectó en concreto y potencialmente los territorios indígenas. En criterio de la Procuraduría General, eso no está claro en el expediente. Sin embargo, al examinar la jurisprudencia de este Tribunal, es posible tener por acreditado que la aplicación del Decreto Ejecutivo impugnado, mantiene dentro de los límites de la habilitación o autorización, porciones del territorio indígena en cuestión. En concreto, se ha determinado esa afectación por el Estado, de modo que es importante tener en cuenta que ya, mediante la Sentencia N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011, la Sala estableció que:

**"III.- SOBRE LA PROPIEDAD DEL PUEBLO INDÍGENA ACCIONANTE.** La Reserva [Nombre 002] se encuentra delimitada en el Decreto Ejecutivo 22203 del 2 de abril de 1993. Asimismo, su fundamento legislativo se desprende de la denominada Ley Indígena No. 6172 del 29 de noviembre de 1977, cuyo artículo 2, en forma expresa, declara propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en su artículo 1°, dentro de las cuales se incluye la reserva Térraba. Ahora bien, de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas. Por su parte, el proyecto se compone de sitios de explotación, por tanto, no posee un único espacio o área de acción, y como no se manifiestan las dimensiones espaciales de tales sitios o puntos, es imposible por ahora -de acuerdo con la información que consta en este proceso-, calcular un área de terreno en común que pueda existir entre el Proyecto Hidroeléctrico Diquís y la Reserva [Nombre 002]. No obstante, establecidos los límites de la Reserva [Nombre 002] sobre las hojas topográficas respectivas, en asocio y ubicación de los lugares que forman parte del proyecto hidroeléctrico, existen tres sitios coincidentes con el área de la Reserva: los puntos 536000 E / 337875 N, 547052 E / 334121 N y 546614 E / 332384 N. Por otro lado, en su informe, el Instituto Costarricense de Electricidad admite que se estarían inundando aproximadamente 74 hectáreas en la reserva indígena de China Kichá y 653 hectáreas de la reserva [Nombre 002]. En total se inundarían aproximadamente 727 hectáreas, que afecta un 7.5% del total de territorio [Nombre 002] y un 5.7% del total de territorio de China Kichá. En consecuencia, resulta indubitable que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, en su fase de ejecución -que todavía no ha comenzado- y de acuerdo con la información que sí consta en el expediente de esta acción, comprenderá territorio indígena Térraba".

De ahí, que con la claridad de las conclusiones de este Tribunal, no podría desdecirse ahora, ni mucho menos si no se alega que se le hizo incurrir en un error material de apreciación por el Instituto Geográfico Nacional, órgano administrativo y técnico que contribuyó a la localización de las áreas de posible afectación. Aunque, lo que el accionante reclama es la inundación de territorio indígena, lo cual, evidentemente no ha sucedido ni sucedería, pues los informes son claros que se encuentra en las fases preliminares, y como se indicará más adelante, el proyecto fue suspendido en su totalidad. Sin embargo, la forma del abordaje por parte del Gobierno de la República, al declarar el proyecto de Conveniencia Nacional sí comprometió los derechos fundamentales específicos de los pueblos indígenas a los que se les aplicó el Decreto Ejecutivo impugnado.

## **B.- La necesidad de observar los mecanismos que hacen valer esos derechos fundamentales de los pueblos indígenas.**

Esta Sala se avocará al problema que se presenta en el caso que nos ocupa, especialmente, a la luz de lo informado por el Ministro de Ambiente y Energía.

El Ministerio de Ambiente y Energía, que es el ente rector en la materia ambiental, informa a la Sala que está autorizado para declarar proyectos de conveniencia nacional a la luz de los artículos 19, inciso b), y 34, y de conformidad con el 3, inciso m), todos de la Ley Forestal, regulan la posibilidad de exceptuar las prohibiciones del régimen forestal ligadas a la propiedad privada, pero que, éstas “no aplica(n) para cualquier situación o proyecto, sino únicamente para aquellos casos en los que se logre demostrar que los beneficios sociales sean mayores que el costo socioambiental, no obstante no consta en este Despacho los estudios y valoración social y económica que así lo justifiquen, lo anterior sin dejar de lado, que el proyecto se realiza sobre territorio indígena”. De este modo, para resolver la acción, esta afirmación debe tomarse como lo que es, la admisión de que no se llevó a cabo una parte esencial del procedimiento administrativo.

Si bien, podría argumentarse que el conflicto jurídico se traduciría en un conflicto de legalidad, dada la omisión del Poder Ejecutivo de cumplir con los requerimientos legales establecidos en la Ley Forestal, en criterio de la Sala, el problema de fondo no se limita tan solo a un incumplimiento de la ley propiamente. Se debe engarzar con los efectos que tiene el Decreto Ejecutivo, dado que se autorizan los estudios preparativos o los estudios preliminares de una obra de gran magnitud sobre territorios indígenas (Artículo 3, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Así, debe definirse si aún en este estadio procesal en el que se declaró la Conveniencia Nacional sin cumplir todos los requerimientos legales, son aplicables las obligaciones internacionales que libremente aceptó el Estado costarricense al ratificar el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo. Lo anterior, a pesar de que el accionante expresamente renuncia a la falta de consulta libre e informada como uno de los fundamentos de su impugnación, ello no es óbice para que este Tribunal analice si la omisión incurrida por el Poder Ejecutivo, conlleva otras graves implicaciones en el resto de los derechos que acompaña a las comunidades indígenas en su derecho de auto-organización, y relación con sus territorios, al ser ello una obligación total del sistema de protección de estas comunidades que les asegura su auto preservación. Cabe aquí afirmar que el libre y pleno ejercicio de los derechos que reconoce el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo, se hace valer con la obligación de consultar a los pueblos indígenas. Este sería uno de los medios más importantes que tiene el Convenio mencionado. Sin embargo, no debe ser considerado el único, pues de su propia letra existe la obligación de respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas establecidos en ella, además de la obligación de consulta, estos otros son derechos autónomos y subsisten a pesar de la omisión del Estado de establecer los mecanismos de consulta. Más aún, habría que detallar si al haber otros mecanismos sucedáneos más generales, que tampoco fueron observados, repercute en los derechos establecidos en el Convenio. Así, es importante mencionar que el mismo bloque de legalidad establece los mecanismos de consulta, pero para todos los colectivos organizados en manifestar sus consideraciones cuando se trata de la elaboración de disposiciones de carácter general, como se examinará más abajo. Debería definirse que las afectaciones potenciales e indirectas deben ser susceptibles de protección, especialmente, si ello está así reconocido en la legislación nacional y ello implica el respeto, garantía y protección a los derechos humanos de los indígenas. Lo contrario, claramente, sería dejarlos insubsistentes. Es necesario recordar, que el Decreto Ejecutivo se promulgó para identificar la viabilidad técnica del proyecto; y, para ese momento, no se tenía claro si habría consecuencias materiales para el territorio indígena.

Descartado el argumento de la Procuraduría General de la República que no están localizadas las áreas que podrían verse afectadas por las obras, la Sala estima que la mera mención de las coordenadas, en cuanto comprende áreas de los territorios indígenas que serían intervenidas, estudiadas, implica que se debió haber cumplido con un mínimo de garantías, de legalidad ordinaria como las reglas establecidas en la Ley Forestal, la Ley General de la Administración Pública y con mayor razón otras como la protección de los territorios indígenas que son establecidas mediante Tratado. Sería incomprensible que esta Sala se retracte de la localización y ubicación de los territorios indígenas que ya había definido en otro precedente del Tribunal. De ahí que la afirmación de que no hay afectación por el Decreto Ejecutivo impugnado, porque no menciona los territorios indígenas, no podría ser de recibo dado los efectos concretos y potenciales que habría sobre estos territorios indígenas (artículo 3, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), siendo posible afirmar que si se autorizaron actividades materiales, directa e indirectamente, a favor de personas ajenas a las reservas indígenas, éstas serían actividades de investigación y de recolección de información dentro de sus territorios, lo que es un asunto que debe contemplar los derechos indígenas. Como se observa, en el precedente transcrito dictado en otra acción de inconstitucionalidad, se acreditó dentro de las actuaciones judiciales, la potencial afectación a la protección especial de la propiedad comunal indígena, sin el concurso de un acto administrativo de carácter general debidamente fundamentado. De este modo, es claro que el Estado costarricense tomó una decisión sin cumplir requisitos, al no ponderar los beneficios sociales frente a los socioambientales.

También es cierto que a lo largo de muchos de los precedentes de este Tribunal, se indicó que se trataría de una fase preliminar de investigación, preparatoria para el Estudio de Impacto Ambiental, que no daría lugar a la inundación de terrenos o territorio indígena, y que por ello, no daría lugar a exigir en este punto las formalidades de la consulta previa e informada a la comunidad indígena (Sentencias N° 2008-011743 de las 12:16 horas del 25 de julio de 2008; N° 2008-013560 de las 10:20 horas del 5 de septiembre de 2008; N° 2009-06045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009; N° 2010-009536 de las 11:01 horas del 28 de mayo de 2010; N° 2010-13100 de las 14:57 horas del 4 de agosto de 2010; y N° 2010-13662 de las 15:42 horas del 17 de agosto de 2010, citados en la Sentencia 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011), pero si bien lo anterior fue así, es necesario analizar las implicaciones del incumplimiento de las formalidades de la Ley Forestal.

## **C.- Sobre los cambios de circunstancias jurídicas del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís.**

El Decreto Ejecutivo que declaró al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, como un proyecto de conveniencia nacional, ha evolucionado de distintas maneras, incluso ello se ha reflejado ante este Tribunal como consecuencia del cambio de circunstancias. En este sentido, los estudios “preliminares” del Proyecto Hidroeléctrico no han continuado, se han suspendido, y no obstante lo anterior, se ve con preocupación la necesidad de reexaminar el elemento que no se había discutido en esta sede, como es la obligación de una

ponderación de beneficios sociales y costos socioambientales no discutidos en la vía administrativa. Esta obligación nace de la normativa que el legislador concibió para que toda actividad que el Poder Ejecutivo respaldara en conformidad con el desarrollo sostenible, que considerara de conveniencia nacional, cumpliera con esa ponderación de los sacrificios y beneficios socioambientales. Sin embargo, antes de iniciar la discusión de fondo, es importante traer a colación las siguientes sentencias que son relevantes para la forma de resolver del Tribunal.

Por Sentencia N° 2019-14731 de las 9:20 horas del 9 de agosto de 2019, la Sala indicó que:

*"Tal y como se indicó supra, este Tribunal ha elaborado ampliamente el concepto de la consulta previa que debe realizarse para adoptar disposiciones administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas. En acatamiento a dicha obligación, el Estado adoptó en el año 2016 la Directriz Ejecutivo N° 042-MP, "Construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas"; y tras realizar talleres, capacitaciones y consultas, se promulgó en el año 2018 el Decreto Ejecutivo N° 40932, Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas, así como la Directriz 101-6, que hace vinculante su aplicación a las instituciones autónomas. (...) el ICE presentó la correspondiente solicitud de consulta. Sin embargo, y ante la transitoriedad de la Unidad encargada de operar el procedimiento, retiró la gestión de marras. Posteriormente e (sic) determinó que el proyecto no resulta viable para los requerimientos del sistema de generación del país en los próximos 15 años, y se decidió aplazar su ejecución; lo cual evidentemente incluye la consulta indígena. Así las cosas, dado que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís fue aplazado por parte del Instituto recurrido, el amparo resulta improcedente. En otras palabras, no se desprende del elenco de hechos probados que existe una amenaza actual, cierta e inminente a los derechos fundamentales de los tutelados. En razón de lo anterior, se impone la desestimatoria del presente proceso".*

En la misma línea de argumentación, la Procuraduría General de la República trae a la atención de este Tribunal la sentencia firme N° 194-2015-VI de las 15:15 horas del 27 de noviembre de 2015, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, en cuanto estableció que:

*"1) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, si decide a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental respectivo bajo la normativa vigente al momento de la presentación de su solicitud.*

*2) Se ordena a la Secretaria Técnica Nacional del Ambiente que, si la fase de investigación a la que hicimos referencia se retoma, deberá definir el instrumento de evaluación ambiental que deba exigirse al ICE de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y tomando en cuenta los parámetros que para efectos de esa clasificación se establezcan, así como la significancia ambiental de cada una de las obras o actividades impactantes que se vayan a realizar.*

*3) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, en caso de que decida a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá gestionar ante los entes y órganos competentes las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico exige para realizar actividades como la corta de árboles, movimiento de tierras, excavaciones, construcción de obras en el cause de (sic) río como diques o muros de gaviones.*

*4) Se ordena a ambos demandados que mientras no se haya efectuado la consulta indígena previa, libre e informada al pueblo [Nombre 002] ni se cuente con el instrumento de evaluación ambiental que corresponda según las actividades que se efectúen, deberá abstenerse de adoptar cualquier conducta administrativa, ya sea referida a la fase de investigación o a la de inversión del PHD, que pueda afectar el medio ambiente o la biodiversidad de esa Reserva Indígena".*

En la parte considerativa, se indica que:

*"En ese sentido, si el ICE decide, a corto, mediano o largo plazo, retomar la fase de investigación geológica del PHD en el sitio Térraba deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental correspondiente, el cual se tramitará bajo un nuevo expediente (no como una modificación o ampliación) y se regirá por la normativa vigente al momento de su presentación, conforme a la cual deberá determinarse la calificación del proyecto, el nivel de significancia ambiental y el instrumento que deberá exigirse. Respecto de este último aspecto, la pretensión de la parte actora propone que la evaluación ambiental en el Territorio [Nombre 002] lo sea a través de una Evaluación Ambiental Estratégica o un Estudio de Impacto Ambiental. De inicio, hay que advertir que la definición del instrumento de evaluación ambiental es una potestad que corresponde, en exclusiva, a la SETENA conforme, claro está, a las particularidades que para cada caso impone la normativa vigente".*

Si a lo anterior, se tiene en cuenta lo señalado por el Ministro de Ambiente y Energía, queda aún abierta la cuestión de determinar la regularidad constitucional y convencional del Decreto Ejecutivo de Conveniencia Nacional, objeto de la acción de inconstitucionalidad, pues ese es el que precisamente da origen e inicio a la conducta administrativa que el ICE requirió para iniciar todas las gestiones "preliminares" de factibilidad del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ante la SETENA, y peor aún, que presuntamente le permitió materializar en territorio indígena. Ahora bien, examinada la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, de la sede de legalidad ordinaria, el Decreto Ejecutivo no fue abordado porque dicha pretensión quedó desistida por la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva [Nombre 002], pues si bien el proceso se había iniciado con la demanda establecida por la Asociación, sin embargo, su representante solicitó el expreso desistimiento estando en curso la demanda, lo cual fue aceptado por el Tribunal, en Sentencia N° 127-2015-VI, de las 9:50 horas del 30 de julio de 2015. Entre las diferentes pretensiones se solicitó la anulación total de varias conductas administrativas, por haberse omitido el procedimiento de consulta previa a la comunidad indígena, y por disconformidad con el ordenamiento jurídico, se solicitó: "a) el Decreto Ejecutivo No. 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008, publicado en La Gaceta No. 31 del 13 de febrero de 2008". Como se puede observar, no se entró a conocer sobre la legalidad de esta pretensión, la cual sí es conocida ahora en esta sede.

De previo a la tramitación y promulgación del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad", como se ha indicado anteriormente, el Poder Ejecutivo debía hacer un ejercicio de ponderación antes de su emisión, de modo que para cambiar el uso de suelo del lugar se ocupaba del estudio que involucra maximizar los beneficios sociales comparados con los costos

socioambientales, tal y como estaría definido en el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal. De igual manera, los numerales 19, inciso b), y 34, del mismo cuerpo legal.

La Sala debe tomar en cuenta, que así como fueron materializadas varias infracciones a la Ley Forestal, también lo fueron al Convenio N° 169, que pretende ser protegido por el accionante, como es el respeto a la integridad del territorio indígena.

Así, la ausencia de los estudios socioambientales para superar las prohibiciones contenidas en la Ley Forestal, como sería la tala de árboles en zonas de protección, incluidas aquellas ubicadas en la propiedad comunal indígena, no es otra cosa que una actuación contraria a los principios de la buena fe y al mismo Convenio N° 169, que lo erige como un elemento -de confianza- importante para la conducción del Estado frente a las comunidades indígenas bajo su jurisdicción. Dicho ligamen es importante, incluso en la fase preliminar, de ahí la necesidad de que cualquier proyecto que incluya territorio indígena debía contar con la consulta, a estos pueblos, como a cualquier otro que pudiera verse afectado. No podría afirmarse que el artículo 1°, del Decreto Ejecutivo impugnado, cumpla con esta exigencia, el cual, evidentemente es el postulado toral y sostén de todo lo demás. La declaratoria de conveniencia nacional no contó con el estudio de costos sociales y socioambientales según lo informa el propio Ministro de Ambiente y Energía, el cual hubiera arrojado claramente la necesidad de cumplir al menos en una etapa preliminar la consulta y con ella la opinión de los pueblos indígenas. Más aún, el efecto que tiene el artículo 9, del Decreto Ejecutivo, está claro para este Tribunal, pues además *invisibiliza ilegítimamente* los territorios indígenas (que se recuerda fueron localizados e individualizados ante este Tribunal), al eximir al ICE de demostrar la titularidad de las propiedades, todo lo cual se constituye en una infracción constitucional (artículo 45) y convencional (artículo 21, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los numerales 13.2, y 14.2, del Convenio N° 169). Con estas normas se irrespetó la propiedad privada comunal indígena, además de que eximió de la protección ambiental en la corta y aprovechamiento de especies, entre otras cosas, actividades que no podían darse en el territorio indígena, sin que se implementara las mínimas formalidades de ley.

Debe tomarse en cuenta las obligaciones internacionales establecidas en favor de ciertos sectores vulnerables de la población mundial. Estos instrumentos son para la protección de categorías definidas de la población mundial que han sufrido vejaciones históricas y las siguen padeciendo, incluso a pesar de estar instrumentadas en los tratados de derechos humanos. Estas obligaciones son creadas con un fin de vincular jurídicamente a los Estados según un objeto concreto, de modo que pueden ser invocados a lo interno por los propios interesados objeto de protección, y por los otros sujetos de derecho internacional en caso de incumplimientos. En este sentido, es necesario indicar que en Costa Rica estos instrumentos tienen un rango privilegiado que en aplicación de la doctrina del derecho internacional público, deben ser observados de buena fe por el Estado como el principio *pacta sunt servanda*, así como otros principios contenido en la Convención de Viena de Interpretación de los Tratados. En tratándose del Derecho de la Constitución, estos instrumentos de derechos fundamentales, de conformidad con los principios protectores de los Derechos Humanos son receptados por este Tribunal, por lo que aplica la preeminencia de estas obligaciones internacionales en el tanto conceden mayor protección a los derechos humanos y superan aquellos que la misma Constitución Política concede. Esta doctrina establecida desde los inicios de la Sala, entre las cuales se encuentra la sentencia de la Sala, N° 1995-2313 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, que estableció que:

*“... no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de los derechos humanos tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgue mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”.*

La omisión de consulta a los pueblos indígenas o tribales, si es relevante, inevitablemente resurge con la afirmación del Ministro de Ambiente y Energía, así como de los aportes de algunos de los coadyuvantes. La Sala coincide con el mencionado Ministro que los decretos de conveniencia nacional no aplican a cualquier situación o proyecto, sino a específicos que cumplen con los requerimientos de la ley; es decir, que cumplan con demostrar que los beneficios sociales que se persiguen se apreciarían más que los costos socioambientales. La preocupación surge porque informa que no consta en su Cartera esos estudios y valoración social y económica que lo justifiquen. Por otra parte, además de lo señalado supra por esta Sala en su jurisprudencia, admite que el proyecto se realiza sobre territorio indígena, y es claro que no se cumplió con un procedimiento administrativo adecuado (de la Ley Forestal, como el pautados en el artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública, dentro de los procedimientos especiales para la elaboración de disposiciones de carácter general).

#### **D.- Sobre la jurisprudencia.**

El accionante arguye que no se puede aplicar las disposiciones excepcionales de la Ley Forestal a los territorios indígenas, porque se trata de una propiedad especial comunal. Aunque este es un tema que se abordó oportunamente líneas atrás, queda por ver las implicaciones de las soluciones que le ha dado la jurisprudencia de la Sala y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, existe obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas que les puedan afectar, también, es necesario establecer que no está cerrado el acceso a los recursos naturales, aún cuando estuvieran en los territorios indígenas. Esta Sala, en la Sentencia N° 2011-012975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011, trae a colación, nuevamente, que en esta resolución se recopilaron las diferentes sentencias que establecieron que demandar el consentimiento previo a los estudios preliminares del proyecto sería un reclamo prematuro.

Ahora bien, es importante retomar esta discusión de cara a las obligaciones internacionales que tiene el país, con respecto a los pueblos y comunidades indígenas formalmente constituidas en el lugar en que se desarrollan los estudios preliminares del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Es importante mencionar, que por su parte el propio Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, por sentencia N° 194-2015-VI, de las 15:15 horas del 17 de noviembre de 2015, condicionó todas las actuaciones del Instituto Costarricense de Electricidad, de modo que debía redefinirse las autorizaciones y permisos ambientales que se ocuparían para ingresar y retomar los estudios ambientales en los territorios indígenas, lo que incluso tendrá impacto en la Consulta. El fin de los estudios es determinar si éste procede o no -técnicamente-, así como la información para el Estudio de Impacto Ambiental, proceso que efectivamente involucra la ejecución de trabajos dentro de un área geográfica que incluye los territorios indígenas.

Cuando la jurisprudencia de la Sala analizó partes del Decreto Ejecutivo de Conveniencia Nacional, no se había traído a la atención la grave omisión que ahora surge del informe del Ministerio de Ambiente y Energía, órgano rector y encargado de velar por la protección del ambiente y su relación no discriminatoria con la sociedad en general. El detalle, es que el decreto de conveniencia nacional eximió de las restricciones en el uso de suelo cubierto por el régimen forestal, pero para ello era necesario producir, un estudio técnico que demostrara los beneficios sociales para los sectores involucrados. Este Tribunal había sostenido, anteriormente, en la Sentencia N° 2009-017155 de las 14:00 horas del 5 de noviembre del 2009, que: *“La posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, fue fundamentada precisamente en el concepto de desarrollo sostenible que debe ser incorporado al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, como ya se indicó, no sólo es posible, sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población -en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional, según el cual el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza; claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país, no querido ni pretendido por los constituyentes, ni tampoco por los legisladores que tuvieron la responsabilidad de promulgar la Ley en cuestión. Así las cosas, este Tribunal mantiene el criterio vertido con anterioridad, señalando que lo dispuesto en la norma impugnada no resulta lesivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, pues al momento de concretarse un proyecto como de conveniencia nacional, se deben verificar previamente los impactos ambientales que con él se producen y realizar una comparación con los beneficios sociales que éste implique, lo cual no se puede verificar abstractamente en la norma, sino en el análisis de cada caso concreto, vía recurso de amparo y no de acción de inconstitucionalidad”*. Es decir, el antecedente claramente se decanta por desentrañar el sentido de la pauta normativa de la Ley Forestal, que es procurar el desarrollo sostenible y el uso racional de los recursos, de manera que por razones de lógica, justicia y conveniencia se definen derroteros que demarcarían la prevalencia de los diferentes intereses y derechos involucrados. Pero, para que ello quedara debidamente sustentado, lo primero que observa esta Sala, es que era necesario que el Poder Ejecutivo levantara la información, de previo a la emisión del Decreto Ejecutivo, dado que no existían ni se alegaron razones de interés público o de urgencia como para que se omitieran los requisitos de ley, como era conceder audiencia por diez días a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados (artículo 361, inciso 2, de la Ley General de la Administración Pública). Esto no se hizo de acuerdo con el Ministro de Ambiente y Energía. Incluso en un caso en el que se pretendía beneficiar con la concurrencia de una comunidad indígena para el mejoramiento del camino existente, era necesario la corta de árboles, razón por la cual era necesario el cumplimiento de los requisitos de ley antes de declarar la Conveniencia Nacional. La Sala, en Sentencia N° 2021-12080 de las 8:30 horas del 28 de mayo de 2021, indicó que:

*“Quedó acreditado que si bien existe un paso que ya está en uso dentro de la reserva indígena y lo que se pretende es mejorar dicho paso para facultarlo para la entrada de vehículos, debido a que dentro del recorrido existe aproximadamente 9,2 kilómetros que pasan por área de bosque, es necesario gestionar la declaratoria de conveniencia nacional para poder otorgar el permiso de corta de los árboles que se requieren cortar para la generación del camino que se pretende. Aunque, de previo, la Municipalidad de Golfito, al igual que todo desarrollador de un proyecto de conveniencia nacional, sea público o privado, debe presentar los estudios técnicos necesarios, en los cuales se demuestre que los beneficios sociales del proyecto son superiores a los costos socioambientales. Así, posteriormente dichos estudios tendrán que ser analizados y valorados previamente por el Poder Ejecutivo, antes de proceder con la respectiva declaratoria de conveniencia nacional”*.

Por otra parte, según el informe del Ministro, tampoco se hizo una diferenciación entre sectores sometidos a un régimen de suelos de propiedad forestal, de aquellos sujetos de derecho privado que también serían comunales o colectivos indígenas, lo que conlleva un problema de relevancia constitucional y convencional, toda vez que involucra categorías sociales de importancia para la jurisdicción constitucional. La observación es relevante para este Tribunal Constitucional, porque se trata de categorías sociales que están protegidas internacionalmente, por el historial de discriminación y supresión a la que se han visto sometidos los pueblos indígenas. Recuerda la Sala que en la Sentencia N° 2020-023789 de las 19:00 horas del 10 de diciembre de 2020, se indicó que: *“... desde su ratificación por nuestro país [refiriéndose al Tratado de Minamata], las obligaciones internacionales que asume deberían estar produciendo efectos jurídicos duraderos, lo que debe ser práctica usual en aquellos tratados de Derechos Humanos que buscan elevar la dignidad humana, y cuyas obligaciones consisten en proteger, resguardar y hacer respetar esos derechos. [...] Este tipo de tratados también buscan el *effet utile* o lo que sería lo mismo lograr efectos duraderos, jurídicamente hablando, al tratarse de esfuerzos comunes y de cooperación internacional en una determinada área, porque adquieren especial interés internacional”*. Se requiere de un efecto material, que surge de la necesidad de los Estados que cuando firman y ratifican las obligaciones internacionales, deben hacer que los términos y condiciones pactadas se cumplan dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, lo cual, para nuestro país, no es ni más ni menos que respetar las obligaciones pactadas hacia los pueblos indígenas y tribales, debidamente acordadas en el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo.

Cabe sostener una complementariedad muy necesaria de estas obligaciones internacionales con la importancia de los estudios que de conformidad con el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal establece, como tantas veces se ha citado: *“Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socioambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*. Se agrega que, este inciso m) y otro, fueron agregados por Ley N° 7788 de 30 de abril de 1998, que es la Ley de Biodiversidad. Sin embargo, a pesar de lo anterior, el Reglamento a la Ley Forestal, Decreto Ejecutivo N° 25721 de 17 de octubre de 1996, establecía la definición conveniencia nacional en el artículo 2. En él, establecía como *“Conveniencia Nacional: Las actividades de conveniencia nacional son aquellas relacionadas con el estudio y ejecución de proyectos o actividades de interés público efectuadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, que brindan beneficios a toda o gran parte de la sociedad tales como: captación, transporte y abastecimiento de agua; oleoductos; construcción de caminos; generación, transmisión y distribución de electricidad; transporte; actividades mineras; canales de riego y drenaje; recuperación de áreas de vocación forestal; conservación y manejo sostenible de los bosques; y otras de igual naturaleza que determine el MINAE según las necesidades del país”*. Sin embargo, para ese momento, ya existía una definición legal que

articulaba el artículo 114, de la Ley de Biodiversidad, N° 7788 de 30 de abril de 1998, al adicionar el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal, que ya establecía que “conveniencia nacional”, se constituía en las “...actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”.

En opinión del Tribunal, esto es de gran importancia para la decisión que nos ocupa, porque trazaba el procedimiento que debió haberse llevado a cabo, si bien podría decirse que el Estado costarricense tenía dos posibles caminos: a) realizar el procedimiento administrativo otorgándole audiencia a las comunidades afectadas, incluidas las indígenas (Artículo 361.2, de la Ley General de la Administración Pública: “Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectado por las disposiciones la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ellos razones de interés público o de urgencia debidamente consignados en el anteproyecto”); o b) no otorgar las audiencias pero justificando adecuadamente “cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto” (*idem*), relevándose de las posibles consultas. Se optó equivocadamente por lo segundo, sin cumplir tampoco con la obligación legal de señalar las razones de interés público o de urgencia para omitirlo, lo que evidentemente trae numerosos problemas, hasta el propio Ministro de Ambiente informa y pone la atención de este Tribunal en esta omisión. Además, el Ministro de la Presidencia enfatiza en la importancia del proyecto hidroeléctrico, quien indica en su planteamiento que lo que hay es un desarrollo en diversas fases. Al momento de rendirse el informe, se desarrollaba la primera fase, que consiste en la realización de los estudios de factibilidad, como serían los estudios del entorno físico para el diseño de la obra, colecta de información biótica, física y socioeconómica que se empleará como sustento técnico para el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA). A su vez, el informante Ministro de la Presidencia señala que la consulta previa a los grupos indígenas debía hacerse antes del señalado estudio.

No obstante lo anterior, la Sala retoma que en el informe del Ministro de Ambiente y Energía afirma entonces que el Decreto Ejecutivo no cumple con el enunciado de la definición que dice “El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”, pues claramente, al carecer de los requisitos señalados atrás, no hubo un procedimiento administrativo de ponderación que es lo que estaría pautado por la legislación ambiental, reclamo que parcamente hace el accionante, y de forma tangencial, pero que sí lo hace -concretamente- algunos de los coadyuvantes en este proceso. Además, las omisiones conllevan a otras infracciones del ordenamiento jurídico. En la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, la Sala sostuvo que: “LXXXIX.- Es por lo anterior que resulta inexacto afirmar la inconstitucionalidad del artículo 2 del Reglamento de la Ley Forestal, pues de conformidad con lo establecido, lo que dicha norma dispone debe integrarse y aplicarse según lo definido en los artículos 19 y 34 de la propia Ley Forestal. Es decir, aún cuando el artículo 2 del Reglamento identifique a la actividad minera como actividad de conveniencia nacional, es claro que ese carácter, identificación o reconocimiento -conveniencia nacional- está supeditado al cumplimiento de lo establecido en las normas legales -demostración de que los beneficios son mayores al costo-, por lo que es evidente que el Reglamento no suplanta la voluntad legislativa, no vacía de contenido las normas legales que la informan, ni contradice de modo alguno la protección ambiental que debe otorgarse de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, por lo que tampoco puede aducirse que dicha disposición reglamentaria exceda los límites de la razonabilidad cuando, por el contrario, se impone la realización de actos concretos legalmente establecidos. Es así que la autorización de cambio de uso de suelo no puede acordarse tan sólo porque el Reglamento dice que la actividad minera es de conveniencia nacional, sino que tal autorización resulta procedente cuando esa conveniencia haya sido debidamente demostrada y públicamente declarada por el Poder Ejecutivo mediante un acto posterior, acto administrativo para cuyo dictado se haya cumplido con la aplicación de los procedimientos e instrumentos correspondientes. La aplicación de estos instrumentos y la determinación de la bondad de los beneficios por sobre los costos, es justamente lo que evita la adopción de actos arbitrarios por parte de la administración, toda vez que los resultados obtenidos darán criterio y base técnica-objetiva para que el Poder Ejecutivo emita la declaratoria de conveniencia nacional de un proyecto minero determinado y la correspondiente autorización para el cambio de uso de suelo. [...] De tal forma, es más que claro que si el ordenamiento impone a la administración el deber de realizar un procedimiento previo para pronunciar una declaratoria de conveniencia nacional de una actividad determinada, ello es precisamente un valladar que evita la arbitrariedad administrativa, y, por el contrario, obliga a la administración a adoptar y dictar actos administrativos debidamente fundados en razones técnicas objetivas; esta situación, además, permite y garantiza que el acto administrativo dictado pueda ser valorado en su momento por las instancias administrativas y judiciales que correspondiere”. En consecuencia, no hubo ningún estudio que pudiera demostrar la ponderación del balance exigido por la normativa, mucho menos, con el agravante para el caso, que el análisis no solo estaría exigido para la determinación de los costos socio-ambientales, como ocurriría para las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, sino que para una parte de la población costarricense protegido por el Convenio N° 169, de la Organización Internacional de Trabajo. Esta normativa, por supuesto, exigible y directamente aplicable, por parte de la Administración Pública de previo a la emisión del Decreto Ejecutivo.

Debe traerse a colación el precedente de la Sala, sobre el Decreto Ejecutivo que nos ocupa, en la que se decidió mediante Sentencia N° 2010-013100 de las 14:57 horas del 4 de agosto de 2010, que era constitucional basada en las siguientes consideraciones:

“Pues bien, lo dicho hasta ahora sirve para indicar que el Poder Ejecutivo no se ha excedido en sus atribuciones y las exenciones que ha otorgado están plenamente amparadas en su obligación de velar porque el país siga un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, basado en formas de producción de energía limpia. Adicionalmente, la declaratoria de conveniencia nacional del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís se encuentra amparada en lo dispuesto en la Ley Forestal y su reglamento, pues, una represa hidroeléctrica es, ciertamente, un proyecto que lo que pretende es la “generación, transmisión y distribución de electricidad”, de tal suerte que, el decreto impugnado daría abrigo a un proyecto que cabe dentro de los supuestos del artículo 19 de la Ley Forestal y el artículo 2 del Reglamento a la Ley Forestal. Aunado a esto, debe tomarse en cuenta que el decreto en ningún momento implica la posibilidad de llevar adelante el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís sin cumplir los controles ambientales dispuestos por el ordenamiento, pues, como bien lo admiten los informantes en esta acción, el decreto no lo exige 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. En adición, debe hacerse ver que el accionante no enjuicia, de manera

concreta, los incisos b), c) y d) del artículo 9 del decreto ejecutivo 34312-MP-MINAE de 6 de febrero de 2008, debido a que no aporta las razones concretas por las cuales esos tres apartados de ese decreto pueden vaciar de su contenido esencial el artículo 50 Constitucional. En ese sentido, debe recordarse y traerse a colación lo dicho al inicio de este considerando, la dignidad humana es el centro, la piedra angular, de cualquier Estado de Derecho, por lo que esta y el respeto por la integridad del entorno deben, sin duda, ir de la mano, pues una política ambiental que no tome en cuenta el pleno desarrollo de las personas difícilmente será sostenible, como tampoco lo será un modelo de desarrollo socioeconómico que no se preocupe por el entorno y que sacrifique, a toda costa, la protección del medio, ignorando que este es una parte esencial e integrante de nuestras vidas. Desde esa perspectiva, los incisos b), c) y d) del artículo 9 del decreto impugnado no resultan contrarios al Derecho de la Constitución, pues se encuentran amparados en una norma legal que autoriza al Poder Ejecutivo a tomar determinadas acciones, para aligerar el tipo de proyectos ahí contemplados, sin que esto signifique o acarree una desprotección del medio y sin que la autorización se erija como una prerrogativa arbitraria, irrazonable e ilimitada para la destrucción del ambiente o el vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Entonces, es claro que las normas impugnadas se ajustan plenamente al Derecho de la Constitución, pues calzan, de forma coherente, con el modelo de desarrollo impuesto por la visión de un Estado Social de Derecho diseñada por el constituyente originario. Además, no significan un vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En adición, esas normas no implican desconocer la legislación que tutela al ambiente. Asimismo, el decreto en ningún momento exime al Proyecto Hidroeléctrico el Diquís de la realización del estudio de impacto ambiental. Y, finalmente, ese decreto fue dictado de acuerdo con las competencias que la Ley Forestal y su reglamento le dan al Poder Ejecutivo, para declarar la conveniencia nacional de un proyecto, el cual, en este caso, se enmarca, claramente, como un proyecto de infraestructura a partir del cual se pretende conseguir la “[...] generación, transmisión y distribución de electricidad [...]”.

VII.- Finalmente, por medio de escrito que se presentó ante esta Sala a las 8:10 horas del 1 de agosto del 2008, el accionante alegó que a la fecha no existía un convenio entre el Instituto Costarricense de Electricidad y la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva [Nombre 002]. Lo que, a su juicio, infringe el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución Política, por oponerse al artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que fue debidamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley No. 7316 del 3 de noviembre de 1992. Sin embargo, ello hace referencia a hechos ajenos al objeto específico de la presente acción. En todo caso, cabe apuntar que el accionante ya interpuso un recurso de amparo en que acusó esos mismos hechos (expediente 09-001709-0007-CO) y tal proceso se declaró sin lugar, por medio de sentencia 2009-006045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009. Por lo que el accionante deberá estarse a lo resuelto en tal oportunidad”.

Ahora bien, en esta Sentencia N° 2010-013100 *supra* citada, se resolvió con base en el Reglamento a la Ley Forestal (artículo 2), que define entre otras cosas, lo que es “Conveniencia Nacional”, y ejemplifica actividades como la “generación, transmisión y distribución de electricidad”. Aceptar cualquiera de las actividades enumeradas en la definición, que es a su vez, *númerus apertus*, conlleva en sí el germen de la arbitrariedad como se indicó en la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, citada anteriormente. Es evidente, que no se analizó la ausencia de un procedimiento administrativo de ponderación de los beneficios sociales con los costos socio-ambientales, como se ha venido argumentado *supra*, en esta sentencia. Siguiendo con el antecedente citado, y el amparo a que se hizo alusión, este se declaró sin lugar la pretensión de aplicar el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, se resolvió con la Sentencia N° 2009-006045 de las 14:53 horas del 22 de abril del 2009, de la siguiente manera:

**“IV.- Sobre el caso concreto.** En el caso bajo estudio, el recurrente acusa lesión al artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, ya que, el Instituto Costarricense de Electricidad, no le consultó a los habitantes de la Reserva [Nombre 002], previo a realizar los estudios para el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís. Efectivamente, y con sustento en la normativa internacional esbozada en el considerando anterior, existe un derecho de parte de los pueblos indígenas a ser consultados, 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. Ciertamente la construcción de una Planta Hidroeléctrica es uno de esos temas; sin embargo, es menester analizar si en el caso concreto existía el deber de consultar. En ese sentido, del informe rendido bajo juramento, con las consecuencias incluso penales que prevé el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se colige que actualmente el proyecto en cuestión se encuentra en la primera fase, la de factibilidad, que comprende la preparación de los insumos para la firma consultora que se contratará para el Estudio de Impacto Ambiental, siendo que dicho estudio ni siquiera se ha iniciado. De esta manera, se tiene que aún la construcción del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, no está siquiera definido su desarrollo y efectiva construcción, toda vez que todavía ni siquiera se han solicitado los permisos correspondientes, por cuanto no se ha determinado aún la factibilidad para realizar el mencionado proyecto, ya que si las investigaciones no se llevan a cabo no hay forma de saber si es posible o no, por la geología de lugar, construir una presa. Es así, como esta Sala considera que el presente amparo es prematuro, ya que 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.

V.- No obstante lo indicado en el considerando anterior, tanto del informe como de la prueba aportada al expediente, se colige que durante todo el proceso han participado diferentes actores, dentro de los cuales se destacan las comunidades indígenas, teniéndose que actualmente se discute con la población [Nombre 002], el mecanismo efectivo de concertación social a fin de solventar la puesta en marcha del mecanismo de participación y representación indígena, en ese sentido, se indica que se está llevando a cabo un proceso en conjunto con las diferentes comunidades a fin de lograr no solo la aplicación de las normas sino la compilación de las necesidades reales que les afectan. En ese sentido, se tiene que el equipo del Área Social de la Unidad de Gestión Ambiental del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís ha venido manteniendo reuniones con todos los grupos organizados de la comunidad de Térraba, tales como la Asociación de Desarrollo [Nombre 002], 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. En razón de lo anterior, esta Sala estima que la autoridad recurrida ha realizado esfuerzos para acercarse a los habitantes indígenas de la comunidad de Térraba, ello a pesar de que todavía no se ha concretizado de manera definitiva la construcción de la presa. Sin embargo, es menester recordarle a la autoridad recurrida, que en caso de decidirse desarrollo el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberán asegurarle a los pueblos indígenas una efectiva participación en el proceso y en la toma de decisiones. Por último, vale la pena indicar que no le compete a esta Sala analizar si el Instituto Costarricense de Electricidad pago o no avalúos por daños a terceros que habitan dentro del territorio de Térraba, por cuanto determinar si se debe hacer un avalúo y cancelar la correspondiente indemnización y ante que instancia debe hacerse, se escapa de las competencias de este Tribunal. Así las cosas, lo procedente es declarar sin lugar el recurso, como en efecto se ordena”.*

A pesar de que en efecto, se cita la jurisprudencia de la Sala, su reexamen es imperativo; es claro que, se hace necesario la reconsideración de estos precedentes, especialmente bajo una mejor ponderación para aplicar la doctrina de la Sentencia N° 2010-006922 de las 14:35 horas del 16 de abril de 2010, porque el abordaje debe ser otro, que concilia el principio de legalidad con las obligaciones internacionales, debidamente ratificadas, de los tratados a la legislación nacional. Si hay infracción a los Instrumentos de Derechos Humanos, como lo es el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, estos gozan de un rango equivalente al de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución Política; y, por ende, en virtud de los principios protectores de derechos humanos, deberá reconocerse mayor protección cuando no lo hace la propia Constitución Política. Se recuerda, que es el propio Constituyente el que reconoce la preeminencia y preponderancia de los Tratados a nivel interno, que es un plus hacia la observancia obligatoria de sus términos para todos los operadores de derecho, y que ello debe suceder cuando el legislador aprueba el instrumento, otorgándole la potencia y resistencia a la norma para su aplicación interna en el país. La Sala se refiere al rango o jerarquía de la normativa internacional en el país. Ha sido el Constituyente derivado el que ha procurado que los instrumentos de derechos humanos adquieran un valor similar o igual al texto de la Constitución Política, cuando, habilitó a través del artículo 48, Constitucional, que dichos instrumentos sean fuente de derecho en la jurisdicción de la libertad (amparo y habeas corpus), y sería un serio contrasentido, marchar a contrapelo o contracorriente al no reconocer lo mismo para los casos de control de constitucionalidad, como se ha establecido en esta jurisdicción desde larga data. Por Sentencia N° 1995-002313, de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, se sostuvo que:

*“Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica”.*

En criterio de la Sala, la solución correcta en el tema que nos ocupa, debe reafirmar no solo el principio de legalidad, que evidentemente es un principio fundamental de todo Estado Social de Derecho, el cual, ha sido claramente violentado, tomando en consideración el informe del Ministro de Ambiente y Energía que menciona, con toda claridad, que esa cartera de Gobierno, incumplió con el levantamiento de la información necesaria en un expediente administrativo; es decir, al no honrar la obligación jurídica previa a declarar un proyecto de interés para el país como Conveniencia Nacional, sin establecer su importancia factual en un procedimiento administrativo; y, con ello, incurrió en actuaciones arbitrarias que no comulgan bien con el principio de legalidad y el Estado Social de Derecho, como el costarricense. De ahí que, resulte necesario, declarar con lugar la acción, para efectos de establecer la nulidad de la totalidad del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado *“Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”*. Lo anterior, toda vez que, no resiste el examen de constitucionalidad y de convencionalidad, si en esta acción de inconstitucionalidad se ha comprobado que no cumple con los artículos 3º, inciso m), 19, inciso b), y 34, de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, a pesar de que pretendió haberlo hecho. Se debe seguir la línea jurisprudencial de la Sentencia N° 2010-0006922 de las 14:35 horas del 16 de abril del 2010; pues, lógicamente, si el Reglamento a la Ley Forestal (Decreto Ejecutivo N° 25721) define que determinadas actividades son de conveniencia nacional, como sucede con la generación, transmisión y distribución de electricidad, ello no puede significar que constituye una autorización automática para modificar el uso de suelo, sin levantar la información requerida en la Ley. Obrar de este modo, sería equivalente a retirar la protección que la Ley Forestal ofrece a todo suelo cubierto por el bosque en forma abstracta, autorizando cambios a la protección forestal, sin la constatación técnica necesaria que requiere la protección al medio ambiente. No puede aceptarse que la mera conducta administrativa del Poder Ejecutivo pueda revertir la voluntad del legislador que impone la demostración de que los beneficios sociales sean mayores al costo socio-ambiental, y porqué el legislador impuso establecer ese balance mediante los instrumentos apropiados, sino era hacer referencia a estudios concretos.

Finalmente, es importante mencionar que en cumplimiento de la regla de oro del derecho internacional, los Tratados deben ser cumplidos de buena fe y de conformidad con sus términos, precisamente el sostén del derecho internacional está en la confianza y rectitud de la conducta de los sujetos de derecho internacional. Corresponde a los agentes internos observar estos términos, de modo que, si existen desviaciones, las mismas deben ser erradicadas y/o corregidas por esta Sala o por los diferentes órganos de control de la Administración Pública, especialmente porque las obligaciones internacionales son vinculantes jurídicamente y fueron libremente adquiridas por el Estado costarricense. El Estado debe respetar, proteger y garantizar los derechos que tienen todas las personas, pero especialmente observadas para las categorías específicas de personas indígenas que tienen a su haber un Tratado Internacional que les da cobijo. El acercamiento de todas las partes debe ser la regla general, incluso para iniciar los estudios preliminares, de modo que siempre tenga como objetivo el que se genere confianza, incluso cuando se declare la conveniencia nacional. En este sentido, debe observarse el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, *“Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas”* que traza la implementación de un procedimiento de consulta para los pueblos indígenas,

instrumento que deberá aplicarse en una fase en la que se decida continuar con las actuaciones del Estado, y del ICE como desarrollador del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, o cualquier otro. En el artículo 2, sobre las definiciones del mencionado Decreto, indica que: *“Las siguientes definiciones son derivadas del marco normativo vigente aplicable: ... e. **Afectación**. Se considera que un proyecto de ley, medida administrativa o proyecto privado, afecta los derechos de los pueblos indígenas, cuando contiene elementos que puedan implicar cambios en su situación jurídica, en los derechos colectivos, su forma de vida, cultura, espiritualidad y dinámica social. Así como las medidas que, sin ser ejecutadas estrictamente dentro de los territorios indígenas, tengan como resultado una afectación de los derechos colectivos y culturales de los pueblos indígenas”*. A su vez, *“g. **Medidas administrativas**. Comprende, entre otros, actos administrativos, políticas públicas, decretos ejecutivos y proyectos de desarrollo, promovidos desde las instituciones públicas del Poder Ejecutivo”*. En este sentido, es necesario volver a traer a colación el amplio significado de territorios que utiliza el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto *“cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*.

### **VIII.- Sobre el problema de la personalidad jurídica del Río Térraba alegada, y la propiedad de las aguas del dominio público.**

En la acción se pide a la Sala que se pronuncie en favor del Río Térraba para el reconocimiento de la personalidad jurídica, porque con ello, se considera que puede brindarle mayor protección que consideran merece dicho afluente.

El accionante solicita lo anterior con base en este tipo de reconocimientos en otras partes del mundo, pues han ganado tracción. No desconoce la Sala que mucho de esto se remonta a los años setenta del siglo pasado, cuando Christopher Stone escribió un artículo sobre la necesidad de reconocer derechos a los árboles y generar formas para su defensa. En general, se trata de movimientos de grupos ambientales y de colectivos, que han encontrado eco en algunos Estados. Estos grupos buscan esta declaración de la instrumentalidad jurídica como parte de una estrategia contra prácticas ambientales insostenibles o violatorias de los derechos de los pueblos aborígenes; estas tendencias buscan la protección de la naturaleza y sus ecosistemas, derivado por un legítimo interés en mantener su integridad, como también, el interés en la defensa de los ríos, lagos y otros cuerpos de agua, que se derivan de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales. A favor de acoger esta ficción legal, estaría que otorga una titularidad que presuntamente otorgaría más seguridades y protecciones a la naturaleza al dotarle de la personalidad jurídica. En el caso del Río Grande de Térraba, esta tendencia es doble, para proteger su integridad y la que se deriva de los derechos de los pueblos indígenas, que es la que pretende el accionante. Sin embargo, es necesario señalar que en aras de mantener un orden jurídico lógico, este tipo de declaratorias requiere de un acompañamiento de instituciones jurídicas que aseguren la composición de órganos que comparten la responsabilidad, como *“guardianes”* o *“representantes legales”*, pues es necesario conciliar todos los intereses involucrados. Así, se debe velar no solo por la defensa de los intereses del Río, hay que atender los otros intereses sociales y nacionales. Debe consecuentemente abordarse los problemas de cómo debe interactuar una persona jurídica de esta naturaleza con otras personas, instituciones nacionales, y en un futuro no muy lejano, el tener que contrarrestar posiciones opuestas como sujeto de derecho con responsabilidades. Cabría preguntarse, si puede gestionar acciones reivindicatorias, a nivel administrativo y judicial, se trata solo de las aguas del río, o de los ríos y sus orillas en las cuencas, los afluentes, o incluso, cómo va a responder -aún por frívolas que parezcan- reclamos por daños por inundación ante la amenaza del cambio climático, o la extracción compartida de sus recursos, entre otros temas de suma importancia.

Si bien este tipo de reconocimientos y acciones han sido otorgados en otras latitudes, que se van sumando, que han logrado un mayor desarrollo legal como el caso de Bolivia o Ecuador, estima la Sala que un abordaje de este tipo, deja abierta gran cantidad de cuestionamientos que el régimen legal en Costa Rica no puede responder afirmativamente, sin que el legislador haya intervenido, pues se requiere de la modificación del ordenamiento jurídico para que ello pueda suceder.

Con la acogida de la pretensión principal del accionante, que implica la nulidad absoluta del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado *“Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”*, es importante señalar que como consecuencia natural, las cosas regresan a un momento anterior a su promulgación, pues ha dejado de tener vigencia y efectos cualquier declaratoria de conveniencia nacional sobre los territorios indígenas. De este modo, por las razones anteriormente explicadas, no es posible ni siquiera afirmar que se estará procediendo a la inundación de áreas ocupadas por las reservas de los grupos indígenas Bribri, Cabécares y los Térrabas, como se afirma en el libelo de interposición, ni mucho menos, toda vez que es claro que, a este momento, no podría afirmarse que ocurrirá, ni siquiera la existencia de tal amenaza.

Por el contrario, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís se encuentra suspendido, además, después de la declaratoria de este Tribunal, es claro que deberán cumplirse -de nuevo- los procedimientos administrativos dejados de realizar; y, de igual manera, debe procederse con el Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, *“Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas”*, como parte del cumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene nuestro país respecto del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre esto, hay la necesidad de que sea con carácter previo, no queda agotada con un acto meramente informativo, debe generar confianza entre las partes porque es de buena fe, debe ser adecuada y mediante las instituciones representativas indígenas, la consulta debe ser sistemática y transparente, y el fin que debe alcanzar es el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.

Otra razón que apoya la modificación del ordenamiento jurídico, se encuentra también en la Constitución Política, y la jurisprudencia de esta Sala. Así, debe tomarse en cuenta que, por Sentencia N° 2002-06987 de las 11:17 horas del 12 de julio de 2002, esta Sala fue clara en afirmar cuál es el régimen jurídico que le ha dado el ordenamiento jurídico nacional al agua, el que ha sido considerado como un bien de dominio público. La Sala analizó en un recurso de amparo, la solicitud de protección del derecho a la propiedad y del debido proceso, de los propietarios de un bien inmueble en el que habían varias nacientes que abastecían la comunidad de Bordon, Cahuita, sobre los cuales se reclamaba el derecho a la propiedad, y en la que se consideró que: *“De conformidad con lo que establece nuestro ordenamiento jurídico vigente en relación con las nacientes, es menester indicar a los recurrentes que los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales, desde donde brotan las primeras aguas hasta su desembocadura son de dominio público, es decir son propiedad nacional y como tales son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden*

hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil, además, la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. En virtud de que están fuera del comercio de los hombres, estos bienes no pueden ser objeto de posesión y sobre ellos, un particular no puede argumentar derecho de propiedad. Así las cosas, el argumento de los recurrentes en el sentido de que las nacientes les pertenecen porque se encuentran en su propiedad, no es de recibo y por el contrario, la actuación de las autoridades recurridas, en este caso los funcionarios del Ministerio de Ambiente y Energía y del Área de Conservación respectiva, de velar por las nacientes y porque se evite, a toda costa, la contaminación de las mismas se encuentra ajustada al principio consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política y a las leyes que hacen efectiva la garantía constitucional". Así las cosas, pesa sobre las aguas de las nacientes, sus afluentes directos o indirectos, quebradas y otros cuerpos de agua, un tratamiento jurídico muy concreto por parte del Constituyente y legislador, que es dotarle su carácter de dominio público. Esto implica que debe igualmente modificarse en la Constitución Política, para que sea regulado de modo distinto, como es la forma en que se pide declarar. Visto que desde el artículo 121.14), de la Constitución Política, se dejó claro que "No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional". En consonancia con el precepto constitucional de las aguas de dominio público, la Ley de Aguas, Ley N° 276 del 27 de agosto de 1942, establece en el artículo 1°, inciso IV, que:

"Son aguas del dominio público:

[...]

IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros; [...]"

Por otra parte, es necesario citar el artículo 50, de la Ley Orgánica del Agua, Ley N° 7554 del 4 de octubre de 1995, que establece de igual manera, que:

**"Artículo 50.- Dominio público del agua.** El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés social".

Recientemente, por Ley N° 9849 del 5 de junio de 2020, el Constituyente derivado, adicionó al artículo 50 Constitucional, lo siguiente:

*"Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. [...]"*

Ya desde la Sentencia N° 1991-03206 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991, la Sala estableció que: "El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objetivo de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil de bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa". En otra Sentencia, la N° 2008-007117 de las 12:47 horas del 25 de abril de 2008, en el que se discutía el tema de los caminos públicos, la Sala estableció que: "Bajo esta tesis, las carreteras, calles o caminos públicos, por su condición de bienes integrantes del demanio, no pueden ser enajenados sin antes haber sido desafectados del régimen de dominio público. Así pues, la naturaleza demanial de las vías públicas se presume y excluye cualquier otra posesión que se pretenda, siempre y cuando la titularidad sobre el inmueble esté respaldada en prueba fehaciente y sin perjuicio que en la vía ordinaria jurisdiccional se pueda discutir el mejor derecho que se pretenda. De lo anterior se deriva, también, el principio del privilegio de la recuperación posesoria de oficio del bien afectado, en virtud del cual, la administración puede recobrar la posesión perturbada de sus bienes sin necesidad de acudir al juez y sin perjuicio de discutir el mejor derecho en la vía jurisdiccional (interdictum propriam). Desde esa perspectiva, el ejercicio efectivo de la tutela sobre el dominio público debe tener como fin hacer cesar cualquier avance indebido de los particulares contra tales bienes, pudiendo la Administración utilizar la fuerza-poder de policía sobre el dominio público – en su defensa". Aplicado lo anterior al caso del agua, es claro que la Constitución Política al referirse a las fuerzas del agua de dominio público, y la Ley de Aguas, en sentido general, se refieren a "los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros", las que se reputan para todo propósito legal como de dominio público que no puede ser apropiado por sujetos de derechos privado. Todo esto requiere de más precisión, pues la dificultad al yuxtaponerse o sobreponerse los derechos tradicionales indígenas, sobre los de la comunidad nacional, es necesario la conciliación de todos los intereses involucrados, lo cual solo sería posible a través de los estudios técnicos apropiados en la materia, y los resultados de la consulta previa, libre e informada. De ahí que, la declaración del otorgamiento de personalidad jurídica al Río Grande de Térraba que se pide para la resolución del caso que nos ocupa, no es posible en este momento procesal, en el tanto que desde la Constitución Política hay un abordaje concreto del agua como bien de dominio público o de la Nación, lo que incluye claramente la de los ríos de la totalidad de nuestro país.

Incluso, es posible afirmar que por las mismas razones, el agua es un recurso compartido por la humanidad. Ha sido considerado un bien estratégico para las sociedades en el mundo, que si bien, el reconocimiento de las tradiciones y costumbres indígenas y tribales lo incluye, es que se protege el significado del Río, y del agua. Hay que señalar que en el caso que establece el reconocimiento de derechos de la personalidad jurídica al Río Whanganui, de Nueva Zelanda, este provino después de una larguísima batalla legal de más de 150 años entre la tribu Whanganui iwi (Pueblo Māori) y el Gobierno de Nueva Zelanda, cuando surgieron algunos conflictos de aprovechamiento piscícola del río (durante la segunda mitad del Siglo XIX). Mediante un acuerdo de finiquito en el año 2014, se logró pacificar las discrepancias y litigios, y finalmente, el Parlamento del Nueva Zelanda en el año 2017 culminó ese acuerdo con el "Te Awa Tupua Act", legislación que para algunos críticos aún mantiene algunos puntos del conflicto

que no se solucionaron, porque de conformidad con el *Common Law* de Nueva Zelandia, el agua también es de dominio público, y subsisten a lo largo de la rivera múltiples propietarios, además del pueblo indígena en cuestión.

Además de lo argumentado por el accionante, es importante establecer que si bien ha habido en otras Naciones de América Latina acciones similares como el reconocimiento a la naturaleza como un sujeto de derechos (Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-622 de 2016), la Sala estima que por la forma en que ha sido resuelta la acción, no quedarían los pueblos indígenas del Río Térraba con una verdadera amenaza a las costumbres y cultura indígena. Cabe señalar además que no se ha provocado el desbordamiento del Río Grande de Térraba por represamiento, ni ha habido afectación del territorio indígena en la forma de inundaciones parciales, temporales o permanentes, porque ya en este punto concreto ha habido avances jurisdiccionales en el resguardo de los derechos de los indígenas. Ha quedado claro que el ICE mantiene el proyecto suspendido, se ha resuelto en la jurisdicción contencioso-administrativa la obligación de cumplimentar los Estudios de Impacto Ambiental, conforme lo establezca la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Por último, se trae a colación que en nuestro país las personas que abogan por la defensa del ambiente, tienen amplia legitimación, casi irrestricta por la cantidad de las protecciones que el ordenamiento jurídico nacional ofrece a la naturaleza, las que estarían contenidas desde los artículos 50 y 89, Constitucionales, en diversas leyes y reglamentos, tales como la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 de 4 de octubre de 1995; la Ley de Biodiversidad, Ley N° 7788 de 30 de abril de 1998; la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, Ley N° 7317 de 21 de octubre de 1992; y el Decreto Ejecutivo N° 31849 de 24 de mayo de 2004, Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), entre otros. Es oportuno señalar que, a nivel institucional, se tiene en la vía administrativa mecanismos que aún no se han completado, y que conforme se mencionó supra, la jurisdiccional que ya se pronunció (de continuar con el proyecto se debía cumplir con la solicitud formal ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental). De este modo, las formas de tutela del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son abundantes y efectivas, incluidas la de la jurisdicción constitucional que admite la legitimación directa.

De igual manera, por la forma en que se está resolviendo la acción, no se considera necesario abordar las cuestiones relacionadas a la inderogabilidad singular de las normas, así como los otros tratados invocados en la acción, situación que no ha sido necesario abordar para la anulación del Decreto Ejecutivo impugnado.

Por todo lo expuesto, la acción debe declararse sin lugar, en este extremo.

**IX.- Conclusión y dimensionamiento.** Por la forma de resolver en esta sentencia, se estaría corrigiendo un problema *ab initio* del Decreto Ejecutivo impugnado, toda vez que el Ministerio de Ambiente y Energía incurrió en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley Forestal para declarar proyectos de Conveniencia Nacional. Pero además, debe decirse con toda claridad que la materia que nos ocupa exige sobrepasar un campo de interpretación del Derecho y de las resoluciones dictadas por este Tribunal en el pasado, para no dejar espacio para mayores perjuicios sobre los derechos indígenas y el Territorio Indígena Térraba. Más aún, el problema detectado no puede ignorar la ubicación o geolocalización de los territorios indígenas con las coordenadas que habían sido establecidas en el Decreto Ejecutivo. Pero, no se debe vaciar la declaratoria de inconstitucionalidad de esta sentencia a un problema territorial que presuntamente ya fue corregido por esta Sala por Sentencias N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de septiembre de 2011 y N° 2016-15711 de las 17:30 horas del 26 de octubre de 2016, dado que, sería incurrir en una ilegítima *simplificación* de una grave infracción al Derecho a la Constitución (valores, principios y normas). Debe recordarse que el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, llama a respetar la importancia especial que tienen las tierras y territorios para los pueblos indígenas. Los derechos indígenas no se resumen a la tenencia y explotación de un territorio, pues como es bien sabido, es más integral que eso. Es la base sobre la cual crece su cultura y sus valores espirituales, tiene un efecto agregativo, que sobre él se suman otros derechos que se construyen alrededor de ese territorio y ofrece las condiciones para su modo de vivir y les aseguran su supervivencia como un todo. Delimitar esa infracción a un logro limitado obtenido en sentencias anteriores de la Sala, desconoce de hecho que se mantienen vigentes otras partes y efectos nocivos de la Declaratoria de Conveniencia Nacional, que de acuerdo con esta sentencia se determinó que carece de una condición exigida por el ordenamiento jurídico, es ilegal y contraria al Derecho de la Constitución (valores, principios y normas), y permitiría la supervivencia en paralelo de prerrogativas del Estado y sus instituciones, que podrían profundizar la inseguridad jurídica que tienen para todo el resto de derechos asociados a las tierras de las comunidades indígenas. Es a todas luces un comportamiento judicial que no se ajusta al rigor, seriedad y altura que ameritan los compromisos y obligaciones internacionales asumidas libremente por el Estado costarricense, de cara a los derechos indígenas aquí referidos. De manera que, sin un pronunciamiento *expreso* de esta Sala, sobre la aludida declaratoria, se diluiría en el laberinto de la interpretación de los operadores de derecho, lo que podría socavar la vigencia de los valores, usos y goce del territorio, cuando deberían ser pacíficamente ejercidos por los pueblos indígenas. Por declarado inconstitucional el artículo 1°, sobreviene la del resto de la normativa, lógicamente por conexidad y consecuencia, debe expulsarse del ordenamiento jurídico los demás artículos que dependen de esa declaratoria por estar en contra de las obligaciones internacionales, pues de no hacerlo *expresamente* se mantendría vigente esa declaratoria de Conveniencia Nacional que permite alinear esos objetivos dentro de una serie de mecanismos jurídicos de derecho público que permiten agilizar, coordinar instituciones, mecanismos informativos y de negociación, y exceptúa al Instituto Costarricense de Electricidad de los "*requisitos para demostrar la titularidad de la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollará el Proyecto*", los que no han sido declarados inconstitucionales, pero son excepciones que engrosan impactos negativos y los problemas de irrespeto sobre el control e interferencia de terceros, dentro del territorio indígena. Con todo lo anterior, se les devuelve la dignidad intrínseca que los pueblos indígenas se merecen y se asegura que la puedan ejercer mediante la consulta indígena.

A partir de ahora, de querer avanzar hacia el desarrollo y consolidación del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís con un nuevo decreto, esta declaratoria deberá gestionarse observando lo establecido en el ordenamiento jurídico, de forma oportuna por parte del Gobierno de la República. Es importante señalar, que no solo deberá haber cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias para continuar con los estudios de factibilidad, así como para la realización del Estudio de Impacto Ambiental, sino que deben garantizarse los derechos de las comunidades, sus tradiciones y cultura como pueblos indígenas afectados, en los términos del Decreto Ejecutivo N° 40932-MP-MJP, "*Implementación del mecanismo general de consulta a pueblos indígenas*", a

quienes se les deberá otorgar la consulta previa, libre e informada, así como el reconocimiento de las restantes garantías que ofrece el ordenamiento jurídico al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Dado que la Sala está declarando con lugar la acción, con la eliminación del Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "*Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad*", con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, ello se hace sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, lo que significa que queda salvaguardada aquella información obtenida durante la vigencia del Decreto Ejecutivo impugnado, en favor o en contra de la realización del proyecto; de modo tal, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no será necesario volver a repetir las acciones y estudios si cumplieron la función técnica y científica para la cual fueron diseñados en el proyecto, así como para fundamentar las solicitudes que correspondan ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, las que se podrían considerar válidas para esos propósitos, todo a juicio de ésta. Todo lo anterior a fin de no repetir las acciones que eviten perturbar los derechos de las comunidades indígenas y su territorio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el efecto retroactivo de la anulación no se aplica respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren materialmente o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Así, esta declaración se hace sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre el ICE y las asociaciones representativas de las comunidades indígenas, que tuvieron como resultado el desistimiento del proceso en la sede de la jurisdicción ordinaria.

En todo lo demás, debe declararse sin lugar la acción.

**X.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE.** Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en Sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial N° 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la Sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI..

**Por tanto:**

Se declara parcialmente CON LUGAR la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, denominado "*Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad*". Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos en el sentido de que la inconstitucionalidad declarada no afecta la información obtenida durante la vigencia y recolección de la misma, no será necesario volver a repetir las acciones y estudios si cumplieron la función técnica y científica para el cual fueron diseñados para el proyecto, así como para fundamentar las solicitudes que correspondan ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, las que se podrían considerar válidas para esos propósitos, todo a juicio de esta. Todo lo anterior a fin de no repetir las acciones que eviten perturbar los derechos de las comunidades indígenas y su territorio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el efecto retroactivo de la anulación no se aplica respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren materialmente o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Así, esta declaración se hace sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre el Instituto Costarricense de Electricidad y las asociaciones representativas de las comunidades indígenas, que tuvieron como resultado el desistimiento del proceso en la sede de la jurisdicción ordinaria. En lo demás, se declara sin lugar la acción. Los Magistrados Rueda Leal y Garro Vargas salvan el voto y declaran sin lugar la acción. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como al Instituto Costarricense de Electricidad. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.-

**Fernando Castillo V.**  
**Presidente**

**Paul Rueda L.**

**Luis Fdo. Salazar A.**

**Jorge Araya G.**

**Anamari Garro V.**

**Jorge Isaac Solano A.**

**Ana María Picado B.**

**Exp: 18-005745-0007-CO**

**Res. N° 2022001622**

**Voto salvado del magistrado Rueda Leal.** Disiento respetuosamente del punto de partida que asume la sentencia de mayoría, lo que me obliga a salvar el voto.

En un recuento cronológico del control de constitucionalidad que la Sala ha ejercido sobre el decreto n.º 34312-MP-MINAE, observo que en la sentencia n.º 2011012975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011 se aplicó una interpretación conforme del ordinal 8 *eiusdem*, en el siguiente sentido:

*“Se declara sin lugar la acción respecto de los artículos 1 y 4 del Decreto Ejecutivo número 34312. Por mayoría, se interpreta conforme a la Constitución el numeral 8 del Decreto Ejecutivo número 34312, siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 de ese Decreto se realice en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento...”*

Posteriormente y ante la omisión de efectuar la citada consulta, mediante voto n.º 2016-15711 de las 17:30 horas del 26 de octubre de 2016 dispuso la Sala:

*“Se declara con lugar la acción planteada y, en consecuencia, se anula por inconstitucional el artículo 8 del Decreto 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008. Esta sentencia tiene efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo que fue establecido en la sentencia número 2011- 12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe ...”*

Este hecho es de vital relevancia, dado que el numeral 8 anulado establecía la ubicación del pretendido proyecto hidroeléctrico:

*“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:*

<i>Punto Inicio</i>	<i>Punto Final</i>
<i>534000 E / 337700 N</i>	<i>536000 E / 337875 N</i>
<i>536000 E / 337875 N</i>	<i>538000 E / 337500 N</i>
<i>530650 E / 339603 N</i>	<i>531747 E / 338563 N</i>
<i>534939 E / 347661 N</i>	<i>533541 E / 346603 N</i>
<i>533541 E / 346603 N</i>	<i>532202 E / 345356 N</i>
<i>532202 E / 345356 N</i>	<i>531470 E / 343697 N</i>
<i>522600 E / 323750 N</i>	<i>520000 E / 323000 N</i>
<i>520000 E / 323000 N</i>	<i>518000 E / 322283 N</i>
<i>518000 E / 322283 N</i>	<i>516000 E / 322052 N</i>
<i>547052 E / 334121 N</i>	<i>546614 E / 332384 N</i>
<i>548576 E / 328715 N</i>	<i>547800 E / 326781 N”</i>

En consecuencia, al momento de conocer esta nueva acción, la citada norma ya era inexistente en el ordenamiento jurídico, dada la anulación *erga omnes* dispuesta por la Sala.

Pese a lo anterior y haciendo caso omiso de tal anulación, la mayoría de este Tribunal se ha decantado por acudir a la sentencia n.º 2011012975 para conceder efectos jurídicos al citado artículo 8:

*“... hay que determinar si el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Ejecutivo impugnado, afectó en concreto y potencialmente los territorios indígenas. En criterio de la Procuraduría General, eso no está claro en el expediente. Sin embargo, al examinar la jurisprudencia de este Tribunal, es posible tener por acreditado que la aplicación del Decreto Ejecutivo impugnado, mantiene dentro de los límites de la habilitación o autorización, porciones del territorio indígena en cuestión. En concreto, se ha determinado esa afectación por el Estado, de modo que es importante tener en cuenta que ya, mediante la Sentencia N° 2011-12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, la Sala estableció que:*

*“III.- SOBRE LA PROPIEDAD DEL PUEBLO INDÍGENA ACCIONANTE. La Reserva [Nombre 002] se encuentra delimitada en el Decreto Ejecutivo 22203 del 2 de abril de 1993. Asimismo, su fundamento legislativo se desprende de la denominada Ley Indígena No. 6172 del 29 de noviembre de 1977, cuyo artículo 2, en forma expresa, declara propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en su artículo 1º, dentro de las cuales se incluye la reserva Térraba. Ahora bien, de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas. Por su parte, el proyecto se compone de sitios de explotación, por tanto, no posee un único espacio o área de acción, y como no se manifiestan las dimensiones espaciales de tales sitios o puntos, es imposible por ahora -de acuerdo con la*

información que consta en este proceso-, calcular un área de terreno en común que pueda existir entre el Proyecto Hidroeléctrico Diquís y la Reserva [Nombre 002]. No obstante, establecidos los límites de la Reserva [Nombre 002] sobre las hojas topográficas respectivas, en asocio y ubicación de los lugares que forman parte del proyecto hidroeléctrico, existen tres sitios coincidentes con el área de la Reserva: los puntos 536000 E / 337875 N, 547052 E / 334121 N y 546614 E / 332384 N. Por otro lado, en su informe, el Instituto Costarricense de Electricidad admite que se estarían inundando aproximadamente 74 hectáreas en la reserva indígena de China Kichá y 653 hectáreas de la reserva [Nombre 002]. En total se inundarían aproximadamente 727 hectáreas, que afecta un 7.5% del total de territorio [Nombre 002] y un 5.7% del total de territorio de China Kichá. En consecuencia, resulta indubitable que el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, en su fase de ejecución -que todavía no ha comenzado- y de acuerdo con la información que sí consta en el expediente de esta acción, comprenderá territorio indígena Térraba”.

De ahí, que con la claridad de las conclusiones de este Tribunal, no podría desdecirse ahora, ni mucho menos si no se alega que se le hizo incurrir en un error material de apreciación por el Instituto Geográfico Nacional, órgano administrativo y técnico que contribuyó a la localización de las áreas de posible afectación. Aunque, lo que el accionante reclama es la inundación de territorio indígena, lo cual, evidentemente no ha sucedido ni sucedería, pues los informes son claros que se encuentra en las fases preliminares, y como se indicará más adelante, el proyecto fue suspendido en su totalidad. Sin embargo, la forma del abordaje por parte del Gobierno de la República, al declarar el proyecto de Conveniencia Nacional sí comprometió los derechos fundamentales específicos de los pueblos indígenas a los que se les aplicó el Decreto Ejecutivo impugnado.”

Obsérvese que, según la mayoría, no es posible desconocer el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional relacionado con la localización de las áreas de posible afectación, lo que sirve de fundamento para el análisis posterior de constitucionalidad. Sin embargo, ese informe técnico fue rendido con base en las coordenadas indicadas en el numeral 8, como se deduce de la transcripción efectuada por la propia mayoría:

“...de acuerdo con el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (folio 318), el artículo 8 del citado Decreto refiere puntos de coordenadas planas que representan sitios para la explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas...”

Visto que esa norma fue anulada mediante la sentencia n.º 2016015711, según se indicó, entonces el informe técnico del Instituto Geográfico Nacional carece de sustento normativo para mantener su vigencia actual. Se sigue de ahí que la decisión de la Sala igualmente carece de fundamento jurídico, ya que toma este informe como premisa.

Estimo que el numeral 8 es central para determinar la inconstitucionalidad del decreto impugnado a la luz de los reclamos planteados por el accionante. Él acusa: 1) la irreductibilidad del bosque (en particular, de aquel en tierra indígena); 2) reserva de ley e inderogabilidad singular de la norma, porque el Poder Ejecutivo no mencionó “...en todo el decreto de conveniencia nacional cuestionado, que existían terrenos que son parte de territorios indígenas...”; 3) que las declaratorias de conveniencia nacional son aplicables a la propiedad privada, pero no a los territorios indígenas; 4) violación al derecho convencional, por cuanto la represa inundaría territorios indígenas. Finalmente, solicita el reconocimiento de la personalidad jurídica del río Grande de Térraba.

La lectura de cualquiera de los reclamos anteriores parte de la determinación geográfica del proyecto y la afectación del territorio indígena para ser válido. Incluso, se observa que el actor asumió erróneamente que el artículo 8 todavía seguía vigente al momento de interposición de la acción y lo transcribe en su escrito como objeto de impugnación, a pesar de que ya había sido anulado.

Por su parte, atinente a la solicitud de reconocimiento de la personalidad jurídica del río Grande de Térraba, ella debe descartarse tan solo, porque, en el caso concreto, tal pretensión no está ligada a la alegada inconstitucionalidad de la norma impugnada, ni la parte accionante desarrolló algún razonamiento jurídico específicamente para sustentar tal vínculo.

Como argumento adicional, destaco que los reclamos anteriores no son aplicables a los otros artículos del decreto cuestionado sin la determinación geográfica de la zona afectada por el proyecto. De hecho, en el caso de algunos numerales, no se puede establecer siquiera algún tipo de relación entre los citados reclamos y la norma correspondiente. Así, verbigracia, no se deriva una objeción concreta en contra de la cooperación interinstitucional (numeral 2), el destino de fondos para el desarrollo local (ordinal 3) o el establecimiento de mecanismos de información y negociación (artículo 4). Sin embargo, todos ellos se ven afectados por la inconstitucionalidad decretada.

No puedo dejar de subrayar la relevancia del numeral 8 (anulado) para la interpretación sistemática de las normas restantes del decreto impugnado y, en consecuencia, para la valoración de constitucionalidad de los reclamos planteados. Esto se nota con un ejercicio hipotético: a fin de hacer viable el proyecto hidroeléctrico, el Poder Ejecutivo hubiera podido, con posterioridad a la anulación del numeral 8 mediante la sentencia n.º 2016-15711, emitir un decreto para adicionar un nuevo artículo 8, que estableciera una zona geográfica distinta, completamente alejada de los territorios indígenas del actor. Desde mi perspectiva, tal proceder hubiera resultado válido. En conclusión, los reclamos del accionante son insubsistentes si no se determina la zona geográfica afectada. En consecuencia, declaro sin lugar la acción.

**Paul Rueda L.**

## VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS.

Con el respeto acostumbrado salvo mi voto y declaro sin lugar la acción de inconstitucionalidad planteada contra el decreto ejecutivo n.º34312-MP-MINAE de 06 de febrero de 2008, que es “Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”.

### I.- Objeto de la acción

La parte accionante alega que la normativa cuestionada –obras y embalse– viola el principio de irreductibilidad del bosque en territorios indígenas, implica una infracción al principio de no regresión en materia ambiental y se lesiona el principio de reserva de ley.

### II.- Informe de la Procuraduría General de la República (PGR)

Al respecto, el Procurador General de la República, Julio Alberto Jurado Fernández, informó lo siguiente:

*“En la sentencia 12975/2011 esa Sala desestimó la acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 1º y 4º del Decreto Ejecutivo 34312 (expediente 08-9215-0007-CO) y, por mayoría, interpretó conforme a la Constitución su numeral 8, siempre y cuando la consulta que establece el artículo 4º ibid se realizara en un plazo improrrogable de seis meses, a partir de la notificación del pronunciamiento. Al no realizarse la consulta, se interpuso otra acción de inconstitucionalidad contra el artículo 8 de dicho Decreto, tramitada bajo el expediente 16-005486-0007-CO, que la Sala, en el voto 15711/2016, declaró con lugar y anuló la norma, con efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo establecido en la sentencia número 12975/2011, y dejó a salvo los derechos adquiridos de buena fe, como consta en la publicación hecha en el Boletín Judicial N° 239 del 13 de diciembre de 2016. La resolución 15711/2016 no ha sido notificada, ya que está pendiente de redactar.*

*Por lo anterior, no hay coordenadas que determinen el sitio donde eventualmente se ejecutaría el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PHD), lo que hace improcedente la acción en cuanto a los alegatos sobre la afectación de territorios indígenas: disminución de área, tala y eliminación o inundación del bosque y áreas de protección, con la represa, cambio de uso de suelo, pérdida de biodiversidad, del paisaje natural, sitios arqueológicos y sagrados. Es hipotético que el PHD se vaya a desarrollar y, en ese tanto, es impredecible que pudiera menoscabar reservas indígenas.*

*A esto se une que en proceso de trámite preferente contra el Instituto Costarricense de Electricidad y el Estado, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, en sentencia firme N° 194-2015-VI, declaró parcialmente con lugar la demanda y dispuso:*

*“1) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, si decide a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá iniciar el procedimiento de evaluación ambiental respectivo bajo la normativa vigente al momento de la presentación de su solicitud.*

*2) Se ordena a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente que, si la fase de investigación a la que hicimos referencia se retoma, deberá definir el instrumento de evaluación ambiental que deba exigirse al ICE de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y tomando en cuenta los parámetros que para efectos de esa clasificación se establezcan, así como la significancia ambiental de cada una de las obras o actividades impactantes que se vayan a realizar.*

*3) Se ordena al Instituto Costarricense de Electricidad que, en caso de que decida a corto, mediano o largo plazo, reabrir o retomar la fase de investigación geológica en el Sitio Térraba previo a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís, deberá gestionar ante los entes y órganos competentes las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico exige para realizar actividades como la corta de árboles, movimiento de tierras, excavaciones, construcción de obras en el cauce de río como diques o muros de gaviones.*

*4) Se ordena a ambos demandados que mientras no se haya efectuado la consulta indígena previa, libre e informada al pueblo [Nombre 002] ni se cuente con el instrumento de evaluación ambiental que corresponda según las actividades que se efectúen, deberá abstenerse de adoptar cualquier conducta administrativa, ya sea referida a la fase de investigación o a la de inversión del PHD, que pueda afectar el medio ambiente o la biodiversidad de esa Reserva Indígena”.*

*Al parecer, el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís está inactivo.*

*(...)*

*Sin embargo, al no haber coordenadas que definan la ubicación del PHD y ser incierta su ejecución, carece de sustento el alegato de que se reducirán, por inundación o tala de bosques, los territorios indígenas, propiedad privada comunitaria.*

(...)

*En síntesis, el Decreto 34312 no violenta el principio de irreductibilidad del bosque, ni el Convenio 169 de la OIT, porque es incierta la ubicación y realización del Proyecto en territorios indígenas, propiedad privada colectiva, y se dictó en consonancia con normas que la Sala Constitucional ha declarado que se ajustan al Derecho de la Constitución.*

*La Procuraduría también considera que el alegato no es de recibo, al carecer de coordenadas el Decreto tildado de inconstitucional que permitan ubicar el PHD en un área geográfica concreta. No habría entonces base para aseverar que el mismo entrañe en la materialidad una disminución de alguna reserva indígena o la tala e inundación de sus bosques, ni la afectación de los derechos posesorios o culturales y ambientales de las comunidades indígenas. Tampoco contiene el Decreto ninguna norma que disponga la reducción de territorios indígenas o que modifique la Leyes 6172 y 6703, ni se contrapone al Convenio 169 de la OIT.*

*En virtud de los propios pronunciamientos de la Sala este asunto carece de interés actual.*

(...)

*Al no precisar el decreto objetado el sitio donde se desarrollaría el PHD, de incierta ejecución, se repite, no podría afirmarse que afectará reservas indígenas. En su literalidad no dispone una disminución, inundación, tala de árboles o cambio de uso de suelo de éstas. Y tiene asidero en la Ley Forestal, artículos 19 inciso b) y 34, cuya constitucionalidad ha reconocido esa Sala. Con lo cual, no contraviene el Convenio 169 de la OIT, artículos 13 y 14.2, ni el 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y conexos. De lo que se sigue que no se daría un irrespeto a la importancia especial que para las culturas y valores de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras que ocupan o utilizan, y además el Estado costarricense ha dictado normas para determinar los territorios de las comunidades indígenas y proteger sus derechos de propiedad y posesión”.*

### **III.- Antecedentes de la Sala Constitucional**

Esta Sala dictó la sentencia n.º2016-15711 del 26 de octubre de 2016 mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 8 del decreto ejecutivo n.º34312 que acá también se impugna. La norma en cuestión disponía lo siguiente:

*“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:*

<b>Punto Inicio</b>	<b>Punto Final</b>
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
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

*(La Sala Constitucional mediante resolución N° 12975 del 23 de setiembre de 2011, interpretó conforme a la Constitución este artículo: “siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 de ese Decreto se realice en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento.”)*

Como se aprecia, la disposición transcrita constituye un elemento clave en la realización del proyecto: las coordenadas geográficas en las que se iba a desarrollar. Dicha norma fue examinada originalmente en la sentencia n.º2011-012975 de las 14:30 hrs. de 23 de setiembre de 2011 en la que expresamente se advirtió que se iba a preservar su constitucionalidad hasta la realización de la consulta contemplada en el art. 4 del propio decreto. No obstante, con posterioridad se constató que no hubo tal consulta, lo que motivó la declaratoria de inconstitucionalidad. Al respecto, esta Sala realizó las siguientes consideraciones:

*“En el sub examine, lo planteado por el accionante es que la Administración no efectuó dicha consulta, motivo por el que este Tribunal procede a revisar nuevamente la constitucionalidad del ordinal 8 del Decreto número 34312-MP-MINAE de 6 de febrero de 2008, para cuyo efecto se toma en consideración lo dispuesto en la sentencia supracitada. Así, primeramente se debe indicar que el plazo otorgado en aquella oportunidad por la Sala, no se puede calificar como preclusivo, porque los plazos judiciales tienen la característica particular contemplada en el artículo 144 del Código Procesal Civil, el cual dispone: “Plazos judiciales. Cuando este Código fuere omiso en cuanto a la duración de un plazo, éste será establecido por el juez, tomando en cuenta la naturaleza del proceso y la importancia del acto...”. A partir de esta característica, en cada caso concreto, la autoridad judicial eventualmente puede valorar un plazo concedido en una orden judicial de acuerdo con la naturaleza del proceso y la importancia del acto, cuando así sea debidamente justificado y solicitada su prórroga. Ahora, en la especie, de las audiencias rendidas en este expediente por las autoridades del ICE y del Ministro de Ambiente y Energía, no se acredita que la Administración hubiese gestionado alguna prórroga del plazo en cuestión de previo a su vencimiento, invocando las razones por las que no había podido celebrar la consulta. De manera que no resulta atendible, que luego de vencido sobradamente el plazo conferido, las autoridades administrativas vengan*

*a intentar justificar su inercia en llevar a cabo la consulta de marras. **Por ello, se impone declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del numeral 8 impugnado, pues aun cuando dicha disposición no resultaba inconstitucional al momento de su emisión, dadas las condiciones y etapas del proyecto a desarrollar en aquella oportunidad, no menos cierto es que este Tribunal, en la sentencia No. 2011-12975 de las 14:30 horas de 23 de setiembre de 2011, sostuvo la constitucionalidad de dicha norma siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 34312 fuera realizada en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de tal pronunciamiento, lo que finalmente no ocurrió y, por ello, de modo sobreviniente deviene ahora inconstitucional el artículo 8 de dicho Decreto, único objeto de esta acción.***

(...)

*Se declara con lugar la acción planteada y, en consecuencia, **se anula por inconstitucional el artículo 8 del Decreto 34312-MP-MINAE del 06 de febrero del 2008. Esta sentencia tiene efectos declarativos a partir del vencimiento del plazo que fue establecido en la sentencia número 2011- 12975 de las 14:30 horas del 23 de setiembre de 2011, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dispone que la eficacia de esta decisión inicie a partir de la fecha de primera publicación del edicto en que se informó de la admisión de este proceso. Reséñese este pronunciamiento en La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial***". (Lo destacado no corresponde al original).

#### **IV.- Consideraciones personales**

A la luz de los antecedentes examinados y de la postura de la PGR, considero que corresponde declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad y descartar los presuntos vicios apuntados por la parte accionante. Lo anterior por la sencilla razón de que el proyecto no podía seguir adelante, dado que desde el año 2016, de previo a la interposición de este proceso, ya había una declaratoria de inconstitucionalidad respecto de las coordenadas que definían "los sitios para explotación de materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas". Si los argumentos de inconstitucionalidad se basan en una presunta afectación al principio de irreductibilidad de los bosques y una supuesta lesión o amenaza a la propiedad indígena, se debe concluir que los mismos son insubsistentes ante una imposibilidad material de llevar adelante el proyecto en cuestión por falta de una ubicación geográfica debidamente delimitada. Sobre el particular, comparto las consideraciones realizadas por la PGR en el sentido de que "al no haber coordenadas que definan la ubicación del PHD y ser incierta su ejecución, carece de sustento el alegato de que se reducirán, por inundación o tala de bosques, los territorios indígenas, propiedad privada comunitaria".

Está claro que a tenor de los propios pronunciamientos de esta Sala –que tutelaron el derecho a la audiencia en relación con la propiedad indígena– quedó insubsistente el decreto ejecutivo impugnado, pues carece de un elemento fundamental para su desarrollo: una ubicación debidamente definida incluso luego de una audiencia previa.

Advierto que con este pronunciamiento no estoy avalando el contenido de las disposiciones impugnadas, sino que estimo que carece de interés actual ahondar en el resto de las impugnaciones, debido a que uno de los ejes nucleares del desarrollo del proyecto cuestionado –su ubicación– ya fue declarado inconstitucional por esta Sala desde el año 2016, mucho antes de la interposición de esta acción de inconstitucionalidad.

En atención a lo dicho, considero que no hay mérito para acoger la acción de inconstitucionalidad y por eso la declaro sin lugar.

**Anamari Garro V.**

**Magistrada**

Expediente N° 18-005745-0007-CO

1

**Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.**

**Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 10-04-2024 08:15:40.**