

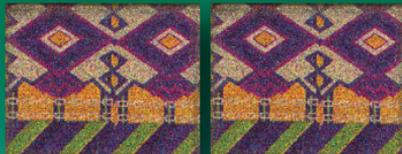
# IIDH

Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos

## Costa Rica. Resoluciones sobre Pueblos Indígenas 2000-2006

Sala Constitucional - Procuraduría General de la República -  
Defensoría de los Habitantes

Acorde al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y  
Tribales en Países Independientes de la OIT







**Costa Rica. Resoluciones sobre pueblos indígenas  
2000-2006**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

Agencia Danesa de Cooperación Internacional

Real Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega

© 2007 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.  
Reservados todos los derechos.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en esta publicación son de exclusiva responsabilidad del autor y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

***Equipo productor de la publicación:***

Departamento de Entidades de la Sociedad Civil  
Programa Pueblos indígenas y Derechos Humanos  
Programa Combate al Racismo

Cristina Zeledón M.  
Oficial de Programa  
*Coordinación académica*

Javier Rodríguez  
*Consultor*

Jacinta Escudos  
*Corrección de estilo y redacción*

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH  
*Diseño, diagramación y artes finales*

*Publicación coordinada por la Unidad de Información y de Servicio Editorial del IIDH*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica  
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955  
e-mail: [uinformacion@iidh.ed.cr](mailto:uinformacion@iidh.ed.cr)  
**[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)**

---

## Índice

Presentación .....	9
<b>Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes .....</b>	<b>11</b>
<b>I. Resoluciones de la Sala Constitucional y Procuraduría General de la República .....</b>	<b>26</b>
Art. 1. Aplicación inmediata del Convenio 169 de la OIT y prevalencia del mismo ante la ley común .....	26
1. Ejecutoriedad del Convenio 169 de la OIT: aplicación inmediata y obligatoria .....	26
2. Protección Constitucional a los pueblos indígenas en Costa Rica .....	28
3. Prevalencia del Convenio 169 de la OIT como norma de rango superior en el ordenamiento jurídico costarricense .....	29
Art. 2. Obligación estatal de promover la plena efectividad de los derechos económicos, políticos y culturales de los pueblos indígenas.....	33
1. Omisión de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) de velar por el restablecimiento de los derechos fundamentales del territorio Guaymí. ....	33
2. Especificidad indígena al seno de la institución estatal de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) .....	35
3. Responsabilidad de los gobiernos de desarrollar conjuntamente acciones coordinadas para proteger los derechos de los pueblos indígenas. El derecho de asociación y los pueblos indígenas: las Asociaciones de Desarrollo Indígenas .....	39
4. Medidas especiales: exclusión del pago de impuestos de bienes inmuebles .....	41
Art. 4. Medidas especiales y no-discriminación de los pueblos indígenas .....	44
1. Prohibición de venta de licores en territorios indígenas: medidas compensatorias o discriminación positiva .....	44
2. Obligación del Estado de garantizar a los pueblos indígenas el organizarse y participar activamente en la toma de decisiones que les atañen:.....	47

Art. 5. Protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales .....	50
1. El patrimonio arqueológico .....	51
2. El patrimonio cultural.....	54
Art.6 Consulta obligatoria de los gobiernos a los pueblos indígenas .....	55
1. Consulta y participación de los pueblos indígenas en el caso de la exploración y explotación de hidrocarburos en sus territorios, previo al otorgamiento de concesiones públicas .....	55
Art. 7 Los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sus propias prioridades.....	61
1. Asociaciones de desarrollo integral y comités de deportes – cantonales y comunitarios - ..	61
Art. 8 Derecho Consuetudinario o Derecho Indígena.....	62
1. Voluntariedad y especificidad del Derecho Propio de los Pueblos Indígenas.....	62
Art. 10 Opciones distintas al encarcelamiento.....	65
1. Privación de libertad por incumplimiento de pensiones alimentarias .....	65
Art. 14. Derecho de propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas .....	67
1. Traspaso de territorios del Estado a los Pueblos Indígenas. ....	67
2. Obligación de la CONAI de traspasar los territorios indígenas (recuperados o comprados) a la Asociación Integral Indígena correspondiente .....	68
3. Invasiones a territorios indígenas por parte de no indígenas: un problema no resuelto .....	69
4. Improcedencia del amparo constitucional por invasiones a territorios indígenas: primero debe acudir a las instancias pertinentes .....	71
5. La creación de territorios indígenas debe ser por medio de una ley y no vía decreto del Poder Ejecutivo .....	72
Art. 15. Los recursos naturales y su aprovechamiento en los Territorios Indígenas: el deber de consulta y participación de los pueblos indígenas como propietarios colectivos de los mismos.....	77
1. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado .....	77
2. Recursos Naturales: corta de árboles en territorios indígenas y mala realización de la consulta por medio del Estado .....	79
3. Recursos Naturales: Aprovechamiento forestal en territorios indígenas .....	82

Art. 16. Prohibición de traslado de pueblos indígenas: medida excepcional.....	84
1. Represa Hidroeléctrica Boruca.....	84
2. Imposibilidad de desafectación de los territorios indígenas. ....	85
Art. 17 Modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra.....	87
1. Expulsión de mujer indígena del Territorio: el desahucio administrativo no es la vía adecuada.....	87
Art. 18 Sanciones para la intrusión de personas no indígenas en sus territorios.....	88
1. Traspaso de territorios a la comunidad indígena, expropiaciones y desalojos de personas ajenas 88	
Art. 35 Aplicación del Convenio 169 sin menoscabo de acuerdos, ventajas o derechos de otras leyes, convenios, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.....	91
1. Trato preferencial a indígenas por parte del Poder Judicial. ....	91
<b>II. Resumen temático de los Informes Anuales de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica .....</b>	<b>93</b>
1. Derecho a la salud.....	93
2. Derecho indígena .....	102
3. Educación .....	105
4. Tierra y territorios.....	107
5. El derecho a la consulta .....	110
6. Aplicación de la legislación indígena.....	117
7. Especificidad cultural indígena.....	118
8. Recolección de café y mano de obra indígena.....	119
9. Condiciones socioeconómicas .....	121



## Presentación

La presente edición complementa la publicación *Costa Rica. Resoluciones sobre pueblos indígenas* (2002), en la que se recogen resoluciones correspondientes a 1993-1999; resume las principales resoluciones jurídicas de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y la Defensoría de los Habitantes sobre los pueblos indígenas en Costa Rica, durante los años 2000 a 2006, que en su conjunto representan las principales instancia jurídicas nacionales de abordaje al tema indígena. Pretende ser una herramienta de uso cotidiano, tanto para los habitantes indígenas como para abogados, investigadores y litigantes de los derechos humanos fundamentales de los habitantes originarios del continente.

El *Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el instrumento jurídico internacional más importante en materia de derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en el mundo. El material que aquí se presenta se analiza acorde con cada uno de los artículos del mismo, permitiendo una compilación temática de los principales actores jurídicos en la dinámica del país: la Sala Constitucional, como máximo tribunal nacional de protección de los derechos fundamentales, cuyas resoluciones vinculantes han cambiado la realidad jurídica de Costa Rica desde su creación; la Procuraduría General de la República, como órgano técnico jurídico de la administración pública que orienta, delimita competencias, atribuciones y alcances de las instituciones públicas y sus relaciones con los habitantes indígenas; y la Defensoría de los Habitantes, que por su naturaleza permite abrir espacios de diálogo y entendimiento entre las autoridades públicas y las necesidades específicas de los pueblos indígenas en Costa Rica.

Una lectura de este material permite ubicar a la persona lectora en una parte del mundo indígena y su relación con el Estado. Sobresalen la riqueza milenaria de su cultura, su forma de comprender el universo y la manera de amar, vivir y morir, según la cosmovisión indígena. Pero también permite visualizar la invisibilidad de la otra Costa Rica: la de los excluidos, los discriminados, los olvidados, los carentes de políticas con pertinencia cultural, situaciones que hacen que sus habitantes se ubiquen en los índices más bajos del desarrollo humano del país.

Agradecemos a todas aquellas personas que han brindado su apoyo a la presente edición y esperamos sea de utilidad en la lucha y promoción de los derechos humanos de los pueblos originarios del país.

*Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo*



## Anexo 1

### **Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**

#### **PREAMBULO**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

**TEXTO**

**Parte I. Política General**

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término [ pueblos ] en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

#### Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

#### Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

#### Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados

de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

#### Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

#### Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

#### Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

#### Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

#### Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

## Parte II. Tierras

### 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.

### Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

#### Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

#### Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

#### Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

### **Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo**

#### Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
- d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

#### **Parte IV. Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales**

##### Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

##### Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

#### Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.
2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

### **Parte V. Seguridad Social y Salud**

#### Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

#### Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

### **Parte VI. Educación y Medios de Comunicación**

#### Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

#### Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su partici-

pación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

#### Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

#### Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

#### Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

#### Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

### **Parte VII. Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras**

#### Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

### **Parte VIII. Administración**

#### Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

### **Parte IX. Disposiciones Generales**

#### Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

#### Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

### **Parte X. Disposiciones Finales**

#### Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

#### Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

#### Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

#### Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comu-

nicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

#### Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

#### Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

#### Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

#### Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

#### Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

Organización Internacional del Trabajo. “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”. *ILOLEX: La base de datos sobre las Normas internacionales del trabajo*. 19 de marzo 1997.

<http://ilolex.ilo.ch:1567/public/spanish/50normes/infleg/ilospa/index.htm>

(30 de marzo de 1998)



## Descriptores del Convenio 169 de la OIT

	TEMA	ARTÍCULOS
I.	Política general	1 a 12
II.	Tierras	13 a 19
III.	Contratación y condiciones de empleo	20
IV.	Formación profesional, artesanía e industrias rurales	21 a 23
V.	Seguridad social y salud	24 a 25
VI.	Educación y medios de comunicación	26 a 31
VII.	Contactos y cooperación a través de fronteras	32
VIII.	Administración	33
IX.	Disposiciones generales	34 a 35
X.	Disposiciones finales	36 a 44

### Descriptores (por artículo)

ART	TEMAS
1.	Pueblos indígenas; sector distinto de la colectividad nacional; costumbres y tradiciones; conquista; colonización; instituciones sociales, políticas, económicas, culturales; conciencia, identidad étnica; derecho internacional.
2.	Gobiernos responsables de proteger a los pueblos indígenas y garantizar la integridad; participación; igualdad y derechos y oportunidades; derechos económicos, políticos y culturales; costumbres, tradiciones, instituciones.
3.	Derechos humanos y libertades fundamentales; discriminación; obstáculos; hombres y mujeres indígenas; coerción.
4.	Medidas especiales; salvaguardar personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente; libre expresión y deseos de los pueblos indígenas; goce sin discriminación; ciudadanía.
5.	Protección de valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; problemas como colectividad o individual; integridad; valores; prácticas e instituciones; participación; cooperación; pueblos interesados; medidas para allanar posibilidades y dificultades; condiciones de vida y trabajo.
6.	Gobiernos y obligación de consulta; procedimientos apropiados; instituciones representativas; medidas legislativas o administrativas; medios de participación; niveles de participación; decisiones en instituciones electivas; organismos administrativos; políticas y programas; medios para desarrollo de instituciones e iniciativas; casos apropiados; recursos necesarios; consultas; buena fe; manera apropiada; acuerdo o consentimiento; medidas propuestas.

7.	Derecho decidir; prioridades de los pueblos indígenas; desarrollo pueblos indígenas; afectación de vida; creencias; instituciones; bienes espirituales; tierras; utilización tradicional de las tierras; control del desarrollo económico, social y cultural; participación en formulación, aplicación y evaluación de planes y programas; desarrollo nacional y regional; mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo; salud; educación; participación; cooperación; prioridades; planes de desarrollo económico global; regiones que habitan; proyectos especiales de desarrollo; mejoramiento; gobiernos deben velar por estudios de cooperación; incidencia social; espiritualidad; cultura; medio ambiente; actividades de desarrollo; ejecución de actividades; medidas gubernativas con pueblos indígenas; protección y preservación del medio ambiente; territorios que habitan.
8.	Derecho consuetudinario; derecho de conservar costumbres e instituciones propias; derechos humanos fundamentales; sistema jurídico nacional e internacional; procedimientos para solucionar conflictos; obligaciones; ciudadanos.
9.	Sistema jurídico nacional, derechos humanos internacionalmente reconocidos; métodos para represión de los delitos; autoridades, tribunales; cuestiones penales; costumbres indígenas.
10.	Sanciones penales; características económicas, sociales, políticas y culturales; sanciones distintas del encarcelamiento.
11.	Ley, prohibición de sancionar e imponer servicios personales obligatorios remunerados o no; excepto cuando sea igual para todos los ciudadanos.
12.	Pueblos interesados; protección contra la violación de sus derechos; procedimientos legales; personalmente o por medio de organismos representativos; respeto derechos; medidas para comprender; hacerse comprender en procedimientos legales; intérpretes; medios de traducción eficaces.
13.	Tierras; territorios; obligación de respetar los gobiernos; importancia cultural y valor espiritual; aspectos colectivos; relación espiritual y cultural.
14.	Pueblos interesados; derecho de propiedad; posesión; tierras de ocupación tradicional; acceso tradicional a tierras para actividades tradicionales o subsistencia; pueblos nómadas; agricultores itinerantes; especial atención.
15.	Recursos naturales en tierras; protección especial; utilización, administración y conservación; estudio y dueños minerales; recursos del subsuelo; otros recursos en manos del Estado; procedimientos del gobierno para consultar; perjuicio de intereses indígenas; programa de prospección y explotación de recursos en tierras indígenas; participación de los beneficios; indemnización equitativa; daño por actividades.
16.	Prohibición de traslado de territorios indígenas; medidas excepcionales; reubicación de pueblos indígenas; consentimiento libre y pleno de conocimiento de la causa, sin consentimiento; acorde con protección por ley; encuestas públicas; representación efectiva; derecho de regresar a tierras tradicionales; traslado; reubicación; ausencia de acuerdos; tierras con estatuto jurídico anterior; imposibilidad de retorno; desarrollo futuro; indemnización; dinero o especie; garantías apropiadas; traslado de personas; indemnización por pérdidas o daño por desplazamiento.
17.	Modalidad de transmisión de los derechos; tierra; consulta; capacidad de enajenar sus tierras; transmisión de derechos; fuera de la comunidad; personas extrañas; desconocimiento de la legislación nacional; costumbres; propiedad o posesión del uso de la tierra.
18.	Sanciones apropiadas; intrusión no autorizada; uso no autorizado de las tierras; personas ajenas; gobiernos; medidas; infracciones.
19.	Programas agrarios; condiciones equivalentes; asignación de tierras; insuficiencia de tierra; elementos de la existencia normal; crecimiento numérico; posesión de tierras; medidas necesarias para el desarrollo.

20.	Gobiernos cooperación con pueblos indígenas; medidas especiales para trabajadores indígenas; protección eficaz; condiciones de empleo; contrato civil; legislación para trabajadores en general; no-discriminación como obligación de los gobiernos; acceso empleo; empleo calificado; promoción y ascenso; remuneración igual; asistencia médica; asistencia social; seguridad e higiene; vivienda; asociación; derecho a dedicarse a actividades sindicales; fines lícitos; convenios colectivos con empleadores; organización de empleadores; trabajadores estacionales; migrantes; agricultura; contratistas; mano de obra; legislación laboral; trabajo peligroso; salud; plaguicidas; sustancias tóxicas; sistemas de contratos coercitivos; servidumbre por deudas; igualdad de oportunidades; hombres y mujeres; hostigamiento sexual; servicios de inspección de trabajo; salarios.
21.	Formación profesional; ciudadanos.
22.	Formación profesional; programas voluntarios; necesidades especiales; obligación de los gobiernos de asegurar programas y medios especiales de formación; participación; cooperación con los pueblos; consulta sobre organización y funcionamiento de programas; responsabilidad.
23.	Artesanías; industrias rurales y comunitarias; actividades tradicionales; economía de subsistencia; caza; pesca; trampas; recolección; cultura; autosuficiencia; asistencia técnica y financiera; técnicas tradicionales; desarrollo sostenido equitativo.
24.	Regímenes de seguridad social; no-discriminación.
25.	Servicios de salud adecuados; medios necesarios para organizarse y prestar dichos servicios; responsabilidad y control; salud física y mental; nivel comunitario; servicios en cooperación con los pueblos indígenas; administración y control acorde con las condiciones geográficas, sociales y culturales; métodos de prevención; prácticas lucrativas; medicamentos tradicionales; asistencia sanitaria; personal comunitario y local; cuidados primarios de salud.
26.	Educación; medios de comunicación.
27.	Cooperación con los pueblos indígenas; necesidades particulares; historia; conocimientos técnicos; sistemas de valores; aspiraciones sociales, económicas y culturales; autoridad competente; participación en la formulación y ejecución de programas de educación; responsabilidad; transferencia voluntaria; propias instituciones; medios de educación; consulta; recursos; apropiación.
28.	Niños; leer y escribir; propia lengua; consultas; lenguas nacionales y lenguas oficiales; lenguas indígenas preservarlas.
29.	Niños; conocimientos generales; aptitudes; igualdad de oportunidades; comunidad nacional y local.
30.	Tradiciones culturales; derechos y obligaciones; trabajo; posibilidades económicas; educación; salud; gobierno; servicios sociales; traducciones escritas; medios de comunicación; lenguas indígenas.
31.	Medidas educativas; prejuicios; libros de historia; materiales didácticos; sociedades con cultura real de los pueblos indígenas.
32.	Contratos y cooperación; fronteras; medios ambiente; actividades económicas, sociales y culturales.
33.	Administración de programas en el país; autoridad gubernamental; planificación, coordinación y evolución en cooperación con los pueblos indígenas.
34.	Naturaleza y alcances de las medidas; flexibilidad; condiciones de cada país.
35.	Derechos y ventajas; otros convenios; recomendaciones; instrumentos internacionales; tratados; leyes; laudos, acuerdos nacionales; costumbres.
36.-44.	Convenio 107, ratificación y denuncia.

## I. Resoluciones de la Sala Constitucional y Procuraduría General de la República

Art. 1. Aplicación inmediata del Convenio 169 de la OIT y prevalencia del mismo ante la ley común.

1. Ejecutoriedad del Convenio 169 de la OIT: aplicación inmediata y obligatoria.

### Sala Constitucional

La aplicación inmediata del Convenio 169 de la OIT ha sido clarificada por la Sala Constitucional en varias oportunidades. El “*no poder aplicarlo por falta de una ley o reglamento que lo desarrolle*”, es una de las deformaciones jurídicas más alegadas por los Estados. Pese a que esta interpretación es errónea, con frecuencia sigue siendo invocada por las autoridades públicas.

El derecho internacional de los derechos humanos es una de las ramas del derecho internacional público de mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial. La base del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y de los Estados americanos, radica en que los Estados convinieron en aceptar soberanamente que a pesar de existir un ordenamiento jurídico interno, se sometían a un ordenamiento jurídico superior (internacional) que pudiera controlar los posibles actos de agresión entre los Estados y de los Estados para con sus ciudadanos.

Sobre el particular, Víctor Rodríguez Rescia<sup>1</sup>, nos dice:

En el Derecho Internacional Público, desde el momento en que un Estado asume obligaciones internacionales de cualquier naturaleza, debe cumplirlas de buena fe. Ese principio de buena fe se conoce como principio “*pacta sunt Servanda*” y está claramente definido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la siguiente manera:

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.<sup>2</sup>

Todavía, hay una norma más clara que antepone la preeminencia de los estándares internacionales por encima del derecho interno: el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dicta:

“EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS

*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”... (Cursiva no es del original).

Una actitud de las autoridades de un Estado contraria a lo establecido en el artículo 27 de la mencionada Convención de Viena, además de violar las reglas básicas del derecho internacional, atentaría en contra de un principio fundamental de toda relación humana: el principio de la buena fe.

Tratándose de tratados de derechos humanos, hay otro principio que rompe los esquemas de ese debate. Se refiere a que la norma a aplicar en un caso determinado, será la que más favorezca a la persona humana, independientemente de donde sea tomada.

Entonces la discusión sobre la jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no tiene razón de ser en materia de derechos humanos porque el principio a aplicar es el “*pro homine*”, como se analizó antes.

<sup>1</sup> Ex-secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y consultor del IIDH. Para más información ver *Cursos Autoformativos sobre el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos*, en [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr).

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26.

Sobre este particular, debe entenderse que al margen de lo que cada Constitución de los distintos Estados establezca en relación con el valor que le dé a los tratados internacionales, es lo cierto que desde el punto de vista del Derecho Internacional, acarrearía responsabilidad internacional para un Estado el que un tratado debidamente ratificado no sea aplicado por ser contrario a las normas internas vigentes, ya que se estaría violando el principio *pacta sunt servanda* y se estaría anteponiendo el derecho interno por encima del derecho internacional (Víctor Rodríguez Rescia, nota 1).

En este sentido, a raíz de una acción de inconstitucionalidad contra el Art. 41 p. 2 de la Ley de Hidrocarburos número 7399 de 3 de mayo de 1994, la Jurisprudencia Constitucional nos indica mediante **Res: 2002-01221, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cuarenta y nueve minutos del seis de febrero del dos mil dos:**

G).- ‘CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES’, de la OIT, conocido como convenio #169, que introdujo reformas al anterior #107.

Este convenio otorga preferencia a las comunidades indígenas en cuanto a la explotación de las riquezas naturales que existan dentro de los territorios que les pertenecen.

XX.- Todas estos instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo y por ende deben ser respetadas por el Proyecto de Ley sobre Hidrocarburos en tanto el rango normativo de aquéllos es superior. En consecuencia lo dispuesto por el artículo 41 párrafo 2° del Proyecto que exige los estudios de impacto ambiental después de aprobada la concesión de exploración o explotación sobre todo en caso de particulares, es contraria a los fines, propósitos y obligaciones constitucionales en materia ambiental, en tanto el contrato una vez suscrito crea derechos en favor del interesado. Por ello estima la Sala que el artículo 41 prf. 2° es inconstitucional en este aspecto<sup>3</sup>.

#### **Comentario:**

La aplicación inmediata del Convenio 169 de la OIT en todo país que lo haya ratificado es un asunto complicado en la región. En primer lugar, por el desconocimiento de la legislación internacional sobre la materia, y en segundo lugar, por una deformación académica que arrastramos hasta nuestros días, donde el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, se estudian como órbitas independientes y soberanas. Nada más falso. El derecho interno se nutre y reconfigura cada vez que se ratifica un instrumento jurídico internacional de derechos humanos. Este pasa a ser parte del derecho interno y su aplicación es inmediata y de buena fe. En caso de conflicto entre normas, prevalecen las normas jurídicas internacionales. En todo caso, prevalecerá aquella norma que brinde mayor protección a la persona humana.

Este planteamiento que parece sencillo, es poco comprendido y para su aplicación, los habitantes indígenas del mundo y quienes luchan por el respeto de los derechos humanos, han tenido que librar grandes batallas legales a nivel interno y ante el sistema de protección de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano en la región. Antecedentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos indígenas, son testigos de esta situación (ver caso Yakie Axa de Paraguay, 2005, Mayagna Awas Tingni de Nicaragua, 2000, y Aloeboetoe de Surinam, 1993, en [www.corte.idh.org.cr](http://www.corte.idh.org.cr), Corte Interamericana de Derechos Humanos).

<sup>3</sup> Los editores han respetado la redacción integral de todas las citas mencionadas en este documento. Sin embargo, se han hecho pequeñas modificaciones de puntuación y correcciones sobre obvios errores gramaticales para mejorar la calidad de la lectura (N. de E.).

## 2. Protección Constitucional a los pueblos indígenas en Costa Rica.

### Sala Constitucional

La siguiente resolución constitucional muestra el bloque de constitucionalidad (incluyendo tratados internacionales ratificados por el país) de protección de los pueblos indígenas en Costa Rica. Mediante **Res: 2004-09931, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las once horas con cinco minutos del tres de septiembre del dos mil cuatro, dijo:**

**III.- Sobre el fondo.** En la sentencia número 2002-03468 de las 16:04 horas del 16 de abril del 2002 esta Sala se refirió al régimen de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades autónomas, en el siguiente sentido:

“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 imponer 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”.

Y en lo que interesa destacar, finalmente señaló:

“Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades indígenas está el de que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política)”. (Sentencia número 2000-08019, de las 10:18 horas del 18 de septiembre de 2000). En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aún cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada [...].

3. Prevalencia del Convenio 169 de la OIT como norma de rango superior en el ordenamiento jurídico costarricense.

### Procuraduría General de la República

La Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO) consulta a la Procuraduría General de la República (PGR) cuál normativa aplicar a las asociaciones de los territorios indígenas si la ley que las rige<sup>4</sup> no concuerda con el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”; y cuál es el criterio que se debe aplicar para distinguir quién es indígena y quién no.

Al respecto mediante **dictamen No. C-045-2000 de 9 de marzo del 2000**, se indica:

#### I.- PREVALENCIA DE LA NORMA DE RANGO SUPERIOR

Mediante la Ley No. 6172 del 16 de noviembre de 1977 se dicta la Ley Indígena, primer y único cuerpo normativo con rango de ley que se dedica a tratar exclusivamente el tema indígena.

Esta Ley confiere a las comunidades indígenas plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase, sin conferirles la categoría de entidad estatal (artículo 2°).

Se reconocen, además, una serie de reservas indígenas que ya habían sido creadas con anterioridad por medio de varios Decretos (5904-G, 6036-G, 6037-G, 7267-G y 7286-G), declarándolas propiedad de aquellas comunidades.

En su artículo 4° se dispone que dichas 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 la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI).

En desarrollo de estos preceptos, el Reglamento a la Ley, Decreto No. 8487-G de 26 de abril de 1978, señaló que “las comunidades indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley No. 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento” (artículo 3°).

Esta última normativa fue promulgada con el fin de “fomentar, orientar, coordinar y evaluar la organización de las comunidades del país, para lograr su participación activa y consciente en la realización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social” (artículo 1° de la Ley No. 3859).

Con miras a alcanzar ese objetivo y como un medio también de estimular a las poblaciones a organizarse para luchar por el desarrollo económico y social del país (artículo 14 ibíd), tanto la Ley como su Reglamento (actualmente el Decreto No. 26935-G de 20 de abril de 1998), proponen la constitución y funcionamiento de asociaciones para el desarrollo de las comunidades, clasificándose en distritales, cantonales, regionales, provinciales o nacionales (artículo 15 de la Ley No. 3859), admitiéndose la posibilidad de establecer asociaciones para el desarrollo de actividades específicas.

Es concretamente esta organización por medio de Asociaciones de Desarrollo a la que se refiere el artículo 3° del Reglamento a la Ley Indígena. Así lo ratifica el uso de la expresión “Asociación de Desarrollo” en varios de los artículos de ese Reglamento (4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 15).

Con posterioridad a la promulgación de toda esta normativa jurídica, se emite la Ley No. 7316 del 3 de noviembre de 1992, que es aprobación del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>4</sup> Ley No. 3859.

Tal instrumento internacional busca pasar de una visión integracionista a una autodeterminante de los pueblos indígenas, en la que éstos deben ser tomados en cuenta en toda aquella toma de decisiones legales y de planificación que les pueda afectar. El Convenio reafirma la trascendencia de preservar el bagaje cultural de los pueblos indígenas y su status de vida, ya no como una medida transitoria hacia su incorporación a la sociedad que les circunda, sino como un valor en sí mismo, que merece respeto, tutela y promoción.

Es en referencia a este Convenio que se nos pregunta sobre la norma prevalente ante una eventual contradicción que pudiese existir entre su articulado y el que compone la Ley No. 3859 de cita.

A ese respecto, conviene recordar lo que el artículo 7° de nuestra Constitución Política preceptúa:

Artículo 7°.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Sobre este principio de superioridad jerárquica normativa nuestra Sala Constitucional ha dicho:

“De conformidad con la doctrina derivada del artículo 7° de nuestra Constitución, los tratados o Convenios Internacionales, como fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, ocupan una posición preponderante a la de ley común. Ello implica que, ante la norma de un tratado o convenio, –denominación que para efectos del derecho internacional es equivalente– cede la norma interna de rango legal que es precisamente el problema jurídico que nos ocupa. En efecto, las normas internacionales no surgen de la potestad legislativa inherente a los congresos o parlamentos de cada país, en los que los representantes popularmente electos (hablamos de las democracias representativas) participan como sujetos activos del proceso de formación de la ley, sobre todo en la etapa de la iniciativa del proyecto en cuestión, con la posterior intervención del ejecutivo como elemento de fiscalización. Caso contrario ocurre en el derecho internacional, campo en el que el ejecutivo, en su función exclusiva y autónoma de conducir las relaciones internacionales del Estado mismo, define el contenido de las negociaciones y con ello vincula u obliga a los demás órganos internos. Aquí, el legislativo no juega un papel preponderante en el contenido de las negociaciones, sino más bien como órgano de refrendo posterior aprobando o improbando el instrumento pero no modificándolo. Ahora bien, una vez suscrito por el ejecutivo (Presidente y Ministro de Relaciones Exteriores), aprobado por la Asamblea Legislativa y ratificado por el Ejecutivo el tratado, en este caso, el Convenio se incorpora al régimen legal interno de nuestro país, imperando sobre toda otra norma común que se le oponga, salvo que, por el propio contenido de sus cláusulas, su ejecución haya sido condicionada a su perfeccionamiento mediante acuerdos menores o protocolos como los designa la Constitución (1)”.

Voto No. 0503-96 de 10 horas 21 minutos del 26 de enero de 1996.

Y continúa indicando la Procuraduría:

Por su parte, la Ley General de la Administración Pública, No. 6227 del 2 de mayo de 1978, en su artículo 6°, al referirse a las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, también elenca a los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana por encima de las leyes y los demás actos con valor de ley (incisos b) y c).

Finalmente, el Código Civil, Ley No. 63 de 28 de septiembre de 1887, indica claramente que carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior (artículo 2°) y menciona como fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense, en ese orden, la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley.

Ante tal transparencia normativa, no cabe más que concluir que cualquier antinomia jurídica que se presente entre disposiciones de la Ley No. 3859 y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes debe resolverse aplicando éste, por tratarse de una norma de rango superior a aquella.

Para concluir finalmente sobre este punto:

[...] Valga añadir que, aún y cuando representan reglas a utilizar particularmente en supuestos de roce entre normas de igual rango, que no es este caso, los principios de especialidad (3) y norma posterior (4) llevarían a la misma conclusión ante la situación que se nos consulta.

(3) “... las leyes generales se entienden derogadas por las especiales en aquella parte o en aquellas puntos en que estas últimas estatuyeren más tarde relativamente a una materia particular comprendida en las primeras. Este es el sentido del principio: “En derecho, el género es derogado por la especie”. (Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las personas*. San José, Editorial Costa Rica, 1974. Pág. 48).

(4) “La derogación puede ser expresa o tácita, según que se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con otra anterior, pues es principio inconcuso que las nuevas leyes destruyen las precedentes en todo aquello en que les fueren opuestas”. *Ibíd*, pág.47.

En efecto, por tratarse las asociaciones de desarrollo indígenas de organismos especiales en razón de las personas, bienes e instituciones que tutelan, debe preferirse el empleo de normas y principios específicos a esa materia, en este caso, el Convenio No. 169.

Asimismo, de conformidad con el principio jurídico de que norma posterior deroga norma anterior, las disposiciones del Convenio de comentario, por ser éste promulgado años después de la Ley No. 3859, habrían de tenerse como norma vigente por encima de las de ésta en lo que las contraríen. **Dictamen No. C-045-2000 de 9 de marzo del 2000.**

Y sobre el **concepto de indígena**, la Procuraduría General de la República señala en el mismo dictamen indicado, algunas pautas que han permitido a nivel internacional discernir cuándo se está en presencia de pueblos indígenas:

[...] Ante la Organización de las Naciones Unidas se han propuesto, por ejemplo: tierras y territorios tradicionales, continuidad histórica, características de culturas distintivas, carácter de grupo no dominante en la población de un país, conciencia de la identidad y conciencia de grupo, y como elementos más concretos, la ascendencia común, los aspectos culturales que abarcan la religión, la organización tribal, la pertenencia a una comunidad indígena, la indumentaria y los medios de vida, el idioma, la conciencia de grupo, la residencia en ciertas regiones del país y la aceptación por parte de la comunidad indígena (7). Por su parte, el Banco Mundial también ha establecido algunos identificadores para reconocer la presencia de pueblos indígenas: una estrecha vinculación con territorios ancestrales y los recursos naturales de esas zonas, autoreconocimiento y reconocimiento por parte de otros como miembros de un grupo cultural característico, un idioma indígena a menudo diferente del idioma nacional, presencia de instituciones sociales y políticas basadas en las costumbres y producción principalmente de subsistencia (8).

(7) Alta, V., Iturralde, D. y López-Bassols, M. A. (compiladores). *Pueblos Indígenas y Estado en América Latina*. Editorial Abya-Yala, Quito, 1998. Págs. 122-123.

(8) *Ibíd*, pág. 123.

Y continúa analizando:

[...] De acuerdo con la Ley No. 6172, “son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad” (artículo 1°).

Como puede apreciarse de este concepto, son tres los criterios que lo componen para la determinación de quién es indígena. En primer término la pertenencia a un grupo étnico. En nuestro país, según el Decreto No. 20645 de 16 de agosto de 1991, son ocho los grupos étnicos, distribuidos en 22 Reservas Indígenas: 1) Bribri (Salitre, Cabagra, Bribri de Talamanca y Kekoldi o Cocles); 2) Cabécar (Chirripó, Bajo Chirripó, Nairi-Awairi, Tayni, Telire, Cabécar de Talamanca y Ujarrás); 3) Guaymí (Guaymí de Coto Brus, Abrojo de Montezuma, Conteburica y Guaymí de Osa); 4) Brunca (Boruca y Curré); 5) Térraba (Térraba); 6) Huetar o Pacagua (Quitirrisí y Zapatón); 7) Maleku o Guatuso (Guatuso) y 8) Chorotega (Matambú).

El segundo parámetro es la descendencia directa de alguna de las civilizaciones precolombinas. Se utiliza aquí sólo la referencia a las culturas de la preconquista, pero lógicamente ha de entenderse su supervivencia a lo largo de los períodos de la conquista, colonia y época independiente [...].

El tercer elemento a tomar en cuenta se relaciona con la identidad indígena, es decir, el sentimiento de pertenencia a un grupo particular, el ser aceptado así por sus miembros y reconocido por otros como integrante de aquel. Es este uno de los factores más difíciles de determinar por el grado de subjetividad presente. Desde el punto de vista colectivo hace alusión a la existencia dentro del grupo de una serie de tradiciones e instituciones propias que le son características y que son compartidas por todos sus integrantes.

[...] Por su lado, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes conceptualiza de modo similar a los indígenas:

#### Artículo 1

1.- El presente Convenio se aplica:

a. (...)

b. A los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio supera términos como “grupos”, “minorías” y “poblaciones” y acoge el de “pueblos”, acepción que “reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales” (11).

(11) Documento “Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, op. cit. [...]

Por otro lado, los supuestos de ascendencia indígena son más amplios al incluir, además de la época de la conquista, la de la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales.

Nuevamente, la conservación de la propia identidad se constituye en el tercer punto de referencia, pero no en el menos importante, para la determinación de los pueblos indígenas, al constituir la razón de ser de su protección.

De hecho, el propio Convenio señala que la conciencia de la identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplicarán sus disposiciones (artículo 1º, punto 2).

Para finalmente indicar:

Como ha podido apreciarse no es uno, sino varios los criterios normativos que deben tomarse en cuenta al momento de definir quién es indígena y quién no, especialmente, como se acaba de decir, la conciencia de la propia identidad indígena, sin olvidar la existencia de otros factores no contemplados explícitamente en los textos jurídicos, pero que contribuyen indudablemente a una mejor precisión, como los mencionados al inicio de este acápite.

En conclusión:

Ante una eventual discordancia entre las disposiciones contenidas en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, No. 3859 del 7 de abril de 1967, deben aplicarse las primeras por ser parte de un convenio internacional, de rango superior a la ley.

“No existe un único criterio para determinar quién es indígena y quién no lo es, sino que debe recurrirse a una serie de parámetros contenidos en el Convenio No. 169 y nuestra Ley Indígena, No. 6172 del 16 de noviembre de 1977, sin olvidar otros que, aunque no contenidos expresamente en dichos cuerpos normativos, pueden ser de utilidad en ciertos casos para delimitar con un mayor grado de certeza tal condición. De todas formas, sí debe tenerse presente que la conciencia de la identidad indígena debe considerarse siempre un criterio fundamental, según lo establece el Convenio de comentario en su artículo primero”. **Dictamen No. C-045-2000 de 9 de marzo del 2000.**

#### **Comentario:**

El valor de los criterios emitidos por la Procuraduría General de la República es fundamental para los pueblos indígenas, ya que clarifica para todo el sector público costarricense, malas interpretaciones académicas. El Convenio 169 de la OIT está por encima de la ley común. Este dictamen es obligatorio para DINADECO como entidad consultante y es jurisprudencia administrativa para el resto de la administración pública.

En este sentido, consideramos fundamental el activo papel que la Defensoría de los Habitantes está llamada a cumplir velando porque estos criterios sean acatados y respetados por las instituciones públicas.

**Art. 2. Obligación estatal de promover la plena efectividad de los derechos económicos, políticos y culturales de los pueblos indígenas.**

**1. Omisión de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) de velar por el restablecimiento de los derechos fundamentales del territorio Guaymí.**

### **Sala Constitucional**

La CONAI es una institución estatal seriamente cuestionada por los pueblos indígenas de Costa Rica ante su papel de coordinador entre el Estado y el accionar de las instituciones públicas. Parte de la confusión se ha generado en torno a la “legitimidad de la representación” que esta instancia pretendió ostentar. La propia Sala Constitucional clarificó que esta instancia es pública, y por lo tanto, afirmamos que no puede representar a los pueblos indígenas del país.

Ante una emergencia por lluvias en el Territorio Guaymí, la comunidad indígena solicitó ayuda al Estado a través de la CONAI para reparar un puente sin el cual habían quedado incomunicados de los centros de salud y educación, poniendo en riesgo la vida de sus habitantes. La CONAI simplemente

informa a la comunidad su imposibilidad de colaborar con la comunidad pues las plazas de albañil no habían sido autorizadas por el Ministerio de Hacienda.

Ante esta omisión de ayuda del Estado en una situación de riesgo, la Sala Constitucional mediante Res: 2003-08990, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las dieciocho horas con treinta y cuatro minutos del veintiséis de agosto del dos mil tres, indicó:

[...] estima esta Sala que ante la evidente situación de aislamiento en que se encontraban los indígenas de la Reserva de Guaymí y en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado costarricense mediante el Convenio 169 de la OIT, se debió proporcionar la ayuda necesaria a efectos de restaurar sin dilación alguna, el acceso de esta población a los diferentes centros de salud y educación, entre otros. Es decir, ante una situación de riesgo como la que afrontaban los habitantes de esa reserva, lo procedente era tomar las medidas acordes con ese estado y si para ese efecto, se requería prorrogar por una vez más las mencionadas plazas –en aras claro está, de contar con el recurso humano necesario para restaurar el puente sobre el Río Rincón– lo correspondiente era realizar dicha prórroga cuando fue solicitado. No omite la Sala en decir, que esa prórroga debió obedecer a la situación de riesgo sufrida por esa población, y en ese sentido el Estado se encuentra obligado a adoptar cualquier medida para garantizar el reestablecimiento y goce de los derechos fundamentales de los habitantes de la reserva indígena Guaymí. Pese a lo anterior, llama la atención de esta Sala que la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas haya omitido realizar de manera oportuna los trámites de reorganización correspondiente ante el MIDEPLAN, a fin de incorporar esas plazas temporales de servicios especiales a su estructura organizativa y convertirlas en plazas fijas, tal y como fue advertido por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria mediante oficios STAP-2068-00, STAP-1766-01, STAP-1966-02; si bien la CONAI se encuentra en un proceso de convocatoria a Asamblea General –tal y como lo afirma su Director Ejecutivo a folio 85–, lo cierto es que esto no obsta para que continúe cumpliendo con las funciones asignadas mediante imperativo de ley, sea velar por la promoción y respeto de los derechos fundamentales de los indígenas. Por tanto, tomando en consideración que la Autoridad Presupuestaria autorizó la prórroga de las plazas en cuestión una vez que había sido notificada la resolución de curso de las 15:23 horas del 10 de julio de 2003, esta Sala estima el presente recurso y en consecuencia ordena a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas a realizar las medidas pertinentes a efectos de restaurar el puente sobre el río Rincón con la mayor brevedad posible.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso y en consecuencia se ordena a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas realizar las medidas pertinentes a efectos de restaurar el puente sobre el río Rincón con la mayor brevedad posible. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a la presente declaratoria, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

**Comentario:**

Resulta importante destacar la responsabilidad estatal de velar por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, especialmente en situaciones de riesgo. No es válido simplemente alegar que no tiene personal a quien mandar a ayudar a restaurar un puente caído por las lluvias. La vida de niños y adultos mayores corrieron riesgo al quedar incomunicados, pese a lo cual, no obtuvieron ayuda.

Además de la criticable omisión de CONAI como instancia estatal, sobra decir que por otros medios podría haberse ayudado a la comunidad Guaymí en su situación de aislamiento. La coordinación con la Comisión Nacional de Emergencias, la Municipalidad de la localidad y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes entre otros, fueron entidades estatales a las cuales la CONAI tampoco recurrió en solicitud de ayuda, e incluso, la posible participación de la Defensoría de los Habitantes como ente contralor del buen funcionamiento de los servicios públicos de los habitantes del país, tampoco fue involucrada.

La coordinación interinstitucional es básica en estos casos, pero sobre todo, tratándose de situaciones donde están en riesgo la vida de las personas, no caben excusas burocráticas. La Sala Constitucional señala esto precisamente y acoge el recurso de amparo condenando a la CONAI.

2. Especificidad indígena al seno de la institución estatal de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI).

### **Sala Constitucional**

A lo interno de la CONAI se había establecido por Ley (No.5251 de 11 de julio de 1973) que algunas instituciones públicas eran partícipes de la Asamblea General, lo que a la luz de instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, era una intromisión del asunto internos de las comunidades indígenas.

Un habitante indígena Cabécar de Gavilán de Taynít, interpuso varias acciones ante la Sala Constitucional, la cual mediante **Res: 2003-04651, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las quince horas con cuarenta y un minutos del veintisiete de mayo del dos mil tres**, indicó:

I.- Objeto de los recursos. El recurrente impugna, por una parte, la convocatoria en ciernes a una Asamblea General de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), con la participación de las instituciones públicas establecidas en los incisos a) y b) del artículo 2 de la Ley de Creación de CONAI y, posteriormente, la celebración de una Asamblea y elección de Junta Directiva, por violación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio #169 de la OIT.

II.- En la sentencia #2003-3485, de las 14:07 horas del 2 de mayo del 2003, dictada en la acción de inconstitucionalidad #99-002607-0007-CO, promovida por el aquí recurrente, con fundamento en lo dispuesto por resolución de 9:48 hrs. de 18 de marzo de 1999, se dispuso: “Se declara con lugar la acción. En consecuencia, se anulan los incisos a) y b) del artículo 2° de la ley número 5251 de once de julio de mil novecientos setenta y tres, reformado por ley número 5671 de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y cinco. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de emisión del decreto que se impugna, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese en el diario oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los poderes legislativo y ejecutivo. Notifíquese”.

III.- Al haberse declarado la inconstitucionalidad de los incisos a) y b) del artículo 2° de la Ley de Creación de CONAI, procede estimar el amparo. En efecto, tanto los actos de convocatoria a las instituciones públicas indicadas en esos incisos del artículo 2°, como la posterior celebración de una Asamblea General de la CONAI con participación de esas instituciones, constituyen una violación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la sentencia indicada. La Sala entiende que la celebración de la Asamblea se originó en la renuncia de los entonces miembros de la Junta Directiva y, al quedar acéfala la institución resultaba preciso integrar el órgano directivo. Sin embargo, la validez de la Asamblea General celebrada el 11 de marzo de 2000, como el nombramiento de la nueva Junta Directiva, estaban condicionadas al resultado de los presentes amparos acumulados, así como de la acción de inconstitucionalidad #99-002607-0007-CO.

IV.- Como consecuencia de lo anterior, procede anular dicha Asamblea, así como la elección de la nueva Junta Directiva para que la CONAI, integrada debidamente, de conformidad con el texto actual del artículo 2° de su Ley de Creación, celebre una nueva Asamblea y elija una nueva Junta Directiva. Sin embargo, a fin de no producir una nueva alteración en la organización y gobierno de la institución, los efectos anulatorios de esta sentencia se producen a partir de su eficacia y se otorga un plazo de un mes, contado a partir de la notificación de la presente resolución para que se celebre una nueva Asamblea General y se nombre la Junta Directiva en los términos dichos.

V.- El Magistrado Solano salva el voto y declara sin lugar el recurso.

Por tanto:

Se declaran con lugar los recursos acumulados y, en consecuencia, se anula la Asamblea General de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas celebrada el 11 de marzo de 2000 y el nombramiento de la Junta Directiva de la Comisión efectuado en esa Asamblea. Dentro de un mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, la CONAI deberá celebrar nueva Asamblea General y elegir la Junta Directiva. Se condena a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

En otra ocasión, la misma ley de creación de CONAI<sup>5</sup>, cuestionada anteriormente, permitía la participación de organizaciones pro-indígenas (debidamente inscrita), en la Asamblea General de la institución. Mediante **Res: 2003-03485, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con siete minutos del dos de mayo del dos mil tres**, dijo:

[...] Sentado que el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas a organizarse y a participar en la toma de decisiones que les atañen y que tienen derecho a constituir órganos de representación, a participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos, como parte del derecho a elegir y a ser elegido, que establece el Derecho de la Constitución, cabe analizar la norma impugnada.

**III.-** El inciso d) del artículo 2, dispone que integrará CONAI “un miembro de cada una de las asociaciones pro indígenas que estén legalmente inscritas”. Obsérvese que mientras este inciso contiene un número indeterminado de miembros, los incisos a) y b) establecen un número fijo de representantes de instituciones del Estado y Concejos Municipales. A su vez, el inciso c) establece que será miembro de CONAI un delegado de cada una de las Asociaciones de Desarrollo Integral de las Reservas Indígenas. Estas últimas se han mantenido en una cifra más estable que las Asociaciones pro indígenas, ya que entre 1975 y 1981 había 18; luego de 1981 a 1985 había 20, y entre 1991 y 1993 había 21 (folio 43). Resulta evidente que la integración de la Asamblea General que prevé la norma impugnada, ha permitido que

<sup>5</sup> Ley No.5251 de 11 de julio de 1973.

se cometan abusos, como los acusados por los accionantes y corroborados por la Presidenta de CONAI. Al no establecer esa norma, un número fijo de representantes de las asociaciones pro indígenas, a pesar de la bondad del propósito –permitir una mayor participación– este diseño dificulta la determinación de la voluntad general –de mayoría– en la adopción de acuerdos, y el apoyo estable que reciban los mismos durante su vigencia. Esta forma de integración de la Asamblea General, permite que el número de representantes previstos en el inciso d) aumente en forma desproporcionada con respecto a los otros grupos representados, lo que en la práctica efectivamente ha sucedido, como quedó demostrado en el cuadro titulado “Trayectoria quórum CONAI” visible a folio 43, según el cual durante el período comprendido entre 1975 y 1981 el quórum se formaba con 41 personas, en el período que va de 1981 a 1985 era de 46, de 1985 a 1990 era de 52, de 1990 a 1991 fue de 59, de 1991 a 1993 fue de más de 88, y la proyección para 1995 es de más de 104 representantes. Al contener los incisos a) y b) un número cerrado de miembros, el c) un número abierto, pero hasta cierto punto restringido, y el d) un número indeterminado o abierto, la integración de la Asamblea General de CONAI es variable e inestable, ya que por lo que entre 1975 y 1981 los representantes de los incisos a), b) y c) eran 40, y sólo había un representante de asociaciones pro indígenas, en el período comprendido entre 1990 y 1991, los representantes de los incisos a), b) y c) sumaban 42, y para ese entonces, había 17 asociaciones pro indígenas representadas, de las cuales 9 efectivamente participaron en la Asamblea CONAI en 1991 (folio 90). Pero la situación se agravó en el período comprendido entre 1991 y 1993, durante el cual los representantes de los incisos a), b) y c) eran 43, a diferencia de los representantes de las asociaciones pro indígenas, cuya cifra ascendía a más de 45 representantes. Finalmente, según el registro que lleva CONAI, al mes de abril de 1996 existían al menos 127 “Asociaciones pro Indígenas” (folio 89).

**IV.-** Como ya la Sala señaló, el Derecho de la Constitución, instaura la responsabilidad del Estado de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les garanticen su derecho a participar en la toma de decisiones que les atañen, y a organizarse en instituciones electivas, organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (artículos 6 y 33 del Convenio N° 169 de OIT). Resulta entonces que el legislador debe diseñar mecanismos jurídicos que les permitan ejercer plenamente ese derecho. Las normas en esta materia han de orientarse en el sentido de permitir una amplia y organizada participación de los indígenas. Sin embargo, no sucede así en el caso de la norma impugnada, pues ésta establece un mecanismo que lejos de beneficiar a los indígenas, más bien los perjudica, lo que la torna no idónea para lograr los fines que procura el Convenio 169; en virtud de que, al prever la participación en la Asamblea General de tantas asociaciones pro-indígenas como se quieran crear, se resta fuerza e importancia a la voluntad del pueblo indígena.

**V.-** En conclusión, el inciso d) del artículo 2 de la Ley en estudio no viola el principio de igualdad, por lo que no merece el reproche de los accionantes en ese sentido. Sin embargo, resulta contrario al Derecho de la Constitución, por quebrantar los artículos 6, 7, 8, 12 y 33 del Convenio N° 169 de OIT, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política, ya que la participación de un número indefinido de Asociaciones Pro-indígenas en la Asamblea General de CONAI, hace imposible que los pueblos indígenas tengan una representación que permita que su voluntad sea la que determine el rumbo de las decisiones que les atañen, como lo exige el Convenio 169 de la OIT.

Por todo lo anterior, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 2 de la Ley N° 5251 reformada por la N° 5671 de 14 de abril de 1975. Según dispone el artículo 91 de la Ley que rige esta Jurisdicción, esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la Ley N° 7316 de 3 de noviembre de 1992, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el Convenio N° 169 de OIT, por lo que la inconstitucionalidad es sobreviniente, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

**IV.-** Resulta, pues, evidente, que las normas impugnadas, al incluir a los representantes de dependencias e instituciones estatales y de los entes municipales hace imposible, como lo hacía el inciso d) anulado, que

los pueblos indígenas tengan una representación que permita que su voluntad efectivamente determine el rumbo de las decisiones que les atañen, como lo exige el Convenio 169 de la OIT, al punto de que la inconstitucionalidad de los incisos a) y b) de la Ley No. 5251 no viene a ser sino una consecuencia necesaria de la anterior, imprescindible para que esa inconstitucionalidad declarada en la sentencia No. 2253-96 no resulte nugatoria, lo cual, en su oportunidad, no fue así declarado, porque, como quedó consignado en el “Considerando VI”, bajo expediente N° 2771-94 se tramitaba la acción de inconstitucionalidad de Pastor Sanabria Castro, Juan Montezuma Bejarano y Otilio López Brenes, en su condición de apoderados generalísimos sin límite de suma de las asociaciones Cabécar de Taynít, Limón; Guaimí de Abrojo de Montezuma, Corredores; y Cabécar de Nairi-Awari, Siquirres, respectivamente contra los incisos a) y b) del artículo 2 de la Ley N° 5251, siendo que esa acción había sido suspendida por Voto N° 0524-I-95 de las 14:32 horas del 17 de octubre de 1995 hasta tanto no se resolviera la No. 2253-96. La acción aludida, fue, sin embargo, rechazada de plano por voto No. 6430-98, al considerar esta Sala que los accionantes carecían de legitimación. Cuando la actividad de CONAI demande la participación de las instituciones señaladas en los artículos anulados, como en el caso de cualquier otra institución, podrán establecerse relaciones de coordinación y comunicación.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción, y en consecuencia se anulan los incisos a) y b) del artículo 2° de la Ley N° 5251 de once de julio de mil novecientos setenta y tres, denominada “Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI)”, reformado por la Ley número 5671 de 19 de abril de mil novecientos setenta y cinco. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de emisión del Decreto que se impugna, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Notifíquese. **Res: 2003-03485, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con siete minutos del dos de mayo del dos mil tres**

**Comentario:**

Los casos anteriores son muestra de una realidad compleja en la vida jurídica de los pueblos indígenas de Costa Rica. En parte, responde al planteamiento de asimilación de la época en que datan estas leyes en la década de los años setenta, y las modificaciones que han tenido que ir sufriendo por medio de las interpretaciones constitucionales a las que han tenido que recurrir los habitantes indígenas en amparo de sus derechos fundamentales. De la falsa “representación” de los pueblos indígenas por parte de una institución estatal como la CONAI, hasta la injerencia de las municipalidades, instituciones públicas y organizaciones pro-indígenas en su seno han tenido que ser dilucidadas en la jurisdicción constitucional. Actualmente, el proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas se tramita en consulta en la Asamblea Legislativa, respondiendo de una mejor manera a los principios del derecho internacional de derechos humanos y de la especificidad de los pueblos indígenas.

3. Responsabilidad de los gobiernos de desarrollar conjuntamente acciones coordinadas para proteger los derechos de los pueblos indígenas. El derecho de asociación y los pueblos indígenas: las Asociaciones de Desarrollo Indígenas.

### Sala Constitucional

La Ley Indígena de Costa Rica prevé la conformación de asociaciones de desarrollo comunal para el ejercicio de los derechos previstos en dicha ley, lo que se ha considerado pudiera enfrentar a la libertad de asociación garantizado por el numeral 25 Constitucional. Por ello, se interpuso una acción de inconstitucionalidad contra esta forma de organizar a las comunidades indígenas por ser contraria a sus formas tradicionales de acción comunitaria.

**Mediante Res: 2002-02623 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del trece de marzo del dos mil dos, señaló:**

En el ámbito internacional se han dictado normas que buscan que los Estados instauren ciertos mecanismos para favorecer la situación de los grupos indígenas, habida cuenta de la necesidad de preservar las costumbres y tradiciones de estos grupos que en algunos países son claramente minoritarios. Sobre este extremo se pronunció la Sala en la sentencia N° 2253-96 de las 15:39 horas de 14 de mayo de 1996, en la que indicó:

“... Existen diversos instrumentos jurídicos tendientes a fomentar esa igualdad real entre los sujetos; entre ellos puede ubicarse la situación particular de los aborígenes, quienes tradicionalmente han sido marginados, por razones históricas, sociales, económicas y culturales. Ellos sufren las consecuencias de una sociedad que no comprende ni respeta sus diferencias; y que en ocasiones, tiende a verlos como seres incapaces de dirigir sus propias vidas y destinos. Ante esa situación, la comunidad internacional sintió la necesidad de adoptar medidas a favor de los indígenas. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, denominado ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes’, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 7316 de 3 de noviembre de 1992, estableció la especial protección de los indígenas y de su cultura”.

Y sobre esta base, continuó indicando en la misma resolución citada:

... el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de los pueblos indígenas de organizarse y participar en la toma de decisiones que les conciernen, así como de constituir órganos de representación y participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos. En el artículo 6° del citado Convenio se estableció la obligación de los Estados de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente y de consultar a los grupos indígenas –por medio de sus instituciones representativas– cada vez que se discuta la emisión de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos, lo que no supone como se señala en la acción una obligación de formar parte de esas agrupaciones, antes bien, es una decisión libre que involucra tomar parte en el rumbo de la comunidad. De manera expresa el Convenio dispone que la adopción de una determinada organización no impide a los miembros de dichos pueblos “ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

Precisamente sobre esta argumentación, la Sala Constitucional consideró que las asociaciones de desarrollo comunal no eran una imposición del Estado que limitaba el disfrute y derechos de los pueblos indígenas del país, indicando en la misma resolución de cita:

Esta Sala tiene claro que tal y como lo señala el accionante, el Reglamento establece que para el ejercicio de los derechos y obligaciones *establecidos en la Ley Indígena* (artículo 2) –básicamente derechos y deberes relacionados con la administración de la reserva– las comunidades indígenas adoptarán la organización de una Asociación de Desarrollo Comunal, a la que, sin embargo, *no los obliga a pertenecer*. En efecto, el hecho de formar parte de una comunidad indígena no obliga automáticamente a pertenecer a la Asociación de Desarrollo Comunal; los estatutos de estas asociaciones regulan las modalidades de afiliación y desafiación, información que consta en el correspondiente Registro y puede ser consultado por la persona que desee ingresar o desafiarse, lo que de manera alguna le impide, en el ejercicio de sus derechos fundamentales, integrarse a otra organización de su interés o ejercer, en general, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país. El Reglamento a la Ley de las Asociaciones de Desarrollo Comunal refuerza lo expuesto al señalar de manera expresa que “a nadie se puede obligar a formar parte de una asociación o a no formar parte de ella y por tanto, son absolutamente nulas las cláusulas del estatuto en que se establezcan limitaciones a la libertad de asociarse o retirarse de la organización...” (Art. 22). Como con acierto señala la Procuraduría General de la República en su informe, la negativa del indígena de incorporarse en una asociación de este tipo, *no le acarrea más consecuencias que la de disminuir su participación en la adopción de las decisiones indígenas relativas a la administración de la reserva indígena, sobre la cual se ejerce una propiedad con rasgos colectivos, característico de su cultura*.

Pero incluso fue más allá al analizar parte del derecho colectivo a la tierra de los pueblos indígenas y su razón de ser jurídicamente:

El ejercicio de derechos –participación en el control de la propiedad colectiva de la reserva– y obligaciones –sometimiento al control sobre los fondos públicos que se les destinan– que el Reglamento condiciona a la integración de este tipo de organización, son aquellos que provienen de la Ley Indígena, que dispuso la transmisión gratuita de tierras que pertenecieron al ITCO –bienes demaniales– a la reservas indígenas y la Sala no encuentra que el destino comunal de la tierra establecido por la Ley Indígena –no por el Reglamento– y las limitaciones que allí se establecen a este tipo de propiedad comunitaria –prohibición de transmisión del dominio o arriendo– sea desproporcionado o irrazonable, en tanto resulta viable que el Estado –al adjudicar la titularidad de los bienes a nombre de las comunidades indígenas de manera gratuita– pueda imponer ciertas condiciones para que dichas comunidades ejerzan sus derechos sobre esas tierras; ello en la medida que se trata del ejercicio legítimo de una potestad del Estado en su condición de transmitente del dominio. Diversa sería la situación si se planteara la existencia de propiedad privada sobre estos terrenos, en cuyo caso no podría condicionarse el ejercicio de los atributos del dominio, a la integración de una Asociación de Desarrollo Comunal.

Para finalmente indicar en la misma resolución:

Por otra parte, 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: “... Declárase **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 asesoría 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 Internacional del 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. No debe perderse de vista que las Asociaciones de Desarrollo Comunal –más que ninguna otra figura jurídica– es la que más se asemeja a la naturaleza comunitaria de la organización tradicional indígena; adicionalmente, 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”. (**Res: 2002-02623 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del trece de marzo del dos mil dos**).

#### 4. Medidas especiales: exclusión del pago de impuestos de bienes inmuebles.

### Procuraduría General de la República

Pregunta el Alcalde municipal de Hojancha (donde se encuentra inserto un Territorio Indígena del mismo nombre) si la exención de impuestos a bienes inmuebles para los indígenas se refiere a construcciones tradicionales (rancho de paja) o incluye también viviendas tradicionales (cemento y cinc), ante lo cual este órgano asesor indica que si bien la *Ley Indígena* (No. 6271 del 29 de noviembre de 1977) contiene la exención de impuestos nacionales y municipales (Art.3 párrafo 2), ésta fue derogada por la *Ley Reguladora de todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones*, Ley N° 7293 publicada en la Gaceta N° 66 del 03 de abril de 1992, la cual en su artículo 1° previó una derogatoria general de todas las exenciones tributarias, objetivas y subjetivas prevista en las diferentes leyes y decretos y normas referentes. Sin embargo, mediante la Ley No. 7509 del 09 de mayo de 1995, correspondiente a la *Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, se establece en el artículo 4 inciso b) la exención a los inmuebles en territorios indígenas, así como lo estipula también el *Reglamento* a dicha ley (Decreto No. 27601-H), por lo que queda clara la intención del legislador de excluir el pago de inmuebles dentro de territorios indígenas (**Dictamen C-277-2001**).

Sin embargo, llama la atención los requisitos establecidos en dicho reglamento para que opere la exclusión, que literalmente señala:

**Artículo 5. Inmuebles no afectos al impuesto.** Para los efectos del presente reglamento no estarán afectos los siguientes inmuebles de conformidad con el artículo 4 de la Ley No. 7509 y sus reformas y se regularán de la siguiente forma:

(...)

Los inmuebles que constituyan cuencas hidrográficas entendiéndose aquéllos como los terrenos que sirven de protección a las nacientes de agua y que sean parte integral de dichas cuencas según lo definen la Ley Forestal, la Ley de Aguas y la Ley del Ambiente, o hayan sido declaradas por el Poder Ejecutivo reserva forestal, indígena, biológica o parque nacional. Rige a partir del primero de enero del año siguiente a la publicación del decreto que declara el área de la cuenca hidrográfica como zona protegida; la reserva forestal, indígena o biológica, parque nacional o similar. Para solicitar su no afectación al pago del Impuesto deberán aportar los siguientes documentos, según corresponda en cada caso:

(...)

Los inmuebles que constituyan reserva indígena deberán presentar certificación emitida por el CONAI en la que conste tal circunstancia la vigencia del decreto y la condición indígena del sujeto pasivo.

E indica este ente asesor:

Es importante observar que el legislador establece tres condiciones para que opere la exclusión del pago del impuesto en estudio, los cuales consisten en: **1)** Declaración de reserva indígena emitida por el Poder Ejecutivo. **2)** Certificación del CONAI donde conste la vigencia del decreto descrito en el punto anterior. **3)** Comprobación de la condición indígena del sujeto pasivo mediante certificación del CONAI.

Con estos requisitos, se asegura que el beneficio sea aplicado a la persona correcta, que en este caso corresponde a la población indígena, a los cuales posiblemente el legislador considera que se debe aplicar una medida especial debido a la situación de desventaja que los rodea. Lo anterior, se evidencia al observar que la Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles, N° 7509 del 09 de mayo de 1995, es posterior no sólo a la Ley N° 7293, sino también a la Ley N° 7316, que ratifica el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el cual se constituyen una serie de obligaciones para el Estado ratificante, tales como el establecimiento de medidas que beneficien económicamente a las poblaciones indígenas.

En el mismo sentido, este órgano clarifica que si bien operó la derogatoria a las exenciones previstas en la Ley Indígena (señaladas anteriormente), tratándose de **productos artesanales** de los territorios indígenas, estos también están exentos del pago del impuesto selectivos de consumo (o general sobre ventas).

Dice en lo que interesa el artículo 8 de la Ley de Consolidación de Impuesto Selectivo de Consumo:

“**Artículo 8. Contribuyentes.** Son contribuyentes del impuesto:

- a. En la importación o internación de mercancías, la persona natural o jurídica que introduzca las mercancías o a cuyo nombre se efectúe la introducción; y
- b. En la venta de mercancías de producción nacional, el fabricante no artesanal, en las condiciones que a tal efecto establezca el reglamento”. (Lo resaltado no es del original).

De la norma transcrita, se observa en el inciso b), que ha contrario *sensu*, el fabricante artesanal no es contribuyente de este impuesto.

E indica sobre la situación de los pueblos indígenas:

[...] Se debe recalcar que los pobladores de las reservas indígenas son grupos económicamente marginados, los cuales basan su economía en actividades de subsistencia –sin ánimo de lucro–, que apenas alcanzan para cubrir las necesidades básicas del núcleo familiar, debido a las dificultades económicas, sociales y culturales que los acechan constantemente, y las cuales constituyen grandes barreras para competir en un mercado diferente al suyo.

[...] De lo expuesto, podemos concluir que siendo la actividad principal de los pobladores de las reservas indígenas de carácter artesanal, no se dan las condiciones previstas en el inciso b) del artículo 8 de la Ley No. 6820 para que sus pobladores revistan la condición de contribuyentes del impuesto selectivo de consumo.

[...] En el caso que nos ocupa, según se indicó, los pobladores de las reservas indígenas se dedican primordialmente al cultivo de granos básicos y esporádicamente a la venta de artesanía, los cuales no se encuentran gravados con el impuesto selectivo de consumo, y por ende, tampoco están sujetos al pago del impuesto sobre las ventas.

Finalmente, en este mismo dictamen se clarificó en qué casos procede el pago sobre el **impuesto sobre la Renta** para aquellos negocios o establecimientos comerciales ubicados dentro de territorios indígenas, señalándose en su oportunidad:

Al respecto, los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley Indígena indican que dichos comercios solo pueden ser administrados preferentemente por Cooperativas:

“**Artículo 6.** (...) Los establecimientos comerciales sólo podrán ser administrados por los indígenas. Ninguna otra persona o institución con fines de lucro podrá hacerlo.

Los negocios que se establezcan dentro de las reservas indígenas deberán ser administrados preferentemente por Cooperativas u otros grupos organizados de la comunidad”.

Se debe tener presente, que la Ley No. 6756 (Ley de Asociaciones Cooperativas), en su artículo 78, excluía a las cooperativas del pago del Impuesto sobre la Renta, por considerarlas como un medio para satisfacer las necesidades de un grupo de individuos que persiguen un mejoramiento económico-social. No obstante, esta disposición también fue derogada por la Ley No. 7293, la cual expresamente estipuló varias modificaciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta (Ley No. 7092), entre las que interesan:

“**Artículo 15.** Modifícase el artículo 3 de la Ley No. 7092 del 21 de abril de 1988 para que diga:

**Artículo 3.** - Entidades no sujetas al impuesto:

(...)

d) Las cooperativas debidamente constituidas de conformidad con la Ley N° 6756 del 05 de mayo de 1982 y sus reformas”.

De igual forma, estipuló:

“**Artículo 16.** Modifícase el inciso b) del artículo 19 de la Ley N° 7092 para que en adelante diga así:

**Artículo 19.** – (...) b) En el caso de las cooperativas, asociaciones solidaristas u otras similares, el ciento por ciento (100%) de los excedentes o utilidades pagadas a sus beneficiarios constituyen ingresos gravables para los perceptores.

En estos casos, la cooperativa, asociación solidarista u otra similar deberá retener y enterar al Fisco por cuenta de sus asociados y a título de *impuesto único y definitivo*, un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de los excedentes o utilidades distribuidas. Para estos efectos, en el caso de las cooperativas de cogestión y autogestión, la remuneración correspondiente al trabajo aportado de los asociados no se considerará como parte ni como adelanto de los excedentes”. (Lo resaltado y las cursivas no son del original).

De este modo, las cooperativas que administran negocios en las comunidades indígenas se encuentran exentas del pago del impuesto sobre la renta. Sin embargo debe indicarse, que los excedentes generados por las cooperativas resultan gravables para los asociados, aunque tratándose de cooperativas ubicadas en reservas indígenas, difícilmente esta genere excedentes. Valga citar lo dicho por el CONAI en la audiencia concedida.

Creo de vital importancia recordar el estudio denominado: *Estimación de la Población Pobre por Cantón realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*, en el cual se confirma lo que era de conocimiento público de este país, **todas las comunidades indígenas están ubicadas en los cantones de más pobreza de Costa Rica, razón por la cual es muy difícil hablar de actividades económicas que generen ganancia y beneficios a los pueblos indígenas.**” (Las cursivas son del original, lo resaltado no). (**Dictamen C-277-2001**).

Es así como concluye este órgano asesor:

1.- La exención contemplada en el artículo 3 párrafo 2° de la Ley Indígena N° 6172 de 29 de noviembre de 1977, fue limitada en su oportunidad por los artículos 6 de la Ley de Impuestos Selectivo de Consumo

y 23 de la Ley de Impuesto General sobre las Ventas, y posteriormente fue derogada tácitamente por la Ley N° 7293 de 31 de marzo de 1992.

2.- Los pobladores de las reservas indígenas, no se encuentran sujetos al pago del impuesto sobre bienes inmuebles, por disposición expresa del artículo 4 de la Ley N° 7509 respectivamente de 9 de junio de 1995, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos por el legislador

3.- Los productos de las comunidades indígenas, provenientes de la agricultura, la caza y la pesca, que son comercializados fuera de éstas, no se configuran dentro de los productos gravados con el impuesto selectivo de consumo, ni con el impuesto sobre las ventas, de acuerdo con la legislación vigente.

4.- Dentro de las reservas indígenas, los establecimientos comerciales administrados por indígenas o por cooperativas, no se encuentran sujetas al pago del impuesto sobre la renta. No obstante, en caso de que existan excedentes, la entidad cooperativa debe retener el impuesto correspondiente a cada uno los asociados cuando éstos se repartan.

5.- En cuanto al pago de patente municipal, en el tanto las cooperativas que administran los negocios comerciales dentro de la reserva indígena realicen operaciones comerciales ajenas al fin social para el cual fue creada la cooperativa, están obligados al pago de la correspondiente patente municipal.

6.- En cuanto a la existencia de cantinas en las reservas indígenas, el artículo 6° de la Ley 6172 prohíbe el otorgamiento y traspaso de patentes municipales. Ello implica, que las patentes otorgadas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, deben ser canceladas por la entidad municipal. (**Dictamen C-277-2001**)<sup>6</sup>.

#### Comentario:

Si bien es cierto que los Estados están obligados a tomar medidas que permitan a los pueblos indígenas compensar las desigualdades históricas de discriminación y exclusión, las disposiciones contenidas en las tres condiciones para la exclusión del pago de impuestos previstas en el Reglamento señalado, son a todas luces inconstitucionales y contrarias al Convenio 169 de la OIT, pues la exigencia de la **condición de indígena** no puede ser resuelto por un ente estatal como lo es la CONAI (Comisión Nacional de Asuntos Indígenas). La auto-adscripción es un derecho fundamental y corresponde determinarlo a cada persona y su comunidad de origen en cada caso en particular.

#### Art. 4. Medidas especiales y no-discriminación de los pueblos indígenas.

1. Prohibición de venta de licores en territorios indígenas: medidas compensatorias o discriminación positiva.<sup>7</sup>

### Sala Constitucional

Las medidas necesarias que los Estados deben implementar como protección para garantizar a los pueblos indígenas el disfrute de los derechos, es un tema fundamental de discriminación positiva, pero muy controversial en el caso de Costa Rica tratándose del hecho que los habitantes indígenas tienen prohibido establecer cantinas y ventas de licor producidas y vendidas por el mismo Estado en su condición de monopolio, dentro de los territorios indígenas.

<sup>6</sup> Similar posición fue emitida mediante Dictamen C-286-2003.

<sup>7</sup> Ver sobre el tema otros votos de la Sala Constitucional números 1608-96 y 2843-99.

Esta instancia judicial ha considerado en la **Res: 2000-11530, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del veintiuno de diciembre del dos mil**, que:

En dos ocasiones anteriores este Tribunal Constitucional ha analizado la constitucionalidad de la norma impugnada, por los mismos motivos alegados en esta ocasión, y en ambas ha determinado la conformidad de ella con el Derecho de la Constitución. De esta suerte, en sentencia número 01608-96, de las quince horas cincuenta y siete minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y seis, se considera que la restricción impuesta en el artículo 6 de la Ley Indígena de Costa Rica para el otorgamiento de patentes de licores nacionales y extranjeros en las reservas indígenas es acorde con los principios y normas constitucionales considerados infringidos por la asociación accionante, por dos razones fundamentales: la primera de ellas, en tanto constitucionalmente resulta posible la imposición de limitaciones a la libertad de comercio, como derecho fundamental que es, siempre y cuando se haga mediante ley (sentencia número 01195-91, entre otras); y la segunda, en tanto la limitación impuesta resulta razonable. En este sentido, debe recordarse que constitucionalmente el legislador tiene la facultad para arbitrar medidas compensatorias que permitan una mayor concreción del derecho de igualdad de oportunidades y acceso a los beneficios que ofrece el sistema social, de donde se encuentra –constitucionalmente– facultado para establecer medidas de protección a favor del más débil, que es lo que sucede en el caso en estudio, al estimar que:

“[...] Se trata del andamiaje jurídico de una estrategia integral de desarrollo para equilibrar la situación de desventaja que tradicionalmente acusan las zonas de reserva indígena, y no cabe duda que la secular desventaja de los grupos sociales a quienes pretende beneficiar la ley, justifican una medida como esa, altamente protectora, por lo que el fin perseguido con la regulación es válido desde la óptica constitucional, así como lo es el medio empleado que –a criterio de la Sala– se ajusta a dicho objetivo, por lo que no existe violación del alcance constitucional de la libertad de comercio en este caso y la acción debe rechazarse por el fondo en cuanto al supracitado artículo 6 de la Ley número 6172, por no ser contrario al artículo 46 Constitucional”.

De lo anterior, se evidencia que la norma en cuestión lejos de crear una situación discriminatoria en perjuicio de los indígenas que residen en una reserva, constituye una medida de protección para el mismo, establecida dentro del marco normativo internacional de protección a los pueblos indígenas, en tanto se evidencia que el objetivo del legislador fue el de abstraer a estos pueblos de la influencia nociva de factores foráneos o contaminantes de su cultura, costumbres e instituciones. Queda claro que no existe prohibición para que los indígenas establezcan negocios en los que puedan vender licor (tanto nacional como extranjero), pero con la única condición de que tales negocios se establezcan fuera de las respectivas reservas, con la correspondiente patente de licor; con lo cual queda en evidencia que la norma no establece una prohibición a los indígenas por su sola condición de tales; motivos por los que esta Sala considera que ni hay infracción a los principios de igualdad ante la ley y libertad de comercio, contenidos en los artículos 33 y 46 de la Constitución Política.

Por otra parte, se alegaba irretroactividad de la ley, sobre lo cual la misma sentencia señaló:

En cuanto a la alegada violación al principio de irretroactividad de la ley –artículo 34 constitucional–, también con anterioridad se hizo el respectivo análisis. En sentencia número 02843-99, de las quince horas nueve minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve, se indicó que es a partir de la vigencia de la Ley Indígena de Costa Rica, la venta de licor dentro de las reservas indígenas se convierte en una actividad ilícita, y en este sentido, no existe ninguna disposición de orden constitucional que garantice la continuidad o ejercicio de actividades declaradas ilícitas o prohibidas, y mucho menos puede pretenderse la autorización para ejercer una actividad ilícita a través del otorgamiento de patentes y permisos por parte alguna entidad pública. En relación a la definición de los términos jurídicos de

derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas debe recordarse lo dicho al respecto por este Tribunal

“Los conceptos de ‘derecho adquirido’ y ‘situación jurídica consolidada’ aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa –material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente– ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la ‘situación jurídica consolidada’ representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido todavía” (sentencia número 02765-97 de las quince horas con tres minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete).

“Una situación jurídica puede consolidarse –lo ha dicho antes la Corte Plena– con una sentencia judicial que declare o reconozca un derecho controvertido, y también al amparo de una norma de ley que establezca o garantice determinadas consecuencias que una ley posterior no puede desconocer sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 34 de la Constitución” (sentencia número 01119-90, de las catorce horas del dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa).

En el caso de la asociación accionante, no existe sentencia judicial que declare o reconozca un derecho controvertido ni tampoco una ley que garantice determinadas consecuencias frente a un presupuesto de hecho. No es, por lo tanto, una situación jurídica consolidada la que se ve afectada por la disposición del artículo 6 de la Ley Indígena, ni mucho menos un derecho adquirido, como pretende.

**V.- CONCLUSIÓN.** En criterio de esta Sala, el artículo 6 de la Ley Indígena de Costa Rica, número 6172, de veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete, no lesiona ningún derecho fundamental, por el contrario, estima que se trata de una medida de protección a favor de un grupo vulnerable, y no se presentan circunstancias de hecho o de derecho que obliguen a reconsiderar esa posición. El Magistrado Piza Escalante salva el voto y declara que la norma impugnada es inconstitucional porque la materia corresponde regularla y resolverla a cada comunidad indígena de conformidad con el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

**Por tanto:**

Estése el accionante a lo resuelto por esta Sala en sentencias número 1608-96, de las quince horas cincuenta y siete minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y seis, y la número 2843-99, de las quince horas nueve minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve.

**Comentario:**

En nuestro criterio los pueblos indígenas tienen la capacidad y el derecho para decidir sus asuntos comunales. Los jóvenes, las mujeres, las organizaciones comunitarias tienen su propio criterio sobre las consecuencias que las drogas, y entre ellas el licor (como droga lícita para el resto de la población nacional), ha traído a las comunidades indígenas. A ellos debe consultárseles y tomar su parecer. Ellos son artífices de su propio desarrollo. Es parte de su autonomía. Y esto no tiene ninguna relación, aunque fácilmente se puede confundir, con la especificidad indígena y el por qué un trato desigual para los desiguales, o cómo lograr equiparar las diferencias.

El siguiente ejemplo permite evidencia esta posible confusión: la especificidad indígena resguarda, protege, potencializa el desarrollo de la cultura de un sector de la sociedad. Así, requerirán un trato especializado en la atención de la salud para que las prácticas de la medicina natural y su entorno, armónicamente y en forma respetuosa se desarrollen con la medicina brindada por el sistema de salud estatal. Brindar traductores para que puedan expresarse en su propia idioma y sean comprendidos por los doctores, es un derecho fundamental. Adecuar los programas al entorno geográfico permite maximizar esfuerzos para mejorar los índices de salud. Considerar la forma en que las mujeres indígenas dan luz sus niños, sus riesgos y las deficientes condiciones alimentarias en que viven, permite prevenir la desnutrición y la mortalidad infantil y materna.

Pero, que el Estado haya decidido hace décadas que los indígenas no pueden vender licor dentro de sus territorios, aunque sí consumirlo, para “protegerlos de los daños que éste produce”, simplemente miremos la realidad de las comunidades indígenas. La ilicitud de su venta produjo un gigantesco negocio lucrativo y el alcoholismo es uno de los grandes males que enfrentan los habitantes indígenas. En este sentido, los programas de información a niños y niñas en las escuelas y la atención a personas dependientes, son grandes ausentes en la realidad nacional.

En definitiva, los pueblos indígenas deben decidir.

2. Obligación del Estado de garantizar a los pueblos indígenas el organizarse y participar activamente en la toma de decisiones que les atañen.

**Voto salvado del Magistrado Piza Escalante**

Si bien es cierto la Sala Constitucional ha mantenido el criterio anteriormente indicado, sobre la constitucionalidad de la prohibición de venta licor y establecimiento de cantinas dentro de los territorios indígenas de país, el Magistrado Piza Escalante mediante voto salvado<sup>8</sup>, redimensiona y reinterpreta la naturaleza de la discriminación positiva y cuál es su verdadero alcance, y el por qué visualiza este tema como un espacio que corresponde decidir a las comunidades indígenas y sus habitantes.

A pesar de que en las anteriores ocasiones en que se discutió de este asunto compartí el criterio esgrimido por el pleno de esta Sala, y que hoy sustenta el voto de mayoría, de mejor acuerdo llegó a la conclusión de que la medida impugnada (prohibir en las zonas de reserva indígena el establecimiento de cantinas, ni ventas de bebidas alcohólicas, con el consecuente impedimento para la realización de una actividad lucrativa lícita y permitida para el resto de la población y territorio nacional), es inconstitucional por las siguientes razones. En primer lugar es contraria a la libertad de comercio, consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, cuyo contenido como garantía fundamental ha sido señalado –en reiteradas ocasiones por esta Sala–, como el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricción alguna, la actividad comercial que legalmente esté permitida, que más convenga a sus intereses, de manera que, ya

<sup>8</sup> Res: 2000-11530, Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia. San José, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del veintiuno de diciembre del dos mil.

en ejercicio de esa actividad lucrativa, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establezca (en este sentido pueden consultarse las sentencias número 1901-94, 6602-94, 3499-96 y 1019-97). Sin embargo, también existe una exigencia constitucional de que las leyes que restringen la libertad empresarial deben ser razonables y proporcionales; es decir, que debe haber proporcionalidad entre el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad y el beneficio que se obtiene de ésta (sentencia número 4848-96). En este sentido, la medida impugnada causa un grave perjuicio en los indígenas, en un sentido individualizado y como sector de la población nacional, al mantenerse una situación de “*capitis diminutio*” para este sector de la población de nuestro país, como si éstos (los indígenas) no fueran sujetos plenos de derecho con todas las implicaciones que esto trae, lo que necesariamente implica su capacidad para defenderse de las posibles influencias negativas a su cultura que cualquier actividad pueda provocar, lo que, en consecuencia, equivale a un trato diferenciado para un sector de la población y territorio nacional, en violación del principio de igualdad constitucional (artículo 33 de la Constitución Política). Ya con anterioridad, esta Sala, en sentencia número 1786-93, de las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, consideró que

*“[...] nuestra Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos imponen a la conducta de todos los hombres”.*

Consecuentemente, de la misma forma deben ser desarrolladas, interpretadas y aplicadas las cláusulas de los instrumentos internacionales y de la legislación común al aplicarse a los pueblos indígenas (sentencia 1786-93, supra citada).

Además señaló las exigencias jurídicas generadas por la aprobación del Convenio 169 de la OIT para el Estado costarricense:

En virtud del principio constitucional de igualdad, consagrado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es que debe darse un mismo trato a los iguales y un trato diferenciado a los desiguales, precisamente por las diferencias existentes o situaciones particulares, que la Sala con anterioridad, ha denominado en su jurisprudencia (ver sentencia número 337-91, de las catorce horas cincuenta y seis minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y uno), “elementos objetivos de diferenciación” que justifican y ameritan un trato diferente, conocido en la doctrina constitucional como “**discriminación positiva**”, que consiste en dar un tratamiento especial a aquellas personas o grupos, que se encuentren en una situación de desventaja con respecto a los demás, como es el caso de los indígenas:

*“Este tratamiento diferenciado busca compensar esa situación de desigualdad original; y se orienta al logro de una ‘igualdad real’ entre los sujetos. Debe resaltarse que, esa diferencia de trato no quebranta el principio de igualdad; más bien, resulta de la aplicación del mismo, y de una adecuada interpretación del Derecho de la Constitución. Existen diversos instrumentos jurídicos tendientes a fomentar esa igualdad real entre los sujetos; entre ellos puede ubicarse la situación particular de los aborígenes, quienes tradicionalmente han sido marginados, por razones históricas, sociales, económicas y culturales. Ellos sufren las consecuencias de una sociedad que no comprende ni respeta sus diferencias; y que en ocasiones, tiende a verlos como seres incapaces de dirigir sus propias vidas y destinos. Ante esa situación, la comunidad internacional sintió la necesidad de adoptar medidas a favor de los indígenas. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Lev No. 7316 de 3 de noviembre de 1992, estableció la especial protección de los indígenas y de su cultura. Dicho Convenio busca dotar a los indígenas de medidas de protección, tanto a nivel individual como colectivo”.*

El Convenio 169 de la OIT fue objeto de una consulta legislativa preceptiva, y en esa ocasión la Sala consideró que:

“[...] dentro del ámbito general de las materias encomendadas a la Organización Internacional del 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 sólo 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 [...]”.

Es precisamente en este marco ideológico que el artículo 6.1.a) del citado Convenio establece la obligación para el Estado de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a organizarse y a participar activamente en la toma de decisiones que les atañen, en tanto prevé la obligación de:

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”;

normativa con fundamento en la cual estimó que la materia en cuestión (prohibición o no de venta de licores en reservas indígenas) corresponde en exclusiva regularla y resolverla a cada comunidad indígena, según lo ordenado por esa disposición.

**Comentario:**

Este criterio disidente creemos que permitirá redimensionar la naturaleza y alcances del Convenio 169 de la OIT en temas centrales como consulta, participación y discriminación positiva. En adelante, será una respetuosa y respetada opinión del Magistrado Piza Escalante, que servirá para enriquecer el establecimiento el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas en el país.

Art. 5. Protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales.

1. El patrimonio arqueológico.

### Sala Constitucional

Entre los fines culturales de la República, la Constitución Política establece en su artículo 89 la de proteger y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Ante ello, la Sala Constitución mediante **Res: 2002-05245 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las dieciséis horas con veinte minutos del veintinueve de mayo del dos mil dos** señaló:

La protección del patrimonio histórico se enmarca entonces dentro del rango más amplio del deber que tiene el Estado de preservar la cultura común que convierte a su pueblo en una Nación [...].

El patrimonio arqueológico es una especie del género más amplio constituido por el patrimonio cultural, precisión que tiene importantes implicaciones prácticas en el tanto el papel del Estado en la promoción y garantía de los bienes arqueológicos debe ser siempre parte de una política integral de protección y fomento de la producción cultural autóctona. Para que los derechos derivados de la norma constitucional en cuestión sean efectivamente verificados, se requiere de parte de las autoridades públicas no sólo crear el marco normativo necesario, sino además actuar de manera concreta, mediante mecanismos idóneos de tutela que partan de la premisa ineludible de que una Nación que desprecia su herencia histórica, destruyéndola o evitando por todos los medios lícitos su pérdida o deterioro, se encuentra destinada a fracasar como sociedad, pues es precisamente la visión del pasado la que permite entender el presente y programar el futuro. El patrimonio arqueológico –en el caso costarricense– ha sido definido comúnmente como el conjunto de bienes inmuebles y muebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas, constituyendo uno de los principales medios para hacer efectivo el conocimiento exacto de los orígenes históricos de nuestras sociedades, en tanto permite comprender el germen de nuestras actuales formas de pensamiento y expresión cultural, además de aportar datos de gran utilidad para otros campos del conocimiento, tales como la ecología, la farmacoterapia, la zoología, etc.

Sin embargo, por disposiciones de la Administración Pública, algunos requisitos para su protección fueron eliminados por medio del Decreto Ejecutivo No.28174-mp-minae-MEIC del 12 de octubre de 1999, lo que fue considerado inconstitucional por la Defensoría de los Habitantes y la Universidad de Costa Rica, y ante lo cual interpusieron la acción de inconstitucionalidad anteriormente indicada.

En dicha oportunidad también la Sala Constitucional continuó indicando:

No es que el conocimiento del pasado revista un particular interés por razones de mera curiosidad historiográfica, sino que su estudio permite aproximarse a una comprensión global de los fenómenos sociales y culturales actuales. La tutela de los bienes arqueológicos debe entonces ser comprendida como una forma de amparo de la cultura en general, como bien que trasciende la titularidad de cualquier individuo, constituyéndose en un valor de importancia nacional, cuyo reconocimiento y efectiva defensa forma parte del conjunto de intereses garantizados en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política.

Y de vital importancia resulta la reiterada interpretación constitucional sobre la aplicación directa de los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por Costa Rica sobre la materia. Así:

Huelga aclarar que todos los instrumentos citados en el párrafo anterior<sup>9</sup> constituyen fuente de Derecho en Costa Rica, susceptibles de ser aplicados directamente por esta Sala Constitucional para la resolución del presente asunto, según dicta el artículo 48 constitucional. En el caso de los aprobados por la Asamblea Legislativa, por disposición expresa del artículo 7 de la Constitución Política. En cuanto a los que no gozan de dicha condición, porque constituyen al menos fuentes de interpretación de los instrumentos aprobados. Tampoco reconoce esta Sala la existencia de simples recomendaciones en materia de derechos humanos, pues si los Estados deciden autolimitarse, reconociendo la existencia de determinados derechos humanos, aun cuando aparezcan denominadas con el nombre de “recomendaciones”. Lo anterior lleva a entender que la Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, la Carta Internacional sobre la conservación y la restauración de los monumentos y de los sitios y la Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pone en peligro, son –en los términos antes dichos– actos provistos de plena normatividad en el ordenamiento constitucional costarricense, sin que se les pueda considerar simples enumeraciones de objetivos y metas a alcanzar.

Por la importancia que los bienes arqueológicos revisten para los Estados como parte de su identidad nacional, estos son objeto de tutela como parte de la cultura mundial. Así, en la misma resolución constitucional de cita se dijo: “La preservación del patrimonio arqueológico de un pueblo no es visto, entonces, como un asunto de mero interés local, mas como un aporte significativo a la preservación de la cultura mundial”.

Por esta relevancia es que los bienes arqueológicos son considerados bienes de dominio público. Continuó así la Sala Constitucional:

Es evidente que los bienes arqueológicos, de conformidad con los términos de las normas citadas, forman parte del patrimonio público, de los llamados bienes dominiales, cuya titularidad es la Nación, en el tanto se encuentran afectos a cumplir una finalidad de interés general. El uso y tenencia de los bienes dominiales forma parte siempre de un régimen especial, caracterizado por el hecho de que tales objetos deben ser empleados tan solo en forma tal que no contradigan su finalidad, en algunas casos solamente por parte de la Administración; en otros también por parte de particulares, pero ciñéndose estrictamente a las limitaciones que su carácter público implica. Esta Sala ha definido los bienes de dominio público en los siguientes términos:

“... 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 los llamados bienes dominiales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes 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 propia 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 del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de

---

<sup>9</sup> La Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (Convención de La Haya), la Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, la Carta Internacional sobre la conservación y la restauración de los monumentos y de los sitios, la Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador), la Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pone en peligro, la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, y la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.

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 del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa...” (Sentencia número 2306-91 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno).

Y finalmente en tutela de dicha importancia, la Sala Constitucional consideró que era inconstitucional la eliminación de procedimientos que resguardaban los bienes arqueológicos:

“El Decreto en estudio evidentemente enfatiza la simplificación de trámites en caso de construcción de obras públicas o privadas, respecto de los requisitos establecidos en el ordenamiento con la finalidad de proteger el patrimonio arqueológico. Si bien la desregulación de ciertas actividades cargadas de requisitos excesivos no es inválida *per se* y puede resultar hasta deseable, parte esta Sala de la premisa de que cualesquiera trámites necesarios para la protección de bienes de relevancia constitucional, no pueden ser válidamente eliminados sin una adecuada sustitución por otros que cumplan la misma función protectora [...].

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar la acción. Se anulan por inconstitucionales, del Decreto Ejecutivo número 28174-mp-minae-MEIC, de doce de octubre de mil novecientos noventa y nueve, del párrafo 2<sup>a</sup> del inciso i) del artículo 2º, la palabra ‘siguientes’, así como el texto posterior a la palabra ‘antiguos’; el inciso c) del artículo 5; del párrafo 1º del artículo 6 la frase ‘según los procedimientos de la Ley 7555’; el inciso d) del artículo 11; el inciso d) del artículo 12; así como el artículo 17, por lo que recobran su vigencia los requisitos establecidos en el párrafo final del inciso a.2. del artículo 19 del Decreto Ejecutivo número 25075-MINAE, y en el Manual de Instrumentos Técnicos del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, resolución de la SETENA número 588-97 de veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y siete. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de emisión del Decreto que se impugna, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. En lo demás, se declara sin lugar la acción. Reséñese en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Notifíquese”. **Res: 2002-05245 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las dieciséis horas con veinte minutos del veintinueve de mayo del dos mil dos.**

## Procuraduría General de la República

En relación con el rescate arqueológico en Costa Rica, se presentaron discrepancias respecto a la entidad legalmente encargada de realizar los estudios y rescates arqueológicos en el país, ante la cual este órgano dictaminó (**Dictamen 134 del 07/05/2001**):

Para este Despacho, con base en esas normas es claro que la entidad pública responsable de los rescates arqueológicos en Costa Rica es el Museo Nacional. Se le ha otorgado esa atribución por su idoneidad específica para la protección y rescate debidos del patrimonio arqueológico, en los términos empleados por la Ley No. 1542 del 7 de marzo de 1953:

“Artículo 1º.- El Museo Nacional de Costa Rica es el centro **encargado de recoger, estudiar y conservar debidamente** ejemplares representativos de la flora y la fauna del país, y de los minerales de su suelo, **así como de sus reliquias históricas y arqueológicas**, y servirá como centro de exposición y estudio. Con ese objeto, y a fin de promover el desarrollo de la etnografía y la historia nacionales, aprovechará la colaboración científica que más convenga a sus propósitos” (El destacado no pertenece al original).

En consecuencia, el rescate arqueológico es una tarea exclusiva del Museo Nacional, conferida en virtud de su idoneidad técnica, razón por la cual no procede su delegación en los términos del artículo 89, inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública que dispone: “No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

En el mismo sentido, no pueden delegarse las competencias esenciales del órgano o que justifican su existencia (artículo 90, inciso c) del mismo cuerpo normativo. Y ello acontece en orden a la labor de rescate arqueológico a cargo del Museo Nacional.

El Museo Nacional como ente público está sometido al Principio de Legalidad (Constitución Política, artículo 11, Ley General de la Administración Pública, numeral 11), y por ende no le es permisible delegar su potestad sobre el rescate arqueológico, ni aún bajo su supervisión, en tanto no exista una norma jurídica de carácter legal o superior que así lo autorice. No debe entenderse lo anterior de forma tal que impida a otros entes o personas colaborar en las labores de rescate diseñadas y realizadas por el ente responsable”.

En otro dictamen sobre la participación de personas privadas en rescates arqueológicos, este órgano concluyó (**Dictamen C-210-2001**):

El rescate del patrimonio arqueológico nacional es atribución exclusiva del Museo Nacional, a tenor de la Ley 6703, artículo 13, en relación con el 11 y la Convención de París, aprobada por Ley 4711 del 8 de enero de 1971, punto 20.

El distingo teórico entre el rescate súbito y planificado no tiene asidero en la Ley 6703, que regula el rescate como función indivisible del Museo Nacional, con un sentido unívoco, sin condicionantes en cuanto al plazo, área de cobertura, fuentes de financiamiento y otros. Por consiguiente, no cabe disociar ambos tipos de rescate, para trasladar a los particulares el “planificado”, ni hacer esa traslación con empleo de otras denominaciones, como “salvamento”, que conducirían al mismo resultado.

El Decreto 28174-MP-C-MINAE-MEIC del 12 de octubre de 1999, cuestionado por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional, presenta también aparentes vicios de ilegalidad en cuanto permite que el rescate arqueológico sea realizado por personas particulares autorizadas y registradas ante la Comisión Arqueológica Nacional, desconociendo la competencia que la Ley 6703 atribuye al Museo Nacional en la materia. Ante la incompatibilidad de normas, según reiterada jurisprudencia constitucional y administrativa, la superior predomina sobre la de rango inferior y el operador jurídico debe optar por su aplicación, en virtud del principio de jerarquía normativa.

Y en el dictamen C-134-2001 la Procuraduría indicó que mientras no se resuelva la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto 28174, debe suspenderse la aplicación en vía administrativa del artículo 12, inciso a), y otras normas del mismo ahí especificadas, por ser procedimentales (artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional).

No es procedente el ejercicio unilateral de las labores de rescate por una fundación privada o persona independiente (consultor), pues significaría arrogarse una competencia pública sobre bienes demaniales encomendada por la Ley 6703 al Museo Nacional.

Lo único que ésta permite a los científicos e instituciones de reconocida competencia en la materia, es realizar trabajos de excavación para descubrir o explorar patrimonio arqueológico, previa autorización de la Comisión Arqueológica Nacional, la que señalará los términos, condiciones y obligaciones a que deben sujetarse. **Trabajos** que ha de supervisar el Museo Nacional y no implican rescate, el cual –se insiste– es de su responsabilidad. Ello sin perjuicio de que el Museo aproveche la colaboración científica que aquellos puedan brindarle para la mejor consecución de sus objetivos. Las excavaciones realizadas

por investigadores científicos en sitios de reservas indígenas, requieren además la autorización de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas.

No hay ninguna norma con rango de ley ordinaria que autorice al Museo Nacional a delegar el rescate arqueológico en manos privadas (fundaciones o personas independientes), ni se cumplirían aquí los presupuestos legales bajo los que opera la figura excepcional de la delegación.

Tratándose de una competencia pública rige el principio de ejercicio exclusivo por su titular, y no el de libre disposición. De modo que el Museo Nacional está inhibido para delegar el rescate arqueológico a los particulares.

En otra oportunidad este mismo órgano asesor se pronunció sobre qué hacer con los objetos arqueológicos que se encontraran en manos de terceros ya que por su tamaño o condición no pueden ni deben moverse del lugar donde se hallaron. En este sentido mediante **Opinión Jurídica 033 - J del 24/02/2003**, concluyó:

- a.- El Estado y los demás entes públicos poseen la facultad de contratar por el hecho de ser tales y, por consiguiente, pueden desplegar la actividad de contratación administrativa a través de sus órganos siguiendo para ellos los principios y las normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico administrativo.
- b.- Las personas que pueden tramitar préstamos temporales de los bienes del acervo y las instalaciones del Museo Nacional son las siguientes: Estados, organismos internacionales, entes y órganos públicos, entidades privadas creadas o autorizada por ley cuyos fines son coincidentes con los del Museo Nacional de Costa Rica, a las Asociaciones de Desarrollo Integral de las Reservas Indígenas, a las entidades privadas **cuyos fines coinciden con los del Museo Nacional de Costa Rica, y éste requiere de su colaboración para alcanzar el fin público**, y a las personas físicas y jurídicas que forman parte de la comunidad científica.
- c.- Los fines para los cuales el Museo Nacional de Costa Rica puede realizar préstamos temporales de los bienes de su acervo y sus instalaciones deben engarzarse necesariamente dentro de los fines que el ordenamiento jurídico le impone.
- d.- La forma de proceder, en los casos donde los bienes arqueológicos (esferas de piedra, petroglifos, sitios, etc.), que por su tamaño o estado de conservación no pueden –ni deben– ser removidos y deben permanecer en una propiedad privada, es hacer la respectiva declaratoria de monumento o sitio histórico o, en su defecto, realizar la respectiva expropiación del bien inmueble.
- e.- En el eventual caso de que no se realice la declaratoria de monumento o sitio histórico, ni se realice la expropiación del inmueble, el Museo de Costa Rica debe realizar las acciones pertinentes para garantizar la debida conservación de los bienes arqueológicos que usted señala.

## 2. El patrimonio cultural.

### Sala Constitucional

En relación con el patrimonio cultural, con ocasión del establecimiento de una acción de inconstitucionalidad contra la ley sobre Patrimonio Arqueológico Nacional No. 6703 de 28 de diciembre de 1981, la cual fue rechazada, es importante destacar la protección que la Sala Constitucional aclara que los bienes arqueológicos son de dominio público y conforman parte de la identidad nacional. Esto, mediante **Res: 2005-012129, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE**

**JUSTICIA, San José, a las catorce horas treinta minutos del siete de septiembre del dos mil cinco, indicó:**

**VIII.- DE LA EXIGENCIA DE REGISTRAR LOS OBJETOS ARQUEOLÓGICOS.** En primer lugar, no puede estimarse la alegada inconstitucionalidad del incumplimiento de la finalidad de la Ley y normativa en la materia, en este caso, la debida protección del patrimonio arqueológico a efecto de impedir su exportación y comercio ilícito. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en cuanto a la responsabilidad del Estado en la tutela del “patrimonio cultural”, concepto que comprende, “los inmuebles de interés cultural –entre los que se incluyen, los monumentos, las bellezas naturales, los sitios–; los muebles no incorporados ni afectados por decreto ejecutivo al patrimonio cultural de la Nación, pero que tienen una singular importancia, sobre todo a partir de las regulaciones internacionales que se analizarán a continuación, **los arqueológicos –que son de dominio público–**; el patrimonio etnográfico, el científico, el técnico, el industrial antropológico, y el bibliográfico, con lo cual, **la protección abarca también las costumbres, el folklore, los ritos, las creencias, fiestas y la gastronomía.** Todos estos bienes han sido agrupados en la denominación de “*bien cultural*”. Esta nueva concepción, mucho más amplia de la realidad protegida por el ordenamiento jurídico, nace en Italia, y se sustenta en la razón última que motiva la protección y tutela del bien, sea el valor cultural inmanente en estos bienes, es decir, en la medida en que nos aproxima a la histórica de la civilización, a los diversos modo de vivir, al pensamiento y sentir de los hombres en el tiempo y en el espacio. El valor cultural puede tener muchas manifestaciones, tales como la referencia histórica, artística, científica, arqueológica, paleontológica, etnográfica o técnica que se hacen presentes en bienes de diversa clase. Se requiere de un interés digno de conservación en su individualidad o en conexión con otros bienes, que es el caso de la protección de los conjuntos urbanos, macro conjuntos o conjuntos itinerantes. La esencia de la protección lo constituye el interés o valor intrínseco del bien, en tanto es representativo de la historia, el arte, la ciencia o la industria de un pueblo, y que por ello coadyuva a la identidad de la nación”. (Sentencia número 2003-03656, de las catorce horas cuarenta y tres minutos del siete de mayo del dos mil tres de esta Sala) [...].

Art. 6. Consulta obligatoria de los gobiernos a los pueblos indígenas.

1. Consulta y participación de los pueblos indígenas en el caso de la **exploración y explotación de hidrocarburos** en sus territorios, previo al otorgamiento de concesiones públicas.

### Sala Constitucional

El desarrollo doctrinario de los derechos humanos ha logrado construir todo un andamiaje jurídico para la protección y defensa de la dignidad y libertad de todo ser humano. Esta universalidad implica también un reconocimiento a las particularidades y especificidades de la persona humana. Tratándose de pueblos indígenas, la especificidad implica el reconocimiento a un conjunto de derechos, previstos únicamente, para quienes sean indígenas.

El caso más notorio que ejemplifica este particular, es el de los territorios habitados por los pueblos indígenas. La llegada de la Conquista y la Colonización, marca históricamente un antes y un después. Para los habitantes originarios de estas tierras, legítimos dueños ancestrales de las mismas, únicamente ellos ostentan tal condición. Es decir, solamente ellos estuvieron antes del inicio de ese

proceso histórico, y eso les da derechos específicos en la actualidad<sup>10</sup>. Así, la concepción de territorio indígena es comunitaria, le pertenece a todos en su conjunto y por ello todos la cuidan y la trabajan. Nada es de nadie en particular. Se es primero indígena en colectividad. Frente a esta concepción, la cultura occidental visualiza y tutela una propiedad privada.

A partir de esta dicotomía, la balanza por lograr un equilibrio entre ambas visiones de mundo, viene a ser complementada por los derechos específicos de estos pueblos. ¿Cómo lograr la armonía en sociedades tan dispares enmarcadas en los Estados actuales? A través de la llamada especificidad indígena, se puede lograr el respeto por la diferencia cultural, dentro de la igualdad jurídica.

Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, quien con base en la interpretación del artículo 15<sup>11</sup> del Convenio 169 de la OIT y del numeral 6 del mismo texto, anuló una licitación internacional para la exploración y explotación de petróleo en territorios indígenas, por falta de un procedimiento de consulta específico para comunidades indígenas. Así, estableció en la **Res: 2000-08019, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas con dieciocho minutos del ocho de septiembre del dos mil**<sup>12</sup>:

En su numeral 15.2 dispone el Convenio:

“En el caso de que pertenezcan 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 qué medidas, 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 pueden sufrir como resultado de esas actividades”.

De lo que aparece agregado a este amparo, y sus atestados, en criterio de la Sala, se deriva que la autoridad recurrida ha actuado en forma ilegítima, por violación al Convenio No. 169 de la OIT, y consecuentemente del artículo 48 de la Constitución Política, en el tanto que está probado que el Ministerio recurrido omitió aplicar lo allí dispuesto, pues tales normas son de obligatorio acatamiento de nuestras autoridades, en tanto consagran derechos fundamentales de los miembros de las poblaciones indígenas. En ese sentido, también resultan alcanzados los artículos 11, 41 y 129 de la Constitución Política. No admite discusión alguna la obligatoriedad de la consulta a los pueblos indígenas, previo al acto adjudicatorio de la licitación petrolera No. 1-97, es decir, la Sala tiene claro que antes de comprometer los recursos del Estado, se debió dar cumplimiento a lo que dispone el Tratado Internacional citado. Más aún, su artículo 15 debe interpretarse con base en el numeral 6 de ese mismo texto, en cuanto establece:

“1. Al aplicarse las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

<sup>10</sup> Se considera que los pueblos indígenas han sufrido el mayor genocidio en la historia de la humanidad.

<sup>11</sup> Si bien es cierto el primer artículo a que se refiere la Sala Constitucional es lo que tiene que ver con la propiedad de los minerales y recursos del subsuelo por parte del Estado en territorios indígenas, específicamente la *prospección y explotación de recursos* (Art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT), se considera que *la especificidad indígena*, atrae en mayor medida *la consulta* prevista en el artículo 6 del Convenio citado, por lo que para mayor facilidad de obtención de información del lector, se ha colocado la jurisprudencia constitucional en esta sección, como en su conjunto lo interpreta la Sala Constitucional.

<sup>12</sup> Este recurso de amparo fue interpuesto, entre muchas otras personas, por la Asociación de Desarrollo Integral Indígena Bribri de Talamanca, entidad que se vió afectada por el proceso que se describe en la sentencia transcrita.

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

De la lectura del expediente administrativo resulta que efectivamente se ha omitido con la formalidad de la consulta, situación que quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados, dejándolos en la imposibilidad de poder defender el entorno natural de sus tierras y su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política).

Adicionalmente respecto a la obligación de respetar otros instrumentos jurídicos internacionales atinentes a la materia, señaló:

De igual manera, y en un sentido más amplio que el señalado, cabe citar la Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo (1993), en cuanto dispone:

“Su certeza de que para asegurar el fortalecimiento de los sistemas democráticos, es necesario adelantar, cuando así se requiera, esfuerzos de reconciliación nacional que permitan alentar la cultura democrática basada en el equilibrio e independencia de los poderes públicos, en el diálogo y la concertación, en el respeto del papel y la responsabilidad de las minorías y de todos los grupos políticos, en la participación ciudadana y en la interacción política pacífica”.

De esta manera, no sólo se refleja la necesaria participación y respeto de las minorías en una democracia, sino también, que los poderes públicos deben equilibrar el interés general de la nación con el de esas minorías, fomentando mecanismos de diálogo a través de los cuales esos sectores de la sociedad civil puedan exponer apropiadamente sus puntos de vista, velar por sus derechos, o fiscalizar y vigilar la actuación de las autoridades públicas. A manera de ejemplo, y para significar las expectativas que se cifran en todo este campo, a partir de la participación popular, también la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley No. 7670, dispone en su artículo III:

“A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

(...)

11.- Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.

Si bien la autoridad recurrida ha informado que el proceso licitatorio, así como el acto adjudicatario fueron publicados, el primero en *La Gaceta* y en dos periódicos de circulación nacional, y el segundo, en un diario nacional, es lo cierto, que estas actuaciones no satisfacen la concreta obligación jurídica que existe frente a los pueblos indígenas, en donde los medios de comunicación colectiva nacionales o no llegan, o no podrían ser comprendidos, y que, de toda suerte, no constituyen un medio admisible o “apropiado” en la inteligencia del Convenio citado. En otras palabras, el proceso de consulta no puede sustituirse en este caso por una publicación de prensa, como se indicó supra, sino que habría de llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, tal y como lo precisa el artículo 6.1 del Convenio. No es exacto, entonces, como se ha venido sosteniendo, que la discrecionalidad para el Estado de la audiencia pública, materia aplicable en general a la SETENA, se aplica también a las comunidades indígenas, porque el artículo 15.2 del Convenio, con claridad meridiana impone este deber, en los términos del artículo 6.1.

Por ello, concluyó la Sala Constitucional en esta misma sentencia:

En criterio de la Sala, pues, antes de que el Estado emprenda directamente o autorice actividades a favor de un particular, respecto de cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en las regiones que alcanzan los territorios indígenas, resulta vinculante para el Gobierno central instaurar un proceso de consulta. Como del expediente administrativo y de lo informado a la Sala, se evidencia la violación a la normativa convencional y constitucional sobre esta materia, el recurso de amparo debe acogerse, declarando nulo el acto adjudicatorio de la licitación No. 1-97, resolución del Ministerio de Ambiente y Energía, de las diez horas del veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho, la cual concede la exploración y explotación petrolera de los bloques de exploración No. 2, 3, 4, y 12, todo con el objeto de que se satisfaga apropiadamente la omisión detectada.

Asimismo, para efectos de ejecutar debidamente esta sentencia, la Administración tendrá a su cargo, paralelamente, establecer cuáles son las comunidades indígenas involucradas en el tema de este amparo, a fin de que se ejecute un programa de consulta que satisfaga la previsión del Convenio No. 169 de la OIT. En lo no concedido, se declara sin lugar el recurso.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se anula el acto de adjudicación de la Licitación No. LP 1-97 a la compañía MKJ XPLORATION INC., resolución R-702-98 MINAE de las diez horas del día veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho. Proceda el Ministerio de Ambiente y Energía a llevar a cabo un procedimiento de consulta a las comunidades indígenas que estarían relacionadas con la exploración y explotación a que se refiere la citada licitación número 1-97. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta sentencia, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Vale señalar que la **especificidad** hizo que fuera necesaria una **consulta particular** para pueblos indígenas en los términos previstos del Convenio 169 de la OIT, por lo que se anularon las adjudicaciones de la licitación que abarcaban territorios de estos pueblos, más no así, para el resto de la licitación que abarcaba tierras no indígenas y en donde los procedimientos seguidos por la Administración Pública como la circulación en un diario oficial de la adjudicación, entre otros, era un mecanismo válido de información y participación para la ciudadanía en general.

Es así como la Sala Constitucional debió aclarar los alcances del fallo anteriormente transcrito mediante **Res: 2000-10075, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con quince minutos del diez de noviembre del dos mil**, señalando:

Es interesante el planteamiento que se formula. La señora Ministra le da al artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo una lectura diferente a la que la Sala Constitucional ha hecho, lo que le permite afirmar que este Tribunal le ha otorgado una inapropiada apreciación a sus alcances. Posiblemente el desencuentro de lecturas radique en el hecho de que, como ella agrega a folio trescientos ochenta, **“la consulta a las citadas comunidades es un acto del procedimiento previo a la exploración o prospección, sin que ello implique que deba ser realizado en un preciso momento”**. Es cierto que el Convenio no se ocupa de indicar cuál es ese preciso momento, pero sí consigna el numeral en comentario, que los gobiernos (las autoridades correspondientes, o con competencia en una determinada materia) **“deberán”** consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **“cada vez que se prevean medidas (...) administrativas susceptibles de afectarles directamente”**.

¿Cómo entender esa norma en el sentido de que si el Ministerio de Ambiente y Energía se dirigía a conceder autorización a alguna(s) empresa(s) para realizar exploraciones, había que esperar a que todo el procedimiento hubiera terminado, o lo que es peor, a que ya la empresa adjudicataria hubiera iniciado los trabajos de exploración, para entonces poner en marcha mecanismos de consulta a las comunidades? Según se ve a folio trescientos ochenta y uno, la gestionante admite que ya se están realizando actividades en el bloque número doce (bloque marino), que no es territorio indígena, pero eso significa que con motivo de la contratación administrativa hay actos de ejecución, independientemente de si corresponde a territorios indígenas o no. Además, debe hacerse notar que el informe que en su oportunidad rindió a la Sala el Ministro a.i. (folio 110 y ss.), no se ocupó de mencionar siquiera lo relativo a las comunidades indígenas y precisamente a raíz de que la sentencia no tenía claro en qué sentido y cuáles comunidades quedaban alcanzadas por la exploración, en el último párrafo de la parte considerativa, se indica que será la administración la que establezca cuáles sean, para que se proceda a ejecutar el fallo. De toda forma, el alcance que la Sala otorga al artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT, basada en sus propios precedentes, permite reiterar aquí que debe cumplirse con un procedimiento de consulta **“apropiada a las circunstancias”**, como también lo destaca esa norma, de modo que se conjugue el interés público que las autoridades del Estado legítimamente tienen en que se lleve a cabo una exploración o explotación petrolera, con el de las comunidades indígenas que puedan ser alcanzadas por ello, según los bloques que hayan sido adjudicados y en esa medida. No está de más insistir en que no debe esperarse a que una empresa autorizada (concesionario) vaya a iniciar trabajos de esa naturaleza en un territorio indígena para, a partir de ese momento, porque no se trata de “una eventualidad”, desde que a partir del cartel con que se inició todo este proceso, hasta la autorización que implica el acto adjudicatario, ya de por sí implican medidas (administrativas) que podrían llegar a afectar, puesto que la administración razonablemente ha de haber anticipado, desde la decisión misma de iniciar un procedimiento para dar en concesión ese tipo de actividades, la posible incidencia que puedan tener en los territorios o comunidades indígenas. Ya, en ese momento, surge el derecho que reconoce el Convenio, para que se les consulte sobre las medidas que podrían tomarse más adelante, como ahora sabemos que finalmente se tomaron. Por tal motivo, el incidente de nulidad planteado debe desestimarse como en efecto se dispone.

Y respecto de la afectación para comunidades no indígenas este mismo fallo aclaró:

Ahora bien, de la información que en este momento se dispone y del análisis relativo a los bloques que hace la señora Ministra, a la Sala le resulta claro que los bloques tres y doce corresponden a áreas marinas, de modo tal que por definición no llegan a involucrar zonas indígenas y en cuanto a los bloques dos y cuatro, según los datos que se consignan a folio 378, la situación es la siguiente: el bloque dos afecta parcialmente un área de reserva indígena de 420.725 hectáreas, es decir, apenas un 33,548% del área total, mientras que el bloque cuatro, afecta un área de reserva indígena de 158.586 hectáreas, esto es, apenas un 9% del área total del bloque. Con base en esta información, es que la Sala accede a modificar la parte dispositiva de la sentencia N° 08019, de las 10:18 horas del día 8 de septiembre último, en el sentido de que la nulidad de la adjudicación R-702 MINAE de las 10 horas del 20 de julio de mil novecientos noventa y ocho, afecta únicamente los bloques terrestres dos y cuatro en la parte que se encuentren comprendidos territorios destinados a reservas indígenas. Para los efectos de estas áreas específicas (y no en la totalidad del bloque que, como se dijo, supera suficientemente el territorio indígena), se ha de cumplir con el mecanismo de consulta, a menos que las partes (Estado y concesionario) excluyan formalmente tales territorios del conjunto total de los bloques dos y cuatro.

Por tanto:

Se rechazan los incidentes de nulidad planteados por Harken Costa Rica Holdings L.L.C. Sucursal Costa Rica y la señora Ministra de Ambiente y Energía. No ha lugar a aclarar y adicionar la sentencia. Se modifica la parte dispositiva de la sentencia N° 08019 de las 10:18 horas del 8 de septiembre del 2000,

en el sentido de que la nulidad de la Licitación N° LP 1-97 a la compañía MKJ XPLORATION Inc., resolución R-702-98 MINAE de las 10 horas del 20 de julio de 1998, afecta únicamente a los Bloques terrestres 2 y 4 en la parte que se encuentran comprendidos territorios destinados a reservas indígenas. No ha lugar a la gestión de adición y aclaración de la parte recurrente.

Sin embargo, lamentablemente los criterios sobre los alcances de lo que significa la consulta en términos del Convenio 169 de la OIT, no siempre han sido tan claros. Así, tratándose de la **concepción de un ruta de buses** en el Territorio Indígena de Talamanca, la Asociación de Desarrollo Integral presentó su oposición al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) para que no fuera adjudicada la misma empresa que venía prestando este servicio público. Las razones alegadas por la comunidad indígena fueron la mala calidad del servicio. Ante ello, acuden a la Jurisdicción Constitucional pues el MOPT no le resuelve su oposición. Ante ello, declara mediante **Res: 2001-10445 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las quince horas con once minutos del dieciséis de octubre del dos mil uno:**

**II.- Sobre el fondo.** Aprecia esta Sala, de acuerdo a los hechos que anteriormente se enunciaron y que se tienen como probados, que al recurrente no se le ha resuelto sus gestiones presentadas en marzo y agosto del año dos mil, no habiéndolo hecho, se debe tener por constatada una infracción del ordinal 41 de la Carta Fundamental, en cuanto esa omisión se traduce en una denegatoria del derecho a la justicia pronta y cumplida. Si bien el Ministro de Transportes aduce que se solicitó al Consejo de Transportes que procediera a atender y resolver pertinentemente resolver los asuntos de interés que se aluden en este amparo, ha transcurrido aproximadamente un año desde que las gestiones fueron presentados, lo que evidencia un retraso excesivo y violatorio del derecho de pronta respuesta del recurrente. En razón de lo expuesto, lo procedente es acoger el presente extremo.

**III.-** Por otra parte, para este Tribunal no es de recibo el alegato del recurrente en el sentido de que en aras del respeto del derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas, las autoridades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes deben de consultar y dar participación al pueblo indígena de la explotación de las rutas en cuestión. Considera este Tribunal que si bien el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, establece para los Gobiernos una obligación de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. También es lo cierto, que la prestación de un servicio público, como el servicio de buses, es un servicio que el Estado pone a disposición de los ciudadanos y no tiene la condición de afectar su desarrollo ni organización directamente. En todo caso del artículo 4 y 5 de la Ley 3503 “Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores”, se desprende que la concesión para explotar una línea se adquirirá por licitación, –principio general sentado en el artículo 182 de la Constitución Política–, a la cual los interesados concurrirán libremente y que dichas licitaciones se publicarán en el Diario Oficial y señalarán un plazo no menor de treinta días hábiles a partir de esa publicación, para la recepción de ofertas. De este modo se procura, dada la necesidad, garantizar una correcta fiscalización que debe ejercer la Administración para determinar que la prestación del servicio público se hará en las condiciones correctas. Será entonces, por ese medio que quienes tengan interés en el resultado de la misma, puede apersonarse y hacer valer sus derechos.

**IV.-** En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso únicamente por violación al principio de justicia pronta y cumplida.

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso por violación al principio de justicia pronta y cumplida. En consecuencia, debe la autoridad recurrida resolver e informar sobre lo pedido, en el plazo de ocho días a

partir de la comunicación de esta sentencia. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás de declara sin lugar el recurso.

**Comentario:**

El ejemplo anterior (ruta de buses de Talamanca) muestra la inexistencia de criterios claros sobre temas sensibles y fundamentales como el caso de la consulta a los pueblos indígenas por parte del Estado. Precisamente, la especificidad indígena que en el caso de la concesión de exploraciones petroleras es un interés jurídico superior tutelado, produciendo que los mecanismos previstos para la comunidad nacional no puedan ser los mismos criterios que se aplican tratándose de pueblos indígenas, en este último caso, ceden y se considera exactamente lo contrario. Esto no deja de llamar la atención, pues si bien cada caso concreto es distinto, la inexistencia de algún tipo de lineamientos sobre temas similares, puede crear confusión e inseguridad.

Desde nuestro criterio, a excepción del último caso, acertadamente la Sala Constitucional visualiza la especificidad de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos en el tema de la consulta como parte de un criterio integrador que debe prevalecer dentro del bloque de constitucionalidad del Estado costarricense.

Probablemente en el último caso, la autonomía, y no la especificidad, que fue alegada por la comunidad indígena e incluso por la Defensoría de los Habitantes, fue un hecho que pudo distraer el centro de la discusión y análisis jurídico, toda vez que la connotación que esta palabra implica en otros contextos, puede crear susceptibilidades ante los operadores jurídicos y autoridades estatales en general.

**Art. 7. Los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sus propias prioridades.**

**1. Asociaciones de desarrollo integral y comités de deportes –cantoniales y comunitarios–.**

### **Procuraduría General de la República**

La administración de los territorios de los pueblos indígenas compete a sus habitantes. Sin embargo, el manejo de los recursos e instalaciones de servicios comunales por parte de los gobiernos locales, implican relaciones complejas entre autoridades que provocan controversias y que el órgano asesor ha dirimido señalando mediante su opinión jurídica **OJ-118-2005 del 9 de agosto del 2005**:

- 1) Corresponde a las comunidades indígenas, organizadas bajo la figura de la asociación de desarrollo integral, administrar los territorios inscritos a su nombre y adoptar las decisiones que más convengan a sus miembros.
- 2) Los comités de deportes –cantoniales y comunitarios– forman parte de la estructura organizativa de las municipalidades y gozan de personalidad jurídica instrumental para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas que sean –tal y como dispone el artículo 164 del código municipal– de su propiedad o que les hayan sido dadas en administración.

## Art. 8 Derecho Consuetudinario o Derecho Indígena.

## 2. Voluntariedad y especificidad del Derecho Propio de los Pueblos Indígenas.

**Sala Constitucional**

Se conoce como Derecho Indígena o Derecho Propio, el conjunto de normas y procedimientos basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social. Este conjunto no sólo se limita a las regulaciones referentes a los asuntos contenciosos (solución de conflictos, aplicación de penas por violación de las reglas), sino que incluye regulaciones relativas al manejo territorial (uso y acceso), espiritual y a asuntos de carácter civil y de regulación de las autoridades, en muchos casos difíciles de separar del conjunto de las prácticas culturales cotidianas de estos grupos. Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o mágico religiosas) y concomitantes. Por último, estos derechos por lo general corresponden a tradiciones jurídicas ancestrales de carácter regional, preexistentes a los ordenamientos jurídicos nacionales, que se encuentran con diferentes grados de afectación, cambio y vigencia en los pueblos indígenas de la región.

En Costa Rica, el Derecho Indígena ha sido poco desarrollado. Existen en la actualidad algunos tribunales de derecho consuetudinario en territorios indígenas como Cabagra y Talamanca. Estos tribunales pretenden rescatar parte de las antiguas formas de resolución de controversias a lo interno de las comunidades indígenas. Estas instancias son escritas (con audiencias orales), lo que podría considerarse contrario al derecho indígena mismo, sin embargo, ha sido la forma hasta la fecha propuesta para hacer valer parte de la autonomía de sus territorios y la vigencia de derechos fundamentales.

La importancia de la presente resolución constitucional es que declara la constitucionalidad de este tipo de tribunales, su naturaleza y funciones, que en suma reivindican derecho al derecho indígena.

Destacamos del fallo que se presenta a continuación tres elementos de suma importancia para el futuro de las relaciones entre el Derecho Indígena y los operadores jurídicos del sistema de administración de justicia estatal. En primer término, estos tribunales consuetudinarios son compatibles con el principio de juez natural, toda vez que fueron creados para resolver asuntos entre indígenas (y no creados para un caso en concreto). En segundo lugar estos tribunales no administran justicia en el sentido jurisdiccional estatal, sino más bien comparten ámbitos de competencia como el de la justicia arbitral, que ya existe y se aplica a nivel nacional. Y en tercer término, que lo resuelto internamente, además de haber sido sometido en forma voluntaria, puede ser apelado ante el propio tribunal, o eventualmente ante la vía judicial (o constitucional en el tanto se violen derechos humanos fundamentales y sean por ende de amparo de esta jurisdicción).

El caso es presentando por una indígena que disconforme con la resolución interna comunal del Tribunal Consuetudinario de Cabagra en un caso concreto, recurre a la Sala Constitucional pretendiendo desvirtuar lo resuelto por dicha instancia. **Mediante Res: 2004-12743 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las diez horas con dieciocho minutos del doce de noviembre del dos mil cuatro, declaró:**

**II.- Sobre el fondo.** Los reclamos de la recurrente son ajenos al ámbito de competencia de esta Sala. En primer lugar, no corresponde a este Tribunal determinar el mejor derecho de posesión o de propiedad que ella reclama, materia propia de los tribunales comunes; tampoco revisar los fallos que en los asuntos indígenas dicte el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra, al que ella se sometió voluntariamente como miembro de la comunidad indígena que es. Por otra parte, la amparada

tuvo la oportunidad de impugnar lo resuelto y no lo hizo en tiempo, sin que ello le impidiera de modo alguno acudir a la jurisdicción ordinaria a hacer valer sus derechos. En otro orden de ideas, tampoco es de recibo el argumento de la recurrente en el sentido de que fue juzgada por un tribunal especial en contra del principio de juez natural y del de la universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial, pues dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente; además, su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Al respecto, debe tenerse presente que no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno. De igual modo, si la resolución dictada por ese tribunal adolece de algún defecto –como la falta de firmas que reclama la amparada– ello no es más que un problema de legalidad y las nulidades que de ello puedan derivarse deben alegarse ante el propio tribunal o en la vía de legalidad respectiva. Por lo demás, la actuaciones que reclama la recurrente de la asociación recurrida, sujeto de derecho privado, datan del diecisiete de mayo del dos mil uno y, además, son de contenido patrimonial, de forma tal que se está ante un acto consentido, que no admite el amparo constitucional por no involucrar la lesión directa a un derecho fundamental.

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso.

**Comentario:**

El que todas las personas –independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales– tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución, entendiendo por sistema de justicia todos los medios para atender y resolver conflictos, que sean reconocidos y respaldados por el Estado, es lo que la doctrina de los derechos humanos reconoce hoy como acceso a la justicia<sup>13</sup>.

Este es un pilar fundamental en la construcción del Estado de Derecho y de las democracias inclusivas y la ciudadanía multicultural en el continente. Lamentablemente, tratándose de pueblos indígenas, este derecho humano se ve seriamente disminuido pues este sector acumula, además de los problemas generales de acceso, los que se derivan de su marginalidad económica, política y social (condición que comparten con todos los pobres); los provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales, y a las dinámicas sociales específicas y diversas (lo que comparten, en algunos países, con otras poblaciones como los afrodescendientes); y, la tensión no resuelta entre formas propias de atención y resolución de conflictos y generalidad del régimen jurídico nacional (jurisdicción nacional vs. jurisdicción indígena)<sup>14</sup>.

Por lo señalado anteriormente, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, señor Rodolfo Stavenhagen, ha señalado que el Derecho Indígena es fundamental, al menos, por las siguientes razones: 1) porque es una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo; 2) porque, junto con la lengua, constituye un elemento básico de identidad étnica; 3) porque la naturaleza de este derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas; y, 4) porque repercute en la forma en que estos pueblos gozan o carecen de derechos (tanto individuales como colectivos). Y, es tal su importancia que “constituye uno de los elementos de preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas”<sup>15</sup>.

Podemos afirmar entonces que el balance entre el derecho estatal y el derecho indígena debería considerar, en principio:

-Las propias autoridades indígenas deben conocer de sus propios conflictos y darles una solución acorde con su medio, respetando los derechos humanos internacionalmente reconocidos y no pudiendo eventualmente imponer criterios colectivos contrarios a derechos individuales reconocidos (dignidad de la persona)<sup>16</sup>.

En caso que un asunto que involucra personas indígenas sea conocido por el Derecho Estatal:

-Los operadores jurídicos deben consultar a las autoridades indígenas sobre estas causas e informarse sobre su trascendencia social.

-Es indispensable contar con intérpretes reconocidos oficialmente que garanticen a la persona imputada su comunicación con el defensor y juzgador.

-Es absolutamente necesario que los operadores jurídicos cuenten con peritajes antropológicos que les permitan ubicarse en una realidad que les es generalmente extraña.

-Es urgente la capacitación a los operadores jurídicos en este campo.

-Es preciso que los operadores jurídicos salgan de sus oficinas y caminen junto con la comunidad indígena y así, tener ese contacto cara a cara con el otro.-En asuntos penales no se puede aplicar la ley sin tener en cuenta la especificidad indígena, siendo el defensor público o de oficio el primer actor procesal llamado a hacer valer este derecho fundamental, guardián del derecho a la defensa de todo ser humano<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Rodríguez Oconitrillo, Javier consultor IIDH, *Programa Pueblos Indígenas: Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, IIDH, San José, Costa Rica, 2006, pp. 28-29.

<sup>14</sup> Asunto sobre el cual el BID y el IIDH, al igual que otras instituciones, vienen trabajando sistemáticamente mediante el desarrollo de proyectos y programas regionales.

<sup>15</sup> Rodolfo Stavenhagen, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 27-28. Citado por Mallol Vicente C.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el caso de las mutilaciones sexuales que no pueden aceptarse como una práctica cultural contra las mujeres, como ocurre en algunas partes del mundo.

<sup>17</sup> Rodríguez Javier: 2006, p. 29.

Art. 10. Opciones distintas al encarcelamiento

1. Privación de libertad por incumplimiento de pensiones alimentarias.

### Sala Constitucional

La especificidad de los pueblos indígenas prevé que cuando se apliquen sanciones penales se consideren sus características económicas, sociales y culturales, y que se deberá dar preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento.

**Mediante Res: 2005-03699, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cuarenta y siete minutos del doce de abril del dos mil cinco, declaró:**

**II.- Sobre el fondo.** El recurrente solicita a esta Sala su intervención en el tanto que estima violatorio de los derechos fundamentales del amparado el hecho de que el mismo no contó con la presencia de un intérprete que le permitiera entender los alcances del proceso tramitado en su contra por pensión alimentaria. Estima que en la tramitación de dicho proceso se vulneró lo dispuesto en los numerales 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT que es Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que dicen: [...]

Partiendo del anterior marco normativo y haciendo una aplicación del mismo al caso concreto del aquí amparado, resulta ser que el recurso es improcedente por las siguientes razones fundamentales: si bien es cierto el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que procede el *habeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad, incluyendo a la judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, observa esta Sala que en la especie, la privación de libertad de la que es objeto el amparado se encuentra fundamentada en una resolución jurisdiccional plenamente válida y según la cual, el amparado se encontraba moroso de la deuda alimentaria que debe pagar. De lo informado por la autoridad recurrida bajo la solemnidad del juramento, con oportuno apereamiento de las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y de los hechos que se han tenido como probados en el considerando anterior, se desprende que efectivamente el aquí demandado al tener conocimiento del proceso interpuesto en su contra, se apersonó ante la autoridad recurrida, a fin de dar contestación verbal a la demanda y que para ello no contó con un traductor que le asistiera, ya que comprendía los alcances del proceso al cual se encuentra sometido, por lo cual, en ningún momento manifestó a la autoridad recurrida la necesidad de que se le nombrara un intérprete del idioma español sino que por sus propios medios se apersonó al despacho jurisdiccional a cumplir con la resolución mediante la cual se le dio el traslado de la demanda, indicando expresamente que no lo había hecho con anterioridad a esa fecha, por encontrarse operado de una rodilla y también por el hecho de que para poder llegar a Turrialba tiene que caminar mucho. Observa esta Sala, que al momento de tomarle todos los datos respectivos al tutelado, los mismos fueron proporcionados por él, razón por la que no se podría tener como posible siquiera, que no comprendiera lo que ocurría y mucho menos que requiriera la presencia de un intérprete o traductor a fin de entender los alcances del proceso al cual se encuentra sometido y es por ello, que tal y como lo dispone el mismo Convenio 169 de la OIT, el amparado está en la obligación de asumir las obligaciones que le corresponden, entre ellas las alimentarias, máxime cuando entiende esta Sala que el tutelado comprendió en todo momento los alcances del proceso, ya que inclusive a folio 35 del expediente, corre agregada una carta escrita de su propio puño y letra y en idioma español, en la cual explica al Juzgado recurrido toda la situación que en torno a su relación con la actora se ha dado, carta en la que no se evidencia que

existan limitaciones idiomáticas y por lo expuesto, estima este Tribunal que existen razones suficientes para tener por cierto que el amparado en ningún momento se ha encontrado en estado de indefensión o que ha sufrido menoscabo alguno en sus derechos fundamentales y en virtud de ello, procede desestimar el presente recurso, como en efecto se dispone. El Magistrado Volio y la Magistrada Calzada salvan su voto. El Magistrado Solano pone nota.

Por tanto: Se declara SIN LUGAR el recurso.

**Comentario:**

La privación de libertad es la forma más violenta de reacción del Estado ante determinados hechos tipificados como delitos. Tratándose de pueblos indígenas como personas que comparten códigos de conducta y referentes culturales y religiosos distintos al de la sociedad dominante, el Convenio 169 de la OIT prevé que cuando un habitante indígena se enfrente a un proceso penal, además de contar con la necesaria asistencia de un intérprete, se tenga en cuenta su hábitat y relación con la naturaleza (cosmovisión), a fin de considerar los alcances de la “ilicitud” de su conducta. Para ello, la administración de justicia penal debe recurrir a peritajes antropológicos que puedan informar a los operadores de justicia de dicho entorno cultural. En Costa Rica no contamos aún con dicha posibilidad.

El caso anterior permite evidenciar dicha carencia. Probablemente la persona comprenda el español, no se acredita así que pueda entender con amplitud las consecuencias de la imputación penal en su contra. En todo caso, es un derecho fundamental que el juez le asigne un intérprete de su idioma, que en la práctica, no existen oficialmente por parte del Estado.

El fondo real del asunto es que si una persona indígena además de no compartir los mismos códigos de conducta y referentes culturales, y tampoco cuenta con un salario como lo entendemos en la cultura no indígena, no le podríamos aplicar la ley de la misma que al resto de la sociedad dominante. Se encuentra en condiciones de desigualdad. ¿Por qué en vez de tener que dar su pensión alimentaria al 100% en dinero en efectivo, no podría compensar al menos una parte de este con su trabajo en la parcela, con alimentos para sus hijos, con artesanías que puedan vender y obtener recursos, etc.? Es decir, ¿cómo adaptar al medio la obligación que a todas luces debe cumplir con su deber de procreador? Esto lo ha planteado la Defensoría de los Habitantes (Área de Mujer) pero no ha sido aceptado aún por el Poder Judicial. En la práctica, el encarcelamiento no sustituye las necesidades que la madre y sus hijos necesitan obligatoriamente cubrir.

El tema es todavía incipiente y nuestro aporte pretende abrir espacios de diálogo y coordinación en temas tan sensibles y límites como la privación de libertad, el interés superior de la niñez y los derechos fundamentales de la mujer indígena.

Art. 14. Derecho de propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas.

1. Traspaso de territorios del Estado a los pueblos indígenas.

### Sala Constitucional

La indivisibilidad de los pueblos indígenas y sus territorios es objeto de debates académicos y conflictos jurídicos permanentes entre los Estados y sus habitantes. Procesos históricos de conquista y colonización despojaron ilegítimamente a los habitantes originarios del continente, situación que a la fecha sigue la lucha por su reivindicación.

En el siguiente caso, la pasividad de las instituciones públicas demuestra cómo esta actitud impacta negativamente el disfrute colectivo de los derechos territoriales para comunidades indígenas de la zona sur del país. Así, mediante **Res: 2002-03468, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las dieciséis horas con cuatro minutos del dieciséis de abril del dos mil dos**, indicó:

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. Ahora bien, basándose en lo estipulado en el artículo 3° del Decreto 8516-G (antes transcrito), el Instituto levantó los respectivos planos con base en la información contenida en el Instituto Geográfico Nacional y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. No obstante, el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos se negó a autorizar el visado de los planos, conducta que fue avalada por esta misma Sala en sentencia número 2001-05831, de las diecisiete horas con tres minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve [...].

[...] Como se puede ver, la exigencia de un levantamiento de campo es requisito indispensable para el catastro del plano. Por esa misma razón, la mención que hace el artículo 3° del Decreto 8516-G a los límites y coordenadas establecidos por el Instituto Geográfico Nacional, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y los Decretos 5904-G, 6036-G debe ser entendida en el sentido de que la misma no autoriza al Instituto de Desarrollo Agrario a obviar los otros requisitos legales necesarios para la inscripción de documentos ante el Registro Público de la Propiedad Inmueble y de planos ante el Catastro Nacional. La anterior es la única interpretación que esta Sala puede dar al conjunto de normas en cuestión, en aras de permitir que el Instituto de Desarrollo Agrario cumpla con el compromiso establecido en el artículo 9° de la Ley 6172 (desarrollando, como se dijo, el convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo), sin irrespetar la jerarquía de normas establecido en nuestro orden jurídico.

Para finalmente señalar:

Así las cosas, estima la Sala que la actuación del Instituto de Desarrollo Agrario ha sido omisa, pues en vez de actuar de conformidad con el orden de fuentes disciplinado en el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública y ordenar el levantamiento de campo de los planos respectivos, simplemente asumió una posición pasiva ante el rechazo de los primeros planos realizado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Es por lo anterior que este tribunal entiende que la actuación del Instituto

recurrido ha lesionado los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en cuestión, razón por la cual el presente recurso de amparo deberá ser declarado con lugar, ordenando al Instituto de Desarrollo Agrario iniciar de inmediato los trámites necesarios para realizar los levantamientos topográficos necesarios para traspasar (registralmente) a las comunidades indígenas correspondientes, los terrenos pertenecientes a la reserva Boruca-Térraba. Dichos planos deberán estar concluidos a más tardar seis meses después de la notificación de esta sentencia.

#### Comentario:

Los procesos de reforma agraria en la región, si bien contemplaron la necesidad de redistribuir aquella tierra que fuera ociosa para ponerla a producir, no contemplaron que dentro del ámbito de acción de los Estados, estaban los pueblos indígenas como dueños legítimos de sus territorios. Su “invisibilidad” acentuó la pérdida de su hábitat y hoy sufren las consecuencias de dichos procesos.

El caso anterior, muestra como se ha logrado avanzar internacionalmente en la protección de los territorios de los pueblos indígenas y cómo estos deben tutelarse como parte de los derechos fundamentales protegidos por el bloque de constitucionalidad del Estado.

Lamentablemente, pese a estos esfuerzos, la omisión estatal por impedir la invasión de extranjeros a territorios indígenas ha provocado que gran parte de ellos, se encuentren en manos de no indígenas.

## 2. Obligación de la CONAI de traspasar los territorios indígenas (recuperados o comprados) a la Asociación Integral Indígena correspondiente.

### Sala Constitucional

A la CONAI como entidad estatal le corresponde realizar los trámites registrales para inscribir los territorios indígenas a su nombre y posteriormente, en un año de plazo máximo, traspasarlos a las comunidades indígenas, esto es a la Asociación de Desarrollo Integral Indígena (ADI) correspondiente a alguno de los veinticuatro territorios indígenas existentes en el país.

Sin embargo, en la práctica, algunas ADI han tenido que recurrir al amparo constitucional para que los territorios les sean traspasados a su nombre. Así, mediante **Res: 2005-09805 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del veintisiete de julio del dos mil cinco**, ordenó:

**III.-** Ahora, nuevamente planteada la misma situación, en esencia que la CONAI no ha procedido a traspasar el bien inmueble conocido como “la finca de los Villalobos” a la Asociación amparada, se comprueba del informe rendido por la autoridad recurrida, que ello efectivamente es así, pues dicha Institución, según se desprende de la respuesta dada en oficio No. DE-053-2005, lo que se encuentra realizando son los trámites registrales de inscribirlo primeramente a su nombre para así posteriormente traspasarlo a la Asociación amparada. Sin embargo, el Reglamento de Programa de Recuperación de Tierras en Reservas Indígenas emitido por la misma Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, (publicado en *La Gaceta* No. 181 del 23 de septiembre del 1994), en el artículo 25 a la letra establece: “Artículo 25.- La CONAI, al adquirir la finca (o las mejoras), las traspasará en el acto a la Asociación de Desarrollo local, o fijará un plazo para efectuar posteriormente dicho traspaso; este plazo no podrá ser mayor a doce meses, a menos de que la Asociación de Desarrollo respectiva no cuente con la personería jurídica al día”. Aparte de lo anterior, en el voto citado esta Sala, como se consignó anteriormente, en forma literal señaló: “Cabe

advertir que cuando la CONAI pague la indemnización respectiva y adquiera el dominio del terreno deberá tomar las providencias del caso para traspasar su titularidad y administración a la Comunidad Indígena Cabécar y, más concretamente, a su asociación de desarrollo comunal”. En consecuencia, y siendo que la recurrida no ha procedido en ese sentido, pues a pesar de que adquirió dicho bien desde antes del 11 de mayo del 2004, ha transcurrido más de un año y no ha procedido a traspasarlo a la Asociación, como corresponde de conformidad con la normativa antes señalada, se considera que lleva razón lo alegado por el recurrente. Además, debe tenerse presente 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. Lo anterior además, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 7316 de 3 de noviembre de 1992. En razón de lo expuesto, se declara con lugar el presente Amparo por violación al derecho de propiedad indígena.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Dulcelina Paéz Mayorga, en su condición de Presidenta de la Comunidad Nacional de Asuntos Indígenas o a quien en su lugar ejerza el cargo, que proceda a realizar las gestiones necesarias para que la finca conocida como “Los Villalobos” sea traspasada registralmente a nombre de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca, en forma inmediata a partir de la notificación de esta resolución, bajo el apercibimiento de que, con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Comunidad Nacional de Asuntos Indígenas al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Dulcelina Paéz Mayorga, en su condición de Presidenta de la Comunidad Nacional de Asuntos Indígenas o a quien en su lugar ejerza el cargo, en forma personal.

### 3. Invasiones a territorios indígenas por parte de no indígenas: un problema no resuelto.

#### **Sala Constitucional**

La importancia de los territorios para los habitantes indígenas es tal, que en Costa Rica ellos mismos repiten lo que algún día dijeron sus abuelos: “un indio sin tierra es un indio muerto”. Sin embargo, el último censo del año 2000 demostró que cerca del 50% de los indígenas viven fuera de su territorio. Y según estimaciones del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) el 40% de los territorios indígenas se encuentran en manos de no indígenas.

La pasividad del Estado por décadas frente a esta realidad, ha hecho que la magnitud del problema amenace la identidad de la cultura indígena y la de sus habitantes en su propio entorno. La imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de los territorios indígenas es un imperativo legal que ha debido ser reclamado en la jurisdicción constitucional.

El siguiente caso es motivado por cuarenta amparados que reclaman la negación del derecho a la justicia administrativa por parte del IDA al no informarles adecuadamente de las gestiones que esta institución realiza a sus demandas en territorios indígenas. Lo interesante del mismo es la información abundante que puede extraerse del tema y que puede guiar al lector ante posibles acciones a seguir sobre el particular.

Así, **mediante Res: 2005-02188, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del primero de marzo del dos mil cinco:** señaló:

3.- En oficio recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas cuarenta minutos del dieciséis de noviembre de 2004 (folio 275), informa bajo juramento Walter Céspedes Salazar, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario, que ese ente ha realizado ingentes esfuerzos por cumplir no solo con lo ordenado en la sentencia número 2003-06477, sino, además, por encontrar una solución integral al problema de la permanencia de “no indígenas” en las reservas indígenas. Agrega que tal cuestión involucra no solo a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y al Instituto de Desarrollo Agrario, sino también a la Contraloría General de la República (para efectos de aval presupuestario), a FODESAF (como posible fuente para obtener los recursos presupuestarios), al Registro Nacional, al Ministerio del Ambiente y Energía, entre otras instituciones. Señala que mediante oficio número PE-845-2003 de doce de mayo de 2003, se le planteó una consulta a la Procuraduría General de la República sobre la aplicación y alcances de los artículos 5 y 9 de la Ley Indígena. La respuesta fue remitida mediante dictamen número C-395-2003 de dieciséis de diciembre de 2003. Posteriormente, en el Instituto de Desarrollo Agrario se conformó un grupo interdisciplinario de cinco funcionarios, que se dedicó exclusivamente a atender el asunto referido a la indemnización de los no indígenas. En noviembre de 2004, ese grupo entregó el documento denominado “Propuesta para la recuperación de tierras en los 24 territorios indígenas”, en el que se describe toda la problemática, se hace un resumen del marco jurídico por aplicarse y se plantea un proyecto de solución integral. A efecto de exponer la magnitud del problema, asegura que el 40% del total de las reservas indígenas se encuentra en manos de “no indígenas”. Con el proyecto citado, se pretende recuperar en el lapso de tres quinquenios –cada uno representando una etapa del proyecto– un total de 131,000 hectáreas poseídas por no indígenas y traspasarlas a las asociaciones indígenas de desarrollo comunal. Tomando en cuenta únicamente la indemnización, el costo estimado de tal proyecto es de ₡39.467.000,000. Anualmente, en el primer quinquenio se requieren ₡2.613.600,000, en el segundo ₡2.448.200,000 y en el tercero 2.791.620,000. Añade que la comisión supra citada ya redactó un borrador denominado “Decreto para la Creación de la Unidad Ejecutora para Atender la Problemática Indígena” y ha preparado el texto de un “Reglamento Autónomo para la Recuperación de Tierras en Reservas indígenas”. Igualmente, afirma que su representada ha gestionado ante FODESAF recursos financieros para solventar la situación. En este sentido, desde el año 2003, el Instituto de Desarrollo Agrario ha intentado obtener recursos para cumplir con las diversas resoluciones dictadas por la Sala Constitucional, sin embargo, no ha logrado tal objetivo [...].

Ante ello, resuelve la Sala Constitucional:

[...] Sin embargo, ni la problemática planteada ni las medidas desarrolladas por el Instituto de Desarrollo Agrario, resultan suficientes para justificar la falta de una comunicación directa a los amparados sobre el estado de su gestión y las dificultades presentadas en su solución, de manera que persiste la vulneración al derecho a la justicia administrativa, cobijado en el artículo 41 de la Constitución Política. En este sentido, no pasa inadvertido este Tribunal el hecho de que la sentencia número 2003-06477 le fue notificada a Walter Céspedes Salazar, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario, a las diez horas treinta minutos del dieciocho de noviembre de 2003, quien en ningún momento con anterioridad a la interposición de esta desobediencia, presentó ninguna gestión ante la Sala, en la que

solicitará variar el plazo conferido para resolver los reclamos de los amparados. En virtud de lo expuesto, esta gestión de desobediencia resulta procedente.

Por tanto:

Se ordena testimoniar piezas al Ministerio Público para que investigue el incumplimiento de lo resuelto por esta Sala en la sentencia número 2003-06477 de las once horas con tres minutos del cuatro de julio de 2003 por parte de Walter Céspedes Salazar, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario.

**Comentario:**

El caso anterior muestra las estimaciones estatales sobre los niveles de ocupación no indígena dentro de sus territorios y los programas que se están implementando frente a esta realidad. Sin embargo, permite entrever la descoordinación interinstitucional sobre el tema lo que incluso provoca que se llegue a tener que enviar la Ministerio Público al presidente del IDA por desobediencia de lo ordenado por la Sala Constitucional.

Resaltamos la importancia de conocer de los programas, directrices y montos previstos para iniciar la devolución de tierras invadidas a sus habitantes originarios, sin dejar de preocuparnos las condiciones en que eventualmente estas tierras puedan ser devueltas a los indígenas. El posible deterioro ambiental por su uso inadecuado y explotación de los recursos naturales, evidentemente rompe con el equilibrio del hábitat que los pueblos indígenas han mantenido por milenios en sus territorios ancestrales o de ocupación tradicional.

4. Improcedencia del amparo constitucional por invasiones a territorios indígenas: primero debe acudirse a las instancias pertinentes.

**Sala Constitucional**

**La recuperación de tierras** que legalmente pertenecen a los pueblos indígenas, corresponde a varias instituciones públicas: Al menos al Instituto de Desarrollo Agrario, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, las Asociaciones de Desarrollo Integral de los territorios indígenas, y la Defensoría de los Habitantes. Ellas obligatoriamente deben cumplir con sus cometidos previstos en la ley de creación de cada una de ellas.

El reclamo inicial debe hacerse ante estas instancias. Si existiera omisión por parte de ellas, entonces sí sería procedente plantear ante la Sala Constitucional el amparo contra ellas. Así lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional en el **Recurso de Amparo resolución N° 2005-014678 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las ocho horas y treinta y tres minutos del veintiocho de octubre del dos mil cinco:**

**Resultando: 1.-** Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las trece horas y cinco minutos del diecinueve de octubre del dos mil cinco, el recurrente interpone recurso de amparo contra el JUAN ROBERTO MORA GOMEZ y manifiesta lo siguiente: que son indígenas residentes en la comunidad de Ojo de Agua, Boruca, Buenos Aires y que hace aproximadamente seis meses el accionado –con el apoyo de los Tribunales– procedió a desalojarlos de las tierras que pertenecieron a su padre Jacinto Torres Reyes desde el año 1956 y que forman parte de la reserva indígena; inmueble que tiene una extensión de sesenta hectáreas. Que el señor Mora Gómez a pesar de que no es indígena, ha venido adquiriendo –mediante engaños al pueblo indígena– una gran cantidad de tierras dentro de la reserva y, su conducta que se enfrenta a lo establecido en el artículo tercero de la Ley Indígena. Solicita que la Sala ordene a las

instituciones involucradas en los asuntos indígenas, proceder a recuperar las tierras que les pertenecen y no pueden salir de su dominio, admitiendo únicamente el intercambio entre indígenas, lo que no ha acontecido con las tierras adquiridas por el accionado. Estima lesionado el Convenio Internacional 169 de la OIT y el artículo 3 de la Ley Indígena.

**Considerando: ÚNICO:** lo que los recurrentes plantean en esta vía es, en realidad, una denuncia sobre lo que estiman constituye una grosera vulneración –por parte de un particular– de las disposiciones de la Ley Indígena que prohíbe a las personas que no tengan la condición de indígena, adquirir tierras dentro de la reserva, la que recibe especial protección en el convenio 169 de la OIT; sin embargo, la atención de lo denunciado excede la competencia de este Tribunal, que limita su intervención a la tutela de derechos fundamentales que no se encuentran comprometidos –al menos de manera directa– en las situaciones que exponen los recurrentes. La legislación nacional ha creado instituciones específicas para conocer de los asuntos indígenas y, en este sentido, la denuncia que se presenta ante esta sede puede canalizarse ante la Comisión de Asuntos Indígenas, el Instituto de Desarrollo Agrario, la Defensoría de los Habitantes e inclusive a la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de Boruca, que pueden y deben tomar medidas concretas ante los hechos que se denuncian, sin que la Sala pueda a través del proceso sumario del amparo, asumir las competencias de aquellas y declarar nulos los títulos a través de los cuales el accionado ha adquirido tierras dentro de la reserva; situación que, en todo caso, no coloca al accionado en los supuestos establecidos por el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para que el amparo contra sujetos de derecho privado sea procedente. Distinto sería el caso si, los recurrentes hubieran acudido ante las autoridades indicadas solicitando se tomen medidas concretas en relación con las aspectos que señalan en su recurso y, aquellas autoridades no hubieran atendido su gestión –en cuyo caso el recurso de amparo debe dirigirse contra ellos–; situación que no ha acontecido en el subjuice. Por otra parte, se desprende del escrito de interposición que, el terreno que los recurrentes dicen perteneció a su padre fue adjudicado al accionado con el auxilio jurisdiccional y, este Tribunal no puede por la vía que se intenta sustituir las competencias constitucionales de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual al tenor de lo establecido en el numeral 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no procede el amparo contra resoluciones jurisdiccionales. Por los motivos expuestos el recurso debe rechazarse de plano como se dispone.

Por tanto: Se rechaza de plano el recurso.

5. La creación de territorios indígenas debe ser por medio de una ley y no vía decreto del Poder Ejecutivo.

### **Procuraduría General de la República**

Ante la incertidumbre de si el Poder Ejecutivo puede crear nuevos territorios indígenas vía Decreto Ejecutivo o si debe hacerlo por medio de una Ley, el Ministerio de la Presidencia le solicita a este órgano superior técnico jurídico su opinión (lo que implica que no tiene efecto vinculante para la Administración Pública, sino únicamente se hace como colaboración con el Ministerio de la Presidencia). Precisamente parte de esta duda surge ante las limitaciones especiales que afectan estos territorios y que fue resuelto por esta instancia de la siguiente manera (**Opinión Jurídica 129-J del 20 de noviembre de 2000**):

## II.- ANTECEDENTES.

En este estudio nos interesa resaltar tres pronunciamientos del órgano asesor. En el primero, C-037-88 de 16 de febrero de 1988, señalamos que el grupo Huetar de Zapatón no conformaba un simple caserío, sino que, por el contrario, era una reserva indígena, sometida como cualquier otra a las normas que las regulan, sobre todo a la Ley Indígena. Asimismo, y respecto a la Reserva de Matambú, manifestamos que el DE. 6036/76, le reconoció existencia y personalidad jurídica y la declaró como tal, y fue confirmada posteriormente por la Ley Indígena, la cual prohibió modificar sus linderos sin texto legislativo.

En el segundo, suscrito por el Lic. Víctor E. Bulgarelli Céspedes, procurador adjunto, n.º PAGD-039-92 de 14 de diciembre de 1992, se indicó "... que el procedimiento de creación de una reserva indígena por la vía de decreto no es posible, en tanto que la Ley No. 6172 no faculta al Poder Ejecutivo a implementar este tipo de áreas por esa vía, restringiéndose únicamente a ratificar como reservas las establecidas en su artículo 1º, párrafo segundo."

En el tercero, C-045-2000 del 9 de marzo del año en curso, expresamos que no existe un "... único criterio para determinar quién es indígena y quién no lo es, sino que debe recurrirse a una serie de parámetros contenidos en el Convenio No. 169 y nuestra Ley Indígena, No. 6172 de 16 de noviembre de 1977, sin olvidar otros que, aunque no contenidos expresamente en dichos cuerpos normativos, pueden ser de utilidad en ciertos casos para delimitar con un mayor grado de certeza tal condición. De todas formas, sí debe tenerse presente que la conciencia de la identidad indígena debe considerarse siempre un criterio fundamental, según lo establece el Convenio de comentario en su artículo primero".

Y continúa indicando:

## III.- SOBRE EL FONDO.

De acuerdo con los antecedentes normativos y la jurisprudencia administrativa sentada por el órgano asesor, no así por la Sala Constitucional, quien, hasta donde tenemos conocimiento y de acuerdo con la búsqueda efectuada, no se ha pronunciado sobre el tema, no existe un criterio unívoco sobre si el Poder Ejecutivo tiene competencia para crear una reserva indígena vía decreto.

En primer momento, la Procuraduría General de la República consideró que el Poder Ejecutivo sí era competente, así se desprende del dictamen C-037-88 de 16 de febrero de 1988, en él manifestó que, mediante decretos ejecutivos (12812-G de 20 de julio de 1981 y 13569-G de 30 de abril de 1982), se había creado la Reserva Indígena Huetar de Zapatón. Posteriormente, tal y como se indicó en la sección anterior, sostuvo la tesis de que las reservas indígenas solo podían crear mediante ley, ya que en esta materia existía una reserva de ley (año de 1992).

Conforme con los antecedentes normativos encontramos varios decretos ejecutivos, a manera de ejemplo, dictados después de la entrada en vigencia de la Ley Indígena, en los cuales se crearon nuevas reservas. En efecto, en el N° 16310-G de 16 de mayo de 1985, se estableció la Reserva Indígena Cuaymi de Osa. También, en el N° 16568-G de 25 de septiembre de 1985, se separó la Reserva Indígena de Cocles de la de Talamanca, y se le dio la condición de reserva independiente con el nombre oficial de "Reserva Indígena de Cocles". Por último, en el N° 20468-G de 20 de mayo de 1991, en su artículo 1, se dispuso que: "Las reservas indígenas Cabécares de Awari y Barbilla, creadas y delimitadas por los decretos Nos. 10706-G y 16059-G, formarán una reserva indígena única, denominada Reserva Indígena Cabécar de Nairi Awari, independiente, administrativa y legalmente de la Reserva Indígena Cabécar de Chirripó y con los mismos derechos y deberes que las otras veintiún reservas indígenas del país legalmente reconocidas".

En todos estos casos, el Poder Ejecutivo para dictar los decretos recurrió a las potestades que le otorgan los incisos 3) y 18) de la Carta Fundamental (potestad reglamentaria), la Ley N° 5251 de 11 de julio de 1973 (Ley que crea la CONAI) y la Ley N° 6172 de 29 de noviembre de 1977 (Ley Indígena).

La clave para responder a las interrogantes que usted nos plantea, se encuentra en la determinación de los efectos del acto del alcance general (artículo 121, LGAP), más específicamente, en la precisión de los efectos jurídicos que emergen del establecimiento de una reserva indígena.

Para ellos se deben analizar tres hipótesis. La primera, si el acto de declaratoria de reserva indígena solo provoca la expropiación de las propiedades que se encuentran en ella; segundo, si con él solo se establecen limitaciones a la propiedad privada y; por último, si se presentan ambas situaciones (se decretan las expropiaciones y se establecen limitaciones a la propiedad privada).

A pesar de existir fundamentos que indicaran la posibilidad de considerar la primera hipótesis, se señaló:

[...] considera el órgano asesor que en esta primera hipótesis se establecen limitaciones a los derechos fundamentales de las personas. Estas se encuentran ubicadas en los siguientes supuestos. En primer lugar, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Indígena existe una limitación a los derechos fundamentales de la población no indígena, en el sentido de que no pueden alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de las reservas. Esta normativa, si bien es cierto no limita la propiedad privada, sí limita la libertad contractual de las personas no indígenas. En este sentido, conviene señalar que el Tribunal Constitucional ha sentado en su jurisprudencia de que esta libertad cuenta con cobertura constitucional. En la opinión jurídica O.J.-053-1999 de 27 de abril del 1999, manifestamos lo siguiente:

“La Sala Constitucional, en el voto número 2784-94, ha reconocido la contratación como un derecho constitucional, el cual tiene su fundamento en el principio de libre determinación de las partes, es decir, en la voluntad de cada una de ellas para obligarse a determinadas estipulaciones. Esta libertad consiste en la facultad que se le otorga al individuo de escoger la materia del contrato, de determinar con quien realiza el acuerdo, de fijar con toda amplitud su contenido, así como el mantener el equilibrio financiero del contrato desde su formación hasta su ejecución y las obligaciones de respetar las condiciones pactadas, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. La Sala Constitucional, en el voto número 3495-92, definió el contenido esencial de esta libertad en los siguientes términos:

- a.- La libertad para elegir al co-contratante.
- b.- La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación que lo concreta.
- c.- La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.
- d.- El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcance de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalente entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.

En esa misma resolución, la Sala fue clara en el sentido de que al legislador le está vedado intervenir en los aspectos fundamentales del contrato, debido a que se quebrantarían la libertad de contratación y principios tan fundamentales como los de la buena fe y del respeto a los derechos adquiridos.

En el voto número 27-95, la Sala Constitucional, señaló en que casos se pueden establecer restricciones a la libertad contractual.

“Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente

considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de ese acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites...’.

Con base en lo anterior, al Estado, y más específicamente al legislador, no le está permitido restringir sin causa justificada de orden público el contenido esencial de la libertad contractual, en los términos que fue definido por el Tribunal Constitucional. Tampoco puede dictar normas que menoscaben esta libertad en el sentido de que mientras el ejercicio de ésta no atente contra el orden público, la moral o las buenas costumbres, la acción de la ley en dicha materias es constitucionalmente ilegítima. Por último, las limitaciones deben guardar una proporcionalidad entre el bien público perseguido y la restricción que se le imponga (1).

(1) Hernández Valle (Rubén). *La Libertad Contractual como Principio Constitucional*. Academia Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Litografía e Imprenta Lilsa, San José, Costa Rica, 1983, p. 32”.

Por lo anterior, se acotó:

En el caso que nos ocupa, vemos que la limitación a la libertad contractual de la población no indígena se ampliaría de crearse una nueva reserva indígena, debido a que la prohibición de realizar una serie de negocios jurídicos con los indígenas en relación con los bienes ubicados dentro de la reserva se extenderían a un sector importante del territorio nacional no contemplado anteriormente, por lo que ese acto únicamente puede imponerse mediante ley.

Por otra parte, con la declaratoria de una nueva reserva indígena también se amplía otra limitación a las libertades públicas, concretamente a la libertad de empresa, la cual, como usted bien sabe, está consagrada en el numeral 46 de la Carta Fundamental. En efecto, el artículo 6 de la Ley Indígena señala que ninguna persona o institución puede establecer, de hecho o derecho, cantinas o venta de bebidas alcohólicas dentro de la reserva indígena. Ergo, cada vez que se decreta una nueva reserva indígena se extiende esta limitación, no se crea porque ya la contempla la ley, a una parte importante del territorio nacional, lo cual obliga, desde la óptica del Derecho de la Constitución, a utilizar el instrumento de la ley ya que se amplía el radio de acción de una limitación a un derecho fundamental de los habitantes de la República.

Ahora bien, si nos desplazamos a los otros dos supuestos (se expropia a unos propietarios y a otros no o no se hace la declaratoria de utilidad pública ni se ordena iniciar los trámites de expropiación en el decreto), de suerte tal que se establecen limitaciones a la propiedad privada, en virtud del principio de reserva de ley, el Poder Ejecutivo no podría crear la reserva indígena.

La Sala Constitucional, en innumerables sentencias, ha sido categórica y enfática en el sentido de que todo lo relativo a las libertades públicas debe ser regulado a través de la ley.

Conforme a los valores, principios y normas que regulan el régimen de libertades públicas en Costa Rica es al legislador a quien corresponde el desarrollo del contenido de éstas.

Y finalizó analizando este órgano:

Por consiguiente, si se pretende crear una reserva indígena, con lo cual se limitan los derechos de los propietarios de los terrenos ubicados en ella, dado que no se procede a la expropiación inmediata de ellos, dejando la realización de ese acto para un futuro, el Poder Ejecutivo no tendría competencia para dictarlo, toda vez que, por vía de un decreto, se estarían estableciendo limitaciones a la propiedad privada, lo cual no solo violenta el principio de reserva de ley, sino que también quebranta el segundo párrafo del artículo 45 constitucional.

Hay una cuarta hipótesis que debemos analizar a esta altura de la exposición. Se trata de la creación de una reserva indígena comprendida solo en terrenos propiedad del Estado o de un ente público. En estos casos, también existe una reserva de ley (artículo 121 inciso 14 de la Carta Fundamental). Más aún, habría que determinar si los bienes están o no afectados a un fin público, en cuyo caso habría que desafectarlos siguiendo un procedimiento idéntico al utilizado para ese propósito (principio del paralelismo de formas). Si no consta el procedimiento utilizado para la afectación, se requeriría de la autorización expresa de la Asamblea Legislativa.

Con base en lo anterior, el Poder Ejecutivo no puede crear nuevas reservas indígenas, en ningún supuesto, a través de un decreto, toda vez que ese acto conlleva la extensión, en algunos casos, de limitaciones a las libertades públicas, y en otros, su establecimiento. En vista de que en esta materia existe una reserva de ley, el Poder Ejecutivo carece de atribuciones constitucionales y legales para crear nuevas reservas indígenas.

El hecho de que en la Ley Indígena se haya protegido la etnia guaymí (5), por las razones que se han indicado atrás, no constituye un fundamento jurídico suficiente a favor del Poder Ejecutivo para establecer la Reserva Indígena de San Antonio vía decreto. La anterior afirmación está sustentada en tres razones. La primera, que la protección de los pueblos aborígenes no constituye un imperativo legal suficiente para que el Estado actúe a contrapelo de los derechos fundamentales de las personas que forman parte de la población no indígena. En segundo término, que toda declaratoria de reserva indígena conlleva la extensión de las limitaciones en contra de los derechos fundamentales de las personas no indígenas o su estableciendo, lo que obliga al Estado a emitir un acto con autoridad o potencia de ley para actuar dentro de los parámetros constitucionales. Por último, el hecho de que en la Ley Indígena se haya reconocido la protección a la población guaymí, no significa que el Poder Legislativo le haya otorgado al Poder Ejecutivo la atribución para crear, vía decreto ejecutivo, tantas reservas indígenas como conglomerados permanentes de esa etnia existan en nuestro país. En este caso, los poderes públicos deben ceñirse a los procedimientos normales para decretar la creación de una reserva indígena. (5) En el voto N° 3003-93 (opinión consultiva) del Tribunal Constitucional [...].

#### IV.- CONCLUSIONES.

1.- El Poder Ejecutivo no puede crear nuevas reservas indígenas, en ningún supuesto, a través de un decreto ejecutivo, toda vez que ese acto conlleva la extensión, en algunos casos, de limitaciones a las libertades públicas, y en otros, su establecimiento.

2.- El hecho de que en la Ley Indígena se haya protegido la etnia guaymí no constituye un fundamento jurídico suficiente a favor del Poder Ejecutivo para establecer la Reserva Indígena de San Antonio vía decreto.

(Opinión Jurídica 129-J del 20 de noviembre de 2000).

Art. 15. Los recursos naturales y su aprovechamiento en los territorios indígenas: el deber de consulta y participación de los pueblos indígenas como propietarios colectivos de los mismos.

1. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

## Sala Constitucional

En la zona sur del país en el Cantón de Osa, se encuentran las llamadas **esferas indígenas**, una de las mayores riquezas arqueológicas. Sin embargo, justo al lado de dicho sitio la Municipalidad pretendía construir un relleno sanitario que ponía en peligro la zona y la salud de quienes visitaban el lugar. Además, se ponía en peligro el Río Grande de Térraba, por la contaminación que el relleno provocaría al estar en las márgenes del mismo, lugar que es habitado en la actualidad por una de las más antiguas culturas indígenas de Costa Rica.

Ante estos hechos, miembros de la Asociación de Desarrollo Integral del lugar acuden a la Sala Constitucional para impedir la construcción del relleno sanitario, lo que efectivamente logran, considerándose aspectos esenciales como la **protección jurídica del ambiente** mediante **Res: 2000-07772, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las nueve horas con diez minutos del primero de septiembre del dos mil**, al señalarse sobre la legitimidad de quiénes pueden acudir al amparo constitucional:

Cualquier persona se encuentra legitimada, de conformidad con el artículo 50 en relación con el 21, 10 y 48 de la Constitución Política, y 33 de la Ley de la jurisdicción Constitucional, para interponer el amparo en defensa del derecho a la conservación de los recursos naturales del país. Esta Sala en sentencia número 3705-93 de las quince horas del treinta de julio del año pasado, indicó:

“Tratándose de la protección jurídica del ambiente, la legitimación de los particulares para actuar judicialmente y lograr la aplicación de las normas que tienen esa finalidad o bien, solicitar la tutela jurisdiccional para amparar sus derechos violados, es de gran importancia. Pero debe analizarse desde varios puntos de vista, es decir, en relación con la naturaleza del proceso, las pretensiones y las partes intervinientes y, también tomando en cuenta que el quebranto de las normas ambientales puede provocarlo con su actuación u omisión tanto un sujeto de derecho privado como de derecho público. Este último, simplemente omitiendo ejercer el control debido sobre la actuación de los sujetos privados, cuando infringen las normas ambientales, ignorando su competencia funcional, que le exige ejercer ese control; o bien, infringiendo directamente con su actuación disposiciones jurídicas destinadas a proteger y conservar el ambiente. Esta Sala en sentencia número 2233-93 al señalar que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental, da cabida a la legitimación para acudir a la vía de amparo. En el derecho ambiental, el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran. Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero “derecho reaccional”, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para “reaccionar” frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental, constituye

una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra los actos concretos o normas auto-aplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, e incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlos. La Jurisdicción Constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más flexible y menos formalista, es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad. Ese concepto de “intereses difusos” tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación, que en los últimos tiempos ha constituido uno de los principios tradicionales de la legitimación y que se ha venido abriendo paso, especialmente en el ámbito del derecho administrativo, como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, para que esa fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz. Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley –como ya lo ha dicho esta Sala– 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 identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o 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 beneficio o 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 de personas que se encuentran en determinadas situaciones 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. Y precisamente ello es lo que sucede en el presente caso, en el cual el recurrente, evidentemente, tiene un interés individual en el tanto está siendo afectado por la contaminación de que es objeto su comunidad, pero también existe un interés colectivo, ya que la lesión también se produce a la colectividad como un todo. De manera que, en tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular. [...].

En síntesis, continuó diciendo la Sala Constitucional: “Así, en tratándose de intereses difusos, cualquier miembro de la colectividad, como lo son los recurrentes, está legitimado para acudir a la vía de amparo en procura de la protección de sus derechos fundamentales”.

Sobre el caso en particular, analizó la Sala Constitucional:

Para el análisis de este asunto, es conveniente retomar lo indicado por esta Sala en sentencia 5974-98 de las quince horas cincuenta y seis minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en la que se hace referencia a la necesidad de que los proyectos de relleno sanitario cumplan con los requisitos exigidos para que su funcionamiento y desarrollo, no provoque daños irreparables a la vida de las personas y al medio ambiente:

“IV.- Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El artículo 50 de la Constitución Política garantiza que ‘toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado’. El objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida; al igual que la salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, entre otros. Pero si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para uso de las generaciones futuras; pues de conformidad con el principio de ‘lesión’, el legítimo ejercicio de

un derecho tiene dos límites esenciales; por un lado, los iguales derechos de los demás, y por el otro, el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo. De igual manera, el Estado tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente, por ello, debe tomar las medidas necesarias para que el ambiente esté libre de contaminación, a fin de que las alteraciones producidas tanto por el hombre como por la naturaleza, en el entorno próximo o lejano, no constituyan una lesión al medio [...]”.

Y finalmente indicó:

**Sobre el fondo.** En la especie, de conformidad a los informes rendidos bajo fe de juramento, y según los hechos que se tienen por demostrados, se determina que el proyecto de relleno sanitario que pretende implementar la Municipalidad de Osa, en Palmar, provincia de Puntarenas, no cumple hasta el momento con todos los requisitos exigidos al efecto por el Reglamento sobre Rellenos Sanitarios y el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente [...].

Por lo anterior, estima la Sala que la afirmación categórica del Alcalde de la Municipalidad de Osa, en cuanto a que el proyecto de relleno sanitario de Palmar cumple con todos los requisitos exigidos por Ley, resulta totalmente infundada y constituye una amenaza al artículo 50 de la Constitución Política que consagra el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en los términos del artículo 29 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por lo que el recurso debe ser declarado con lugar. En consecuencia, el Alcalde recurrido debe abstenerse de proceder a la construcción y apertura del relleno sanitario de Palmar, en la zona destinada al efecto, hasta el momento en que se cumplan los requisitos exigidos por ley y las autoridades competentes autoricen formalmente el desarrollo y funcionamiento del proyecto.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Alcalde Municipal y al Concejo Municipal, ambos de la Municipalidad de Osa, no proceder a la construcción y apertura del relleno sanitario de Palmar, hasta que se cumpla con la totalidad de los requisitos exigidos al efecto. Se condena a la Municipalidad de Osa al pago de las costas, daños y perjuicios, causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

2. Recursos Naturales: corta de árboles en territorios indígenas y mala realización de la consulta por medio del Estado.

### **Sala Constitucional**

La invasión de no indígenas a territorios de los habitantes originarios es una de las mayores omisiones del Estado que ha provocado grandes conflictos a lo interno de las comunidades y la pérdida del disfrute del hábitat de los mismos. Adicionalmente, la confusión sobre la naturaleza de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), que finalmente es aclarada por la propia Sala Constitucional como de naturaleza estatal, es decir, es una institución más del Estado con personas indígenas laborando en ella, lo que imposibilita que represente a los pueblos indígenas del país, ha provocado que a lo largo de décadas las autoridades estatales y las propias autoridades judiciales considerasen que notificando a la CONAI de determinados hechos en litigio, estaban comunicando a la comunidad indígena misma del hecho. Sin embargo, esto no es así.

El siguiente caso demuestra cómo a pesar de haberse logrado la necesidad de implementar la consulta a los pueblos indígenas como un mecanismo obligatorio previo al otorgamiento de permisos que afecten su entorno, la confusión aludida sobre la naturaleza de la CONAI, hizo que el Ministerio

de Ambiente y Energía así como la propia Sala Constitucional, consideraran que al haber notificado a dicha institución para conocer de su parecer sobre la corta de árboles de un terreno de un no indígena dentro de territorio indígena, estaban cumpliendo a cabalidad con el derecho a la consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT.

Así, mediante recurso de amparo a favor de la Asociación de Desarrollo Integral del territorio indígena de Cabécar de Bajo de Chirripó de Matina, contra Ministerio del Ambiente y Energía. El recurrente reclama que mediante resolución N° 028-04 OSSM, el Ministerio de Ambiente y Energía aprobó la corta y aprovechamiento de ochenta y ocho árboles sobre un área efectiva de veinticinco hectáreas, a pesar de que gran parte del terreno se encuentra dentro de territorio indígena de Chirripó, sin que previamente se les notificara dicha resolución. Mediante **Res. No. 2005-10500 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las once horas cincuenta y cuatro minutos del doce de agosto de dos mil cinco**, señaló:

Ese Recurso fue declarado sin lugar por voto número 2004-09931 de las once horas cinco minutos del tres de septiembre de dos mil cuatro, pero se mantuvo la suspensión del permiso concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía mediante resolución R-028-04-M del quince de abril del dos mil cuatro, en tanto se realiza la investigación ordenada por los recurridos en torno a las denuncias de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas; asimismo, se autorizó la extracción de la madera ya cortada, con anterioridad a la interposición del amparo. Al efecto, la Sala realizó las siguientes consideraciones: “(...) Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades Indígenas está el de que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política (...))” (Sentencia número 2000-08019, de las 10:18 horas del 18 de septiembre de 2000). En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aún cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada. IV.- En el caso concreto aprecia la Sala que la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas fue comunicada acerca de la existencia de la solicitud de permiso de aprovechamiento forestal desde el 2001. En mayo del 2003, el Área de Conservación La Amistad Caribe, les solicitó pronunciamiento nuevamente en vista de que la nueva propietaria del inmueble había reanudado la gestión. En atención a una solicitud de documentación formulada por CONAI en diciembre del 2003 esa entidad remitió esa documentación el 12 de diciembre, sin que a la fecha de emisión del acto administrativo que concede la autorización de aprovechamiento forestal, en abril del 2004 existiera pronunciamiento alguno por parte de CONAI, por lo que no se aprecia la alegada omisión de consulta. En consecuencia en cuanto a este extremo no se encuentra infracción a los derechos fundamentales de los amparados y en consecuencia procede declarar sin lugar el recurso. V.- En lo atinente a la alegada infracción al medio ambiente que la recurrente acusa se ha producido a consecuencia del permiso de corta y aprovechamiento de árboles, por la contaminación de un área de recarga acuífera con aceite y combustible, así como la afectación del patrimonio cultural de la cultura Cabécar, pues en la zona se encuentran sitios sagrados de ese pueblo, esta Sala de acuerdo con los informes rendidos bajo fe de juramento por las autoridades recurridas tuvo por demostrado que en el trámite del otorgamiento del permiso se siguieron los preceptos de la Ley Forestal número 7575 su Reglamento, mediante el instrumento técnico denominado Plan de Manejo. Asimismo que, una vez aprobado el plan, el permisionario queda sujeto a la Fiscalización de la Administración Forestal del Estado. Sin embargo, no fue sino hasta que se aprobó el permiso, que el Ministerio de Ambiente y Energía tuvo noticia de las denuncias realizadas por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, pues de acuerdo con lo comprobado en el considerando anterior, a pesar de haber sido puestos en conocimiento del trámite en cuestión, no hicieron pronunciamiento alguno. De haber ocurrido lo señalado afirma el

Ministro recurrido que el trámite del permiso hubiera sido suspendido a fin de verificar si tales denuncias eran ciertas. En atención a lo anterior, estima la Sala que no se ha producido acción u omisión alguna de los recurridos que lesione el derecho fundamental al medio ambiente.

Y continúa indicando sobre los alcances del impacto sobre el medio ambiente en territorio indígena:

Dado el impacto que de ser ciertas las afirmaciones de la amparada, se podrían dar en el patrimonio cultural del pueblo Cabécar y en el patrimonio natural por la contaminación de recurso hídrico, y dado que el Ministro recurrido afirma que ha suspendido el permiso a fin de realizar la inspección requerida y la investigación correspondiente, la Sala entiende que la declaratoria que se hará en esta sentencia mantiene esa suspensión para los efectos señalados por el Ministro de Ambiente y Energía, con la excepción de que se debe permitir al permisionario la extracción de la madera que hubiese sido cortada antes de la fecha de interposición del recurso a fin de que pueda ser aprovechada, en razón de que el permiso otorgado fue dado en condiciones de plena legalidad para el beneficiario, lo que no implica de manera alguna que éste extraiga otra madera sin que el Ministro de Ambiente y Energía así lo autorice” (Sentencia número 2004-09931 de las once horas cinco minutos del tres de septiembre de dos mil cuatro). Del informe rendido bajo fe de juramento, con las consecuencias de ley, estima la Sala que la situación no ha variado desde que se emitió el fallo en el expediente número 04-003955-0007-CO y, no existiendo ahora motivo para variar de criterio, también amparo se declara sin lugar, manteniendo la suspensión del permiso concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía a través de la resolución R-028-04-M del quince de abril del dos mil cuatro, hasta que se resuelva en definitiva el asunto con base en la investigación que, según informa la autoridad recurrida, ya fue concluida en relación con la evaluación de los impactos del aprovechamiento, informe de áreas de recarga acuífera en área de la finca y la evaluación de sitios sagrados dentro de la misma, con ocasión de las denuncias efectuadas por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas.

Por tanto: Se declara sin lugar el recurso. Se mantiene la suspensión del permiso concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía a través de la resolución R-028-04-M del quince de abril del dos mil cuatro, hasta que se resuelva definitivamente el asunto en esa sede, con base en la investigación realizada acerca de la evaluación de los impactos del aprovechamiento, informe de áreas de recarga acuífera en área de la finca y la evaluación de sitios sagrados dentro de la misma, con ocasión de las denuncias efectuadas por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. **Res. No. 2005-10500 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las once horas cincuenta y cuatro minutos del doce de agosto de dos mil cinco.**

**Comentario:**

El caso anterior demuestra los efectos devastadores que ha producido considerar la CONAI como una “representante” de los pueblos indígenas. Como ya se ha dicho es incorrecto. Ninguna institución estatal puede arrogarse la representación de ninguna comunidad indígena o sus habitantes. Lamentablemente, las autoridades estatales continúan notificando a esta institución como la forma correcta de informar y por lo tanto consultar a los habitantes indígenas de actos que les son adversos.

Merece llamarse la atención sobre la naturaleza de la notificación, ya que ésta no puede considerarse que cumpla con los requisitos de CONSULTA previstos en el Convenio 169 de la OIT. Por supuesto que la actitud de omisión al no responder de la comunicación por parte de la CONAI es eminentemente reprochable, y por ende, debería responder jurídicamente ante la comunidad indígena afectada. Pero reiteramos, los alcances de la consulta en los términos de la legislación especializada sobre el particular, van mucho más allá.

Reiteramos nuestra preocupación para que este honorable tribunal pueda revisar estos criterios en adelante a fin de corregir y evitar daños irreparables como los que la comunidad indígena pretendió amparar.

**3. Recursos Naturales: Aprovechamiento forestal en territorios indígenas.****Sala Constitucional**

La conservación de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas ha sido un ejemplo para la humanidad. La mayoría de las áreas de conservación han sido utilizadas por milenios por los habitantes indígenas como parte de su hábitat. Sin embargo, la extensión de las fronteras agrícolas y ganaderas así como el desarrollo de grandes proyectos turísticos y energéticos han obligado a los indígenas a replegarse hacia zonas más alejadas y menos aptas para la siembra, recolección y caza.

Tratándose de los recursos maderables, la inconciencia de los no indígenas por obtener grandes ganancias económicas por su explotación, ha provocado gran devastación en áreas que fueron protegidas ancestralmente por los pueblos indígenas.

Las regulaciones sobre la materia no son suficientes para proteger los territorios indígenas y sus límites, ya que muchos de estos son geográficos como ríos y montañas, lo que ha sido aprovechado ilegítimamente por la sociedad no indígena. Ante ello, el Estado ha sido incapaz de dar una solución efectiva.

El siguiente caso muestra parte de esta compleja realidad. Mediante **Res: 2005-09804, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del veintisiete de julio del dos mil cinco**, dijo:

**IV.- SOBRE LOS PERMISOS DE APROVECHAMIENTO FORESTAL EN TERRITORIOS INDÍGENAS.** El permiso de aprovechamiento forestal constituye un acto administrativo mediante el cual la Administración Pública autoriza a una persona –administrado– a explotar los recursos maderables de una determinada zona de conformidad con el Plan de Manejo Forestal aprobado. Ahora bien, para determinar la Administración que tiene competencia para conceder estos permisos dentro de las reservas indígenas, debe diferenciarse entre los terrenos cuya titularidad corresponde a sujetos de derecho privado y los terrenos que pertenecen al Estado. En tratándose del aprovechamiento forestal de terrenos que pertenecen al Estado, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes (Ley No. 7316 del 3 de noviembre de 1992), la Ley Indígena No. 6172 del 16 de noviembre 1977 y el Reglamento para el Aprovechamiento Forestal en las Reservas Indígenas (Decreto No. 27800-Ministerio de Ambiente y Energía de 16 de marzo de 1999), confieren a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas la competencia para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables. De tal manera que dicho ente puede autorizar, suspender o revocar los permisos de aprovechamiento forestal que se otorguen en estos terrenos, en los casos previstos y bajo el procedimiento establecido en la normativa indicada. De otra parte, el Ministerio de Ambiente y Energía es la única autoridad competente para otorgar los permisos de aprovechamiento forestal en las propiedades de los sujetos de derecho privado que se ubican dentro de los límites cartográficos de las reservas indígenas. En este sentido, debe indicarse que los terrenos de los particulares no se pueden entender como iguales o en la misma situación que los de propiedad del Estado, por cuanto el régimen jurídico de estos últimos les impone una serie de limitaciones, conforme ya se indicó. Por tales motivos es que la Ley Indígena estableció claramente en su artículo 5° que, en el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, el Instituto de Desarrollo Agrario deberá reubicarlas en otras tierras similares, o si ellas no aceptaren la reubicación, expropiarlas e indemnizarlas conforme con la Ley de Expropiaciones.

**V.- SOBRE LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA EN EL CASO CONCRETO.** En el asunto bajo examen quedó debidamente acreditado que la finca del Partido de Limón inscrita a folio real No. 26625, es propiedad de los hermanos Venegas. Si bien esa finca se encuentra

dentro de los límites cartográficos de una reserva indígena, no está demostrado que la Administración hubiere iniciado algún trámite a efectos de reubicar o expropiar a sus propietarios. Bajo esa inteligencia, el Ministerio de Ambiente y Energía tiene la competencia directa y exclusiva para conceder los permisos de aprovechamiento forestal. Por tales razones, la Comisión accionada es manifiestamente incompetente para revocar el permiso concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía mediante la resolución No. 074-02-OSSM del 3 de abril de 2002 [...].

En términos generales la Sala Constitucional resumió la protección a los pueblos indígenas en nuestro país, señalando:

**VI.- SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS INDÍGENAS.** Mediante la Ley No. 7316 de 3 de noviembre de 1992, se aprobó el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Tal instrumento internacional forma parte del Derecho de la Constitución, y tiene como objetivo consolidar una visión autodeterminante de los pueblos indígenas, en la que éstos puedan participar activamente en la toma de decisiones legales y de planificación que les pueda afectar. El Convenio reafirma la trascendencia de preservar el bagaje cultural de los pueblos indígenas y su status de vida, ya no como una medida transitoria hacia su incorporación a la sociedad que les circunda, sino como un valor en sí mismo, que merece respeto, tutela y promoción. En el plano infraconstitucional la Ley Indígena No. 6172 de 16 de noviembre de 1977, constituye el primer y único cuerpo normativo con rango de ley que se dedica a tratar exclusivamente el tema indígena. Esta Ley confiere a las comunidades indígenas plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase, sin conferirles la categoría de entidad estatal (artículo 2°). Se reconocen, además, una serie de reservas indígenas que ya habían sido creadas con anterioridad por medio de varios Decretos (5904-G, 6036-G, 6037-G, 7267-G y 7286-G), declarándolas propiedad de aquellas comunidades. En su artículo 4° se dispone que dichas reservas serán regidas por los indígenas a través de sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI). En desarrollo de estos preceptos, el Reglamento a la Ley, Decreto No. 8487-G de 26 de abril de 1978, señaló que “las comunidades indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley No. 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento” (artículo 3°). Esta última normativa fue promulgada con el fin de “fomentar, orientar, coordinar y evaluar la organización de las comunidades del país, para lograr su participación activa y consciente en la realización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social” (artículo 1° de la Ley No. 3859). Con miras a alcanzar ese objetivo y como un medio también de estimular a las poblaciones a organizarse para luchar por el desarrollo económico y social del país (artículo 14 ibidem), tanto la Ley como su Reglamento, proponen la constitución y funcionamiento de asociaciones para el desarrollo de las comunidades, clasificándose en distritales, cantonales, regionales, provinciales o nacionales (artículo 15 de la Ley No. 3859), admitiéndose la posibilidad de establecer asociaciones para el desarrollo de actividades específicas.

Para finalmente sostener la responsabilidad de las instituciones públicas en esta materia:

**VII.- OBLIGACIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS EN EL PRESENTE ASUNTO.** En el caso bajo examen las autoridades del Ministerio de Ambiente y Energía, solicitaron el criterio de la Comisión accionada y de la Asociación de Desarrollo Indígena de Chirripó. De su parte, dicha asociación, manifestó su conformidad con el permiso concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía, sin embargo, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas no se pronunció en ningún momento sobre ese asunto, incumpliendo las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone en aras de tutelar los derechos de las comunidades indígenas. En efecto, si alguna Administración pública le somete un asunto a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas para su pronunciamiento, lo procedente es que esta última resuelva dicha gestión para así dar efectivo cumplimiento a las obligaciones de cooperación

y coordinación con los demás entes estatales. Asimismo, si esa Comisión tenía objeciones respecto de la titularidad del inmueble de los hermanos Venegas, debía entonces acudir a las instancias competentes para ejercer los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para impugnar ese derecho; pero no podía, conforme se explicó, revocar el permiso otorgado por el Ministerio de Ambiente y Energía.

**VIII.- CONCLUSIÓN.** Como corolario de lo expuesto, lo procedente es declarar con lugar el recurso de amparo, por lo que se debe ordenar la anulación de la resolución No. DLI-041-2002 de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, restituyéndose al amparado en el pleno goce de sus derechos.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR el recurso. Se anula la resolución No. DLI-041-2002, dictada por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Se restituye al amparado, Franklin Robinson Arias, en el pleno goce de sus derechos derivados del permiso de aprovechamiento forestal concedido por el Ministerio de Ambiente y Energía mediante la resolución No. 74-02-OSSM del 3 de abril de 2003. Se condena a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. **Res: 2005-09804, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del veintisiete de julio del dos mil cinco.**

Art. 16. Prohibición de traslado de pueblos indígenas: medida excepcional.

1. Represa Hidroeléctrica Boruca.

## Sala Constitucional

A raíz de un proyecto hidroeléctrico que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) planea construir en gran parte de territorios ancestrales indígenas de Costa Rica, se planteó un recurso de amparo ante la falta de consentimiento y consulta al pueblo indígena afectado, que se verá obligado a trasladarse ante la inundación lo que provocará la pérdida de sus territorios milenarios, sitios arqueológicos, identidad cultural, sin que a la fecha se haya realizado estudios de impacto ambiental que analicen las incidencias en la vida de este pueblo.

Mediante Res: 2002-01201, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las quince horas con treinta y seis minutos del cinco de febrero del dos mil dos, indicó:

**II.- Sobre el fondo.** Los hechos que se plantean el recurso, ciertamente, revisten relevancia constitucional, pues, su objeto, persigue la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones indígenas, como su derecho de propiedad, colectivo e individual, sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas, en los términos que lo han reconocido varias leyes que el Estado ha dictado y que han considerado instrumentos internacionales.

(...) Sobre esa base, para la decisión de problemas como el aquí planteado, se requiere de criterios técnicos que trascienden la mera constatación como una de las características importantes del instituto del recurso de amparo. Pues, la Sala es un tribunal de derecho y sus sentencias reposan sobre criterios eminentemente jurídicos, que debe establecer la verdad real de los hechos, fundamentalmente, a partir del recurso, del informe y las probanzas que sean anexadas. Estos aspectos, no permiten acreditar, en el caso concreto, la existencia real de lesiones a los derechos fundamentales que reclama el recurrente. Sí se tiene acreditado,

por el contrario, que el ICE realiza estudios de factibilidad y ha aportado prueba que evidencian que ha actuado con diligencia en el proyecto de interés con participación de los presuntos agraviados conforme se infiere de las cartas, actas, fotografías, documentos con firmas de asistencia, bitácoras, reuniones y convivios y, documentación varia del proyecto recibidos y enviados a la Comunidad de Rey Curré, permisos para realizar trabajos en propiedades privadas, información de bienes inmuebles, etcétera, y, por el contrario, no ha aportado ninguna prueba que demuestre lesiones a alguno de aquellos derechos. Por todo lo anterior, el recurso de amparo resulta prematuro, pues, por el momento no se ha concretado ninguna violación a los derechos fundamentales de los presuntos agraviados, por lo que al no existir una enervación real de tal magnitud que haga plausible el amparo que se demanda a partir de una posible concreción de un proyecto hidroeléctrico, procede declarar sin lugar el recurso. No está de más recordar a los involucrados en la cuestión de que aquí trata, las recomendaciones que han surgido en relación con hechos similares que involucran también, como aquí, el medio ambiente.

**Comentario:**

Si bien es cierto que el caso anterior fue declarado sin lugar, esto es así por prematuro, en la medida en que en la etapa de estudios que el proyecto se encuentra no pueden acreditarse daños a los pueblos indígenas afectados por la inundación y traslado con la construcción de la represa hidroeléctrica. Sin embargo, nos refleja una angustia que han sufrido algunos pueblos indígenas por décadas en territorios ancestrales de la zona sur del país, a los cuales se les ha dicho que se tendrán que trasladar ante la “inminencia” de la represa.

El contexto en que se ejecuta este proyecto por parte del ICE se da en una de las regiones más deprimidas del país, con el mayor desempleo y los índices de desarrollo humano más bajos. Ante ello, un proyecto como este resulta atractivo en términos de trabajo, mano de obra y turismo a futuro, pero la pérdida territorial, espiritual, cultural, social, colectiva, medio ambiental y de identidad de los habitantes indígenas es invaluable.

Ante serias críticas al proyecto, el ICE parece haber dado un giro en sus planes y ha manifestado su intención de reubicarlo para no tener que trasladar a las mayor parte de los indígenas. Sin embargo, el Territorio Indígena de Térraba, pese a estar fuertemente invadido por personas no indígenas, será el más afectado. Se calcula que la inundación de la nueva propuesta llegará a escaso un kilómetro de dicha localidad.

Independientemente del nuevo rumbo, los pueblos indígenas deben ser respetados en sus resoluciones y participar activamente de todo el proceso de estudio y reubicación de un proyecto como el planteado por el ICE.

El escenario del presente amparo si bien es prematuro, nos dejar vislumbrar la realidad que a corto plazo deberán enfrentar los pueblos indígenas de la zona sur del país.

**2. Imposibilidad de desafectación de los territorios indígenas.**

**Procuraduría General de la República**

Ante una consulta de un diputado sobre un proyecto de ley para desafectar las franjas inalienables fronterizas (de dominio público) con Nicaragua y Panamá, se emita la opinión consultiva (**OJ-139-2001**), en la que se indica:

En otras palabras, no basta con emitir una ley que desafecte parte del Patrimonio Natural del Estado, sino que la misma debe ser antecedida de estudios técnicos que la justifiquen (artículo 38 de la Ley No. 7554). Sobre el particular, ya la Sala Constitucional se pronunció mediante el Voto No. 7294-98 de 16

horas 15 minutos del 13 de octubre de 1998 que a continuación transcribimos de modo extenso por la relevancia del tema:

“De acuerdo con lo citado, *mutatis mutandi*, si para la creación de un área silvestre protectora la Asamblea Legislativa, por medio de una ley, estableció el cumplimiento de unos requisitos específicos, a fin de determinar si la afectación en cuestión es justificada, lo lógico es que, para su desafectación parcial o total, también se deban cumplir determinados requisitos –como la realización de estudios técnicos ambientales– para determinar que con la desafectación no se transgrede el contenido del artículo 50 constitucional. En este sentido, podemos hablar de niveles de desafectación. Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, en tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste. De allí que, para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional. El principio de razonabilidad, en relación con el derecho fundamental al ambiente, obliga a que las normas que se dicten con respecto a esta materia estén debidamente motivadas en estudios técnicos serios, aún cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera expresamente. A juicio de este Tribunal Constitucional, la exigencia que contiene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554, en el sentido de que para reducir un área silvestre protegida por ley formal deben realizarse, de previo, los estudios técnicos que justifiquen la medida, no es sino la objetivación del principio de razonabilidad. [...]”.

El proyecto de ley en consulta, al permitir la titulación de terrenos que desde hace mucho tiempo tienen una impronta demanial e integran, de fecha más reciente, el Patrimonio Natural del Estado, de manera palpable está eliminando en unos casos y reduciendo en otros, los límites de diversas áreas protegidas, y, al no contarse con estudios técnicos que sustenten tal acción, esta propuesta legislativa deviene en inconstitucional por atentar contra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado del artículo 50 de nuestra Carta Política.

Además de lo anterior, nuestra franja fronteriza sur alberga parte de varias reservas indígenas. Conforme al Oficio CDET-043-2001 de 24 de agosto de este año, que también le acompaño, dicha zona limítrofe coincide en parte con la demarcatoria establecida para las reservas indígenas Bribri de Talamanca (creada por Decreto Ejecutivo No. 5904 de 11 de marzo de 1976, reconocida por la Ley Indígena No. 6172 de 29 de noviembre de 1977 y cuyos límites actuales están definidos en el Decreto No. 13572-G del 30 de abril de 1982), Guaymí de Conteburica (declarada por Ley Indígena No. 6172), Guaymí Altos de San Antonio (regulada por Decreto No. 29451) y Abrojo Montezuma (Decreto No. 8514-G y cuya delimitación actual está definida por Decreto No. 12115-G de 9 de diciembre de 1980).

[...] En consecuencia, si una ley viene a permitir la titulación de tierras a privados dentro de la actual demarcatoria de reservas indígenas, y con ello una disminución en su territorio, estaríamos ante un incumplimiento grave de los compromisos internacionales que ha asumido nuestro país en esta materia, y por ende, ante una inconstitucionalidad de la normativa por violación al artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución Política (artículo 73, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 del 11 de octubre de 1989).

Igualmente, por el contenido de las normas del Convenio transcritas, si se tramita este proyecto de ley sin la participación del sector indígena y sin que existan estudios que justifiquen la desafectación del régimen de dominio comunitario que caracteriza a esta propiedad para permitir uno de propiedad privada común, nos hallaríamos de la misma forma ante una ley inconstitucional.

Valga añadir que, asimismo, existen instrumentos de orden internacional suscritos por nuestro país que persiguen, entre otras cosas, la tutela de los recursos naturales en las zonas fronterizas, por lo que también

en estos casos nos hallaríamos en presencia de una eventual inconstitucionalidad en los mismos términos recién explicados [...] (OJ-139-2001).

Sobre esta base concluye: “Por los fundamentos de derecho expuestos y situaciones fácticas comentadas, considera la Procuraduría General de la República que el expediente legislativo No. 14.134, Ley pro titulación de la zona fronteriza, debe desestimarse por inconstitucional, inviable desde el punto de vista jurídico e inconveniente a los intereses públicos”.

Art. 17. Modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra.

1. Expulsión de mujer indígena del Territorio: el desahucio administrativo no es la vía adecuada.

### Sala Constitucional

La expulsión de extraños de los territorios indígenas es una de las mayores dificultades que enfrentan los indígenas para hacer valer su autonomía. Determinar cuándo es válida inclusión la expulsión de uno de sus propios miembros según sus costumbres ancestrales encuentra límites en tanto pueda violentar los derechos humanos. El siguiente ejemplo muestra cómo entran en esta esfera derechos fundamentales de mujeres y niños frente a una decisión comunal. **Res: 2002-02531, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las once horas con treinta y nueve minutos del ocho de marzo del dos mil dos:**

**III.-** Este Tribunal en modo alguno objeta del derecho que le asiste a la comunidad indígena para expulsar de su territorio a quienes no son indígenas, independientemente de la nacionalidad que ostenten. En este sentido, no tiene ninguna razón el recurrente a alegar que se le pretende expulsar por ser nicaragüense, lo cual es una afirmación injustificada tanto hacia el Ministerio de Seguridad como hacia la Asociación Indígena. Sin embargo, esta sala no considera que la vía del desahucio administrativo sea la apropiada para desalojar a los amparados, por las siguientes razones. Si bien el artículo 5 de la Ley Indígena efectivamente establece la posibilidad de lanzar a los invasores, no se puede entender que Maruja Gómez invadiera nunca la reserva. Se trata de un caso de expulsión de un miembro de la comunidad, no del rechazo de un invasor foráneo; el desahucio administrativo no funciona para eso. En consecuencia, no se le puede expulsar a ella, ni a sus hijos, ni a su esposo o la persona con quien ha convivido por años por la vía que pretende la asociación; la comunidad indígena tendrá que accionar en la vía jurisdiccional. Aunque sea cierto que estemos frente a un caso, como afirma el Presidente de asociación que defiende los derechos indígenas a folio 46 vuelto, en que un no indígena se junta, embaraza y maltrata a un mujer indígena, resultaría paradójico que ahora esa mujer indígena maltratada también hay que expulsarla a la fuerza, por vía del desahucio administrativo, por dejar de ser indígena. Todos estos puntos no resueltos deben dilucidarse en una vía plena, que logre ponderar los intereses y derechos en juego.

**Comentario:**

El ejemplo anterior muestra las dificultades que una decisión comunal en uso de su autonomía trae cuando se ventila ante una instancia externa a la propia comunidad. Elementos antropológicos como la matrilinealidad propia de Talamanca donde ocurrió el hecho, significará para el Poder Judicial, que tendrá que contar con un perito que explique qué significa que la tierra sea heredada únicamente por vía materna; cómo funcionan los clanes, por qué es diferente la condición de indígena para los hijos de una mujer indígena que se une con un hombre no indígena que para un indígena que se une con una mujer no indígena, entre otras cosas.

Lamentablemente, este tipo de peritajes no son accesibles en el Poder Judicial, lo que significa que si bien la jurisdicción constitucional observa que este tipo de disputa debe dilucidarse en la vía plena, no en la sede administrativa, en la práctica, difícilmente podrán analizarse este tipo de asuntos que por la naturaleza misma, no son de conocimiento de las autoridades judiciales.

Cabe entonces preguntarnos si es superior el interés de las personas menores de edad que la autonomía del pueblo indígena; prevalece el derecho de la mujer frente a la decisión comunal; sufre la mujer de violencia intrafamiliar; cómo podría aplicarse adecuadamente esta ley en una comunidad indígena; qué sucede con la transmisión de la tierra en las comunidades indígenas y cómo se contempla esto por parte del derecho agrario costarricense.

Art. 18. Sanciones para la intrusión de personas no indígenas en sus territorios.

1. Traspaso de territorios a la comunidad indígena, expropiaciones y desalojos de personas ajenas.

**Procuraduría General de la República**

La invasión de personas ajenas a los pueblos indígenas es uno de los mayores problemas que enfrentan sus habitantes para hacer efectivos sus derechos específicos y colectivos: por qué están esas personas allí; cuándo llegaron esas personas extrañas; cómo sacarlos legalmente del territorio y en qué casos procede; qué debe hacer el Estado y cómo coordinar con las comunidades indígenas, son algunas preguntas claves reiteradas por los pueblos indígenas no sólo en Costa Rica, sino a lo largo de la región, y probablemente del mundo. Por ello, parece de vital importancia señalar el pronunciamiento que este órgano asesor hiciera al Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) ante una orden de la Sala Constitucional de realizar los trámites necesarios para traspasar registralmente a las comunidades indígenas los terrenos partes de Boruca, Térraba y Curré.

Al IDA le surgieron parte de esas preguntas que se indicara líneas atrás y ante lo cual se señaló mediante (**Dictamen 395 del 16/12/2003**<sup>18</sup>):

<sup>18</sup> Ver pronunciamiento C-112-1994 de este mismo órgano (sistematizado en la primera edición realizada hasta el año 1999: *Costa Rica: Resoluciones sobre pueblos indígenas. Sala Constitucional, Procuraduría General de la República y de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica*, Colección No. 2 Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, IIDH 2002).

El artículo 5 de la ley indígena establece dos casos en los cuales es posible gestionar la reubicación o bien la expropiación: el de los propietarios y el de los poseedores de buena fe; en este último caso, ya sea en tierras pertenecientes al IDA o no, que hayan adquirido su derecho de propiedad o posesión con anterioridad a la creación de la respectiva reserva. En estos supuestos, el IDA deberá reubicar a los propietarios o poseedores a que se refiere el primer párrafo del artículo 5 citado, o en coordinación con la CONAI, efectuar los trámites de expropiación e indemnización correspondientes.

El traspaso de las tierras comprendidas en las reservas a favor de las comunidades indígenas, puede hacerse sin perjuicio de los derechos de los propietarios o poseedores de buena fe a que hace referencia el primer párrafo del artículo 5 de la ley indígena. Es decir, que en relación con los inmuebles de quienes son propietarios, su inscripción a favor de las comunidades indígenas sólo puede darse una vez reubicados, o en el momento en que así lo disponga la ley de expropiaciones vigente, si es del caso proceder a la respectiva expropiación.

Lo anterior tiene relación con la inquietud planteada en su oficio, respecto a las consecuencias legales que podría enfrentar el IDA, si efectúa los traspasos sin haber estudiado de previo “el estado posesional interno de las tierras dentro de estas reservas”. Tales estudios son importantes con miras a determinar aquellos casos que deben ser reubicados o expropiados con la indemnización correspondiente. El problema no es que dicho estudio no se realice, sino que quede sin reubicarse o expropiarse algún caso que, según lo que prescribe el citado artículo 5° de la ley indígena, debió serlo. Bajo ese supuesto, si el Instituto formaliza el traspaso sin reubicar a los propietarios o poseedores de buena fe, o sin haber iniciado los trámites expropiatorios, el traspaso no afectaría los derechos de propiedad y posesión de quienes no haya sido reubicados o expropiados con la respectiva indemnización, tal y como lo establece el citado artículo 5° de la ley indígena y de conformidad con lo que establece la ley vigente en relación con el ejercicio de la potestad expropiatoria, lo cual podría generar responsabilidad civil por parte del IDA en razón de los daños y perjuicios que tal situación podría causar a las comunidades indígenas, así como a los propietarios y poseedores afectados.

Por tanto, y con el propósito de no dejar por fuera algún caso que debe ser reubicado o expropiado, es conveniente realizar aquellos estudios que lleven a determinar la situación jurídica de los propietarios o poseedores no indígenas, para así iniciar los trámites de reubicación o expropiación de las personas con derecho a indemnización, siguiendo el trámite previsto”. [Acerca del tema de la indemnización, el tribunal constitucional ha señalado que “... la potestad estatal para expropiar un bien –para que sea constitucionalmente válida– está condicionada a que el patrimonio de su propietario quede indemne, es decir sin daño, de ahí la especial protección que el legislador dispuso al establecer el juicio sumario sobre el justo precio. La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa, por ello debe de comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado. (...) con la indemnización justa se perfecciona la expropiación, por cuanto se transfiere el dominio a la administración mediante un acto administrativo que establece las características del bien y el pago de la indemnización justa. Las tres condiciones deben de concurrir para que válidamente quede perfeccionada la expropiación (Sentencia número 4878-2000, de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del veintidós de mayo del dos mil dos)].

Y continuó indicando:

Ahora bien, en aquellos casos de personas no indígenas que hayan ingresado a las reservas con posterioridad a su declaratoria [viii], lo procedente es desalojarlos “de inmediato” sin pago de indemnización. Nótese que la ley es clara cuando dispone que las reservas son exclusivas para las comunidades indígenas que las

habitan, con lo cual no admiten la permanencia de personas que no cumplan con esa condición. Además de que como se dijo líneas atrás, todo traspaso o negociación de tierras entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo (Art. 3 *ibídem*).

En cuanto a la pregunta de si se deben excluir de los planos los caminos públicos existentes dentro de las reservas, debe aclararse que una vez que se compruebe que efectivamente se trata de caminos públicos (pertenecientes a la red vial nacional o a la cantonal, administrados por el M.O.P.T. y la municipalidad, respectivamente), su existencia deberá hacerse constar en los planos catastrados que se elaboren. Ello, por cuanto la ley número 5060, de 22 de agosto de 1972 y sus reformas, expresamente dispone que los caminos públicos son bienes demaniales que por su carácter se encuentran fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles, por lo tanto no pueden ser inscritos a favor de particulares [ix], y por lo tanto no pueden perder nunca su condición de tales, salvo que exista norma legal expresa que los desafecte (artículo 262 del Código Civil). En igual sentido, las normas que regulan la inscripción de planos en la oficina de Catastro Nacional, artículos 41 y siguientes del decreto número 13607, de 24 de abril de 1982.

[...] En todo caso, los terrenos ocupados por los caminos públicos que se encuentren geográficamente dentro de las reservas, benefician directamente a la comunidad indígena, brindándole a sus habitantes mayores facilidades de acceso a los servicios básicos (de asistencia médica, por ejemplo), pues en la mayoría de los casos, éstos se ubican fuera de los límites de los asentamientos.

En el mismo sentido, los ríos también están sujetos al régimen de dominio público (artículo 1° de la ley de aguas; 50 de la ley orgánica del ambiente); mantienen su condición aún si abarcan parte de los territorios de una reserva indígena. Es decir, que se deben igualmente respetar el margen de protección de los terrenos que bordean los ríos y tomas de agua. Así lo establece la ley de cita, al señalar que las comunidades indígenas deberán velar por “mantener inalterado el equilibrio hidrológico de las cuencas hidrográficas y de conservar la vida silvestre de esas regiones” (artículo 7, ley 6172).

Y concluye:

- 1) En los supuestos del primer párrafo del artículo 5° de la ley indígena, el IDA deberá reubicar a los propietarios o poseedores, o en coordinación con la CONAI, efectuar los trámites de expropiación e indemnización correspondientes.
- 2) En relación con los inmuebles de quienes son propietarios en las condiciones del primer párrafo del artículo 5° de la ley indígena, su inscripción a favor de las comunidades indígenas sólo puede darse una vez reubicados, o en el momento en que así lo disponga la ley de expropiaciones vigente, si es del caso proceder a la respectiva expropiación.
- 3) Si el IDA formaliza el traspaso sin reubicar a los propietarios o poseedores de buena fe a que se refiere el párrafo primero del artículo 5° de la ley indígenas, o sin haber iniciado los trámites expropiatorios, el traspaso no afectaría los derechos de propiedad y posesión de quienes no hayan sido reubicados o expropiados con la respectiva indemnización, lo cual podría generar responsabilidad civil por parte del Instituto en razón de los daños y perjuicios que tal situación podría causar a las comunidades indígenas, así como a los propietarios y poseedores afectados.
- 4) Los ríos y caminos públicos que se ubiquen dentro de las áreas de reservas indígenas son bienes demaniales, sujetos al régimen de dominio público al cual pertenecen. Así debe constar en los planos que se inscriban ante el Catastro Nacional.
- 5) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 *ibídem*, los traspasos o negociaciones de tierras entre indígenas y no indígenas, efectuados luego de su declaratoria de reserva, son absolutamente nulos.

Por lo tanto, en estos casos deberá procederse a su desalojo sin pago de indemnización. (**Dictamen 395 del 16/12/2003**).

**Comentario:**

La inoperancia de estas disposiciones jurídicas ha provocado una de las más grandes violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el país, cual es el goce y disfrute de sus territorios (ancestrales, tradicionales, actuales y de aquellos que tradicionalmente han sido ocupados o utilizados). Se calcula que hay comunidades donde la invasión de personas ajenas y con tierras en su posesión es hasta de un 80%. Esto con el tiempo se agravará y por ello la urgencia de cumplir con estos mecanismos jurídicos vigentes.

Art. 35. Aplicación del Convenio 169 sin menoscabo de acuerdos, ventajas o derechos de otras leyes, convenios, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

1. Trato preferencial a indígenas por parte del Poder Judicial.

## Sala Constitucional

Ante la inexistencia de una infraestructura adecuada por parte de las instalaciones del Poder Judicial en la provincia de Cartago, una persona con problemas de discapacidad que no pudo acceder al segundo piso del edificio, interpuso un recurso de amparo contra el Poder Judicial. A raíz del análisis de este caso, **mediante Res: 2005-11802 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las dieciocho horas con diecisiete minutos del treinta de agosto del dos mil cinco**, indicó:

[...] El Consejo Superior, en el artículo N° XLVIII, de la sesión N° 50-05 de 30 de junio de 2005, dispuso que todas las autoridades judiciales del país “están en la obligación de brindar un trato preferencial a personas con discapacidad, adultos mayores, menores de edad, indígenas, víctimas y personas en alguna situación especial”. Lo anterior fue comunicado mediante la circular N° 101-2005 de 5 de agosto de 2005.

Y sobre el caso particular finalmente señaló:

**Caso concreto.** Específicamente sobre la imposibilidad de las personas discapacitadas de acceder a un determinado edificio por condiciones infraestructurales, este Tribunal Constitucional consideró en lo conducente: “... A juicio de este Tribunal, la tutela efectiva de los derechos de las personas discapacitadas consagrados constitucionalmente, es uno de los medios por los cuales este grupo de población puede tener una vida lo más independiente y normal posible, de manera que su integración a la sociedad sea plena. **Es claro que uno de ellos consiste en que la infraestructura de los edificios, especialmente aquellos en que se brinden servicios públicos, tengan previstas facilidades para el acceso de las personas discapacitadas.** Tratándose de la administración de justicia, el ágil acceso al servicio es trascendental para este grupo de personas, pues de ello depende que puedan exigir el respeto a los derechos que tienen como ciudadanos y denunciar si han sido objeto de algún tipo de discriminación. **Es por ello que la obligación del Estado y de la sociedad en general, consiste en eliminar progresivamente las ‘barreras arquitectónicas’ que les dificultan o impiden el acceso a estos servicios (...)**”, sentencia N° 2305-2000 de las 15:18 hrs. de 15 de marzo de 2000. En el caso presente, aunque el recurrido en su informe menciona los esfuerzos desplegados por las autoridades del Poder Judicial para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a los despachos jurisdiccionales, ello no se produce en el caso del edificio

de los Tribunales de Justicia de la Ciudad de Cartago, el cual no tiene ninguna estructura que facilite el acceso de estas personas a la planta alta, pese a que en ese sitio están ubicadas las salas de debate. Así las cosas, al acreditarse en esta sentencia que la omisión mencionada por el actor lesiona los derechos fundamentales del amparado, lo procedente es declarar con lugar el recurso, ordenándose al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que adopte las medidas necesarias y que ejecute las acciones pertinentes, para que dentro del plazo improrrogable de un año a partir de la notificación de esta sentencia, se garantice el acceso pleno de las personas discapacitadas a la segunda planta de esa edificación.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso y, en consecuencia, se ordena a Alfonso Chávez Ramírez, o a quien ocupe su cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que adopte las medidas necesarias y que ejecute las acciones pertinentes, para que dentro del plazo improrrogable de un año a partir de la notificación de esta sentencia, se garantice el acceso pleno de las personas discapacitadas a la segunda planta del edificio de los Tribunales de Justicia de la Ciudad de Cartago. Lo anterior bajo apercibimiento de las consecuencias penales que se desprenden por la desobediencia a las órdenes dictadas por este Tribunal Constitucional; artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se condena al Estado al pago de costas, daños y perjuicios, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta sentencia a Alfonso Chávez Ramírez, o a quien ocupe su cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia **en forma personal**.

**Comentario:**

Es importante señalar que el acceso real de los pueblos indígenas al Poder Judicial en Costa Rica se ve seriamente limitado. Las barreras no sólo son arquitectónicas, sino que la falta de intérpretes a idiomas indígenas, de peritajes culturales, de conocimiento de los operadores jurídicos sobre el Convenio 169 de la OIT en relación con su aplicación inmediata y obligatoria, así como de las múltiples resoluciones de la Sala Constitucional sobre la materia, son prácticas cotidianas para usuarios indígenas que acuden a este servicio público básico de todo Estado de Derecho.

Este Acuerdo del Poder Judicial, tendría que ser utilizado como herramienta de defensa ante la instancia judicial en el país. Somos del criterio que en primera instancia los asuntos comunales deberían ser resueltos por las propias comunidades indígenas, y posteriormente si así lo decidiesen, acudir a la administración de justicia estatal. Y allí es donde requieren que estas barreras existentes sean superadas como parte de los principios fundamentales a ser escuchado y asistido técnicamente en forma adecuada y oportuna.

## Resumen temático de los informes anuales de labores 2000-2006 de la Defensoría de los Habitantes en el tema indígena

1. Derecho a la salud
2. Derecho indígena
3. Educación
4. Tierra y territorios
5. El derecho a la consulta
6. Aplicación de la legislación indígena
7. Especificidad cultural indígena
8. Recolección de café y mano de obra indígena
9. Condiciones socioeconómicas

La Defensoría de los Habitantes u Ombudsman es una institución del Estado con autonomía que brinda servicios a la ciudadanía en general en forma gratuita, sin formalidades ni rigurosidades jurídicas. Es una institución que ofrece una serie de oportunidades para hacer valer los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas, ya que puede ser intermediaria entre las demandas de esta población y el Estado.

Algunas características esenciales de esta institución, la convierten en un aliado perfecto para los pueblos indígenas. Así, es capaz de obligar al sector público a dialogar con los pueblos indígenas; tiene la posibilidad de sentar en una mesa de trabajo a personas funcionarias públicas y habitantes indígenas para escucharse con respeto en la búsqueda de soluciones a problemas planteados; llama a autoridades públicas y pide cuenta sobre la prestación de servicios; brinda seguimiento a las reuniones y acuerdos logrados entre autoridades estatales y pueblos indígenas; capacita a quienes necesiten conocer y respetar los derechos humanos, teniendo como marco de referencia, los tratados internacionales, la Constitución Política y las leyes específicas. En suma, el Ombudsman visibiliza a los pueblos indígenas y equipara condiciones que permiten hablar en igualdad a un indígena o su pueblo, frente a autoridades estatales, y exigir con respeto y fundamentos legales, solución a los problemas expuestos<sup>19</sup>.

Por estas razones, a continuación se realiza un extracto temático de las principales áreas de acción sobre las que ha intervenido la Defensoría de los Habitantes en el tema de los pueblos indígenas (del año 2000 al 2006), según sus Informes Anuales de Labores, presentados a la Asamblea Legislativa.

### 1. Derecho a la salud

La falta de **pertinencia cultural** en los servicios de salud que el Estado brinda a los pueblos indígenas, provoca resultados poco satisfactorios en la calidad de vida de estos habitantes. A esto ha llamado la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, un **modelo de atención inadecuado**. Entre las razones que este ente manifiesta, sobresalen las siguientes consideraciones:

---

<sup>19</sup> Rodríguez Oconitrillo, Javier. *La figura del Ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios*. IIDH, San José, 2006.

El modelo estatal de atención en materia de salud hacia la población indígena es fuertemente criticado por sus habitantes. De hecho, las comunidades indígenas ocupan los lugares más altos en cuanto a mortalidad infantil y desnutrición. Entre las razones principales podemos mencionar:

- Escaso acceso de los usuarios al servicio;
- Modelo de atención tipo urbano y por ende carente de la especificidad indígena;
- Deficiente e insuficiente (especialmente en materia de niñez, mujer y adultos mayores);
- Irrespetuoso de la medicina tradicional y sus autoridades médicas indígenas; y
- Discriminatorio por parte del personal administrativo y médico respecto al resto de la población nacional.

Precisamente, un servicio básico y fundamental como el de salud, debe contemplar el entorno donde se desarrolla y la población diferenciada hacia la que se dirige. Así, no puede ser lo mismo un centro de salud en una ciudad que en una montaña; no puede ser lo mismo el horario de atención en un centro urbano que en una pequeña localidad de miles de hectáreas; no puede ser lo mismo para una enfermera o un doctor(a) dirigirse en español hacia sus pacientes, que necesitar de traductores e intérpretes para saber cuál es la enfermedad; no puede ser lo mismo trasladarse veinte o sesenta minutos desde su casa para ser atendido en un puesto de salud que viajar días a pie para que cuando llegue le indiquen que usted es el número 31 de la fila y la CCSS sólo atiende 30 personas por día; no puede ser lo mismo creer que varias pastillas lo van a curar si se toman por ocho días cada seis horas que si en su cultura necesita del contacto con la Naturaleza, donde la noción del tiempo es distinta y la intermediación de otras personas se hace indispensable para que tomando determinadas hierbas durante varias semanas se cure. En fin, si no se es consciente de estas diferencias, por más esfuerzos que se hagan, los resultados obtenidos serán muy escasos.

[...] Cabe destacar por otro lado, la necesidad permanente de estas comunidades indígenas de contar con agua potable y letrinas secas. La ausencia de este elemento afecta especialmente a los niños(as) los cuales presentan severos problemas de diarreas, parásitos, desnutrición y otras enfermedades. Sin embargo, pese lo reiterado de esta denuncia las respuestas siguen estando ausentes.

No obstante lo anterior, es preciso reconocer algunos esfuerzos que mantienen viva la esperanza del cambio. Así, algunos funcionarios y médicos de la CCSS han establecido compromisos con las comunidades indígenas, estableciendo proyectos que benefician a estas poblaciones, tal es el caso de Talamanca, donde se realiza una intermediación indígena dentro de los consultorios médicos para lograr una mejor comunicación con los pacientes.

Por su parte, en la zona del Alto de Chirripó de Turrialba, por iniciativa del médico de la región, se proyecta la construcción de albergues especializados para indígenas en los que se incluyan cocineras indígenas, productos naturales, huertas caseras, traductores e intérpretes, todo como una forma integral de atender la desnutrición infantil.

En lo que respecta a la población Guaymí, se dio el visto bueno por parte de los jefes de la CCSS para establecer Acuerdos entre el Consejo Médico Indígena Guaymí y los médicos de la CCSS, con la finalidad de establecer planes concretos de desarrollo de la salud en esas comunidades, planteándose como reto la capacitación de jóvenes indígenas como promotores de salud que hablen la lengua guaymí y español, para mejorar la comunicación entre los pacientes indígenas y los médicos de la CCSS. Esta iniciativa bien podría ser puesta en práctica en otras comunidades indígenas<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Informe Anual de Labores 2000-2001.

Por otra parte, la Defensoría de los Habitantes inició un proceso de intermediación en el tema de salud en relación con las **autopsias y procedimientos** practicados a los pueblos indígenas en forma general, ante el fallecimiento de sus miembros. La falta de información a sus habitantes y los protocolos médicos empleados, fueron considerados lesivos de la cultura y dignidad de los pueblos indígenas. Producto de talleres, reuniones y denuncias, se inició un proceso de diálogo entre la Medicatura Forense y los habitantes de las comunidades indígenas, lográndose a la fecha lo siguiente:

- Mediante la intervención del Jefe de Medicatura Forense del Organismo de Investigación Judicial, se establecieron mejores canales de comunicación entre los representantes institucionales y la comunidad indígena guaymí, iniciándose un proceso de reconocimiento y acuerdo en la forma de ingreso a estas comunidades y las conversaciones previas con los médicos indígenas que sirvan para esclarecer la situación que rodea al hecho de muerte.
- Se logró identificar en qué casos debía realizarse el traslado de los cuerpos.
- Se abrió un canal telefónico y radial de comunicación entre autoridades médicas de la CCSS y la Medicatura Forense en San José para que, en caso de duda, el médico se comunique y reciba asesoría según el cuadro que presente cada caso, consignándose en el acta de defunción dicho procedimiento en presencia de los agentes del OIJ para resguardar las respectivas responsabilidades.
- Se reitera la obligación de los médicos de emitir el certificado de defunción y evitar en lo posible, el traslado a la morgue judicial, salvo los casos establecidos por ley.
- Se clarificó que el término de veinticuatro horas mínimo de ingreso a un hospital que alegaban los médicos para no realizar el certificado de defunción, es incorrecto, dado que esta disposición se encontraba en el reglamento anterior y en el actual no existe.
- Se inició un proceso de capacitación para la definición de este procedimiento con la finalidad de crear un protocolo que permita a los médicos y operadores jurídicos contar con una herramienta más ágil en estos casos y que, a su vez, permita a las propias comunidades indígenas conocer y exigir su cumplimiento.

En la actualidad, este proceso continúa siendo un tema novedoso y poco tratado tanto a nivel nacional como internacional. Estos esfuerzos coadyuvaron para que se estableciera un diálogo entre la comunidad guaymí y el sector jurídico, policial y médico de la zona, sin precedentes<sup>21</sup>.

En general puede decirse que el tema salud es una constante en los Informes de la Labores Anuales de la Defensoría de los Habitantes. En general existe una invisibilización de los pueblos indígenas por parte del sector público costarricense, y así ha sido visualizado por este ente, el cual también ha manifestado:

La Defensoría de los Habitantes ha venido señalando en forma ininterrumpida en los Informes Anuales de Labores de los años anteriores, el rezago en el cual se encuentran las comunidades indígenas en temas como salud, educación, servicios básicos (agua, electricidad, infraestructura vial), invasión y pérdidas de tierras indígenas, explotación de recursos naturales y vida silvestre, tala de árboles, entre otros. Las comunidades indígenas han venido sufriendo una desatención por parte de las *instituciones* públicas en todos estos temas y además sus funcionarios, en desconocimiento de la cultura y costumbres de estos pueblos, irrespetan su especificidad y por ende, violentan sus derechos fundamentales y aquellos derivados de su condición étnica.

El tema de la salud en las comunidades indígenas es recurrente en los últimos informes anuales emitidos por la Defensoría de los Habitantes. Siendo el derecho a la salud y corolario de éste el derecho a la atención médica, derechos fundamentales derivados del Derecho a la vida, es necesario insistir en el tema hasta

---

<sup>21</sup> Ibidem.

tanto las autoridades de salud asuman un abordaje serio y eficaz en relación con la situación que viven los habitantes de las comunidades indígenas.

El modelo de atención en estas comunidades por medio de los EBAIS, es un sistema del cual los habitantes indígenas señalan varios inconvenientes. De acuerdo con los criterios emitidos por habitantes indígenas y médicos de los EBAIS, el resultado ha sido que este sistema de atención a la salud no se adecua a la realidad de estas poblaciones.

Hay que tomar en cuenta que el modelo de atención a la salud EBAIS se establece en forma generalizada tanto en comunidades indígenas como en comunidades no indígenas; es decir, con él no se le está brindando un modelo de atención a las comunidades adecuado con su situación geográfica, a su cultura y costumbres, tal y como lo señala el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La incursión en las comunidades indígenas para brindar algún tipo de servicio, conlleva una serie de obstáculos que el funcionario público debe de manejar de manera especial. La barrera del idioma es una limitante al momento de brindar un servicio médico. En los EBAIS que visitan las comunidades indígenas, la Caja Costarricense del Seguro Social designa a médicos que realizan el servicio social por el período de un año. Los habitantes indígenas manifiestan que una vez que al médico se le ha tomado confianza y que se han derribado barreras culturales importantes, termina el plazo y se envía otro médico a empezar de cero nuevamente, perjudicando directamente a los habitantes indígenas dado que el nuevo médico no conoce su especificidad<sup>22</sup>.

Adicionalmente, se ha referido a las condiciones propias de la ubicación territorial de las comunidades indígenas y sus habitantes:

Por otro lado, las condiciones geográficas en las cuales viven los habitantes indígenas, no le permiten al médico visitar todas las comunidades y tampoco permiten al habitante indígena tener acceso al servicio debido a que, cuando llega al lugar donde el EBAIS atiende, ya los cupos de 25 o 30 personas están llenos y el sistema no le permite al médico atender más pacientes.

Estas situaciones, relatadas por los propios médicos de los EBAIS que atienden comunidades indígenas, muestran cierta frustración de su parte por no poder atender la demanda de atención médica que exige cada comunidad, como tampoco los casos de morbilidad que se presentan y lo difícil que resulta para un habitante indígena, ser remitido como caso de emergencia a la clínica u hospital más cercano, debido a lo distante que se encuentran estas comunidades.

Es importante que las autoridades de la CCSS realicen un replanteamiento del sistema de atención a la salud en las comunidades indígenas, tomando en cuenta el respeto al elemento cultural, las condiciones sociales, económicas y geográficas, de tal manera que los obstáculos sean considerados y se brinden soluciones integrales al grave problema que se presenta en la actualidad.

La instauración de un sistema particular y adaptado de atención a la salud para las comunidades indígenas, es un imperativo y un derecho de los pueblos indígenas en respeto a su especificidad y derechos culturales; para ello, es imprescindible que se destinen los recursos presupuestarios requeridos<sup>23</sup>.

Y continúa indicando en relación con denuncias particulares sobre la mala atención recibida por parte de personas indígenas en la región sur del país:

Durante este período, la Defensoría de los Habitantes atendió una denuncia por parte de un representante de la Fundación TUVA, con respecto a una supuesta desatención médica en el Hospital de Ciudad Neilly, hacia personas indígenas. En el informe final respectivo, la Defensoría de los Habitantes recomendó a la

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

Presidencia de la CCSS que dispusiera de lo necesario para que esta institución estableciera un programa de

capacitación y contratación de promotores indígenas de salud, que trabajen como Asistentes Técnicos de Atención Primaria de la Salud (ATAPS) en las comunidades indígenas; asimismo, se recomendó para que se procediera a emitir las directrices correspondientes en coordinación con el Ministerio de Salud, rector en la materia, con fin de realizar un diagnóstico del estado de salud de los habitantes indígenas en sus comunidades y de la efectividad de los servicios que se les presta, con el objetivo de establecer programas de atención a la salud en las comunidades indígenas que se adecuen a sus necesidades, identidad y cultura.

En el Hospital de Ciudad Neilly se comprobó un desorden administrativo en el manejo de los expedientes, además que en la prestación de servicios médicos a los habitantes indígenas por parte de los funcionarios de ese centro hospitalario, no se respeta su especificidad y cultura”.<sup>24</sup>

Además, el caso particular de los pueblos indígenas Guaymíes (Ngäbes) de la zona sur del país fue objeto de análisis por parte de la Defensoría de los Habitantes, médicos, pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil (Fundación TUVA). En un sondeo realizado por esta última a los pueblos indígenas y sus necesidades de salud, se indicó que:

- Hay un gran descontento en la comunidad con respecto a la atención en las giras médicas, el cual está relacionado con que les dejan esperando, algunas veces no son atendidos y existen dificultades de lenguaje y de género, especialmente. En general, las mujeres tienen mayores dificultades de lenguaje y de desplazamiento que los hombres.
- El servicio del ATAP, según la mayoría de las personas encuestadas, no responde a los problemas de salud de la comunidad.
- Los problemas gastrointestinales son bastante frecuentes y causados por condiciones sanitarias inadecuadas y la mala calidad del agua consumida. Las diarreas agudas, siguen siendo causa importante de muerte por deshidratación, se constató poca promoción y poco impacto de las gestiones preventivas.
- Como en toda comunidad con vulnerabilidad socio-económica, la morbilidad por enfermedades respiratorias es bastante alta y es, posiblemente la principal causa de muerte.
- Otro tipo de morbilidad muy importante, que no se evidencia en el sondeo como problema de salud es la desnutrición. Difícilmente los encuestados y las encuestadas describen a sus hijos e hijas como mal alimentados; sin embargo, es uno de los principales causantes de las complicaciones de salud de la población<sup>25</sup>.

Como parte de un diálogo respetuoso con los habitantes indígenas, ellos mismos manifestaron:

Ante esta situación, los propios habitantes indígenas propusieron que se debería nombrar más personal para la atención de salud (promotores indígenas) que tenga las siguientes características:

- Que hable Ngäbe además de castellano.
- Que haya mujeres y hombres.
- Que entienda sobre los conceptos Ngäbe de enfermedad.
- Que visite las casas y además de seguimiento al tratamiento de los médicos.

---

<sup>24</sup> Informe Anual de Labores 2001-2002.

<sup>25</sup> Ibidem.

- Que coordine con los EBAIS, el hospital y la Cruz Roja.
- Que coordine con los médicos Ngäbe.
- Que capacite y eduque en salud y nutrición<sup>26</sup>.

Y las mismas autoridades médicas señalaron situaciones por las cuales no mejora la atención a los habitantes de la cultura Ngäbe:

- Son más de 16 años de trabajo en giras médicas y grandes esfuerzos por mejorar las condiciones de salud de la comunidad indígena; sin embargo, se tiene poco conocimiento sobre la situación, los problemas y el estado de la salud de dicha comunidad.
- El trabajo del EBAIS no es suficiente para cubrir las necesidades de la población.
- No existe continuidad en el trabajo de los médicos. Hay esfuerzos aislados y de tipo personal.
  - Pese a los grandes esfuerzos, las condiciones de salud de la población indígena Ngäbe de Coto Brus son precarias y están por debajo de las del resto de la población nacional.
- No hay especificidad en la atención a la comunidad indígena y a las condiciones culturales y geográficas especialmente, se homogenizan los problemas y la atención como si fuera la misma población que el resto del país.
- La información que existe sobre la salud de la comunidad indígena está dispersa y se dificulta su análisis.
- El ATAP no alcanza a abarcar los problemas de toda la comunidad del territorio indígena.
- Existen barreras culturales y de idioma en la prestación del servicio de salud<sup>27</sup>.

Por lo anterior, la Defensoría de los Habitantes indicó:

En general se puede afirmar que el compromiso de gestión del programa del área de salud, no es adecuado a las condiciones culturales, geográficas y de salud de la comunidad indígena.

Esta situación evidencia que pese a los esfuerzos que las autoridades de salud locales realizan en la zona, la población indígena guaymí de Coto Brus continúa con serios problemas de salud, según lo verifican los propios médicos. El mayor impedimento es un esquema institucional tradicional que responde a un patrón pensado para una ciudad y, por lo tanto, carente de perspectiva indígena. Por ello, el diálogo que se ha iniciado entre médicos tradicionales guaymíes con médicos de la CCSS y del Ministerio de Salud, es un gran paso en el reconocimiento a la diferencia y el respeto por la cultura indígena. Un esquema de salud inadecuado como el señalado anteriormente, hace que los grandes esfuerzos institucionales se vean minimizados a nivel de impacto.

Esfuerzos y retos como el presente, deben servir de modelo para compartir experiencias con otras áreas indígenas con el fin de aprender de los errores y mejorar la calidad de vida de los habitantes indígenas del país<sup>28</sup>.

Dentro de este esquema, para el caso del Territorio Indígena de Talamanca, entre las necesidades más evidentes, destaca:

---

<sup>26</sup> Ibidem

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

- Insuficiencia en el número de EBASIS y ATAPS dentro de los Territorios Indígenas, pues en muchos casos estas personas deben desplazarse grandes distancias para recibir la atención médica que requieren.
- Ausencia de traductores de las lenguas indígenas, pues al no ser el español la lengua materna de la mayor parte de los indígenas, les resulta sumamente difícil el comunicarse con los médicos y precisar sus síntomas o dolencias, así como el entender las indicaciones de estos profesionales.
- Resulta necesario que las prescripciones escritas sean expedidas tanto en español como en la lengua hablada en la respectiva comunidad indígena, situación que permitiría que la prescripción médica sea acatada correctamente.
- Deben armonizarse las medidas sanitarias con las costumbres, prácticas religiosas o culturales propias de cada comunidad indígena.
- Se requiere la modificación de los horarios de atención de acuerdo a las particularidades de cada comunidad indígena, dado que al habitar en zonas boscosas, alejadas o de difícil acceso geográficamente, es necesario tomar en consideración estas circunstancias para brindar un servicio más acorde con sus particularidades culturales y socio-geográficas.
- Falta identificar las necesidades particulares según condición de género y edad<sup>29</sup>.

Por otra parte, un aspecto novedoso dentro del tema salud es el caso de los pueblos indígenas guaymíes de Panamá que en forma temporal se desplazan desde sus comarcas para trabajar en la recolección del café en la zona de los Santos, con consecuencias sociales críticas por las condiciones en que se desplazan (situación migratoria irregular) y la falta de atención médica en la región. Sobre el particular la Defensoría de los Habitantes ha señalado:

En cuanto al tema de la salud ocupacional, particular atención debe prestarse a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran algunos grupos de indígenas Guaymíes de la zona sur del país y del sector norte de Panamá, quienes para la temporada de recolección del café en Coto Brus (desde octubre a mediados de diciembre), son contratados y trasladados por los finqueros de esta región y, una vez finalizada la cosecha, se trasladan por sus propios medios a la zona de los Santos, donde el período de cosecha del café va desde diciembre al mes de marzo. Desafortunadamente, en la mayor parte de los casos no se les brindan las mínimas condiciones sanitarias ni de hospedaje y, menos aún, se ofrece la posibilidad de traslado a sus comunidades de origen, situación que en algunos casos deriva en un proceso de inmigración hacia San José, en condiciones de pobreza extrema. Esta situación no sólo afecta a los trabajadores y trabajadoras, sino también a sus familias, al darse el desplazamiento incluso de los hijos e hijas, muchos de ellos de corta edad<sup>30</sup>.

Es importante anotar que en la vida jurídica nacional, el Convenio 169 de la OIT, es la herramienta específica de protección y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas. La legislación secundaria, debe irse modificando acorde con este texto. En este sentido, sobre el tema de salud de los pueblos indígenas, la Defensoría de los Habitantes ha indicado:

Es claro que el elemento que más directamente se relaciona con el concepto de Calidad de Vida, es el de la salud humana tanto física como mental. Con respecto a los Pueblos Indígenas costarricenses es importante destacar que la tutela a este derecho –el de la Salud– no sólo se ve protegido por las normas de carácter general que lo regulan, sino que tiene un reforzamiento expreso para el caso concreto de las etnias indígenas en los artículos 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT.

---

<sup>29</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

<sup>30</sup> Ibidem.

Dichas normas establecen que los regímenes de seguridad social se deben extender progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna. Por su parte, en cuanto al tema de la salud el gobierno de Costa Rica debe velar por que se pongan a disposición de los pueblos indígenas costarricenses, servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que las ocho etnias indígenas del país puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

La Defensoría de los Habitantes considera adecuado el mandato del convenio atinente a que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario, que en el caso de Costa Rica esto debe ser a lo interno de los territorios indígenas. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

En cuanto al sistema de asistencia sanitaria, se debe dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria<sup>31</sup>.

También nos señala que las dificultades por falta de pertinencia cultural del sistema de salud previsto para los pueblos indígenas, se evidencian en las estadísticas que el Ministerio de Salud ha realizado sobre el tema:

En este sentido, se ha considerado conveniente incorporar, a manera de ilustración de la realidad de los pueblos indígenas costarricenses, algunos comentarios a las estadísticas de mortalidad presentadas en el documento Desarrollo y Salud de los Pueblos Indígenas de Costa Rica del Ministerio de Salud, emitido en el mes de julio del 2003, en el que se analizan las tasas de mortalidad en los siete distritos [Bratsi, Valle de la Estrella, Buenos Aires, Sixaola, Limón, Tayutic y Potrero Grande] con mayor cantidad de población indígena del país.

El perfil de mortalidad de la población indígena ha venido cambiando, las muertes por enfermedades infectocontagiosas han cedido a las causadas por enfermedades crónicas y traumatismos, a un ritmo semejante al experimentado por la población nacional; no obstante, la brecha entre ambas poblaciones continua (en el quinquenio 1970-1974, la tasa de defunciones por enfermedades infectocontagiosas fue de 63 individuos por 10,000 habitantes en los 7 distritos con mayor porcentaje de población indígena y en los restantes distritos fue de 27. En el quinquenio 1995-1999 fue de 24 por 10,000 habitantes y 10, respectivamente.)

Por otra parte, la tendencia de las defunciones indígenas a causa de cáncer y otras enfermedades crónicas es menor respecto al resto del país. Los indígenas han subido de 8 a 16 habitantes por cada 10,000 en el período de 1970 a 1999, mientras que la población no indígena ha pasado de 17 a 22 en el mismo lapso de tiempo. Por su parte, respecto de la tasa de defunciones causadas por enfermedades crónicas (diferentes del cáncer), para el mismo período la tasa aumentó de 15 a 30 habitantes en los distritos indígenas y de 35 a 45 en el resto del país, destacándose que si bien la brecha ha disminuido, esto ha obedecido al vertiginoso aumento de este tipo de padecimientos en la población indígena.

Especial atención merecen las muertes por traumatismos, puesto que para el período 1985-1989 en los 7 distritos, la tasa por 10,000 habitantes fue de 13 individuos, contra 12 del resto país; sin embargo, en el caso de las poblaciones indígenas para el período 1990-1994 aumentó a 17 habitantes y de 1995 a 1999 continuó ascendiendo hasta 19 habitantes, mientras que en el resto del país la tasa se mantuvo en 12 hasta 1999.

---

<sup>31</sup> Informe Anual de Labores 2003-2004.

Finalmente, en el caso de la mortalidad infantil, a pesar de la tendencia decreciente en la tasa de muertes de niños menores de un año por 10,000 vivos fue para el período 1970-1974 de 40 niños indígenas contra 28 no indígenas, bajando ambos indicadores a 17 y 8 respectivamente para el período 1995-1999<sup>32</sup>.

Sobre esta base, la Defensoría manifestó:

Esta situación permite a esta Defensoría señalar en primer lugar, que no sólo ha habido un importante descenso en ambas tasas de mortalidad infantil, sino que ha de destacarse que la brecha entre ambos segmentos de la población ha ido cerrándose gracias a la acelerada disminución de la mortalidad infantil en los 7 distritos indígenas utilizados como muestra, en segundo lugar, también se debe destacar que la referida tasa en el caso de los distritos indígenas para el período 1995-1999 es igual a la del resto de la población durante el quinquenio 1978-1982, situación que evidencia el rezago de casi veinte años en los distritos indígenas, en la equiparación de las condiciones y oportunidades para esta población<sup>33</sup>.

En forma específica, se señala a continuación un caso de falta de adecuación de las disposiciones internas de la Caja del Seguro Social del país para asegurar el acceso a la salud de los indígenas de la zona sur del país:

En cuanto a las acciones puntuales que en materia de salud y seguridad social indígena ha realizado la Defensoría de los Habitantes en el último año, destaca la investigación de oficio sobre la emisión de un criterio emitido por la Asesoría de Validación de Derechos de la Caja Costarricense del Seguro Social, que establecía la prueba documental (cédula de identidad) como instrumento idóneo para la demostración de la nacionalidad en el caso de personas indígenas que requieran servicios de salud, situación que a criterio de la Defensoría podía derivar en una presunción de la extranjería de algunas personas Guaymíes que aún no cuentan con este documento.

[...] Por lo anterior, la Defensoría de los Habitantes recomendó a la Caja Costarricense de Seguro Social, que para el caso de la demostración de la nacionalidad costarricense de población indígena guaymí, se aplicara un proceso similar al ordenado por la Sala Constitucional al Registro Civil, en el cual, atendiendo a la realidad de algunas comunidades indígenas, se ordenó flexibilizar el trámite de demostración de la nacionalidad, reemplazando el requisito de presentación de testigos con cédula de identidad, por la presentación de testimonios de personas de buenas costumbres miembros de la comunidad indígena<sup>34</sup>.

Con buen acierto también ha señalado las obligaciones nacionales e internacionales que el Estado tiene en la adecuación de la legislación secundaria a los lineamientos establecidos por el Convenio 169 de la OIT:

La Defensoría de los Habitantes ha insistido en forma reiterada, en la obligación supraconstitucional [el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege el Derecho a los Salud de los Pueblos Indígenas en los siguientes términos: Art. 7: Salud como tema prioritario para los Estados; Art. 20: Prohibición de trabajos que afecten la salud (en particular con plaguicidas o sustancias tóxicas); Art. 30: Educación (este tema debe ser de especial importancia en el campo de la educación); Art. 24: Extensión progresiva de la Seguridad Social (sin discriminación); Art. 25: Ofrecimiento de Servicios de Salud (adecuados, autónomos y organizados al nivel local, respetando las particularidades, y procurando formar y emplear preferentemente miembros de la comunidad), todo lo anterior en coordinación con los diferentes niveles de atención] del Estado costarricense, de atender adecuadamente los serios problemas

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem

<sup>34</sup> Ibidem.

que enfrentan las comunidades indígenas en el campo de la salud, lo anterior respetando la diversidad indígena, sea el conjunto de prácticas y costumbres propias de cada pueblo y región.

En materia sanitaria, la administración 2002-2006 emitió en el marco de la política nacional de salud, un apartado relativo a la atención en salud de estos pueblos. Si bien éste representó un encomiable esfuerzo técnico en procura del mejoramiento de los índices de salud de los pueblos indígenas (hasta ahora los más bajos del país), se debe llamar la atención sobre la poca eficacia de este instrumento en razón de que el plan no se utilizó como norte del accionar del sector salud en su integralidad<sup>35</sup>.

Finalmente las denuncias sobre el tema de salud giran en torno a:

(Entre las demandas más recurrentes de los pueblos indígenas en materia de salud se encuentran las siguientes): a- falta de infraestructura para la atención sanitaria en las comunidades indígenas; b- falta de equipo médico o personal para atender a la población indígena; c- problemas en la prestación adecuada a las necesidades, especificidad y cosmovisión indígenas.

Asimismo, la Defensoría de los Habitantes considera que es impostergable que el Estado costarricense, establezca los procesos y coordinaciones necesarias tendientes a brindar una atención integral a los más de diez mil indígenas migrantes panameños (mayoritariamente pertenecientes al pueblo Ngäbe), que anualmente trabajan en la recolección del café en la zona sur del país. Ello es urgente dadas las difíciles condiciones que enfrentan estas personas en su ruta migratoria en Costa Rica<sup>36</sup>.

## 2. Derecho Indígena

El Derecho Propio o Derecho Indígena<sup>37</sup> es el conjunto de normas y procedimientos basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social. Este conjunto no sólo se limita a las regulaciones referentes a los asuntos contenciosos (solución de conflictos, aplicación de penas por violación a las reglas), sino que incluye regulaciones relativas al manejo territorial (uso y acceso), espiritual y a asuntos de carácter civil y de regulación de autoridades, en muchos casos difíciles de separar del conjunto de las prácticas culturales cotidianas de estos grupos. Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o mágico-religiosas) y concomitantes. Por último, estos derechos por los general corresponden a tradiciones jurídicas ancestrales de carácter regional, preexistentes a los ordenamientos jurídicos nacionales que se encuentran con diferentes grados de afectación, cambio y vigencia en los pueblos indígenas de la región<sup>38</sup>.

En el caso de Costa Rica, la ausencia de respuestas adecuadas del Estado a los pueblos indígenas, hizo que algunas organizaciones comunales recurrieran a mecanismos propios para enfrentar sus problemas cotidianos. Así, surgen a la vida nacional los tribunales indígenas, los cuales cuentan con asesoría legal externa de investigadores y colaboradores que conjuntamente con la comunidad, rescatan

<sup>35</sup> Informe Anual de Labores 2005-2006.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Anteriormente se le designaba como Derecho Consuetudinario. Sin embargo, por la connotación de este nombre, tiende a equipararse con la costumbre jurídica de mucho menor rigor y jerarquía jurídica. Hoy se le llama Derecho Propio (término del Derecho colombiano, acuñado por Esther Sánchez, perita antropóloga cultural) o Derecho Indígena (término utilizado por los instrumentos jurídicos internacionales).

<sup>38</sup> Este término ha sido señalado así por Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, entre otros, en "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina" en *Entre la Ley y la Costumbre*, IIDH, México 1990. Puede verse más en *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, Javier Rodríguez Oconitrillo, San José, IIDH, 2006.

antiguas formas tradicionales de justicia y las combinan con criterios legales del debido proceso, como parámetro de respeto a los derechos fundamentales de sus habitantes.

Esta situación ha provocado roces e interpretaciones diversas, incluso del propio Poder Judicial. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha señalado:

Como una forma de recuperación del poder comunal ante la no-respuesta efectiva de instituciones como el Poder Judicial, la Policía y la Municipalidad, los Territorios Indígenas de Cabagra y Talamanca conformaron un Tribunal Indígena que dirime conflictos internos. Así, las regulaciones del tránsito de personas no indígenas, de ventas ilegales de licor, contaminación de aguas, tala ilegal o conflictos por terrenos, son conocidas por miembros de la comunidad y de la Asociación de Desarrollo, consignándose su resolución y dando audiencias de cargo y descargo orales.

Así por ejemplo, durante este período la Defensoría de los Habitantes recibió una queja de un habitante indígena guaymí quien planteó que actualmente enfrenta dos causas judiciales (una por pensión alimentaria y otra por una denuncia penal). Manifiesta que no habla español, razón por la cual le indicaron que tenía que venir acompañado de un intérprete y que tenía que practicarse una prueba de ADN. Junto a esta queja, se recibieron varias consultas de habitantes indígenas guaymíes quienes manifestaban su disconformidad con el proceso de pensión alimentaria, ya que si bien es cierto aceptan la obligación de proveer alimentos a sus hijos, no consideran como parte de su cultura el tener que pagar una suma de dinero (Expediente N° 9075-22-2000, Confidencial) por concepto de alimentos, como tampoco se identifican con la vía de una pensión alimentaria establecida en sede judicial...<sup>39</sup>

Los principales criterios esgrimidos respecto al deber del Estado de respeto al Derecho Indígena o Derecho Propio, sin que ello signifique el menoscabo de su derecho al acceso a la justicia estatal, fueron los siguientes:

- Reconociendo que la construcción de los Estados Nacionales se realizó sobre la base de un individuo “ideal” con independencia de la pertenencia de los individuos a grupos culturales, religiosos, lingüísticos diversos, homogeneizando en una sola visión las múltiples diferencias que hay entre las y los sujetos dentro de un Estado, entonces muchas estructuras sociales no corresponden ni dan respuesta a la diversidad cultural que existe. Dentro de esto, uno de los principios más homogeneizantes es el principio de igualdad ante la ley, el cual se ha aplicado como formas de igualación de las diferencias y asimilación de lo diverso.
- El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no es una conquista de vieja data. Los instrumentos internacionales más importantes que reconocen estos derechos fueron emitidos durante el siglo XX, planteándose inicialmente la necesidad de integrar a estos pueblos a la sociedad dominante (Convenio N° 107 de la OIT), para luego 40 años después reconocer los derechos, autonomía y costumbres de estos pueblos (Convenio N° 169).
- Vigente el Convenio N° 107 en toda América Latina fue surgiendo el Indigenismo como un movimiento importante, pero en la mayoría de los casos, promovido no por los pueblos indígenas, sino siempre por personas diferentes de los Pueblos Indígenas. Dentro de este marco, en Costa Rica se aprueba la Ley N° 5251, Ley de Creación de CONAI y la Ley N° 6172, Ley Indígena del 29 de noviembre de 1977, de la cual cabe destacar que hace un reconocimiento expreso al concepto de identidad indígena (artículo 1°), y el respeto a la estructura organizativa tradicional de las comunidades indígenas (artículo 4). Reconocimiento que nunca se hizo efectivo.
- El Convenio N° 169 introdujo un cambio de perspectiva en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Convenio N° 169 presenta tres aspectos básicos: Identidad Indígena; Reconocimiento

---

<sup>39</sup> Informe Anual de Labores 2000-2001.

de la autonomía y respeto de las formas de organización de los Pueblos Indígenas; y, Consulta y participación necesaria a los Pueblos Interesados (reconocimiento de su autonomía). Estos tres pilares se dirigen al reconocimiento de las aspiraciones de los Pueblos Indígenas a su autonomía. Dentro de estas aspiraciones está que se reconozca su derecho consuetudinario o modos de resolución de los conflictos. Los principios de reconocimiento y el respeto son la clave de la diferencia respecto del Convenio N° 107 que proponía como base la integración; así, el Convenio N° 169 propone como fundamento transversal el reconocimiento y respeto de estos Pueblos y de sus formas de organización autónoma. En este sentido, la Sala Constitucional señaló en el **Voto N° 3003- 92** que: “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 estén 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 sólo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo”.

- Dentro de las aspiraciones que tienen estos pueblos es que se reconozca su derecho consuetudinario o modos de resolución de los conflictos. Así en el artículo 8 de este Convenio se establece que: “1.- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. En materia del sistema jurídico y el derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas y dentro del marco de la lucha mundial contra la discriminación racial y la protección universal de los derechos humanos, la ONU emitió en 1987 el informe del relator José Martínez Cobo, quien concluye lo siguiente: “Ante la coexistencia de un orden jurídico nacional y otros órdenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, se recomienda que: 1.- Se respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional; 2.- Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográficas-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias; 3.- Se definan los límites del pluralismo jurídico y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos aspectos que inevitablemente deben quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea en sociedad”. (Informe del Relator José Martínez Cobo, “Estudio del problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas”, citado en: Stavenhagen, Rodolfo; Iturralde, Diego; *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, IIDH, México, 1990, p. 16-97).

Mediante esta investigación se plantea la necesidad de que se reconozca el derecho de los Pueblos Indígenas a dirimir internamente los conflictos, sin que ello afecte su fundamental derecho al acceso a la justicia formal”.<sup>40</sup>

Precisamente cuando los pueblos indígenas deben acceder a la justicia estatal, se encuentran con grandes obstáculos que únicamente enfrentan por su especificidad étnica o cultural, además de las otras grandes dificultades que como usuarios del sistema todos los ciudadanos se enfrentan en general. Idiomas distintos, lejanía de las oficinas judiciales, falta de conocimientos jurídicos sobre el tema y mala atención por parte del personal administrativo, son quejas constantes de esta población. Por ello la Defensoría ha llamado la atención al Poder Judicial indicando que:

[...] llama particularmente la atención de la Defensoría de los Habitantes, el Derecho de Acceso a la Justicia, pues en la práctica, las barreras idiomáticas han tornado nugatorio este derecho para un gran porcentaje de los miembros de estos grupos autóctonos. La posibilidad de las personas indígenas de tener acceso a la tutela judicial en condiciones de igualdad respecto del resto de los habitantes implica que el Poder Judicial, en cumplimiento del artículo 74 de la Constitución Política, debe fortalecer la capacitación de los funcionarios judiciales en este campo, así como brindar mayores facilidades en cuanto al sistema de intérpretes, pues si bien esta es una garantía procesal en materia penal, en procesos civiles y de familia, por citar algunos ejemplos, no se ha avanzado lo suficiente.

Sobre este particular, la Defensoría de los Habitantes informó a la Asamblea en su Informe de Labores del periodo 1998-1999 que, “Entre los principales problemas expuestos por los habitantes de las comunidades indígenas en su relación con la Administración de Justicia se encuentra la barrera idiomática que se presenta en el momento de entablar sus denuncias. Se indica que algunas veces la calidad de la atención no es la debida por el hecho de que no se les entiende su lengua, lo cual prácticamente implica la negación del servicio. La falta de intérpretes imposibilita que se de el acceso a la justicia con la pertinencia y prontitud que ésta demanda, cargando la responsabilidad de hacerse entender a los usuarios del servicio, más que a sus prestatarios. Es importante indicar que en materias como las de familia y la penal, la relación personal de los interesados con su proceso resulta fundamental, por lo que, no tratándose de lenguas extranjeras, sino de lenguas autóctonas, corresponde a la Administración del servicio proveer los recursos para facilitar el acceso a éste de todas las personas sin discriminación alguna”.

Asimismo, en razón de las mismas dificultades de acceso y de amplitud de los territorios indígenas, resulta imperiosa la necesidad de revisar las formas organizativas en cuanto a la atención de los usuarios y la prestación del servicio, debiendo buscarse mecanismos que acerquen éste a sus beneficiarios, más que obstruirles el acceso a la justicia por razones de lejanía, lengua u horarios. En ese sentido, es necesario revisar el perfil de los funcionarios judiciales, en todas sus distintas funciones, de forma que, no contándose con la posibilidad de tener oficinas en todos los puntos de interés, al menos en forma periódica existan visitas a las comunidades que permitiera a éstos mantener contacto con los habitantes a los cuales se deben. Aspectos como perímetros de notificación, diligenciamiento de notificaciones, emisión de medidas de protección, entre otras, adquieren dimensiones distintas en estos contextos, más aún cuando tampoco existen funcionarios auxiliares a la función judicial que los faciliten (Fuerza Pública)<sup>41</sup>.

### 3. Educación

La transmisión de la cultura entre generaciones es un factor determinante para la conservación de la identidad: idiomas, concepción del mundo, formas de pensar y amar. En este sentido, la educación

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

juega un papel fundamental en la formación de sus ciudadanos. Es una herramienta para enfrentar al mundo. Sin embargo, la filosofía de la vida y sus principios rectores, no son los mismos para todas las sociedades. Tratándose de pueblos indígenas, nuevamente el Estado ha intervenido en forma violenta en la vida de las comunidades indígenas, tratando de imponer los valores y costumbres ajenos a su realidad. Así, la utilización del castellano como “idioma único y oficial” y la contratación de personal docente sin ningún conocimiento del mundo indígena, convirtieron a la herramienta de superación y desarrollo, en un arma de dominación y violación a los derechos fundamentales de la niñez indígena: se les negó la utilización de sus propios idiomas dentro del aula; se les impuso una forma de vestir distinta para asistir a la escuela; se les indujo a sentirse inferiores por sus condiciones étnicas; en suma, se les discriminó por ser indígenas.

Con el transcurso del tiempo, sus idiomas, sus tradiciones, sus cantos, su vestimenta, etc., fueron desplazados, y en muchos casos, se perdieron para siempre. No fue sino por la resistencia de sus habitantes, que sobrevivieron a estas prácticas.

Hoy, la comunidad internacional, reconoce la gravedad de estas prácticas. Políticas públicas con pertinencia cultural son parte muy reciente de las agendas de gobierno en la región. La Educación Intercultural Bilingüe, es un deber del Estado que permanece aún como una meta posible a alcanzar.

Sobre el particular, la Defensoría de los Habitantes ha visualizado:

El respeto y promoción de la cultura indígena debería encontrar su mayor promoción en las aulas (tanto de aquellas que se encuentran dentro de los Territorios Indígenas como en un programa general a favor del respeto a las culturas y a la diversidad). Sin embargo, este proceso se ve seriamente amenazado, pues los idiomas indígenas no son impartidos a todo nivel ni dentro de los horarios regulares, por lo que su enseñanza encuentra grandes obstáculos.

Además, podemos señalar los siguientes problemas: la capacitación brindada a los profesores no es suficiente; faltan comedores escolares; no existe adecuación curricular para niños con discapacidad; no se tiene programas de educación para adultos indígenas; faltan servicios de transporte para escolares; faltan albergues de estudio para niños de comunidades lejanas; falta agua potable en muchas escuelas y colegios; no hay estímulo por la enseñanza de las artesanías locales, faltan becas para estudio (tanto del Ministerio de Educación Pública como de las propias Municipalidades); existe un nivel importante de deserción escolar y no existe promoción interinstitucional coordinada para la prevención de drogas y del abuso de niños y niñas, a lo cual se suma un grave faltante de infraestructura, en general. Asimismo, el acceso a la educación superior es muy limitado<sup>42</sup>.

Pese a lo anterior, se reconoce que:

[...] no obstante las múltiples carencias aún percibidas en las escuelas ubicadas en territorios indígenas, el programa de Educación Indígena del Ministerio de Educación Pública es uno de los que más sostenibilidad ha tenido dentro de las acciones gubernamentales, siendo que los indicadores de cobertura y acceso en estas comunidades se han incrementado en los últimos años, manteniéndose y ampliándose el programa de lenguas indígenas.

El reto fundamental para el Ministerio de Educación Pública consiste en garantizar los recursos necesarios para dotar a las comunidades indígenas de una educación de mejor calidad procurando, al menos, equiparar las condiciones del proceso educativo a los niveles de los demás centros educativos del país, siempre con pleno respeto a la identidad cultural<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

<sup>43</sup> Ibidem.

#### 4. Tierra y territorios

El territorio indígena es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Ese espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la supervivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. El territorio es una necesidad cultural y política, vinculado al derecho de autonomía y libre determinación<sup>44</sup>. A diferencia de ello, la tierra es un espacio físico de ocupación directa por una familia o comunidad, constituyéndose en un factor de producción y subsistencia. Es un reclamo económico y social.

En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha señalado que en los territorios indígenas pueden habitar:

El espíritu de la Ley Indígena, Ley No. 6172 de 16 de noviembre de 1977, es que en las reservas indígenas únicamente habiten indígenas. En el artículo 2º, párrafo segundo, se declara la propiedad de las comunidades indígenas y, después, en su artículo 3º, además de decir que son inalienables, imprescriptibles e intransferibles, claramente se dispone que son exclusivas para aquellas comunidades.

Para lograr este propósito, se crean dos mecanismos específicos para evitar que en dichos territorios se dé la presencia de personas no indígenas. Así, en el caso de personas que ya se encontrasen en ellas previo al advenimiento de la Ley en el año 1977, y que demuestren un legítimo derecho de propiedad o posesión, la Ley prevé la posibilidad de que se les reubique en otra parte, y si esto no es posible o no es aceptado, deberá expropiárseles o indemnizárseles (artículo 5º, párrafo primero). Si se trata de personas no indígenas que ingresaron a las reservas de forma posterior y que, por lo tanto, se constituyen en meros ocupantes sin ningún tipo de derecho, deberá procederse a su desalojo, sin pago de indemnización alguna (artículo 5º, párrafo segundo). Paralelamente, el artículo 3º prohíbe que no indígenas puedan alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas tierras y declara absolutamente nulo todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas.

De la anterior relación de normas, es posible establecer que el régimen jurídico de la propiedad indígena es de carácter particular y diferenciado en razón de la cultura y sustituye el régimen jurídico de la propiedad privada por uno de propiedad colectiva, en tanto la titularidad del territorio la ejerce en nombre de la comunidad la Asociación de Desarrollo Integral Indígena, manteniéndose lo relativo al régimen común del derecho de posesión en lo que no contravenga el Derecho Consuetudinario de cada etnia<sup>45</sup>.

Por otra parte, sobre el régimen de propiedad de los territorios indígenas, ha acotado:

Si bien la Constitución Política 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 los derechos de las comunidades indígenas, basado en la idea de respeto y protección estatales como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura, así como el acceso de sus miembros a los frutos que el desarrollo nacional produce. Del mismo modo, el numeral 76 constitucional, expresamente impone al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas.

A partir de estas disposiciones es posible tener como premisa el reconocimiento constitucional 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 sobre la materia y, en forma concreta, ha sido la Organización Internacional

<sup>44</sup> Ver Stavenhagen Rodolfo, "Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia". IIDH, San José, 2001. Citado en "Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas..."

<sup>45</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

del Trabajo la que ha generado la regulación más específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, los Convenios número 107 y 169 contienen una detallada enumeración de derechos reconocidos a estos pueblos. Del Convenio número 107, resulta especialmente importante el análisis del tema del régimen de propiedad de las tierras indígenas. Igualmente, el Convenio N° 169 en su Parte II regula lo atinente a las tierras indígenas. De especial relevancia para este caso resulta lo estipulado por el artículo 14 de dicho Convenio [...]<sup>46</sup>.

Por lo anterior, afirma la Defensoría:

No cabe duda, por ende, que el Estado costarricense ha reconocido formalmente los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país. Lo mismo se puede decir especialmente del derecho de propiedad comunal que corresponde a tales comunidades en razón de su pertenencia ancestral. 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.

De lo anterior se puede establecer que en Costa Rica, por su regulación jurídica, la propiedad indígena es una propiedad de naturaleza colectiva imprescriptible e inalienables [Artículo 3 de la Ley Indígena, Ley N° 6172 de veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete] y, cuya desafectación de este régimen se puede realizar únicamente por ley [Artículo 1 de la Ley Indígena, Ley N° 6172 de veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete], características todas que casi la equipara con los bienes demaniales. Sin embargo a diferencia de estos, no son propiedad del Estado, pues su titularidad está a cargo de la Asociación de Desarrollo Integral de cada Territorio Indígena<sup>47</sup>.

En este sentido, llama la atención la Defensoría al Estado costarricense respecto a recomendaciones internacionales en la materia:

Sobre este tema y dada su plena vigencia, es importante retomar lo señalado por la Defensoría de los Habitantes en su informe de labores correspondiente al período 2000-2001, sobre el llamado de atención que realizó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial del Sistema de Naciones Unidas al Estado de Costa Rica. Mediante la resolución CERD-C-304-Add.71 de fecha 7 de abril del 1999, denominada: Examen de los Informes Presentados por los Estados partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención, se incorporó entre sus sugerencias y recomendaciones lo relativo al acceso, recuperación y tenencia de tierras de los pueblos indígenas de Costa Rica. Sobre este particular el Comité consideró:

“18. El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para lograr la distribución justa y equitativa de la tierra, teniendo en cuenta las necesidades de la población indígena. El Comité subraya la importancia que tiene la tierra para los pueblos indígenas y para su identidad espiritual y cultural, así como el hecho de que los pueblos indígenas tienen un concepto distinto del uso y de la propiedad de la tierra. A este respecto, revestiría gran importancia la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de la Ley para el desarrollo autónomo de los pueblos indígenas”<sup>48</sup>.

Por otra parte, pese al marco legal señalado anteriormente, algunos territorios indígenas aún no se encuentran inscritos a nombre de la comunidad respectiva, lo que ha provocado grandes conflictos para

---

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Costa Rica. 07/04/99.CERD-C/304/Add.71, “Examen de los Informes Presentados por los Estados partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención de Eliminación de la Discriminación Racial”. Citado en el *Informe Anual de Labores 2002-2003*.

los habitantes de estas áreas y el reclamo de los mismos ante el gobierno. Adicionalmente, esta situación se agrava ante la posibilidad de un proyecto hidroeléctrico en la región, provocando gran confusión e incertidumbre en la población. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha señalado:

Además de la situación general de los territorios indígenas reseñada, es importante destacar la situación de los territorios de Térraba, Boruca y Rey Curré, ubicados en la zona de Buenos Aires de Puntarenas, la cual presenta dos elementos que los diferencian del resto de las comunidades indígenas.

El primero corresponde a la intención del Instituto Costarricense de Electricidad de llevar a cabo en esta zona, un mega proyecto que ha denominado, el Proyecto Hidroeléctrico Boruca, también conocido por sus siglas P.H.B., el cual consiste en la construcción de una represa hidroeléctrica de grandes dimensiones que afectaría directamente el Territorio Indígena de Rey Curré y, parcialmente a los Territorios de Térraba y Boruca.

El segundo elemento que particulariza esta región, es el voto N° 3468-2002, de la Sala Constitucional, de fecha 16 de abril del 2002, el cual resolvió un recurso de amparo interpuesto por la anterior Junta Directiva de la Asociación de Desarrollo de Rey Curré y que establece, en su parte dispositiva, lo siguiente: “Por tanto: Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Instituto de Desarrollo Agrario iniciar de inmediato los trámites necesarios para realizar los levantamientos topográficos necesarios para traspasar (registralmente) a las comunidades indígenas correspondientes, los terrenos pertenecientes a la reserva Boruca-Térraba. Dichos planos deberán estar concluidos a más tardar seis meses después de la notificación de esta sentencia. Se condena al Instituto de Desarrollo Agrario al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los cuales serán liquidados en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo”<sup>49</sup>.

Particular atención merecen las recomendaciones emitidas por este ente en relación con el proceso de consulta a las comunidades indígenas, eventualmente afectadas por la represa hidroeléctrica, a saber:

Sobre el particular se emitió un Informe mediante oficio PE-259-96 del 18 de marzo de 1996, correspondiente al Exp. N° 004-22-94, el cual recomendaba al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad: informar a los pueblos indígenas y a la población sobre los avances, investigaciones y las consecuencias de la ejecución de los Proyectos Hidroeléctricos, con el fin de que éstos sean discutidos en el nivel nacional; establecer los mecanismos necesarios para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en la elaboración, planificación y desarrollo de los Proyectos Hidroeléctricos susceptibles de afectarles directamente en sus vidas como en sus recursos naturales; en la manera en que alguno de los Proyectos Hidroeléctricos sea ejecutado, ya sea a corto o a largo plazo, se deberá CONSULTAR a los pueblos indígenas directamente afectados, a través de un procedimiento adecuado, democrático y de buena fe, brindando la información más completa y con la debida antelación posible; consultar a los Pueblos Indígenas a través de los procedimientos adecuados en toda acción que afecte los recursos naturales y arqueológicos que se encuentren dentro de los Territorios Indígenas; todo Proyecto que apunte al desarrollo, debe contemplar los beneficios que deben gozar aquellos pueblos que fueron sacrificados en aras del progreso<sup>50</sup>.

Evidentemente, el tema de los territorios indígenas, los invasores a sus tierras, la tala y caza ilegales y la ausencia de una política estatal clara y con pertinencia cultural a esta situación, es uno de los problemas más grandes que enfrentan los indígenas en Costa Rica. Así lo señala la Defensoría:

A manera de conclusión general sobre el tema de tierras, es claro que en este campo es donde se encuentra la mayor deuda del Estado costarricense con sus poblaciones indígenas, pues el recurrente desinterés en

---

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem.

el cumplimiento de la Ley Indígena ha agravado la crítica situación de la posesión de la tierra dentro de las comunidades indígenas del país, tornando esta situación en un problema de grandes dimensiones, que demanda un cuidadoso pero decidido compromiso de parte de las entidades competentes, que debe involucrar a todos los sectores involucrados respetando las respectivas especificidades<sup>51</sup>.

Finalmente sobre el tema de tierras y territorios indígenas, reitera la Defensoría de los Habitantes la importancia del mismo para los habitantes indígenas:

De los movimientos de reivindicación de derechos, realizados por las Asociaciones de Desarrollo Integral de los veinticuatro territorios indígenas y por las principales organizaciones indígenas de la sociedad civil, el Derecho a la Tierra ocupa, sin lugar a dudas, un lugar preeminente, en razón que la lesión a este derecho, lamentablemente se mantiene tan vigente en la actualidad como en los últimos 500 años.

Los pueblos indígenas tienen una relación con sus tierras que trasciende los elementos del dominio (propiedad, posesión, uso, disfrute, entre otros) y su valor económico, Esta especial forma de vinculación cultural (y en algunos casos espiritual) con sus territorios se plasma en un régimen de propiedad colectiva tutelado nacional e internacionalmente. A pesar de lo anterior, el irrespeto de sus territorios, la imposibilidad de su uso y disfrute por cuanto éstos no han sido expropiados en algunos casos y, las constantes invasiones por personas no indígenas, impiden el disfrute efectivo de dicho derecho<sup>52</sup>.

Y señala la trascendencia de este derecho desde la tutela del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, redimensionándose el contenido mismo del concepto de territorio:

Asimismo, cabe indicar que se ha dado una importante expansión en el alcance de este Derecho en virtud de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la cual se ha señalado que el Derecho de los Pueblos Indígenas a sus territorios ancestrales es parte, también, del Derecho a la Salud, el cual por su naturaleza exige una conducta de protección aún más activa de la Administración Pública.

“[...] Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”. Sentencia del 17 de junio de 2005 relativa al caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa (paraguaya) contra el Estado de Paraguay<sup>53</sup>.

## 5. El derecho a la consulta

Las formas de relacionarse los pueblos indígenas y las autoridades coloniales, hasta los actuales Estados, ha sido diversa. En un principio se negó su humanidad. La resistencia impidió su aniquilamiento, pero la intolerancia y falsa superioridad del conquistador, trataron de eliminar del “otro” todo lo que les era diferente. Se les conceden ciertos “derechos” y con el nacimiento de los Estados,

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Informe Anual de Labores 2005-2006.

<sup>53</sup> Ibidem.

nuevamente los habitantes indígenas son invisibilizados como culturas diferenciadas. Se impuso un modelo homogéneo, único y vertical, “donde el otro” tampoco tenía cabida.

Estas son las relaciones de poder (coloniales e independentistas) con las que rompe el Convenio 169 de la OIT, convirtiéndolo en el instrumento jurídico más completo y específico para garantizar el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esto lo logra mediante principios de consulta, participación y autodeterminación, como política general del mismo. ¿Cómo no imponer criterios, políticas públicas o programas que puedan afectar a los pueblos indígenas? Precisamente consultándoles, haciéndolos partícipes de su propio desarrollo.

La consulta es en realidad un proceso, con fases que pueden implicar mucho tiempo, recursos y estrategias de aprendizaje mutuo. Es el deber de informar adecuadamente a una comunidad (local o nacional) y conocer su parecer en sus propios idiomas, por medio de sus autoridades tradicionales, y luego emitir un criterio sobre la propuesta planteada. Es una forma democrática de participación que reviste elementos a considerar, y sobre los cuales, la Defensoría de los Habitantes ha hecho ver al sector público y la sociedad civil en general que:

De todos los derechos consagrados en el Convenio N° 169, instrumento tutelar de derechos fundamentales, el más controvertido, dada la falta de precisión de sus alcances, es el denominado “Derecho de Consulta” establecido en el artículo 6 del Convenio, del cual se deriva la obligación del Estado costarricense de consultar a los Pueblos Indígenas, mediante procedimientos aprobados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Anteriormente, la Defensoría de los Habitantes ha llamado la atención de la Asamblea Legislativa sobre la necesidad de reglamentar este derecho, ya que por su escaso desarrollo en el texto del Convenio y, los contradictorios criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala Constitucional, se ha propiciado en la actualidad un estado de incertidumbre para los funcionarios públicos que deben aplicar esta normativa de inseguridad jurídica para las poblaciones indígenas de Costa Rica beneficiarias de ella.

En primer término, se deben establecer normas claras sobre si todas las medidas estatales requieren ser consultadas o si existen materias que estarían exentas de consulta dada su poca trascendencia. En segundo lugar, debe aclararse qué tipo de medidas deben consultarse sólo a los representantes de las comunidades o si por el contrario, existen algunos temas que por su naturaleza, contenido, alcance o impacto, deban consultársele necesariamente a toda la comunidad. En este mismo sentido, se llama la atención sobre la necesidad de reglamentar los procedimientos de consulta y mecanismos de revisión específicos para estos procesos, distintos del Recurso de Amparo, proceso que por su sumariedad no permite un análisis adecuado de una posible violación a este derecho<sup>54</sup>.

En informes posteriores, el derecho a la consulta fue ampliamente desarrollado por este ente, acotándose: “El reconocimiento de este Derecho es, en palabras de la Comisión de Expertos en Aplicación de Tratados de la OIT, el mayor avance en materia de derechos de Pueblos Indígenas, constituyendo la piedra angular sobre la que descansa el Convenio N° 169”<sup>55</sup>.

Siendo este tema de vital importancia para los pueblos indígenas y no existiendo lineamientos claros del mismo por parte de la administración pública en el país, la Defensoría de los Habitantes desarrolló los principales elementos constitutivos de este derecho.

---

<sup>54</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

<sup>55</sup> Ibidem.

## **I. Procedimientos apropiados**

El Convenio no establece una tipología especial ni una descripción detallada de los procesos que a su criterio sean los más adecuados. Se debe resaltar que incluso el convenio se abstiene de establecer las características mínimas que debe presentar un proceso, para considerarse “adecuado”.

Este silencio en relación con el tema de los procesos, tiene su razón de ser en la gran variedad de etnias que a nivel global podrían ser comprendidas dentro de los términos “Pueblos Indígenas” o “Pueblos Tribales”.

[...] Por lo anterior, entiende la Defensoría de los Habitantes que al momento de considerar si un proceso puede ser adecuado para satisfacer el contenido esencial del Derecho de Consulta, el Estado costarricense debe tomar en cuenta dos elementos; en primero lugar, los aspectos socioculturales de cada comunidad y, en segundo, debe considerar tanto la temática sobre la que versará la consulta así como su grado de alcance general o local.

De lo anterior es claro que la determinación de si un procedimiento es adecuado deberá hacerse caso por caso respetando los principios establecidos tanto en el Convenio 169 como otros principios consagrados en la propia Constitución Política, entre los que se debe destacar, el principio democrático y los de razonabilidad y proporcionabilidad<sup>56</sup>.

## **II. La consulta debe realizarse a los representantes de los pueblos indígenas**

En cuanto a quién debe ser la persona, organización o grupo consultado, el mismo inciso 1) del artículo 6 [del Convenio 169 de la OIT], establece:

“(...) mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas (...) La discusión relativa a quién es el representante legal de las comunidades indígenas en el ámbito nacional, es tal vez uno de los puntos sobre el que la Defensoría de los Habitantes ha detectado un grado mayor de confusión por parte de las instituciones públicas de Costa Rica”.

[...] La falta de una legislación unitaria que regule todo lo relativo a aspectos relacionados con las poblaciones indígenas, ha derivado en una serie de confusiones respecto a quién es e interlocutor válido al momento de que el Estado o cualquier ente externo, deba relacionarse con alguna comunidad indígena.

A lo anterior, es necesario agregar que a lo largo de los últimos treinta años varias organizaciones no gubernamentales e incluso la propia Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (en adelante CONAI), han pretendido ostentar esta representación.

[...] Por su parte en lo que respecta a la CONAI, no son pocas las ocasiones en que esta Defensoría ha señalado que esa institución, jurídicamente es el ente estatal rector en materia indígena, y su función es ser un facilitador entre los representantes de las comunidades indígenas y las demás instituciones estatales.

[...] En este contexto, la Defensoría de los Habitantes desea destacar que ni la CONAI –ente público menor– ni las organizaciones no gubernamentales, ostentan la representación de las comunidades indígenas costarricenses; sin embargo, la coordinación que el Poder Ejecutivo realice con estas entidades podría ser la llave para un adecuado proceso de consulta, aprovechándose los conocimientos sociológicos, antropológicos y culturales que las comunidades indígenas poseen y que facilitarían el cumplimiento de las obligaciones estatales para con ellas y el efectivo respeto y goce de sus derechos fundamentales a partir de su cultura.

---

<sup>56</sup> Informe Anual de Labores 2003-2004.

[...] Podemos concluir que el sistema jurídico nacional establece respecto de la relación entre comunidades indígenas y el Estado un sistema triangular constituido de la siguiente forma: **Estado** como ente garante del respeto y goce de Derechos Fundamentales y prestatario de servicios, **las Asociaciones de Desarrollo Integral** de los Territorios Indígenas como representantes de cada Territorio y, **la CONAI**, como instancia operativa promotora y facilitadora de la dinámica institucional de y hacia las comunidades indígenas costarricenses, cuya naturaleza es la de un ente público menor parte del Estado<sup>57</sup>.

### III. Obligación de consultar toda medida

A criterio de la Defensoría de los Habitantes, el mandato expreso del Convenio en cuanto a la materia susceptible de ser consultada es sumamente amplio, en tanto demanda que cada medida que se relacione directamente con las comunidades indígenas deba serles previamente consultada.

Así, entiende la Defensoría que el espíritu de esta normativa es que las comunidades indígenas conozcan las acciones estatales que les afectarán directamente, lo anterior implicaría que una consulta planteada en términos generales, no exime a las autoridades públicas de las ulteriores consultas derivadas de la puesta en práctica de esos lineamientos generales.

En cuanto al grado de detalle de las actuaciones a consultar, si bien el convenio es omiso, la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad se establecen como parámetro para tal valoración. Por lo anterior, es criterio de esta institución que si bien se deben consultar las medidas concretas que el Estado implementará, no es necesario consultar las acciones operativas que ejecutan la medida consultada, salvo que estos actos revistan un grado especial de importancia que les otorguen una identidad propia, con efectos individualizables.

Es importante señalar que no existe impedimento para que el Estado o alguna de sus instituciones, realice varias consultas en un mismo proceso sobre materias conexas, ello, siempre que no sean vulnerados los demás elementos esenciales o mínimos del proceso (convocatoria detallada para cada punto a ser consultado)<sup>58</sup>.

### IV. Deber de consultar toda medida legislativa o administrativa

(...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas (...) El Estado democrático y su tradicional división de poderes fundamentan la clasificación de las actuaciones de sus diferentes componentes atendiendo al ejercicio de cada una de sus funciones, a saber: actuaciones legislativas, actuaciones administrativas y actuaciones judiciales, Aquí es importante destacar que salvo el caso de las actuaciones judiciales monopolizadas por el Poder Judicial, éstas no siempre concuerdan con la división de Poderes establecida en el artículo 7 de nuestra Constitución Política. A manera de ejemplo podemos indicar que una actuación administrativa de apertura de una oficina, podría ser realizada por cualquiera de los poderes de la República.

De lo anterior, puede concluirse que únicamente estarían exentas de consulta las actuaciones judiciales, esto en virtud del resguardo del principio de independencia judicial, lo cual no implica modo que, en el estado actual del ordenamiento, califican como “instituciones representativas” de los habitantes de las reservas<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Ibidem.

## **V. Necesidad de una afectación directa de la medida**

Si bien el Derecho de Consulta es uno de los ejes centrales del Convenio N° 169 de la OIT el derecho de los Pueblos Indígenas de ser consultados, no es oponible respecto de todo el quehacer del Estado. En este sentido, la posibilidad de una afectación indirecta o eventual a las poblaciones indígenas, no crea la obligatoriedad del Estado de realizar todo un proceso de consulta.

En relación con este aspecto la disposición bajo análisis indica “(...) susceptibles de afectarles directamente”.

Respecto del requerimiento de la afectación directa de la medida para que ésta deba ser consultada, la Sala Constitucional [Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3886-97, de las once horas y treinta minutos del cuatro de julio de 1997] ha considerado:

“V.- Lo anterior implica que, para la resolución del caso en examen, habría que definir en primera instancia si el acto impugnado afectó directamente a los habitantes de dichos territorios. Existen al respecto dos elementos que son determinantes para llegar a una conclusión sobre este cuestionamiento. Por un lado, está el hecho de que la totalidad de los guarda-reservas son, a su vez, miembros de las comunidades indígenas que habitan las reservas. Por otro, que la actividad que llevan a cabo esos funcionarios, que es fundamentalmente la protección de los bosques y la vigilancia de las reservas, tiene una incidencia directa en el ámbito de la seguridad de los habitantes, los bienes, el medio ambiente y el territorio de la reserva indígena. De lo anterior se infiere que, en efecto, la adopción de esta medida por parte del Instituto de Desarrollo Agrario trajo aparejada una afectación directa a los pobladores indígenas de las reservas, afectación que infringe el ámbito de protección del régimen especial que se le aplica a estas comunidades”<sup>60</sup>.

## **VI. La consulta debe ser previa**

En cuanto al momento en que debe realizarse este procedimiento la Defensoría de los Habitantes considera que, la consulta debe hacerse antes de la oficialización del acto o de la medida susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas.

En este sentido, de la lectura integral del Convenio se desprende la complementariedad del derecho de participación y el derecho de consulta. Así durante la etapa de elaboración y con base en el derecho de participación establecido en los artículos 1 y 3, los Pueblos Indígenas colaboran directamente con el Estado y, una vez que éste ha preparado el documento final que materializa la medida administrativa o legislativa, debe consultarlo a las poblaciones indígenas.

Dado que en algunas ocasiones los Estados han implementado medidas sin la realización del respectivo proceso de consulta, considera esta Defensoría que si bien el espíritu y el texto expreso del convenio establecen que la consulta debe realizarse ex ante, en el supuesto de que la medida ya esté en vigencia, corresponde su anulación, salvo cuando ésta pudiera representar mayor perjuicio para las propias comunidades indígenas, en cuyo caso deberá seguirse el principio de preservación del acto, debiendo ejecutarse posteriormente la consulta para analizar sus efectos<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

## **VII. La participación de la consulta debe ser libre**

Respecto del contenido de este concepto de libertad, la Defensoría de los Habitantes considera que esta condición establecida en la letra b del inciso 1 del artículo 6 del Convenio, hace referencia no sólo a la libertad física sino también a la libertad intelectual.

Así, no es posible entender un proceso de consulta libre en el cual las poblaciones consultadas no tengan un pleno conocimiento de la materia consultada. Es importante recalcar que el Estado o cualquiera de sus instituciones al momento de realizar un proceso de consulta deben informar adicionalmente de todas las posibles consecuencias tanto positivas como negativas de las medidas consultadas.

Adicionalmente, entiende la Defensoría de los Habitantes que para que esta libertad sea completa, el Estado no puede limitar con plazos reducidos la potestad de pronunciamiento, impidiendo que las comunidades consultadas investiguen sobre los temas sometidos a su parecer. Cabe aclarar que sobre este particular no es posible establecer un plazo general pues éste estaría determinado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad aplicados al proceso concreto<sup>62</sup>.

## **VIII. Aplicación del principio de Buena Fe**

El Principio de Buena Fe, es indudablemente el eje medular del Derecho de Consulta, pues una interpretación amplia de éste, trasciende aspectos jurídicos y socio-antropológicos, permitiendo el respeto de la dignidad y autonomía de los Pueblos Indígenas del mundo.

Por lo anterior, considera la Defensoría de los Habitantes que este principio debe no sólo informar a los procesos de consulta a los Pueblos Indígenas, sino que debe constituirse en el punto de partida de la relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas.

En esta misma dirección, desarrollando la obligación de respetar este principio establecido en el inciso 2 del artículo 6, la Sala Constitucional mediante, voto 3515-97 consideró:

“Tómese en cuenta que, además de esa obligación genérica de interpretación de los tratados, existe una obligación especial en el propio Convenio No. 169 de la OIT, en formular una consulta a los Pueblos Indígenas, de conformidad con el principio de buena fe, según lo establece el artículo 6.2 de ese mismo cuerpo normativo. Lo anterior significa que toda actividad encubierta esta proscrita, y más bien, la obligación del Estado costarricense es la de ser transparente en el manejo de los asuntos indígenas.

De esta forma, las políticas del Gobierno deben ser puestos en conocimiento y consulta de los Pueblos Indígenas antes de su adopción y ejecución”.

En este sentido es necesario destacar que la aplicación del Derecho de Consulta debe depender de criterios de identidad y especificidad culturales y no de un concepto de territorialidad, pues en este último supuesto se estaría aplicando el término Reserva Indígena, en términos discriminatorios, pues sólo disfrutaría de este derecho las comunidades indígenas que subsistan bajo este régimen jurídico<sup>63</sup>.

## **IX. Los procedimientos deben ser flexibles y adaptables**

Si bien la Defensoría de los Habitantes de la República ha insistido en la necesidad de reglamentar a nivel nacional el derecho de consulta, se aclara que tal recomendación no debe ser entendida en el sentido de establecer un proceso único, rígido y general de consulta.

---

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

En aplicación del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento costarricense debió realizar desde hace varios años, un desarrollo normativo del Derecho de Consulta, que debería permitir un ámbito razonable de flexibilidad en estos procesos de acuerdo con el tema consultado u otras particularidades específicas, a partir de los principios jurídicos que derivan del Convenio N° 169 OIT<sup>64</sup>.

## **X. Financiamiento**

El tema del aporte de los recursos financieros necesarios para la realización de los procesos de consulta resulta de especial interés pues éste ha sido el principal argumento para que distintas entidades estatales no realicen procesos de consulta.

En relación con este tema, el inciso 2 del artículo 15 establece que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados.

De lo anterior, es claro que si bien el derecho de consulta está destinado a la protección de las comunidades indígenas, los costos de su realización no pueden ser, bajo ningún supuesto, trasladados a éstas.

Aquí debe agregarse como se ha indicado, que si bien los gastos de estos procesos corresponden al Estado, las comunidades indígenas se encuentran plenamente habilitadas para aportar recursos de todo tipo, a fin de lograr un proceso de consulta participativo, libre y transparente<sup>65</sup>.

Sobre este último punto en particular, la Defensoría le ha recordado a las instituciones públicas que:

La búsqueda del respeto efectivo del derecho de consulta a favor de las comunidades indígenas por parte de las instituciones públicas, ha sido uno de los principales ejes de acción de la Defensoría de los Habitantes, pues en el tanto conozcan las acciones estatales (administrativas o legislativas) que puedan afectarlos directamente, en esa misma medida podrían implementar acciones para la defensa, ejercicio y promoción de sus demás derechos.

[...] Por otra parte, en virtud de la existencia de una resolución de la Sala Constitucional que consideró que la CONAI, al momento de ejecutar su presupuesto, está obligada a consultar a los pueblos indígenas específicamente en lo que atañe a los programas dirigidos a la promoción del desarrollo de estas comunidades, la Defensoría de los Habitantes procedió a la apertura de una investigación de oficio, para determinar si se respeta el Derecho de Consulta, en los términos apuntados por el tribunal constitucional.

Al requerirse información sobre el particular, la CONAI informó que la realización de procesos de consulta está condicionada a la disponibilidad presupuestaria de la institución.

La Defensoría de los Habitantes recordó, que el respeto al Derecho de Consulta no es una cuestión discrecional, cuya eficacia esté sujeta a la disponibilidad presupuestaria; asimismo, que respecto del deber de las instituciones públicas de no vulnerar los derechos fundamentales, la Sala Constitucional en no pocas resoluciones ha considerado que, la falta de recursos por parte de las instituciones públicas, no puede ser una objeción para no respetar los derechos humanos<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Informe Anual de Labores 2004-2005.

## 6. Aplicación de la legislación indígena

La incorporación de la legislación internacional, como el Convenio 169 de la OIT a las leyes nacionales y de aplicación inmediata, conjuntamente con la Constitución Política, las leyes y reglamentos, es un tema complejo y de gran resistencia por una gran parte de la comunidad jurídica de nuestros países. Ello, pese a que la doctrina internacional de los derechos humanos y el sistema internacional, descansa sobre la premisa de un orden jurídico superior a los Estados mismos, cuya transgresión acarrea responsabilidad internacional.

Asimismo, la adecuación de la legislación secundaria a las disposiciones de orden superior, es también una obligación de los Estados. En gran parte, es aún una tarea pendiente. En el caso de Costa Rica, esta situación ha sido analizada por diversos entes, entre los cuales se destaca la Defensoría de los Habitantes, señalando:

Indiscutiblemente, este Convenio es el cuerpo normativo que a la fecha sistematiza y desarrolla gran parte los derechos de los pobladores indígenas de Costa Rica. Ello fundamentalmente por dos razones:

- La legislación precedente (Ley Indígena y Ley de CONAI), si bien al momento de su emisión, significó un avance en el reconocimiento de los derechos de los pobladores indígenas de Costa Rica, lo cierto es que respondieron a corrientes integracionistas y de igualación de las comunidades indígenas con el resto de la población, orientación que se inspiró en los principios consagrados en el Convenio N° 107 de la OIT. A la fecha, la desactualización de esta normativa hace imperante su revisión profunda, pues la realidad que debe regularse ha sufrido profundos cambios desde su promulgación. Así mismo, es claro que en el ámbito internacional las tendencias integracionistas, han dado paso a la nueva corriente de respeto a la diversidad étnica y cultural y al principio de autodeterminación, plasmados en el Convenio N° 169 de la OIT, lo cual constituye un significativo cambio de enfoque más abocado al reconocimiento de la igualdad a partir de la diversidad y a su respeto.
- Por la jerarquía jurídica que ostenta el Convenio N° 169 ha sido posible que la Sala Constitucional desarrolle e interprete, vía jurisprudencial, los derechos en él contemplados, situación que a la vez ha permitido ejercer controles de constitucionalidad de las medidas aplicadas por el Estado en esta materia. El Convenio N° 169 introdujo un cambio de perspectiva en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Convenio N° 169 presenta tres aspectos básicos: Identidad Indígena; Reconocimiento de la autonomía y respeto de las formas de organización de los Pueblos Indígenas; y, Consulta y participación necesaria a los Pueblos Interesados (reconocimiento de su autonomía). Estos tres pilares se dirigen al reconocimiento de las aspiraciones de los Pueblos Indígenas a su autonomía. Dentro de estas aspiraciones está que se reconozca su derecho consuetudinario o modos de resolución de los conflictos. Los principios de reconocimiento y el respeto, son la clave de la diferencia respecto del Convenio N° 107 que proponía como base la integración; así, el Convenio N° 169 propone como fundamento transversal el reconocimiento y respeto de estos Pueblos y de sus formas de organización autónoma.

[...] Al tiempo que el Convenio 169 se constituye en Ley de la República en el año de 1992, la Defensoría de los Habitantes desde su inicio de labores en 1993, ha recibido denuncias en forma sistemática sobre la violación de los derechos de los pueblos indígenas. Cabe destacar que si bien la mayor parte de estas denuncias no obedecen a faltas dolosas por parte de los funcionarios públicos y operadores jurídicos, su origen se ubica en el desconocimiento de esta normativa y los derechos en ella reconocidos, lo que se suma a la invisibilización y vejación histórica sufrida por estos pueblos ancestrales<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

## 7. Especificidad cultural indígena

Principios universales de la persona como la igualdad y la libertad, sentaron las bases para hacer las diferencias o especificidades en la humanidad: se es mujer, migrante, indígena, trabajadora, etc. Tratándose de pueblos indígenas, su identidad está íntimamente ligada al concepto amplio de territorialidad o hábitat de sus ciudadanos. Idiomas, tradiciones, espiritualidad, familia, etc., conforman y dan cuerpo al sentido de pertenencia de un pueblo.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas, abarcan una serie de derechos colectivos que dan vida al mundo indígena y sus relaciones con todos los seres de la naturaleza. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha señalado:

El derecho al reconocimiento de la especificidad indígena es la base del sistema de protección especial y el fundamento del elenco de derechos humanos que podrían denominarse especiales, pues es en virtud de la existencia de las particularidades culturales que se requiere de un sistema jurídico que brinde una protección reforzada de los derechos de estos pueblos.

En relación con sus alcances y contenido, este derecho consiste en la posibilidad de un individuo, pueblo o comunidad indígena, de gozar de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas propias de su identidad indígena y la garantía de su tutela por parte de los Estados en los que habitan, en el tanto no lesionen los derechos humanos o dignidad de sus miembros o de terceras personas.

El derecho al respeto a la especificidad cultural indígena tiene como correlativo una doble obligación para los Estados. En primer lugar, se establece una obligación directa de respeto por parte de los entes de naturaleza pública (estatal o no), que se relacionen de cualquier forma con personas pertenecientes a un pueblo indígena. Como segunda obligación, el derecho al respeto de su especificidad indígena, implica también la obligación de los Estados de establecer mecanismos procesales para su garantía, ante lesiones actuales o potenciales provenientes del propio aparato estatal o de terceras personas, así como obligaciones de promoción o fomento que permitan su libre y adecuado ejercicio.

En su dimensión constitucional -esto es como derecho fundamental-, la obligación de respetar la especificidad cultural de los pueblos indígenas de Costa Rica, se ha derivado según la Sala Constitucional, del artículo 76 de la Constitución Política. En su dimensión internacional -como derecho humano- esta prerrogativa se encuentra ampliamente desarrollada en el articulado del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), ratificado por Costa Rica mediante Ley N° 7316, de fecha 4 de diciembre de 1992<sup>68</sup>.

En forma particular, algunas formas que invisibilizan la especificidad indígena, son las que nos presenta este ente a continuación:

Cabe destacar que este derecho debe ser reconocido y respetado por las instituciones públicas incluso en las áreas de la actividad estatal que tradicionalmente no tienen una relación directa con esta población. Así las cosas, la Defensoría de los Habitantes, en el marco del conocimiento de un caso de una mujer indígena menor de edad a quien no se le permitía la visita a su compañero que se encuentra privado de libertad, pues debía ser acompañada por una persona mayor de edad, a pesar de tener constituida una familia con varios hijos reconocida por la comunidad Bribri, se recomendó a la Dirección General de Adaptación Social, la modificación del Reglamento de Visitas del Sistema Penitenciario Costarricense (Decreto Ejecutivo 25881-J), a efecto de incorporar parámetros de valoración de las solicitudes de visitas, para que se respete el instituto de la familia según la configuración tradicional de cada pueblo indígena.

<sup>68</sup> Informe Anual de Labores 2004-2005.

En relación con este asunto, la Dirección del Instituto Nacional de Criminología informó que se giraron instrucciones a las Coordinadoras de las Áreas Comunitaria y Jurídica para que conformen una Comisión que analice lo que recomendado.

En este mismo sentido y producto de denuncias recibidas de personas indígenas de la comunidad de Ujarrás, en relación con la producción y consumo de licor de contrabando y el abuso en la ingesta de fermento de maíz (chicha), la Defensoría de los Habitantes llamó la atención del Ministerio de Seguridad Pública y la Municipalidad de Buenos Aires, para que al momento de iniciar la búsqueda de una solución integral a estos problemas, las instituciones públicas diferencien el problema del abuso en el consumo del fermento de maíz, del problema de la producción y consumo del “licor clandestino”. En el caso de la chicha, se debe tener presente que esta bebida es expresión de una tradición ancestral de estos pueblos, por lo que la atención a la problemática del abuso de su ingesta, necesariamente tiene que ser abordado en coordinación con otras instituciones del sector público, como lo serían la CONAI y el IAFA, así como con la asociación de desarrollo indígena respectiva, por las particularidades que esta situación presenta.

En cuanto a la producción y consumo de licor clandestino, la situación que se presenta es muy diferente, dado que esta actividad no constituye parte de las prácticas y costumbres indígenas. Así las cosas, respecto a este aspecto concreto la posición de las instituciones públicas sí debe ser firme no sólo en las comunidades indígenas sino en todo el territorio nacional<sup>69</sup>.

## 8. Recolección de café y mano de obra indígena

La migración indígena es un tema muy poco tratado a nivel nacional e internacional<sup>70</sup>. Recién se visualiza la movilización (interna y externa, temporal y permanente) de habitantes indígenas de todo el continente, en busca de mejores condiciones de vida. En el caso de Costa Rica, miles de habitantes indígenas ngäbes y bribris, procedentes de las comarcas indígenas de Panamá, se desplazan anualmente para participar en la recolección del café en la zona sur y de los Santos del país.

En este proceso de desplazamiento, intervienen múltiples factores que ponen en riesgo la integridad de sus habitantes, principalmente de personas menores de edad y mujeres (embarazadas), ya que culturalmente, los pueblos indígenas se desplazan con sus familias (en sentido amplio), lo que los ubica en condiciones de mayor vulnerabilidad. Así, enfermedades, falta de documentos migratorios, costumbres distintas, carencia de seguro médico e idiomas diferentes, entre otros, son barreras u obstáculos contra los cuales debe luchar la persona migrante indígena.

Las condiciones laborales y de las viviendas donde se alojan estas personas en las fincas de café, han sido denunciadas como infrahumanas: la falta de estructuras mínimas donde vivir; la carencia de agua potable; el mal tratamiento de aguas residuales; la desatención médica; el pago de salarios inferiores a los mínimos legalmente establecidos, fueron abusos que requirieron la intervención de organismos de derechos humanos, academias como la Universidad Nacional, instituciones públicas como el Ministerio de Salud, Trabajo, la Caja Costarricense del Seguro Social, Migración, y Defensoría de los Habitantes, para plantear soluciones concretas a una dinámica de repercusiones sociales muy graves.

En este proceso han intervenido tanto los gobiernos de la República de Panamá como de Costa Rica, y en la actualidad, las condiciones de los trabajadores indígenas migrantes han mejorado, y se trabaja en un plan binacional que permita cumplir con políticas públicas con pertinencia cultural en el tema migratorio.

---

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Para más información ver el documento del IIDH “Consulta Especializada sobre Migraciones Indígenas en la región”, realizada en San José de Costa Rica en mayo de 2006. Ver [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr) en Diversidades, Pueblos Indígenas.

A continuación se detalla parte de esta situación intervenida por este ente:

Entre la casuística tramitada [...], cabe destacar, la resolución de una denuncia sobre explotación laboral de mano de obra indígena.

Dicha denuncia indicaba que durante los meses de octubre, noviembre y diciembre, indígenas provenientes de Panamá ingresan por el lado de Coto Brus para trabajar en la recolección del café en la zona de los Santos. Esta denuncia resulta recurrente, puesto que en el año de 1996, la Defensoría de los Habitantes había atendido una situación similar. En esa ocasión, los inspectores del Ministerio de Trabajo de Cartago realizaron las correspondientes visitas de inspección señalando en los informes que de veintidós fincas cafetaleras visitadas, catorce tenían familias indígenas laborando para la recolección de café, las cuales se encontraban en condiciones infrahumanas y de hacinamiento, en algunos casos, en virtud de lo cual las autoridades procedieron a realizar las provisiones correspondientes.

Durante el año 2000, la Defensoría de los Habitantes recibió nuevamente esta denuncia por explotación laboral de habitantes indígenas por parte de los cafetaleros de esa zona, por lo que se inició una investigación al respecto (Exp. N° 8847-22-2000).

En vista de que la denuncia se realizó cuando la época de recolección estaba llegando a su término, la Defensoría de los Habitantes resolvió esperar hasta la próxima época de recolección para que los inspectores del Ministerio de Trabajo realizaran las visitas correspondientes y emitieran el respectivo informe. No obstante que se manifestó el interés de las autoridades de dicha dependencia en proceder conforme con sus competencias, se presentaron problemas para la realización de las inspecciones por la falta de recursos materiales.

Una vez realizadas las visitas y a partir del antecedente referido, la Defensoría de los Habitantes confirmó la situación desfavorable de las personas indígenas que se dedican por temporadas a esta actividad agrícola en la zona de los Santos, la mayoría de ellos proveniente de Panamá. Si bien el ingreso y permanencia en nuestro país de estas personas se realiza en forma indocumentada, cabe tomar en cuenta el grado de desconocimiento sobre los requisitos y trámites para cumplir con la regularización de su estancia en el país, considerando que en su mayoría, hablan su lengua autóctona y no saben leer ni escribir en español, condición migratoria que no legitima el abuso en relación con sus derechos laborales.

La violación de los derechos laborales por parte de los productores de café que incurren en esta práctica genera, además, un problema social en el campo de la salud, puesto que los meses que las personas indígenas se encuentran laborando en las fincas cafetaleras no cuentan con el respectivo seguro social y el seguro de riesgos laborales, por lo que la atención médica de estos trabajadores y sus familias es deficitaria o inexistente debiendo el Estado, en garantía del derecho fundamental a la salud, asumir esta obligación ante el incumplimiento de algunos de los patronos de estas fincas cafetaleras.

Al respecto La Defensoría de los Habitantes recomendó al Ministro de Trabajo mediante oficio N° 3458-2001 DHR del 30 de abril del 2001, PRIMERO: Disponer lo necesario para que a los funcionarios de las oficinas regionales de inspección que atienden la zona de los Santos, se les suministre los recursos básicos para que realicen las inspecciones de barrida durante la época de recolección de café. SEGUNDO: Suministrar los recursos necesarios a los Inspectores de la Oficina Regional de Cartago, para que se brinde un seguimiento en aquellas fincas cafetaleras de la zona de los Santos en donde se han realizado prevenciones<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Informe (adicional) Anual de Labores 2000-2001.

## 9. Condiciones socioeconómicas

Los pueblos indígenas han sufrido distintos procesos históricos de exclusión y discriminación que se extienden hasta nuestros días. La imposición de patrones externos y el despojo de sus territorios originarios, han provocado la muerte de millones de habitantes indígenas en todo el continente. La invisibilización de esta realidad, es una forma contemporánea de discriminación por la que los movimientos indígenas de la región han luchado incansablemente a través de los siglos.

En Costa Rica, las condiciones de vida de las comunidades indígenas, son muestra de este entorno descrito anteriormente. Así lo demuestran los estudios y datos que acota la Defensoría:

Como punto de partida para este análisis debe señalarse el dramático desfase entre las condiciones de vida de los indígenas y las de los demás nacionales o residentes en Costa Rica, esto de acuerdo con los resultados del Censo de Población del 2000 y que han sido sistematizados, entre otros, en el VIII Informe del Estado de la Nación.

De la información contenida en estas referencias, se puede establecer con plena certeza que estas personas, pese al reconocimiento formal de sus territorios, en su mayoría viven fuera de ellos como una estrategia de superación de las desventajosas condiciones socio-económicas allí imperantes.

De acuerdo con el Censo de Población del 2000, los indígenas representan el 1,7% de la población del país, de los cuales tan sólo el 42% de ellos habita en los 24 territorios establecidos. Un 18% reside en la periferia, distritos aledaños a los territorios indígenas y de los que viven en el resto del país, el 38% se identifica como nacidos fuera de Costa Rica.

Por otro lado, dentro de los territorios indígenas reside el 0,9% de la población nacional; sin embargo, no todos son indígenas, siendo que el 18% declaró no pertenecer a esa etnia<sup>72</sup>.

Sobre las personas menores de edad, indicó:

La estructura por edad y sexo muestra que esta población es más joven que la del resto del país. El porcentaje de personas menores de 15 años es de 46% y las de 65 años y más es de 3,7%, cifra que fuera de los territorios alcanza el 5,6% para los no indígenas. La fecundidad de las mujeres indígenas es superior a la del resto de mujeres del país: en promedio tienen 4,1 hijos, frente a un promedio de 2,7 para las mujeres no indígenas del resto del país<sup>73</sup>.

En relación con el tema educativo, se señaló:

En cuanto a la situación educativa, en el último Informe del Estado de la Nación, se señaló: “Respecto a la educación también se observan diferencias significativas: la escolaridad promedio dentro de los territorios es de 3,6 años; Telire, Alto Chirripó y Bajo Chirripó tienen menos de un año de educación formal. El analfabetismo de los no indígenas en el resto del país (4,5%) contrasta con el de los indígenas en territorios (30%) (...). Sobresale el pueblo cabécar con un 50% de analfabetismo, donde Telire, como territorio, tiene un 95%. Cabe destacar que la asistencia a la educación general básica de la población de 5 a 15 años entre los indígenas dentro de los territorios es del 56%, cifra que contrasta con el 85% de los no indígenas en el resto del país”<sup>74</sup>.

Sobre las actividades laborales, se dijo:

---

<sup>72</sup> Informe Anual de Labores 2002-2003.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem.

En cuanto a las actividades productivas realizadas, el 50% de la población de 12 años y más dentro de los territorios pertenece a la fuerza de trabajo; la gran mayoría, 88%, se dedica a la agricultura y el 42% trabaja en ocupaciones no calificadas.

En este sentido, se obtuvo que el 80% de los hogares dentro de territorios tiene acceso a tierras para agricultura, pastos y otros usos agrícolas, de las cuales el 95% son propias y el resto alquiladas, en esquileo o bajo otras formas de posesión<sup>75</sup>.

En relación con las viviendas se mencionó:

Un aspecto que permite estudiar las condiciones de vida de la población en territorios indígenas son las características de las viviendas que habitan sus pobladores y los servicios básicos de que disponen.

En este sentido, se advierte que el promedio de personas por vivienda es de 5,3, el cual es superior al que se registra en el resto del país (4,1). Respecto al estado de las viviendas, bajo el criterio tradicional de la población no indígena, se tiene que en los territorios indígenas el 27% se encuentra en buen estado, en regular estado un 41% y en mal estado un 32%, mientras que de las viviendas en la periferia un 48% está en buen estado y en el resto del país el 65% tiene tal condición.

Los resultados en cuanto a los servicios básicos muestran que el 46,5% de las viviendas dentro de territorios indígenas se abastece de agua por tubería dentro de la vivienda, pero únicamente el 29% de esa agua proviene de un acueducto; sólo el 21% tiene tanque séptico, predominando la letrina (65%), y el 38% dispone de electricidad. Estos porcentajes contrastan con los que se obtienen para las viviendas del resto del país, en las que los indicadores de agua proveniente de acueducto, tenencia de tanque séptico y electricidad superan el 90%.

En relación con estas condiciones, al igual que en los otros temas comentados, se presentan diferencias importantes entre los mismos territorios indígenas, destacándose como más vulnerables aún los correspondientes a los pueblos Cabécar y Guaymí<sup>76</sup>.

Y en forma general, sobre las carencias de estos habitantes, se señaló:

En cuanto a satisfacción de necesidades y presencia de carencias, el último Informe del Estado de la Nación señala que dentro de los territorios, tan sólo el 7,6% de los indígenas no tiene ninguna carencia, al igual el 14,4% de los no indígenas. Estos porcentajes van mejorando para los indígenas conforme se alejan de los territorios; el 29,4% de los que habitan en la periferia no tiene carencias, como tampoco las tiene el 36,2% de los indígenas residentes en el resto del país. Sin embargo, estas cifras contrastan con el 60,4% de los no indígenas del resto del país sin carencias.

No obstante el alto nivel de necesidades, se reconoce a las comunidades indígenas una significativa contribución solidaria en muchos aspectos, como la prevención de daños por inundaciones en la zona atlántica, al operar los 37 puestos de vigilancia de las cuencas altas de los ríos de esa vertiente, lo que permite alertar con de 6 a 14 horas de anticipación a los comités locales de emergencia de las zonas bajas. [La Información estadística fue extraída del “Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Estado de la Nación” en *Desarrollo Humano Sostenible: Octavo Informe 2001*, Proyecto Estado de la Nación, San José, Costa Rica, 2002. p. 119].

Los indicadores socio-demográficos citados evidencian las condiciones de desigualdad en las que viven las comunidades indígenas de Costa Rica respecto del resto de los habitantes de país. Estos porcentajes son el reflejo de las lamentables condiciones en las que se encuentran estas personas y un claro trazado del camino que debe tomar el Estado costarricense, en procura del desarrollo de una estrategia que garantice la equidad en el desarrollo nacional<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ibidem.

# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal  
Presidente Honorario

Sonia Picado S.  
Presidenta

Mónica Pinto  
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan  
Vicepresidenta

Pedro Nikken  
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba  
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Florentín Meléndez  
Paolo G. Carozza  
Víctor E. Abramovich  
Clare Kamau Roberts  
Paulo Sérgio Pinheiro  
Felipe González  
Luz Patricia Mejía

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga  
Diego García-Sayán  
Manuel E. Ventura Robles  
Sergio García-Ramírez  
Leonardo Franco  
Margarette May Macaulay  
Rhady Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.