



LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COSTA RICA UNA CONTRASTACIÓN DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL CON LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU IMPLEMENTACIÓN

CHRISTIAN SCHLIEMANN*

Resumen

El artículo muestra qué obligaciones incumben al Estado de Costa Rica frente a los pueblos indígenas del país, en virtud de normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Este estándar internacional se comparará con la legislación actual de Costa Rica con respecto a los pueblos indígenas y su implementación. El artículo se enfoca en el derecho a las tierras y recursos naturales, la autoorganización, el desarrollo propio, el mantenimiento del derecho propio, así como en la educación. El resultado de esta comparación muestra que algunos problemas graves persisten en el país aunque las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respetan en gran parte las obligaciones internacionales. Los problemas surgen, por un lado, de la insuficiencia de las leyes y, por otro lado, de la no-implentación de las provisiones. La situación legislativa puede ser mejorada y acordada al estándar internacional adoptando el proyecto de ley de autonomía, que parece como mejor expresión de las intenciones de los pueblos indígenas del país, gracias a las amplias consultas efectuadas antes de redactarlo. Aún más importante es un cambio dentro de las instituciones políticas y administrativas que gozan de competencias en lo que concierne a los derechos de los pueblos indígenas.

Palabras clave: derechos de los pueblos indígenas, Costa Rica, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convenio de la OIT N. 169.

Abstract

This article deals with the obligations of the Costa Rican state in regards to the indigenous people of Costa Rica upon international norms, such as the ILO 169 Convention, the Inter-American Human Rights System and the UN Declaration on the rights of indigenous Peoples. The established standard will be compared with the national legislation on the rights of indigenous peoples and its implementation. The article focuses on the right to lands, natural resources, self-organization, maintenance of the indigenous judicial

* Colaborador científico alemán de la Universidad Libre de Berlín, doctorando en Derechos Humanos, pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, marzo-junio, 2010.

systems, development, and finally education. The result of the comparison shows that serious problems persist in the country although the decisions of the Supreme Court respects international standards. The problems arise from the lack of laws and the non implementation of the stipulations. The legislation can be easily improved and brought into compliance with international standards by adopting the draft law on indigenous autonomy, that best reflects indigenous intentions because of the ample consultation carried out before drafting. However, it is even more important the change of attitude in the political and administrative institutions entrusted with competences in the field of indigenous rights in order to guarantee an effective implementation of the laws.

Keywords: right of indigenous peoples, Costa Rica, Inter-American System of Human Rights, ILO 169 Convention.

Introducción

En Costa Rica todavía existen ocho pueblos indígenas en todas las regiones del país, con una concentración en el sur. Algunos de los pueblos hasta hoy fueron capaces de mantener su lengua, su derecho consuetudinario, sus tradiciones, costumbres de vida cotidiana y de organización social. Otros pueblos han perdido gran parte de su herencia cultural, incluso su lengua, y luchan por el mantenimiento de su sobrevivencia colectiva. Los pueblos, aunque muy diferentes en lo que concierne a sus costumbres y tradiciones, tienen algunos problemas comunes. Por eso, se introdujo a mediados de los años noventas, un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa de Costa Rica con el título prometedor *Ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas* el cual recibió un dictamen afirmativo unánime de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa (Castro, 2001). Sin embargo, ese proyecto fue archivado por motivos reglamentarios en el año 2000. Un nuevo proyecto de ley se introdujo en el 2001, que fue el mismo proyecto del año 1998, por el diputado Walter Robinson Davis. La Comisión Permanente de Asuntos

Sociales otra vez aprobó el proyecto de ley, el 11 de septiembre 2007, pero todavía no ha sido aprobado por el Plenario de la Asamblea Legislativa. El 5 de octubre se aprobó en el plenario legislativo una moción que suspende durante un mes completo el conocimiento del proyecto de ley.

Elaborado después de amplias consultas con los pueblos indígenas del país tanto en el año 1997 como en el año 2006. La Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica (en adelante la Defensoría) ha acompañado el proceso de la consulta y aunque había algunos déficits, se consideró conforme a las reivindicaciones del Convenio 169 sobre procesos de consulta, como el proceso de consulta más significativo que se ha realizado en el país (Defensoría, 2006-2007: 355-357). Por eso, es que pese al nuevo fracaso legislativo, es legítimo considerar el proyecto como una manifestación de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas de Costa Rica.

La reivindicación esencial del proyecto es el afán por la autonomía de los pueblos indígenas, que se relaciona con ramas específicas del derecho indígena

como el derecho a la tierra y a los territorios, la posibilidad de determinar libremente su propio camino de desarrollo, el mantenimiento y fortalecimiento de los estructuras sociales e instituciones tradicionales de los pueblos, y también el derecho consuetudinario.

El siguiente texto desplegará en la primera parte, el significado del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía en el derecho público internacional frente al Estado y mostrará hasta qué medida tales normas internacionales obligan al Estado de Costa Rica. Enseguida el texto tratará de describir el estado jurídico nacional con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y su implementación en la práctica, para averiguar si el Estado de Costa Rica cumple con sus obligaciones internacionales.

La noción de autonomía en el derecho público internacional

La noción de autonomía ha sido clasificada a menudo como una noción que no forma parte del derecho público internacional (Hannum y Lillich, 1981; Harhoff, 1986: 31). Una de las razones principales para tal convicción es que la noción es tan amplia que carece de contenido concreto y por eso no es idónea para ser una norma del derecho (Heintze, 1998). Wiberg (2005) dijo que la autonomía es una caja de deseos dispuesta a servir a cualquiera .

Con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) por la Asamblea General,

se incluyó por primera vez el término autonomía en un documento de derecho internacional (art. 4), y aunque esta Declaración no sea directamente obligatoria tiene un cierto valor jurídico como fuente importante de la génesis del derecho consuetudinario internacional. Hay personas, y entre ellas nada menos que el relator especial sobre los derechos de pueblos indígenas James Anaya, que ya asumen que gran parte o al menos los principios fundamentales de la Declaración presentan derecho consuetudinario internacional (Anaya/Wiessner, 2007). Por eso, se puede argumentar que la autonomía presenta un término propio del derecho internacional y además que dicho término puede ser concretado por medio de la Declaración. En virtud de ese desarrollo, dicha objeción ya no se invoca de una manera persuasiva.

El artículo 4 de la Declaración dice que los pueblos indígenas tienen como una forma de su derecho a la autodeterminación, el derecho a la autonomía en sus asuntos locales e internos. Cabe aclarar lo que significa tanto *autonomía* como *asuntos internos y locales*. Los documentos de un encuentro de expertos bajo el auspicio de las Naciones Unidas en Nuuk (Groenlandia, 1990) pueden ayudar. Ese encuentro ha sido reconocido por la subcomisión sobre la prevención de todas las formas de discriminación y la promoción de minorías (Subcomisión, 1994: 20), y por la presidenta del grupo de trabajo (Daes, 1993) encargada de elaborar la Declaración, como la determinación más concreta del concepto de autonomía en la Declaración. Según las conclusiones del encuentro el

autogobierno, la autoadministración y la autogerencia constituyen elementos de la autonomía política de los pueblos indígenas (Informe Nuuk, 1994: conclusión 3). Por eso, la autonomía significa: la distribución y transmisión de los poderes públicos a los pueblos indígenas dentro de un Estado (Willemsen, 1992: 36, 40), ese autogobierno con poderes públicos da como resultado la necesidad de personas e instituciones que lo realicen. Por consiguiente, la Declaración de las Naciones Unidas reconoce en varios artículos el derecho de los pueblos indígenas a mantener, fortalecer y desarrollar sus instituciones propias (art. 5, art. 18, art. 20, art. 33 (2), art. 34). Las instituciones así reconocidas deberían tener competencias legislativas, ejecutivas y también en algunos casos judiciales; en el ejercicio de las cuales los pueblos puedan determinar sus asuntos locales e internos (Willemsen, 1992: 40).

En una versión más temprana, la Declaración indica cuáles son esos asuntos: la cultura, la religión, la educación, la información, la salud, la vivienda, el trabajo, el bienestar social, las actividades económicas, el manejo de la tierra y de los recursos, el medio ambiente y la entrada de personas no indígenas (Working Group Indigenous Peoples, 1993: art. 31). La conclusión 12 del Encuentro de los Expertos toma en cuenta como asuntos internos y locales solamente *inter alia* las mismas materias que el artículo borrador de la Declaración, salvo la materia de las medidas. Además, en el Sistema Interamericano, al que Costa Rica pertenece, se halla también un derecho a la autonomía en el art. 20 del

borrador de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, Borrador Americano). Aunque ese Borrador Americano no haya sido aprobado, está siendo utilizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuente auxiliar para determinar los derechos de los pueblos indígenas (decisión del 27 de diciembre del 2002; decisión del 12 de octubre del 2004.)

El art. 20, contiene igualmente una enumeración parecida de los asuntos sobre los cuales los pueblos indígenas gozan de autonomía; las discusiones del grupo de trabajo interamericano aclaran que la autonomía se refiere a los asuntos internos y locales que forman parte integral de la cultura de los pueblos indígenas (Informe del Relator, 2002: 11). Entonces bajo la formulación de asuntos locales e internos se entiende, todos los sectores de la vida cultural de los pueblos indígenas; la cultura no se refiere a un significado estrecho de las bellas artes clásicas pero sí a un sentido muy amplio que comprende toda forma de vida que se hereda o transmite en una sociedad (Eidey Greni, 1998: 259). Por eso, los límites de la cultura indígena no se pueden fijar de antemano, más bien, las materias enumeradas constituyen solamente ejemplos de asuntos de relevancia en la cultura indígena encontrados en la mayoría de los pueblos indígenas. Por tal motivo el art. 20 del Borrador Americano y también las conclusiones de los expertos de las Naciones Unidas utilizan la formulación *inter alia* para mostrar que estas materias no se deben considerar como únicas. Si una materia

tiene relevancia y presenta un asunto interno se determinará entonces conforme a la cultura misma del pueblo, otra limitación surge por medio del adjetivo local que restringe las competencias autónomas territorialmente.

Pero la autonomía interna no será efectiva sin la posibilidad de tener una influencia sobre las decisiones del Estado en el que viven estos pueblos. La autonomía se realizará en dos vías vinculadas estrechamente: la autonomía interna y la autonomía externa, mediante los derechos a la consulta y participación con respecto a medidas e instituciones estatales que puedan afectar los derechos indígenas. Eso ha sido recalcado en las conclusiones del encuentro de expertos en Nuuk (Informe Nuuk, 1992: conclusión 15), por la presidenta del grupo de trabajo (Daes, 2001) y está claramente expresado en el art. 20 del Borrador Interamericano que otorga en su inciso 1 el derecho a la autonomía interna y en su inciso 2, los derechos a la participación y consulta. Todos los documentos internacionales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas contienen una serie de provisiones que requieren la participación o la consulta de los pueblos indígenas mismos, cuando el Estado tome medidas que les afecten.

Como conclusión preliminar, la autonomía se puede definir como el derecho de determinar, sirviéndose de instituciones propias, los asuntos de relevancia para la cultura e identidad indígenas, con alcance local y el correspondiente derecho a participar y ser consultado con

respecto a medidas estatales que afecten los derechos indígenas.

Como mostró la consulta llevada a cabo en el año 2006, los siguientes elementos están considerados por los pueblos indígenas de Costa Rica como fundamentales para el desarrollo autónomo:

- a. El reconocimiento y respeto por parte del Estado de las formas de organización propias de los pueblos indígenas, la representación social y la administración de los territorios indígenas conforme a sus propias tradiciones.
- b. La capacidad de los pueblos indígenas para definir su propio desarrollo [...]
- c. La garantía del Estado de implementar medidas especiales, de común acuerdo con los pueblos indígenas y sus respectivos consejos indígenas de cada territorio, para proteger los territorios y mejorar sus condiciones de vida, sociales, económicas, culturales, educativas y políticas, así como la infraestructura en los territorios indígenas.
- d. El respeto a la reivindicación de las costumbres y los valores culturales autóctonos, así como el reconocimiento de las instituciones de derecho consuetudinario [...] (Comisión de Asuntos Sociales, 2007: 4).

Destacan la reivindicación del derecho a la autoorganización, al desarrollo propio, a la tierra y territorios, y al mantenimiento del derecho consuetudinario. Esos sectores de la autonomía serán analizados más concretamente, así como la materia de educación.

Los elementos de la autonomía mencionados podrían ser concretados por la Declaración de las Naciones Unidas, pero como se dijo ya, esta no tiene *per se* un valor jurídico. Las normas vinculantes se encuentran en el Convenio 169 y las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos, con base en la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, se debe subrayar lo que ya ha sido mencionado. La Declaración presenta, en parte, derecho consuetudinario internacional porque contiene normas que han sido incluidas en instrumentos de derechos humanos legalmente vigentes en el derecho internacional, es por eso, que la Defensoría ya proclamó el valor obligatorio de la Declaración de las Naciones Unidas en Costa Rica (Defensoría, 2007-2008).

El siguiente análisis se basará en el Convenio 169 y las normas del Sistema Interamericano como fuentes de ese derecho consuetudinario y se suministrará información sobre qué enunciados de la Declaración podrían poseer ese carácter consuetudinario. Tanto el Convenio como la Convención Americana tienen, en virtud del artículo 7 (1) de la Constitución de Costa Rica, un valor superior a las leyes ordinarias. La determinación concreta de las obligaciones del Estado en los cinco sectores de la autonomía indígena se hará luego aplicando los artículos del Convenio y de la Convención Americana de Derechos Humanos, si hay una diferencia entre los derechos y obligaciones del Convenio 169 y el Sistema Interamericano, Costa Rica debe cumplir cada vez con el estándar más alto de ambos sistemas de normas. Como la

Comisión y la Corte hacen caso al artículo 29 (b) de la Convención, ellas se refieren usualmente al Convenio para precisar los derechos de la Convención; por ende el estándar interamericano no puede estar bajo el estándar del Convenio en la mayoría de los casos.

La autoorganización indígena

El artículo 2 (1) del Convenio 169 prevé que el Estado tiene que respetar las costumbres, tradiciones e instituciones de los pueblos indígenas cuando tome medidas tendientes a implementar los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos. En el mismo sentido, refiere el artículo 5 (1) (b) que el Estado respetará las instituciones indígenas cuando implemente el Convenio; el artículo 4 (1) fortalece esa protección de las instituciones ordenando al Estado proteger las instituciones de los pueblos. A la par de esa protección de la existencia de las instituciones, los Estados deberían establecer medidas, con el fin de desarrollar plenamente las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas; además, el Estado tiene que facilitar los medios financieros para lograr ese fin de la manera más idónea.

La noción de institución comprende no solo las instituciones en un sentido físico, sino también las prácticas culturales y las costumbres (OIT, 2009: 50). Los órganos de supervisión no han concretado los tipos de instituciones que deberían ser protegidos y promovidos; como la forma concreta depende de la cultura organizacional de los pueblos mismos, eso es bien comprensible. Sin embargo, desde una perspectiva de la organización

del Estado los ejemplos dados por la Organización Internacional del Trabajo, en un documento sobre la implementación práctica del Convenio, cubren instituciones con competencias ejecutivas, legislativas y judiciales (OIT: 2009).

Según el art. 6 (1) del Convenio, el reconocimiento de las instituciones propias no se restringe a la autodeterminación de los asuntos en el ámbito interno y local dentro de la comunidad, pero incluye también situaciones en que los pueblos indígenas toman decisiones en conjunto con el Estado en el cuadro de procesos de participación o consulta. En el sistema de supervisión se estableció que los pueblos indígenas tienen el derecho a escoger sus instituciones representativas en procesos de consulta y participación (OIT, 2009-2010).

En el Sistema Interamericano, el reconocimiento del derecho a mantener, fortalecer y desarrollar las propias instituciones y formas de organización social y política no se encuentra de una manera tan manifiesta como sí ocurre en el Convenio 169. La Convención Interamericana de Derechos Humanos no contiene *expressis verbis* tal derecho. Sin embargo, la Comisión ya dedujo un derecho al mantenimiento de la organización social de los pueblos indígenas, de la existencia de un derecho a la protección de la cultura. Ese último derecho, resulta de una interpretación de los derechos individuales de la Convención con base en el art. 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles. En opinión de la Comisión, la sobrevivencia del pueblo y su cultura

depende del ejercicio de las formas de organización social así como en muchos casos de la aplicación del derecho consuetudinario local (Informe Ecuador, 1997). La Corte ha reconocido la importancia de los sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa así como los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales. Un medio para garantizar la existencia de las instituciones propias es la personería jurídica que los Estados tienen que otorgar a los pueblos indígenas, independientemente de las formas concretas en que estos se organicen (sentencia del 17 de junio 2005). En ese sentido, sale la explicación del representante de Panamá sobre el artículo 9 del Borrador Americano durante la discusión dentro del grupo de trabajo. El artículo 19 contiene el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas respetando las formas de organización indígenas. La explicación del representante añadió que el artículo se refiere al reconocimiento extenso de modos de organización indígena, instancias de toma de decisiones, autoridades tradicionales y formas de autogobierno de acuerdo con el derecho indígena (Informe del Presidente, 2001). Dicho texto contiene varias medidas adicionales que reconocen el derecho al mantenimiento, fortalecimiento de las instituciones y formas de organización social y política (art. 6 (2), 12 (3), 20). Entonces, hay un cierto reconocimiento del derecho a la autoorganización interna en el Sistema Interamericano.

Con respecto a la garantía de las instituciones propias en procesos que se llevan a cabo junto con el Estado, la Corte expresó en el caso *Awás Tingni* que los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en todas las decisiones estatales que les concernían y que las decisiones deben reflejar sus costumbres legales y culturales (sentencia del 31 de agosto 2001). En *YATAMA vs. Nicaragua*, la Corte agregó que los Estados debían tomar en consideración las costumbres y normas de ciertas partes de la población cuando determinen las condiciones para la participación en elecciones estatales (sentencia del 23 de junio, 2005).

Todo eso permite concluir que los pueblos indígenas costarricenses gozan, según el derecho internacional aplicable a Costa Rica, del derecho a mantener, fortalecer y desarrollar sus propias instituciones de organización social y política. Las instituciones sirven para ejercer todos los demás derechos de los pueblos indígenas, o desde un punto de vista de los pueblos mismos, para arreglar todos los asuntos que tienen relevancia para su vida cultural en la comunidad. Eso atañe por ejemplo al desarrollo propio, traspaso de propiedad dentro de su territorio, o la aplicación de derecho consuetudinario. Las instituciones sirven, además, como órganos que participan en las decisiones del Estado que les afectan y como órganos que deben ser consultados en los casos dados.

La determinación al desarrollo propio

La posibilidad de fricción entre programas estatales de desarrollo y visiones

indígenas de desarrollo es más que obvia. La Comisión Interamericana señaló en el año 1996 en su informe sobre la situación de derechos humanos en Ecuador, que las medidas estatales de desarrollo no sólo eran contrarias a las ideas de los pueblos indígenas sino que también abogaban por la extinción física de dichos pueblos (Informe Ecuador, 1997), por eso, la coordinación entre medidas de desarrollo estatal y desarrollo indígena es de suma importancia en la protección de los pueblos.

En virtud del artículo 7, el Convenio 169 otorga a los pueblos indígenas de manera amplia el derecho al desarrollo, incluyendo tanto formas de ejercicio de autonomía interna como de autonomía por medio de participación en decisiones estatales. En concreto, el artículo prevé que 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 este 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 (Convenio 169: 7).

La Organización Internacional del Trabajo aclaró que los procesos de participación deberán facilitar a los pueblos indígenas la posibilidad de expresar su punto de vista e influir en el trámite de

una decisión estatal (OIT, 1996). Pero con respecto a asuntos de desarrollo, se aplica igualmente el artículo 6, que requiere de una manera general, que se les consulte a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas estatales susceptibles de afectarles directamente. Esa garantía refuerza la posición de los pueblos indígenas frente a la consulta, ya que esta tiene que llevarse a cabo 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 (art. 6 (2) Convenio 169).

En general, los órganos de la OIT están enfocando los derechos de participación y consulta, y contribuyen considerablemente menos en el desarrollo concreto de la garantía de instituciones propias. Como sea, la posición de igualdad que tienen los pueblos indígenas en los procesos de consulta, les habilita efectivamente a guardar los elementos esenciales de las prioridades de desarrollo elaborados en sus decisiones internas, frente a proyectos y programas del Estado. El derecho a la determinación de las prioridades se desaparecería si el Estado pudiera tomar decisiones que afecten a los pueblos indígenas y contraríen las prioridades establecidas por los pueblos mismos. Los derechos de autonomía interna y autonomía participativa van codo a codo para garantizar una autonomía efectiva.

La Convención Americana no revela un artículo sobre el derecho de los pueblos indígenas a velar y determinar su propio desarrollo; sin embargo, la Comisión,

de una manera progresista, concluyó en un informe sobre la situación del pueblo Guaraní en Bolivia, que el orden legal interamericano ya respaldaba el derecho de los pueblos indígenas a determinar su propio desarrollo en el sentido del artículo 23 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Por eso, en opinión de la Comisión los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar sus prioridades y estrategias para la implementación de su derecho al desarrollo (Informe Comunidades Cautivas, 2009).

El derecho público internacional transmite a los pueblos indígenas el derecho de determinar sus prioridades de desarrollo económico, social y político por medio de sus instituciones propias, y les confiere también el derecho de reivindicar legítimamente su participación y consulta en todos los programas y medidas estatales que les afecten. Estos últimos derechos han sido respaldados fuertemente por los órganos de supervisión del Convenio 169, como las medidas estatales tendientes a contrariar las estrategias de los pueblos.

El derecho a la tierra

Está bien reconocido que las tierras de los pueblos indígenas representan la base fundamental de su existencia económica, su bienestar espiritual y su identidad cultural. El Convenio y el Sistema Interamericano de derechos humanos reconocen el derecho a la tierra de los pueblos indígenas. En el Convenio 169, las tierras y territorios se definen como áreas inhabitadas, tradicionalmente

desde tiempo inmemorial y que se habitaron, utilizaron y administraron conforme a sus prácticas tradicionales. En el Sistema Interamericano no se encuentra una definición. Sin embargo, la Corte Interamericana reconoció que como producto de la costumbre de los pueblos indígenas la posesión de la tierra debía bastar para que las comunidades obtuvieran el reconocimiento oficial de dicha propiedad (sentencia del 31 de agosto 2001); por eso, la vida indígena manifiesta en la habitación, utilización y administración cuenta como condición esencial también en el Sistema Interamericano para determinar cuales son las tierras indígenas.

En cuanto al contenido del derecho en el Sistema Interamericano, dos artículos sirven para posibilitar a los pueblos indígenas el derecho a la tierra. Primero, el artículo 5, que comprende el derecho a la identidad cultural; como la cultura indígena tiene una estrecha relación con la tierra, esa relación está protegida por este artículo. En virtud de esto la Corte decidió en *Moiwana vs. Surinam* que el reasentamiento del pueblo *Moiwana* violaba el artículo 5 de la convención (sentencia del 15 de junio 2005). Segundo, el artículo 21 que garantiza a todas las personas el derecho a la propiedad privada. El artículo 21 se interpretó por los órganos de derechos humanos como fuente de un derecho a la propiedad comunal a la tierra de los pueblos indígenas. Los derechos a la tierra que se desplazarán en el próximo párrafo comprenden las aguas, los mares costeros, la flora, la fauna y los demás recursos de ese habitat, así como de su medioambiente,

según el artículo 24 (1) del Borrador Americano que ha sido clasificado por la Comisión como expresión de principios generales del derecho internacional aplicable en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (decisión del 27 de diciembre de 2002).

Según el derecho a la propiedad, los Estados tienen que, primeramente, delimitar y titular las tierras indígenas (sentencia del 31 de agosto de 2001). Como las tierras y territorios son inalienables, todo cambio de título presupone la resolución del derecho de los pueblos indígenas (decisión del 27 de septiembre de 2002). El Estado tiene que proteger las tierras de los pueblos indígenas ante intentos de violación por sus propios órganos así como por terceros (sentencia del 31 de agosto de 2001). El contenido de ese derecho a la propiedad dentro de las comunidades depende de las costumbres y tradiciones variables de cada pueblo (OIT, 2009-2010: 95); por eso las comunidades indígenas determinan cómo se transmite el derecho a la propiedad de la tierra dentro de su territorio.

Con respecto a los recursos naturales se puede deducir del artículo 15 (1) del Convenio que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse y que estos derechos comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos van más allá diciendo que los pueblos indígenas tienen derecho a acceder y explotar los recursos naturales ubicados

en sus tierras cuando la utilización de éstos esté relacionada con su vida cultural y necesidades para su sobrevivencia cultural y económica (sentencia del 28 de noviembre de 2007). En relación con esto, los Estados deberán velar por que no se lleven a cabo explotaciones de dichos recursos por el Estado o terceros (resolución de la Corte del 17 de junio 2005); sin embargo, los derechos a la tierra no son absolutos; el Estado tiene que cumplir con tres condiciones para no menoscabarlos (sentencia del 17 de junio de 2005): Primero, la limitación tiene que ser prevista por la ley. Segundo, la medida deberá servir para alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Tercero, las medidas deberán ser necesarias y proporcionales con respecto a este interés. Esta posibilidad amplia de menoscabar los derechos indígenas fue reducida por la Corte cuando requirió de los Estados, que el objetivo aspirado tenía que tener prioridad manifiesta sobre los intereses de los pueblos indígenas; para determinar esta relación se deberá tomar en consideración el papel particular que la tierra tiene en la vida y la cultura de los pueblos indígenas y, por ende, que la limitación de derechos a la tierra tiene una influencia sobre el derecho a la identidad y la sobrevivencia culturales. En la literatura se dedujo de esta jurisprudencia que cada medida que amenace la sobrevivencia cultural y física de los pueblos es ilegal (Toro, 2010; Rivera, 2008).

Estos derechos a la autonomía interna son reforzados por derechos de participación y consulta, puesto que la obligación de consultar a los pueblos indígenas

es gradual en el Sistema Interamericano. La Comisión declaró que el Estado está obligado generalmente a consultar a los pueblos indígenas y a dejarles participar, con el fin de lograr un acuerdo cuando lleve a cabo proyectos de infraestructura y de explotación de los recursos naturales en el territorio de los pueblos o con un impacto sobre los territorios indígenas (Segundo Informe Perú, 2000).

La Corte concretó que todas las medidas con efecto sobre los recursos naturales deberán cumplir con tres condiciones (sentencia del 28 de noviembre de 2007): los Estados deberán asegurar la participación efectiva de los pueblos, deberán implementar estudios sobre el impacto social y ambiental de cada medida y los pueblos indígenas tienen que beneficiarse adecuadamente de los beneficios obtenidos por la medida. La participación efectiva requiere la información completa sobre la medida lo más pronto posible, así como durante el período entero la implementación de la medida. La participación debe respetar los métodos tradicionales de toma de decisión de los pueblos indígenas, lo cual se refiere, en particular, a la cuestión de quién es el representante de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta. En cuanto a medidas que tienen un impacto considerable sobre los territorios de los pueblos indígenas, se requiere el consenso libre, informado y anterior de estos pueblos.

Tanto en el artículo 15 (2) del Convenio 169 como en el artículo 24 (7) del Borrador Americano, se establece una obligación específica de consultar a los

pueblos indígenas en cuanto a medidas que afecten los recursos minerales, como resultado del hecho de que en muchos países de América Central y Latina estos recursos no forman parte del derecho a la propiedad sino que son reservados al Estado. Sea como sea, la Corte y la Comisión ya establecieron de una manera general que se les consulte a los pueblos indígenas cuando se afecten sus recursos sean minerales o no. El Estado está obligado a consultar.

El derecho consuetudinario

El artículo 8 (1) del Convenio 169 estipula que las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas deberán ser tomados debidamente en consideración cuando se aplique la legislación estatal; en particular, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia según el artículo 9 (2) del Convenio 169, así como sus características económicas, sociales y culturales, cuando se impongan sanciones penales a miembros de dichos pueblos (art. 10 (1)); por lo tanto, deberá darse preferencia a las formas de sanción distintas del encarcelamiento (art. 10 (2)).

Además, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener sus costumbres e instituciones siempre que estas estén en conformidad con el orden legal nacional y con los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional. El artículo 9 (1) agrega que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos

interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. La Comisión de expertos subrayó el sentido elemental del reconocimiento de las organizaciones e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas para la efectividad del derecho consuetudinario (CEACR Bolivia, 1994). En cuanto a los límites de esta garantía del derecho consuetudinario e instituciones accesorias, se necesita aclarar que la formulación debe ser entendida de una manera acumulativa. Derechos nacionales que no estén en conformidad con los derechos humanos no pueden servir como limitación al ejercicio del derecho consuetudinario indígena (OIT, 2009). *Henriksen* observó que en la práctica de los Estados el reconocimiento del derecho consuetudinario ha aumentado en cuanto a relaciones entre miembros de una comunidad indígena, pero todavía hay reserva en implementarlo con respecto a cuestiones con impacto en la sociedad entera, como disputas sobre las tierras y recursos (Henriksen, 2008).

El reconocimiento de las instituciones judiciales de los pueblos indígenas por los órganos interamericanos de derechos humanos, resulta del reconocimiento general de las formas de organización social; ni la Corte ni la Comisión se han pronunciado directamente sobre la posibilidad y el alcance de la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. El artículo 21 es el que requiere el reconocimiento estatal de las competencias jurisprudenciales de los pueblos indígenas dentro de su territorio, conforme a sus normas y en el marco

de sus instituciones y procesos propios. El pluralismo judicial marcado en ese artículo consintió, de una manera general, en las discusiones del grupo de trabajo encargado de la elaboración de la Declaración Americana (Informe del Relator, 2002). La forma concreta estuvo, sin embargo, controvertida: ¿El derecho se aplica solamente dentro del territorio o también entre miembros de comunidades sin domicilio en el territorio? ¿La noción del derecho indígena comprende solamente normas formales y escritas o también el derecho consuetudinario? ¿Cuáles son los límites de la aplicación del derecho indígena?

En cuanto a la noción del derecho indígena, tres de los jueces de la Corte concretizaron la noción en un voto razonado a la decisión *Awas Tingni* en el que la Corte pronunció que el derecho consuetudinario se deberá tomar en consideración cuando el Estado limite y titule las tierras indígenas (sentencia del 31 de agosto, 2001). Los jueces razonaron que “el concepto comunal de la tierra [...] forma[n] parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural” (voto razonado, sentencia del 31 de agosto, 2001). Por eso queda claro que el derecho consuetudinario deberá ser tomado en consideración y que eso no presupone una forma positiva (formalmente adoptada y escrita) de ese derecho. La Corte señaló, además, que a fin de garantizar una protección jurídica efectiva es imprescindible tomar en consideración las particularidades de las

características económicas y sociales, así como la situación de vulnerabilidad, el derecho consuetudinario y los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas (sentencia del 17 de junio, 2005; Melo, 2005). En vista de esta obligación, la Comisión estableció como exigencia concreta que los Estados tienen que capacitar a los jueces nacionales sobre las costumbres legales de los pueblos indígenas (Informe de Seguimiento Guatemala, 2003). En lo que concierne a los límites de aplicación del derecho indígena, los jueces argumentaron en su voto razonado que se respetan los derechos humanos reconocidos internacionalmente (Voto razonado, sentencia del 31 de agosto, 2001).

La educación

El artículo 27 del Convenio 169 exige de los Estados, por un lado, que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados se desarrollen y se apliquen en cooperación con estos, a fin de responder a sus necesidades particulares y que deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Por otro lado, los gobiernos deberán reconocer, según el artículo 27 (2) 1, 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. La relación entre ambas reivindicaciones se presenta en el artículo 27 (2), el cual requiere que la autoridad competente deba asegurar la

formación de miembros de estos pueblos y su participación 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 sea necesario. El artículo 27 confiere, en cierta medida, autonomía en el asunto de la educación tanto con respecto a la elaboración e implementación de programas estatales de educación, como al establecimiento de instituciones propias (OIT, 2009).

El Sistema Interamericano no contiene previsión concreta sobre el derecho a la educación indígena, tanto el artículo 9 del Borrador Americano como el Convenio 169 señala que la cultura indígena deberá ser respetada dentro de las instituciones estatales y también que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y mantener sus instituciones propias y métodos de enseñanza. La educación es parte fundamental de la cultura, y de su desarrollo y fortalecimiento, por eso, parece legítimo argumentar que el derecho a integrar conocimientos e historias indígenas en el currículo estatal y a garantizar instituciones educativas propias se puede derivar del derecho a la identidad cultural. En ese sentido, señaló la Comisión en un informe sobre Ecuador que el respeto para la expresión, religión y cultura indígenas requiere que esté a disposición la educación bilingüe, que los planes de estudio y los materiales reflejen, comuniquen y respeten adecuadamente la cultura de la tribu, y que se realicen esfuerzos para capacitar a maestros indígenas (*Informe Ecuador*, 1997).

Por ende, cada institución educativa estatal a la que acuden miembros de pueblos indígenas, debe respetar sus historias, conocimientos, técnicas y en general sus particularidades sociales, económicas y culturales e integrarlas en el currículo, lo que presupone la participación de personas indígenas. Con esas medidas se habilita a los pueblos mismos a ejecutar programas de educación estatales mientras que, al mismo tiempo, sus instituciones deberán ser respetadas por el Estado.

Los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica y su implementación

El Estado de Costa Rica ha ratificado el Convenio 169 y ha adoptado la Ley N. 7316 con lo que el Convenio se declaró ley costarricense a partir de su promulgación, por lo tanto, el Convenio 169 ya es en su totalidad parte del orden legal del Estado de Costa Rica, lo que debería significar que los derechos contenidos en el Convenio ya tienen vigor en Costa Rica. Sin embargo, aunque la existencia de las normas que protegen pueblos indígenas y su implementación están en dos marcos lógicamente vinculados, no son idénticos, las normas del Convenio 169 pueden ser no reconocidas en varias formas.

La legislación estatal, al contrario, hace una interpretación limitante por órganos judiciales del Estado o sencillo desconocimiento factual del Convenio, o de su ejecutividad por los órganos del mismo Estado. Por eso la mera existencia del Convenio 169 en el orden legal de Costa Rica no basta, de ninguna manera, para garantizar los derechos de

autonomía que contiene. El signo más visible de ese problema está en el intento de asegurar y fortalecer los derechos indígenas por medio de los proyectos de ley presentados ante la Asamblea Legislativa. Ese proyecto de ley se utilizó cada vez que el Estado tenía que facilitar el informe regular a la OIT para demostrar su progresividad y su afán de cumplir con las previsiones del Convenio en materia de derechos indígenas.

La Comisión de Expertos lo ha tomado en consideración varias veces hasta que lamentó, finalmente, el archivo del primer proyecto (CEACR Costa Rica, 2004) y el estado pendiente del segundo, preguntándose de qué manera el Estado de Costa Rica va a cumplir con sus obligaciones sin este proyecto de ley. También la Defensoría de los Habitantes de la República consideró en su informe 2008-2009, que la ley se constituía en la necesaria actualización de la legislación nacional que regula la temática indígena y su adecuación a los preceptos y principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT (Defensoría, 2008-2009). Sin esta ley, la autonomía de los pueblos indígenas no está reconocida *expressis verbis* en el orden legal de Costa Rica. Sin embargo, se puede descubrir la referencia a la autonomía indígena en documentos de los poderes públicos, como por ejemplo en el Reglamento N. 27800-MINAE, del 16 de marzo de 1999, el cual reconoce en su punto dos de las consideraciones que “las reservas indígenas de nuestro país, dentro de su autonomía legal y administrativa, involucran importantes recursos culturales, naturales y biodiversidad [...]

administrados por las respectivas asociaciones de desarrollo indígenas”.

Seguidamente se examinará cuál es el Estado de Derecho en Costa Rica, en cuanto a dicha autonomía y se comprobará si el derecho costarricense y su implementación cumplen con las obligaciones internacionales del Estado.

La autoorganización

Como ya se dijo anteriormente, en el derecho público internacional, los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener sus formas organizativas y sus instituciones propias dentro de la comunidad, para tomar decisiones con las cuales ejercen su autonomía. En Costa Rica, la Ley Indígena (Ley N. 6172 del 29 de noviembre, 1977) reconoce la libertad de autoorganización; por ejemplo, el artículo 4 de esta ley prevé que las reservas indígenas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales, pero la misma ley añadió que serán regidas también por las leyes de la República, bajo la coordinación y asesoría de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas^{1**} (CONAI). Según la concepción de la Ley, la población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo Directivo representante de toda la población. Según el art. 2 de la Ley, las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase, pero no son entidades estatales.

1 Vease: Ley N. 5251, del 11 de julio de 1973, Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas.

Los arts. 4 y 5 del Decreto N. 8487, Reglamento a la Ley Indígena, señalan que las comunidades indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley N. 3859 sobre la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad. Luego se fijan como autoridades de representación de los pueblos indígenas las asociaciones de desarrollo integral (asociaciones de desarrollo) como es previsto en dicha ley. Los artículos del reglamento prevén, además, que las estructuras comunitarias tradicionales a que se refiere el artículo 4 de la Ley Indígena operarán en el interior de las respectivas comunidades. El Decreto Ejecutivo N. 13568 del 30 de abril de 1982 refuerza este sistema, al reconocer claramente en su artículo 1, que las asociaciones de desarrollo integral tienen la representación legal de las comunidades indígenas y actúan como gobierno local de estas.

Por ende, existe una separación entre las autoridades tradicionales que hay dentro de la comunidad y del territorio, y las asociaciones de desarrollo que representan jurídicamente al pueblo. Si bien, es verdad que el artículo 7 del reglamento prevé la posibilidad de fusión de ambas instituciones en el caso específico del artículo 4 (2) de la Ley y cuando la dispersión y alejamiento de la población lo amerite, el caso general es la separación de las instituciones. Además, es difícil concebir cómo autoridades tradicionales se pueden integrar en una forma de organización estatal, que prescribe de manera concreta qué tipo de órganos se deben establecer (Asamblea General, Junta Directiva, Secretaría Ejecutiva), sin lesionar la forma de

las organizaciones tradicionales, lo que significa una violación del derecho a autoorganizarse según sus propias costumbres y tradiciones.

Entonces, aunque la ley reconozca la libertad de autoorganización, prescribe al mismo tiempo, la organización en forma de asociaciones de desarrollo y además, que estas asociaciones representen al pueblo jurídicamente. Para ser un órgano verdaderamente representativo de los pueblos, debería asegurar que las autoridades tradicionales tengan una influencia decisiva sobre las asociaciones de desarrollo, pero tal previsión no existe en el orden legal de Costa Rica. En vista de esta situación, cabe destacar que el poder público tiene conciencia del problema; en una sentencia de la Sala Constitucional, se señaló que la legislación vigente (la cual no cambió después en ese sentido) no reconoce las propias formas de organización de los pueblos indígenas, forzándolos a organizarse jurídicamente alrededor de las asociaciones de desarrollo que les imponen modelos de organización y competencias extrañas (sentencia del 7 de octubre, 1992).

Se puede observar igualmente, que las asociaciones de desarrollo se aceptan solamente en algunos de los pueblos indígenas costarricenses en calidad de representantes legítimas, como por ejemplo, en el caso de los Bribri en Talamanca. No se acepta la asociación de desarrollo en el territorio de los Térraba, en cuyo territorio ni siquiera la mitad de la población indígena está afiliada a la asociación (CEDIN, 2009-2010; Sala Constitucional, resolución del 28 de agosto,

2009). También, en el caso de Ngöbe, los consejos territoriales como órganos tradicionales se hallan en concurrencia fuerte a las asociaciones de desarrollo.

En el año 2009, *La Comisión Encuentro Nacional de Mujeres Indígenas* presentó su posición sobre el Programa de Vivienda Indígena del BANHVI. Destaca en esta posición la desconfianza frente a las asociaciones de desarrollo y sus funcionarios a los cuales reprochan prácticas de corrupción, actitud autoritaria y arbitraria (Comisión Encuentro Nacional de Mujeres Indígenas, 2009). Por último, valga mencionar el recurso de amparo recibido por la Sala Constitucional en que el amparado indígena reclamó la violación de varias normas del Convenio 169 y también de la Declaración de las Naciones Unidas, en particular las referidas a la autonomía y autodeterminación por la obligación, contenida en la Ley 3859, sobre la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO), de adoptar una forma de organización que no responde a las particularidades, principios, necesidades ni forma de organización de su cultura (Resolución del 26 de marzo, 2010).

La autoorganización de los pueblos indígenas no sirve solamente para determinar cuáles son las autoridades que toman decisiones dentro de la comunidad con respecto a las materias, incluida la autonomía indígena, sino también para determinar los órganos e instituciones que representan a los pueblos indígenas en los procesos de participación y consulta previstos en el marco legal interamericano y de la OIT. La Sala Constitucional

ha reconocido esta dualidad en la Resolución 2003-03485, de las catorce horas y siete minutos del dos de mayo de dos mil tres, diciendo que existe “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”.

El derecho de crear sus propias instituciones, electivas y administrativas, mediante las cuales se ejerce el derecho de autonomía interno ya ha sido analizado. En que lo que concierne al derecho a participar en la toma de decisiones que les atañe por medio de la consulta, la Sala Constitucional ha reconocido ese derecho en varias resoluciones y en particular en una del año 2002, en la que ha declarado igualmente, sobre si las asociaciones de desarrollo constituyen verdaderamente esos órganos determinados libremente por los pueblos indígenas, de conformidad con sus costumbres y tradiciones.

La Sala concluyó que sí (contrario a lo sido expresado en 1992) y utilizó como primer argumento, que todas las personas indígenas tienen libertad de afiliarse o no a la asociación de desarrollo; segundo, que al adjudicar la titularidad de los bienes (propiedad comunal a las reservas) a nombre de las comunidades indígenas de manera gratuita, el Estado puede imponer ciertas condiciones y, tercero, que las asociaciones de desarrollo son las que más se asemejan a la

naturaleza comunitaria de la organización tradicional indígena (Resolución del 13 de marzo, 2002).

El último argumento, presenta una determinación por parte del Estado sobre qué forma de organización es la que facilita lo más posible la integración de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. En lugar de aceptar las organizaciones propias, la Sala decide propiamente y por cuenta de los pueblos lo que considera como forma correcta de organización, que es exactamente lo que el Convenio 169 trata de evitar. El argumento es que el Estado facilitó a los pueblos la tierra de manera gratuita y por eso puede imponer ciertas condiciones, lo que parece erróneo si se recuerda que los pueblos indígenas habían poseído la soberanía sobre estas tierras que les ha quitado el Estado por la fuerza. El derecho de ingresar o desafiliarse en la asociación no tiene relación con el derecho a determinar libremente sus autoridades. Hay una diferencia entre la autonomía y la libertad de asociación, es casi cínico lo que la Sala Constitucional dice al respecto cuando se refiere a un dictamen de la Procuraduría General de la República: “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” (Resolución del 13 de marzo, 2002).

El derecho a organizarse conforme a sus propias costumbres y tradiciones está, entonces, bien reconocido bajo el techo de la libertad de asociación, pero que

estas instituciones representativas asuman también la responsabilidad sobre la administración de la tierra indígena no se garantiza. La libertad de asociarse y la posibilidad de asumir esta competencia específica debe ser considerada como autoorganización de los pueblos indígenas.

Como conclusión, la práctica de los pueblos indígenas de Costa Rica muestra que el Estado tiene razón en lo que concierne a la posibilidad de que las asociaciones de desarrollo asuman el papel imaginado por ellas, como representantes del pueblo entero. Sin embargo, muestra también, que en algunos casos eso no se realiza, cuando las asociaciones de desarrollo corrompen a sus miembros/funcionarios que fueron nombrados para representar al pueblo. La desafiliación de dos tercios de la población indígena de Teribe, muestra que la asociación de desarrollo no puede ser reconocida como la representante del pueblo conforme a sus tradiciones y costumbres.

Los órganos de supervisión del Convenio 169 han destacado que es obligación del Estado efectuar la consulta con los órganos verdaderamente representativos de los pueblos y determinar los mecanismos de consulta, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas (OIT Consejo de Administración, Reclamación Mexico, 2004).

La Comisión de Expertos de la OIT solicitó, directamente a Costa Rica, facilitar información sobre las medidas legislativas y administrativas mediante las cuales se reconocen las formas tradicionales

de organización, representación social y administración de las tierras (CEACR, Costa Rica, 2004). Aún cuando las asociaciones de desarrollo hubieran sido representantes de los pueblos, esta situación puede cambiar; en estos casos el Estado está en la obligación de consultar a los verdaderos representantes que se hallan a veces en las organizaciones concurrentes a las asociaciones de desarrollo. La Defensoría de los Habitantes señaló en su informe de 2006-2007 que en lo que concierne a la representatividad de órganos, dos son los actores que se deben consultar: las asociaciones de desarrollo y las autoridades tradicionales que aún subsistan en cada territorio indígena (Defensoría, 2006-2007). Además, en los casos que las asociaciones de desarrollo no representan a los pueblos indígenas y no cumplan con sus funciones, debería ser posible que las instituciones verdaderamente representativas asuman su papel, en el ámbito de la autonomía interna. De otro modo, no existe la posibilidad de autoorganizarse y determinar su futuro mediante los órganos propios.

En ese sentido, el proyecto de ley sobre el Desarrollo Autónomo en su artículo 2 (b) reivindica el respeto por las costumbres y tradiciones, así como por sus instituciones y presenta las formas de organización, la representación social y la administración de los territorios conforme a sus propias tradiciones como uno de los elementos fundamentales del desarrollo autónomo que deberían ser reconocidos por el Estado. Como forma concreta de esa autoorganización, el proyecto prevé en su artículo 4 los Consejos Territoriales como institución

básica que ostenta la representación jurídica de la comunidad indígena y en la que se ejerce el derecho de los pueblos a autoorganizarse según sus propias costumbres y tradiciones.

Además, el proyecto de ley prevé que el Consejo de Territorio debe consultar a la comunidad con respecto a todo proyecto y programa de desarrollo, para garantizar la representación de la comunidad. Aunque en algunas de las reservas indígenas la asociación de desarrollo está asumiendo su papel previsto y representa a la comunidad (CEDIN, 7 de abril 2010), en la mayoría de las reservas no es el caso.

La falta de respeto a la autoorganización no se presenta como un hecho tan grave con respecto a la autonomía externa, si se toma en cuenta que el Estado tiene que asegurar en cada proceso de consulta que las organizaciones sean verdaderamente representativas. Pero en cuanto a la autonomía interna, esta falta de reconocimiento de la autoorganización produce consecuencias graves cuando las asociaciones de desarrollo no representen a la comunidad, sin embargo, constituyen el ente legalmente facilitador para la toma de decisiones, que el Estado entiende como decisiones de la comunidad. Con este modo de organización la imagen que se produce hacia el exterior de las reservas es una caricatura de lo que sucede en realidad.

El desarrollo propio

En Costa Rica, las condiciones de vida de los pueblos indígenas han sido analizadas por la Defensoría de los Habitantes.

Los informes muestran que existen problemas existenciales en cuanto al acceso al agua, a la electricidad y también al servicio público de salud; además, faltan caminos, acueductos y redes telefónicas (Defensoría, 2006-2007). Entonces, las necesidades de medidas de desarrollo son grandes en cuanto a los pueblos indígenas de Costa Rica, cuando se debe tomar en consideración la visión de los pueblos mismos.

En virtud del orden legal internacional, los pueblos indígenas deberían tener la posibilidad de determinar sus propias estrategias y planes de desarrollo por medio de sus propias organizaciones y deberían participar en la elaboración de los planes y programas estatales. Según la concepción de la Ley Indígena, las asociaciones de desarrollo asumen el papel de determinar las prioridades dentro de la comunidad y son las instituciones que participan en los órganos del Estado competentes para el desarrollo indígena, que es principalmente la CONAI.

En ese sentido, la Procuraduría General de la República señaló en el 2005, que les corresponde a las comunidades indígenas, organizadas bajo la figura de la asociación de desarrollo, administrar los territorios inscritos a su nombre y adoptar las decisiones que más convengan a sus miembros (Opinión jurídica del 9 de agosto, 2005), contrario *sensu*, se reconoció ya en la directriz N. 31 del año 2001 que ni la CONAI ni las asociaciones de desarrollo desempeñaban su papel en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas con respecto a su desarrollo económico.

También, la Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de las normas, lamentó que el Estado de Costa Rica no facilitara información sobre cómo la CONAI planifica, coordina y propone la legislación de manera efectiva, con la participación de los pueblos indígenas (CEACR, Costa Rica, 2010; CEACR, Costa Rica, 2000).

El siguiente problema es que los pueblos indígenas deberían participar y ser consultados por el Estado cuando este tome medidas de desarrollo que afecten a los pueblos. Para garantizar que la autonomía sea efectiva es necesario que los mismos órganos que elaboran las estrategias de desarrollo dentro de la comunidad sean también consultados, ya que el Estado consulta a las asociaciones de desarrollo, las cuales representan solamente en algunos casos los pueblos indígenas.

Estos problemas han sido analizados por el Estado, pero sin tomar medidas adecuadas para remediar esta situación. Con el Reglamento N. 26174 del 21 de julio de 1997, se creó la Comisión Interinstitucional de Seguimiento al Diálogo Nacional Indígena, se establecieron oficinas dedicadas específicamente a los problemas indígenas en las instituciones y órganos de administración central y descentralizada, y también se creó la Comisión Asesora de Asuntos Indígenas, la cual es un órgano auxiliar del presidente (en virtud del Reglamento N. 21635 del 24 de noviembre de 1992). Parece que ninguna de estas medidas funciona de una manera permanente y exitosa, ni que haya integrado los pueblos y elaborado programas eficaces,

Estas medidas solamente añaden otros órganos intermediarios, sin habilitar efectivamente a los pueblos para ejercer su autonomía interna o establecer procedimientos adecuados y previsibles de consulta y participación.

En cuanto al fondo de la reivindicación del desarrollo propio, una resolución de la Sala Constitucional nos da un ejemplo ilustrativo de la idea que rige, a veces, las decisiones estatales sobre la facultad de los pueblos mismos a determinar su desarrollo. La resolución se tomó con respecto a la legalidad de vender alcohol en las reservas indígenas, lo cual se prohíbe conforme al artículo 6 de la Ley Indígena. Según la Corte, con eso se persiguió la seguridad de las personas indígenas ante los efectos nocivos del alcohol como medida de protección a favor del más débil (Resolución del 21 de diciembre, 2000).

Esta decisión debería ser parte de la determinación propia de un pueblo sobre su desarrollo económico, los pueblos indígenas deberían evaluar los efectos del licor como lo hace por supuesto toda otra persona de la sociedad costarricense y por eso, deberían decidir libremente, como parte de su autonomía, si negocios con licencia de venta de licor o no son permitidos dentro de sus reservas. Eso ha sido reconocido en el voto salvado del magistrado Piza Escalante que lo dedujo de la obligación del Estado a consultar a los pueblos indígenas cuando tome medidas que les afecten en virtud del artículo 6 (1) del Convenio 169 (Voto salvado, resolución del 21 de diciembre, 2000).

Otro aspecto problemático del desarrollo propio es la construcción de viviendas para los habitantes indígenas; ya se dijo antes que hay irregularidades en la forma en que algunas asociaciones de desarrollo empañan sus competencias, en cuanto a la distribución de los bonos de vivienda. Además, como señaló el último informe de la Defensoría de los Habitantes, los problemas persisten también con respecto a la construcción de viviendas y las empresas asignadas para efectuar la construcción, que no cumplen con varios aspectos de las normas (Defensoría, 2009-2010).

Derecho a las tierras y territorios

La base de los derechos a la tierra y a los territorios es la Ley Indígena en la que se declaró que las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley son propiedad de las comunidades indígenas, según el artículo 3 (1), estas reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. La ley declara algunas áreas como reservas y prevé que los límites fijados a las reservas no podrán ser variados, ni disminuir la cabida de aquéllas sino mediante ley expresa. Según el artículo 8, el (Instituto de Tierras y Colaboración) que fue remplazado por el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA), en coordinación con la CONAI, será el organismo encargado de efectuar la demarcación territorial de las reservas indígenas.

Los no indígenas no podrán en virtud del artículo 3 (2) de la Ley Indígena alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o

fincas comprendidas dentro de estas reservas; así, todo traspaso de tierras o mejoras de éstas es absolutamente nulo según el artículo 3 (4). El artículo 5 establece el procedimiento para adquirir los territorios que estén en mano de no indígenas de buena fe, el cual se lleva a cabo mediante el IDA y la CONAI, la cual ha emitido un reglamento sobre el procedimiento. Aunque en la ley y el reglamento se estableció claramente el procedimiento, la CONAI y el IDA no desempeñan de una forma adecuada sus funciones (Defensoría, 2006-2007).

Esto se muestra bien en un caso ante la Sala Constitucional con respecto a un traspaso de una finca, conocida como *Los Villalobos*, de la CONAI a la asociación de desarrollo, el cual duró más de un año, aunque el reglamento prevé que el traspaso se debe llevar a cabo en un plazo máximo de 12 meses (Resolución del 27 de julio, 2005). Evidencia del fracaso de los órganos es que más del 50% del territorio nacional de los pueblos indígenas se ubica en posesión de personas no indígenas (Defensoría, 2006-2007); no todas las personas no indígenas poseen fincas de buena fe, pues hay una gran parte que tomó las fincas después de la entrada en vigor de la Ley Indígena. Al respecto, el artículo 5 (3) de la Ley Indígena dice que si posteriormente (de la adopción) hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna. Las autoridades competentes para hacer realidad el cumplimiento de ese artículo de la Ley son la CONAI y el IDA, pero no lo hacen.

La Comisión de Expertos para la aplicación de las normas de la OIT señaló, en una solicitud directa, que en Costa Rica hay múltiples casos de ingreso de personas no indígenas a los territorios y requería al Estado facilitar la información sobre las medidas que se han tomado para garantizar la inviolabilidad de los territorios (CEACR, Costa Rica, 2004); hasta ahora esas violaciones persisten. Por decisión de la Sala Constitucional, cada persona o comunidad afectada de tal violación tiene que reclamar sus derechos mediante estas organizaciones antes de tener posibilidad de utilizar los recursos jurídicos (Resolución del 28 de octubre, 2005).

La posesión de tierras por personas no indígenas representa uno de los más grandes problemas en Costa Rica, así como en la materia del desarrollo propio, aunque la reivindicación de tierras fue objeto de estrategias del Estado, todavía hay reservas en las que más del 80% de las tierras están en manos no indígenas, tal es el caso de los territorios de Térraba, Altos de San Antonio, China Kicha y Quitirrisí. El Estado no vigila sobre la inalienabilidad e intransferibilidad de las tierras, ya sea por falta de recursos o quizás por falta de voluntad.

La Defensoría recordó que la Corte Interamericana en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* había dicho que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras” (Sentencia del 29 de marzo, 2006). De todas maneras, esta situación resultó en

que los pueblos indígenas utilizaran la fuerza para desalojar a los habitantes no indígenas, lo que ocurrió a partir del 28 mayo del 2010 cuando la Asociación de Desarrollo Integral del Territorio Bribri (Aditibri), junto a la comunidad, tomó posesión de una parte de su territorio que, desde hace varios años, ha sido usurpado por personas no indígenas. Para la asociación, las instituciones y los tribunales de justicia “han sido incapaces de actuar y de aplicar de manera rápida y oportuna la justicia” (CEDIN, 4 de junio, 2010).

Un aspecto específico del derecho a la tierra y a los territorios es la exención de toda clase de impuestos nacionales o municipales presentes o futuros para las tierras y sus mejoras, así como de los productos de las reservas indígenas según el artículo 3 (2) de la Ley Indígena. Está exención ha sido restringida por medio de diferentes leyes. La Procuraduría General de la República se declaró sobre una de estas excepciones en su dictamen C-277-2001 al decir que los impuestos sobre bienes inmuebles no se pagan por pobladores de reservas indígenas si cumplen con ciertos requisitos. Entre ellos destaca la necesidad de que la CONAI certifique tanto la vigencia de la reserva indígena como la condición indígena del sujeto. Como ya ha sido constatado por otras personas, esta condición de haber sido certificado indígena por un órgano estatal (la CONAI) viola las previsiones del Convenio 169 que requiere el reconocimiento del principio fundamental de la auto-adscripción de cada persona (IIDH, 2007: 44).

Los recursos

En virtud de las decisiones de los órganos interamericanos, los pueblos indígenas deberían acceder y explotar los recursos naturales relacionados con su vida cultural y que sean necesarios para la sobrevivencia cultural y económica.

La Ley Indígena no contiene una provisión general que prevea la posibilidad de acceder y explotar todos los recursos naturales en el territorio. Sin embargo, eso forma parte de la garantía del derecho de propiedad a la tierra manifestado en el artículo 2 de la Ley Indígena. Según el artículo 7 de la misma ley, es la CONAI la que vigila la explotación razonable de los recursos naturales renovables y está expresamente facultada para revocar o suspender, en cualquier momento, los permisos extendidos, cuando estime que existe abuso en la explotación o bien cuando se ponga en peligro el equilibrio ecológico de la región. Con la clasificación de la CONAI como órgano del Estado, no como intermediario y, además, con varios signos de incapacidad para asumir el papel previsto, ya no es adecuado transferirle este poder. Como sea, el Estado actual del derecho internacional transfiere a los pueblos indígenas los recursos con las condiciones y con las posibilidades de restringir ese derecho.

Regímenes específicos

Como expresión específica del derecho a los recursos, el artículo 6 (7) de la Ley Indígena prevé que los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar

cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas. El artículo 7 de dicha ley estipula, además, que los terrenos forestales indígenas deberán guardar ese carácter, solo podrán llevarse a cabo programas forestales por instituciones del Estado que garanticen la renovación permanente de los bosques, bajo la autorización y vigilancia de la CONAI. El reglamento N. 27800-MINAE, del 16 de marzo de 1999 reconoce en su Considerando IV, una vez más, que solo los indígenas están facultados para disponer y utilizar los terrenos comprendidos en las reservas, bajo un marco de respeto a su cultura y costumbres.

Por consiguiente, el artículo 1 del reglamento expresa que el éste tiene como finalidad otorgar a los pueblos indígenas, ubicados en reservas indígenas, la competencia sobre el control del aprovechamiento del recurso forestal, canalizando el trámite de los permisos para la eliminación y aprovechamiento de árboles en terrenos sin cobertura boscosa con fines domésticos. Según el artículo 27 de la Ley Forestal, concretizado por el artículo 4, del Reglamento, solo podrán cortarse hasta un máximo de tres árboles por hectárea por año hasta un máximo total de 10 árboles por inmueble, caídos o en pie. Los artículos 3 y 4 prevén la posibilidad de encargar inspectores o guarda recursos indígenas que velen sobre dichas actividades y reporten a la asociación de desarrollo responsable solicitudes con respecto a tales actividades, condición que se aplica a toda persona, indígena o no. Cuando el último esté en favor de una medida, se tiene que enviar la solicitud a la oficina del

Área de Conservación que puede definitivamente aprobar o rechazar la medida. Eso significa que el derecho de utilizar los recursos maderables está limitado en el sentido del reglamento y depende finalmente de una decisión positiva de la oficina del Área de Conservación. La limitación de los derechos a los recursos se debe evaluar bajo el estándar desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los recursos maderables representan un recurso necesario para la vida cultural y la sobrevivencia de los pueblos indígenas, como base para la construcción de sus viviendas y otras actividades. Además, se necesita una ley que sirva para un fin legítimo en una sociedad democrática, que tenga prioridad manifiesta sobre los intereses de los pueblos indígenas y que las medidas previstas sean idóneas y proporcionales para lograr ese fin. La limitación está prevista en una ley y sirve para la conservación del bosque y, por lo tanto, para la conservación del medioambiente y el equilibrio económico, que constituye un fin legítimo. Como les queda a los pueblos indígenas la posibilidad de cortar algunos árboles, la legalidad de la limitación depende de si los pueblos indígenas tienen todavía la posibilidad de construir las casas según sus costumbres y mantener otras actividades que incluyen la utilización de madera; en el caso que eso no fuese posible la limitación se debe considerar como ilegal.

Otra restricción intensiva ocurrió en el cantón de Talamanca, la cual ha sido objeto de una acción de

inconstitucionalidad. La comunidad indígena de Talamanca solicitó a la Sala Constitucional declarar inconstitucional el artículo 6 del Decreto Ejecutivo N. 34043 MINAE. Este artículo prevé que se suspenda del todo aprovechamiento maderable en todo el cantón de Talamanca hasta tanto no se tengan los estudios técnicos que le permitan al Ministerio de Ambiente y Energía conocer las consecuencias e impacto al ambiente. La Sala Constitucional decidió que esta medida no afecta los intereses de la comunidad indígena ni lesiona sus costumbres o sus derechos consuetudinarios, más bien, la norma está conservando los recursos naturales existentes en esas tierras indígenas (Resolución del 21 de enero, 2009). Por lo tanto, la Sala no ingresa en un análisis de la legitimidad de la medida. Inicialmente, está bien fundado asumir que si la medida tiene impacto directo sobre los intereses indígenas y sus costumbres, como el reglamento les priva completamente los recursos necesarios para actividades fundamentales y por eso atañe al derecho de propiedad de las tierras y al derecho del desarrollo propio. El fin del menoscabo era la conservación del medioambiente y de los recursos naturales, un fin legítimo; sin embargo, la medida no parece proporcional al objetivo perseguido. Inicialmente, porque la medida niega completamente el mantenimiento de algunas actividades de los pueblos indígenas que forman parte integral de su cultura y por un período indefinido y, segundo, porque la medida presupone la consulta a los pueblos indígenas, la cual no se llevó a cabo.

Un régimen especial se aplica a los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo de estas reservas que son patrimonio del Estado, como es usual en muchos países de América Latina y Central. En Costa Rica había sido diferente, debido a que el artículo 6 de la Ley Indígena prevía que los recursos minerales son patrimonio común del Estado y de las comunidades indígenas, la Procuraduría General de la República señaló en el dictamen del 02 de mayo del 2006 que el párrafo del artículo 6, que contiene el patrimonio común del Estado y de las comunidades, es incompatible con el Código de Minería y con el Régimen de Dominio Público, que atribuye al Estado el patrimonio sobre los recursos mineros del territorio nacional.

Sin embargo, de conformidad con el Convenio 169 se debería consultar a los pueblos indígenas cuando ellos se hallen involucrados con la exploración o explotación de recursos mineros (Dictamen del 02 de mayo, 2006). El artículo 8 del Código de Minería dispone que: “Las concesiones otorgadas a particulares, sobre expulsión y explotación de recursos minerales en las zonas declaradas Reservas indígenas, deberán ser aprobadas por la Asamblea Legislativa. La Ley que apruebe tales concesiones deberá proteger los intereses y derechos de las comunidades indígenas. No procederá el trámite legislativo cuando sea el Estado el que realiza directamente la exploración o explotación”. Según el Dictamen 376 de la Procuraduría General, del 20 de octubre del 2008, la noción del Estado comprende sus órganos en un sentido amplio, por eso también los órganos

autónomos como el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) están incluidos. Medidas de explotación de esos órganos no necesitan la aprobación de la Asamblea Legislativa, pero se tiene que consultar a los pueblos indígenas. Por otro lado, según el Dictamen C-065-99, salvo por las instituciones estatales, siempre es necesario obtener la aprobación por la Asamblea Legislativa de la República con respecto a la explotación de los recursos mineros, obligación que se aplica también a medidas planteada por los pueblos indígenas.

La consulta

Según resolución de la Sala Constitucional, 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 (Resolución del 12 de agosto, 2005). Esta obligación se aplica a todos los recursos minerales, forestales, etc. Entonces, en cuanto a la obligación de consultar a los pueblos indígenas, ni en el derecho costarricense ni en el derecho internacional hay diferencia entre recursos minerales y otros recursos naturales en los territorios indígenas. El artículo 15 (2) prevé, expresamente, que una consulta sea necesaria antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y se debe entender como concretización del artículo 6 (1) que prevé que las consultas son necesarias cada vez

que se visualicen medidas susceptibles de afectarles directamente.

Las diferencias existen cuando los pueblos indígenas quieren explotar esos recursos como se ha mostrado antes. Además, la obligación de consultar con respecto a medidas sobre recursos naturales tampoco se diferencia de otras consultas que se deben llevar a cabo cuando cualquier otro interés de los pueblos indígenas se vea afectado, porque la obligación de consultar emana también del artículo 6 del Convenio 169 y los órganos de supervisión aplican un concepto de consulta uniforme. Por eso, la siguiente discusión de las características de la consulta se desprende de todas las resoluciones en las cuales la Sala Constitucional se declaró sobre la materia de consulta, sea con respecto a la afectación de recursos naturales u otros intereses.

La base de estas decisiones se puede resumir en cuanto a las obligaciones del Estado cuando efectúe medidas que afecten a los pueblos indígenas. Es obligación del gobierno consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas estatales susceptibles de afectarles directamente, mediante procedimientos apropiados a las circunstancias y en particular a partir de sus instituciones representativas, permitiendo exponer adecuadamente sus puntos de vista, velar por sus derechos y fiscalizar la actuación de las autoridades públicas en la toma de decisiones (Sala Constitucional, Resolución del 8 de septiembre del 2000; Resolución del 10 de noviembre del 2000, Resolución del 13 de marzo del 2002). Esta obligación general está

vigilada por los tribunales que ya han anulado el otorgamiento de permisos u otras medidas por falta de consulta (Sala Constitucional, Resolución del 21 de diciembre, 2007).

En el proceso de consulta es el Estado el que tiene que establecer cuáles son las comunidades indígenas involucradas (Sala Constitucional, Resolución del 8 de septiembre, 2000). Con respecto a los entes representativos que se hacen consultar, la Sala Constitucional decidió que CONAI no es sustitutiva de las organizaciones propias de los indígenas. Por eso, es necesario consultar a las organizaciones de desarrollo en calidad de instituciones representativas de los pueblos indígenas, sobre cómo prevén las normas de la Ley Indígena (Resolución del 01 de junio de 2005). Recuérdese lo que ha sido dicho sobre la representatividad de algunas de las asociaciones de desarrollo. Las cuestiones más litigiosas del proceso de consulta se puedan formular así: ¿Cuándo afecta una medida directamente a los pueblos indígenas y qué significa cada vez que se prevean medidas?

Con respecto al criterio de afectación, se debe mencionar una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad sobre el proyecto de *Ley de Protección de Obtenciones Vegetales iniciado entre otras por la Defensora de los Habitantes* (Sala Constitucional, Resolución del 22 de febrero, 2008). El proyecto prevía, por un lado, la posibilidad de proteger semillas nuevas y, por otro lado, la necesidad de obtener permiso del propietario de cualquier semilla nueva cuando se la quiera utilizar con fines económicos. En

opinión de la Defensora, este proyecto de ley presupone la consulta a los pueblos indígenas que dependen de la agricultura y, por ende, de la utilización de semillas. Con la nueva ley ellos podrían tener problemas para acceder a obtenciones vegetales, ya que van a estar protegidas por derecho de propiedad intelectual. La Sala Constitucional señaló que la consulta no era necesaria, dado que los efectos de la ley son generales, o dirigidos a todas las personas y que en virtud del Convenio resulta obligatoria la consulta en cuanto a disposiciones que sean emitidas hacia el sector indígena particularmente.

Primero, el Convenio 169 no prevé que la medida con respecto a la que se requiere la consulta debería ser emitida hacia el sector indígena. Más bien presupone que la consulta es obligatoria en todos los casos que afecten a los indígenas; esos casos comprenden también medidas de alcance general dirigidas a toda la ciudadanía. La Sala Constitucional en lo referente a la resolución, en la posición o convicción de que la ley tenga carácter general, estaba averiguando si los pueblos indígenas se ven afectados por dicho proyecto de ley y concluyó que con respecto a la explotación de sus conocimientos tradicionales, no se puede percibir tal efecto (por existencia de varias provisiones de protección en el orden legal costarricense). En cuanto a la posibilidad de seguir con su vida cultural, la Sala Constitucional señaló que las semillas de los pueblos indígenas no son novedad y por eso no están incluidas en el alcance de la ley; por lo tanto, los pueblos pueden continuar haciéndolo

de la misma manera en que lo han hecho históricamente. “En caso de que estas comunidades quisieran utilizar las prácticas novedosas reguladas en este sentido, como cualquier otra persona, también tendrían que sujetarse al marco regulatorio en cuestión por tratarse de una norma general.” El Convenio 169 ordena al Estado respetar las costumbres, prácticas y usos culturales de los pueblos indígenas; además, se debe aclarar que esta protección no tiene la finalidad de preservar las costumbres y prácticas históricas de los pueblos indígenas, pero el respeto a las costumbres se refiere también a la posibilidad de desarrollar estas prácticas y costumbres, tanto en el Convenio 169 como en otras ramas internacionales de la protección de los pueblos indígenas.

La cultura indígena tiene, por supuesto, aspectos económicos; el proyecto de ley congela la parte económica de la agricultura respecto a la utilización de sus semillas *históricas* e impide la adaptación a nuevas formas de semillas, para la utilización de las cuales los pueblos indígenas necesitan en adelante un permiso del propietario. La Corte emitió otra resolución basándose en los mismos argumentos, en la que señaló que “este Tribunal debe señalar nuevamente que la consulta resulta innecesaria, porque estamos frente a una normativa cuyos efectos son generales, o sea, dirigidos a todas las personas, independientemente de su condición” (Resolución del 05 de marzo, 2008). El derecho internacional exige justamente que las condiciones específicas de los pueblos indígenas se tomen en consideración, algo que la Sala

Constitucional ha reconocido en varias oportunidades (Resolución del 22 de abril, 2009).

Es difícil determinar cuáles son las materias cuya afectación provoca la necesidad de una consulta, sin embargo, la determinación de que una ley tiene alcance general y por eso automáticamente está dentro del campo de aplicación de la obligación de consultar, no es suficiente para salvaguardar los derechos indígenas. Tomando en consideración que el juicio sobre la ley de protección de obtenciones vegetales implica la posibilidad de desarrollar actividades agrícolas que son una de las formas más utilizadas por los pueblos indígenas para sostener su vida y que en el derecho internacional el desarrollo de sus prácticas está específicamente protegido, se debe concluir que sí se afectaban los intereses y sí se debía consultar a los pueblos indígenas.

En un último caso en el 2008, la Sala Constitucional señaló que en los sucesos en que no esté claro si hay o no una relación directa del proyecto consultado con los intereses de los pueblos indígenas, entonces puede entrarse a una valoración sobre la procedencia o no de la consulta del Convenio 169, que puede ser luego sometida a control constitucional (Resolución del 11 de septiembre, 2008). Primero, se pregunta ¿según cuáles criterios la Sala Constitucional va a comprobar la constitucionalidad de la omisión de una consulta en esos casos? si propone que la decisión se haga en forma de una valoración sobre la procedencia o no de la consulta del

Convenio 169. Segundo, se recomienda utilizar el mismo argumento que la Sala Constitucional utilizó en el caso dado para fortalecer los derechos de los pueblos indígenas dentro de un proceso de consulta en el que corresponde precisamente a los pueblos indígenas hacer la calificación de si una medida les afecta o no. Por eso, en casos de duda se debe consultar a los pueblos indígenas para averiguar si se ven afectados; esto es más de conformidad con un principio esencial de los derechos humanos, el principio de la efectividad de los derechos. Los derechos indígenas se pondrían en riesgo bajo el concepto de la Sala, que prevé el análisis de la legitimidad solamente después de que una medida dudosa comenzó a llevarse a cabo.

En lo que concierne el momento en que la consulta se debe llevar a cabo, la Sala Constitucional se dedicó a esa pregunta en su Resolución 2000-10075. La Sala repitió la formulación del artículo 6 del Convenio y agregó que este momento se refiere a un momento antes de comenzar a construir cualquier parte del proyecto. “No debe esperarse a que una empresa autorizada (concesionario) vaya a iniciar trabajos de esa naturaleza en un territorio indígena, a partir de ese momento, porque no se trata de *una eventualidad*, a partir del cartel con que se inició todo este proceso, hasta la autorización que implica el acto adjudicatario, ya de por sí implica 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 y comunidades indígenas”. Como conclusión de la resolución, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas, dentro del proceso administrativo que llegará finalmente a una concesión y, de todas maneras, antes de cada actividad de construcción.

La misma Sala ha señalado en su Resolución 2009-06045, 1453 del 22 de abril del 2009, con respecto al famoso proyecto hidroeléctrico Diquís que ha sido objeto de varios recursos ante los tribunales del país, que la realización de estudios geológicos no representa el principio de construcción sino que estos forman parte del proceso de evaluación general para conocer si un proyecto es factible. Solamente después de eso nace la obligación de consultar. Por esta razón, consideró el Recurso de Amparo como prematuro, lo cual parece desviar su propia norma. Saliendo de las formulaciones del Artículo 6 (1) y 15 (2) del Convenio 169 que prevén que la consulta es necesaria cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles o antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación. Resulta claro que, también y en particular, antes de las medidas de prospección y los estudios geológicos, se debe consultar a los pueblos. La Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de las normas recordó en una observación individual, con respecto a este mismo proyecto, que los pueblos indígenas deberán participar en el proceso de elaboración y formulación planes de proyecto (CEACR, Costa Rica, 2010).

El derecho propio

Como derecho indígena o consuetudinario, o bien como derecho propio, se conoce la totalidad de disposiciones y procedimientos de los pueblos indígenas que rigen de manera normativa su vida social dentro de la comunidad. Las normas de derecho propio comprenden no solamente aquellas formalmente aceptadas, según un procedimiento establecido anteriormente de manera escrita como se requería, según Kelsen, para determinar si es una norma legal; sino que comprende todas las prácticas y costumbres poco formalizadas para dirimir cualquier conflicto entre miembros de la comunidad al interior de la comunidad indígena (Chacón, 2005:126). El derecho indígena ha sido poco desarrollado en Costa Rica, solamente en algunas reservas existen tribunales de derecho consuetudinario como Cabagra y Talamanca; las juntas vecinales en los territorios de Talamanca, Bribri y a veces las asociaciones de desarrollo emprenden esa función, como en Alto Chirripó (IIDH, 2007: 63; Chacón, 2005:130).

En cuanto al mantenimiento del derecho propio dentro de las comunidades indígenas, se puede deducir del artículo 4 de la Ley Indígena, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a organizarse en sus estructuras comunitarias tradicionales, que los pueblos tienen también el derecho de desarrollar un sistema jurídico autóctono (Chacón, 2007: 138). Además, son los artículos 8-10 del Convenio 169 donde aprecien que se determina esta materia en el orden legal de Costa Rica. La Sala

Constitucional ya ha señalado en su decisión sobre la constitucionalidad de la incorporación del Convenio 169 en el orden legal costarricense, que en Costa Rica no existe la posibilidad de que la legislación penal dé valor al sistema tradicional de justicia interna indígena para que no les imponga un doble castigo por el mismo hecho (Resolución del 7 de octubre, 1992). Sin embargo, en una decisión ulterior, la Sala Constitucional ha señalado que el Convenio 169 obliga al Estado “a reconocer validez a las instituciones jurídico-materiales y procesales de cada comunidad indígena, y por ende también a los órganos de su ejecución o aplicación, sin más salvedad que el necesario respeto a los derechos fundamentales” (Resolución del 05 de abril, 1995). Explicando esta Declaración, la Sala reconoció que los tribunales consuetudinarios existentes en las reservas no infringen el principio de juez natural, como está establecido, para dirimir conflictos legales entre indígenas y agregó que estos no forman parte de la jurisdicción estatal pero deberían ser considerados como parecido a la justicia arbitral y, además, que cada decisión puede ser apelada ante el propio tribunal y ante la vía judicial a la que concierne una violación potencial de derechos humanos fundamentales (Resolución del 12 de noviembre, 2004). Este reconocimiento no excluye, expresamente, la posibilidad de reconocer a los tribunales indígenas también, en materia penal.

Los tribunales no se han declarado sobre los límites de la jurisdicción indígena en términos de las materias incluidas. Como se reconoce, a la par de las

costumbres legales y sus instituciones complementarias, así como la identidad cultural de los pueblos, las materias comprenden todo lo que ocurre en la vida cultural. Sin embargo, quedan problemas con respecto a la competencia personal y territorial.

La resolución mencionada de la Sala aclaró que los tribunales se establecieron para conflictos entre indígenas, delimitando así el alcance personal. ¿Pero quién tiene jurisdicción sobre un conflicto entre indígenas de pueblos diferentes o entre indígenas del mismo pueblo cuando el hecho causal ocurrió fuera de la comunidad? Sobre eso no hay ni jurisprudencia ni norma concreta. Solamente el artículo 3 del Decreto Ejecutivo N. 13568 prescribe que los límites de jurisdicción de las asociaciones de desarrollo integral de las comunidades indígenas deben coincidir con los límites de las reservas, tal y como fueron definidos por los decretos que establecieron estas reservas. Entonces, las asociaciones de desarrollo indígenas no tienen jurisdicción sobre áreas situadas fuera de las reservas indígenas.

Aunque las ADE no son los órganos que asumen un papel judicial, eso ocurre, como ya se señaló, en Alto Chirripó. Además, el límite de jurisdicción de las ADE se debe entender como límite general a la autonomía de los pueblos indígenas cuando se tome en consideración que ellas fueron concebidas por el Estado como gobierno representativo local. Entonces, cualquier institución que asuma, el Poder Judicial en las reservas, los límites de la jurisdicción se hallan

implantados en el ámbito territorial. En Costa Rica, una gran parte de la población indígena, no reside en los territorios sino también en el resto del país, por lo cual no es inconcebible que ocurran casos que involucren a dos indígenas, de los cuales uno no reside en el territorio o que el lugar del hecho causal del conflicto se ubique fuera de los territorios. En ese caso, sin embargo, se debería aplicar la jurisdicción indígena siempre que las personas afectadas se subordinen de propia voluntad a esta jurisdicción.

Con respecto a la consideración de las costumbres sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas en cuanto a la aplicación de la legislación estatal, hay normas y algunos casos en los que la consideración se planteaba ante los jueces como posibilidad para decidir el pleito. Primero, se debe mencionar la circular N. 10-09 del Consejo Superior la cual establece la obligación de tener intérpretes en todo proceso judicial que involucre a una persona indígena. Segundo, cabe destacar que la ley de transformación del Convenio 169 estipula en su artículo 2 una limitación del reconocimiento de las costumbres indígenas, que desde una perspectiva de derecho internacional se presenta sin valor legal, diciendo que lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio se aplicará en concordancia con lo que establece el artículo 33 de la Constitución Política y la legislación penal costarricense.

El artículo 33 prevé que todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana; o puesto a esta limitación,

el Código Procesal Penal prevé que cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requiere un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado es necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial.

Esta posibilidad de tomar en consideración las costumbres de los pueblos se realizó y ha sido reconocida de manera explícita en una Resolución de la Sala Constitucional sobre las condiciones de obtener la ciudadanía de Costa Rica (Resolución del 21 de abril, 1993). En otros casos, la consideración de las costumbres indígenas no se llevó a cabo, o al menos no de manera adecuada, de tal modo que hubiera requerido la convocación de un peritaje (Sala Constitucional, Resolución del 08 de marzo, 2002; IIDH, 2007: 66; Chacón, 2005: 139).

Un caso emblemático se presenta con la Resolución 2005-03699, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 14.47 del 12 de abril del 2005, en la que la Sala confirmó la aplicación de la privación de libertad a una persona indígena que se encontraba morosa de la deuda por pensión alimenticia. Como anotó un analista de la resolución, el asunto es que a una persona indígena que no comparte los mismos códigos de conducta y referentes culturales, y tampoco cuenta con un salario como lo entendemos en la cultura no indígena, no se le debería aplicar la ley de la misma

forma que al resto de la sociedad dominante. La solución adecuada sería, según el mismo analista, permitir al deudor pagar al menos una parte de la deuda con su trabajo en la parcela, con alimentos para sus hijos o con artesanías que puedan vender para obtener recursos (IIDH, 2007: 66).

La educación

Un importante cambio ocurrió con la enmienda del artículo 76 de la Constitución Política de la República, mediante la Ley N. 7878 que insertaba un párrafo que obliga al Estado a velar por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales. Esta protección constitucional debería tener, entre otros, un impacto en el fortalecimiento de la enseñanza de los idiomas indígenas en los programas de educación costarricense lo cual no se realizó verdaderamente hasta hoy. En general, la relación entre el sistema educativo y los asuntos de los pueblos indígenas se estableció en el Reglamento N. 22072-MEP del 25 de febrero de 1993, el cual creó el Subsistema de Educación Indígena.

La consideración cinco del reglamento menciona la importancia de respetar la autodeterminación y las necesidades de dichas reservas. Requiere que el servicio educativo que se les brinde y sea congruente con sus raíces culturales y que incorpore a los gobiernos locales. Este objetivo ha sido reconocido en una resolución de la Sala Constitucional en la que se expresó que no hay duda de que el Estado debe garantizar el derecho a la educación de los indígenas, incluso

atendiendo a las condiciones sociales, culturales y necesidades generales de dicha colectividad (Resolución del 29 de mayo, 2008).

El objetivo general de este subsistema es la educación bilingüe y bicultural en las reservas, y uno de los fines específicos es, según el artículo 2 del reglamento, ofrecer facilidades para que las reservas indígenas puedan crear sus propias instituciones y medios de educación, someterlos a la aprobación del Consejo Superior de Educación, para posteriormente a través del Ministerio de Educación Pública. Además, conforme al artículo 3 a través de los programas y servicios educativos destinados a las reservas indígenas deberán ser planificados y desarrollados por las propias comunidades indígenas, en coordinación permanente con las autoridades educativas locales y nacionales. Este requisito de cooperación se concretiza en el artículo 8 con respeto a los planes, programas de estudio y material pedagógico, que reivindica que el currículum deberá contemplar las costumbres y otras manifestaciones culturales propias de los pueblos indígenas. Las normas del reglamento suenan bien y son de conformidad con el Convenio 169; sin embargo, los problemas con el sistema de educación no se encuentran en las normas sino en la práctica. La asistencia de los niños indígenas a la escuela tiene una tasa muy baja en relación con la tasa de no indígenas; la enseñanza de la lengua se restringe usualmente a una hora por semana y dos horas para la cultura indígena; la participación de los pueblos en la elaboración de los planes y programas si se da, es por medio de las

asociaciones de desarrollo que, como se ha mencionado varias veces, no asumen sus competencias de una manera adecuada. Además, las instituciones escolares cuentan regularmente con no más que con un/a maestro/a por institución, responsable de la enseñanza en todos los niveles de clase y todas las materias (Defensoría, 2008-2009).

Los artículos 9-11 contienen obligaciones del Estado en cuanto a las personas que laboran como docentes en las instituciones, la capacitación de personas indígenas como maestros futuros y la elección del personal, la cual se deberá efectuar bajo consulta de los consejos directivos de las asociaciones de desarrollo. En cuanto a la selección de los maestros, el reglamento en su artículo 9, declara que se deberán preferir personas que pertenezcan a la comunidad en la cual van a brindar clases; solo el artículo 10 contiene las condiciones para los maestros que no pertenecen a la comunidad. La prioridad de los maestros indígenas se debería lograr por el reconocimiento de las propuestas de maestros de la asociación de desarrollo (Junta Directiva), cuando el Ministerio de Educación Pública nombre a nuevos maestros, como ha sido subrayado por la Sala Constitucional (Resolución del 03 de abril, 2009). Por desgracia, las asociaciones de desarrollo no siempre hacen caso a la estructura del reglamento, como muestra el caso de Jennifer Villanueva González, a quien le ha sido negado el puesto de maestra en la comunidad Bribri, aunque cumplía con los requisitos y era bribri, al contrario de la persona que ha sido empleada (Sala Constitucional, Resolución

del 30 de abril 2010). La Defensoría no solo deplora estas irregularidades en las asociaciones de desarrollo, sino también las debilidades por parte del Estado por falta de consultade las ADE cuando se seleccionan nuevos maestros (Defensoría, 2009-2010: 200-201; 2006-2007: 355), pero en el proceso de nombramiento se deben respetar todos los requisitos formales y procedimentales. No es legal despedir una empleada en cualquier momento sin respetar los procedimientos establecidos solamente porque hay una persona del pueblo que se presenta como una maestra más pertinente (Sala Constitucional, Resolución del 03 de abril, 2009).

El Estado tiene conciencia de esos problemas y trata de resolverlos con la aplicación de programas específicos (Defensoría, 2006-2007: 351) y también con la discusión actual sobre la elaboración del proyecto de un nuevo reglamento para que cambie las normas actuales del subsistema educativo para los pueblos indígenas.

Conclusión

A modo de cierre, hay que apuntar varios problemas. A primera vista, la normativa costarricense parece estar conforme al estándar internacional; sin embargo, hay algunos decretos ejecutivos que no lo están, en particular con respecto a la explotación de los recursos naturales. Además, existe un gran problema con las provisiones de la Ley Indígena y las normas correlacionadas que conciernen a la autoorganización y la administración de programas estatales destinados

a los pueblos indígenas por medio de las ADE. Aunque la ley establece claramente que se deben respetar las costumbres y tradiciones de organización, se prescribe también la forma concreta de las asociaciones de desarrollo.

Estas asociaciones de desarrollo no se comportan y no son la organización que legítimamente representa a los pueblos indígenas, esta forma de organización no permite la integración de las instituciones tradicionales y por eso en la mayoría de las comunidades las asociaciones no son representativas. Sin embargo, el Estado sigue reconociéndolas como autoridades que ejercen los derechos de autonomía interna, así como órganos representativos cuya consulta es suficiente para cumplir con los requisitos del derecho internacional en la opinión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. De hecho, ni la primera ni la segunda presunción están fundamentadas.

En lo que concierne a la propiedad de las tierras, tanto las normas como su implementación presentan un problema inmenso en Costa Rica. Se mostró que los órganos asignados para efectuar la delimitación, el registro y la restitución de las tierras actúan a veces de manera corrupta y casi siempre ineficaz. Para los pueblos indígenas, no es posible recibir las tierras todavía ocupadas por personas no indígenas, de buena fe o no, por vía del IDA y de la CONAI. Tampoco se ven protegidas de manera efectiva contra el ingreso ilegítimo actual de personas no indígenas. Sin embargo, el Estado no emprende medidas para cambiar esta situación y también desde

hace años no facilita los fondos necesarios para llevar a cabo la expropiación de dueños no indígenas.

El Estado todavía no comprende que la restitución de las tierras y el goce efectivo de su derecho a la administración de estas son de suma importancia para que los pueblos indígenas tengan un espacio para continuar sus vidas. De todo eso resulta como última consecuencia, que los pueblos indígenas utilicen la fuerza para expulsar a las personas no indígenas de sus territorios, lo cual resulta alarmante porque tiene influencia sobre la imagen de los pueblos indígenas en el resto de la población, que quizá no sabe nada del mal funcionamiento de las instituciones y solamente ve la actitud de los pueblos indígenas. Entonces, la restitución del respeto por las tierras ahora no es simplemente una cuestión de derechos humanos de los pueblos indígenas, sino del mantenimiento de la paz social. Otro problema relacionado con la protección de las consiste en los recursos naturales que se ven amenazados desde el Estado y también desde el sector económico, pues las irregularidades en la realización de procesos de consulta impiden a los pueblos indígenas asumir el papel influyente que les pertenece desde la perspectiva del derecho internacional.

Sobre el derecho al desarrollo propio, cabe destacar que los pueblos indígenas se hallan en condiciones de vida en las que no se garantiza el acceso al agua, a la electricidad, al transporte público, ni la posibilidad de habitar en una vivienda digna. Aunque está bien que el Estado no se involucre en los asuntos

de los pueblos indígenas, se ve sin embargo, obligado a habilitarles el acceso a los bienes fundamentales y necesarios como las condiciones básicas para ejercer el derecho a determinar su desarrollo propio. Las instituciones estatales, con la CONAI al frente, no han elaborado ni implementado medidas al respecto.

Los tribunales a veces muestran una concepción de las facultades de los pueblos indígenas, según la cual es mejor tomar las medidas para protegerlos, concepto que es contrario al derecho de desarrollo propio. La comunicación entre Estado y pueblos indígenas, además, no funciona porque las instituciones consultadas no son iguales a las instituciones que de verdad toman las decisiones dentro de las comunidades. El mismo problema se aplica en cuanto a la educación; el reglamento sobre el subsistema educativo ya contiene casi todas las reivindicaciones internacionales aunque aún son recomendables algunas modificaciones. El gran problema es la implementación efectiva y en particular, la participación de los pueblos indígenas mediante sus instituciones verdaderamente representativas. La selección de los maestros, la elaboración de los planes y los programas educativos, destacan como áreas que necesitan una implementación efectiva bajo la participación de los pueblos.

En cuanto al derecho propio, se debe resumir que la Sala Constitucional ha abierto las puertas con su reconocimiento a la jurisdicción indígena; sin embargo, la situación no está muy clara en relación con el reconocimiento de la jurisdicción indígena *penal* como

conurrencia de la legislación penal estatal. Ya se ha previsto que nuevas dificultades van a emerger con respecto al alcance personal y territorial de la jurisdicción indígena cuando la jurisdicción se tome en consideración. Entonces, es aconsejable aclarar esos asuntos de antemano, en conjunto con los pueblos indígenas tomando en consideración los diversos sistemas que ya existen en América Latina. Lo que falta, además, son normas y medidas que garanticen que los jueces sean capacitados en derecho indígena y que aclaren el procedimiento a seguir cuando una persona indígena está involucrada en un pleito, porque hasta ahora la consideración de las costumbres y particularidades indígenas se prevé solamente en artículo 339 del Código Procesal Penal.

En cuanto a la colaboración del Estado y de los pueblos indígenas en general, se debe destacar que los procesos de consulta han sido reconocidos por la Sala Constitucional como obligatorios cuando una medida afecta los intereses de los pueblos indígenas como ha sido previsto en el Convenio 169. Sin embargo, numerosos son los casos en que los órganos administrativos no consultan a los pueblos indígenas y numerosos son también los recursos ante los tribunales del Estado que reclaman la violación de ese derecho. Pese al papel positivo que la Sala Constitucional suma, a veces, en la protección de los pueblos indígenas, esta misma instancia impuso interpretaciones demasiado limitantes a los derechos de los pueblos, práctica que se manifiesta en la convicción de que las leyes generales no tienen una relación directa

con los derechos de los pueblos indígenas y por eso la consulta no es necesaria; también en la postergación del momento decisivo para consultar a los pueblos indígenas, que resulta en el hecho de no consultar a los pueblos cuando se efectúan medidas de prospección sobre un proyecto potencial.

Un problema general, con impacto en todas las materias evocadas antes, existe con los órganos estatales que deberían colaborar con los pueblos indígenas en la implementación de la legislación indigenista; el problema más viejo es la CONAI, el presumido intermediario entre el Estado y los pueblos indígenas. El carácter estatal de la Comisión ha sido reconocido por la Sala Constitucional y la incapacidad para efectuar sus tareas efectivamente ha sido subrayada igualmente por varias instituciones estatales, civiles e internacionales; en contra de esto, la CONAI sigue siendo competente en asumir varias funciones que le han sido conferidas en La Ley Indígena y otras normas. Esta situación es especialmente decepcionante, porque la Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de las normas, en el 2001, tomó en consideración la información de que la CONAI no trabaja adecuadamente y solicitó al Estado indicar los trámites para corregir esta situación (CEA-CR, Costa Rica, 2001).

El proyecto de la ley sobre el desarrollo autónomo de los pueblos indígenas suprime esta organización justificadamente, pero la lista de organizaciones con mal funcionamiento continúa con el IDA, que tiene competencias importantes en

la titulación y restitución de las tierras indígenas. En vista que actualmente más del 50% del territorio indígena se halla en manos de personas no indígenas, esta organización también ha fracasado; en el estado actual, ni la administración de las tierras ni la determinación del desarrollo propio o cuestiones de la educación indígena se pueden arreglar de una manera satisfactoria porque las instituciones estatales no funcionan y las instituciones que el Estado reconoce como representantes de los pueblos indígenas no lo son.

Los problemas mencionados en todo el texto despliegan una situación que no se puede arreglar mediante algunas reinterpretaciones de normas por los tribunales costarricenses. En particular, la situación organizacional tiene que ser reformada vía una redacción de una nueva ley para quitar las competencias a la CONAI y a las ADE, asigne otros órganos e instituciones más adecuados. Si no, los problemas como la administración de las tierras, el derecho al desarrollo propio, así como con la educación no van a disminuir. También el sistema de reconocimiento del derecho propio tiene que ser más elaborado para que todos los jueces del país tengan una visión clara, acerca de cuándo se debe hacer y qué se debe hacer. Con el proyecto de ley sobre el desarrollo autónomo, se ofrece un instrumento que probablemente no sea perfecto, pero por una vez representa los conceptos de los pueblos mismos y enfrenta muchos de los problemas que se han mostrado a lo largo de los años. Entonces, se puede solamente repetir lo que muchas otras instituciones y personas ya han dicho.

El Estado de Costa Rica tiene que adoptar una nueva ley sobre los derechos de los pueblos indígenas para garantizarles el goce pleno de los derechos que les otorga el derecho público internacional. La adopción de una nueva ley, sin embargo, no sirve de nada si no se emprenden las medidas necesarias para implementarla, algo que hasta ahora no funcionó en Costa Rica con respecto a la legislación indigenista. Al final, se subraya que no es una cuestión de voluntad o de caridad sino de obligación por parte del Estado y de derecho por parte de los pueblos indígenas a los que se les debe restituir la soberanía que se les ha arrebatado continuamente desde hace siglos.

¡Agradecimientos

Este trabajo fue realizado gracias a los fondos del SBF 700 de la Deutsches Forschungs Gesellschaft. Asimismo agradezco la colaboración de Frau Rudolph y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y de native speaker por su ayuda en la corrección lingüística del texto.

Bibliografía

- Centro para el Desarrollo Indígena. (2009). noticia del 05 de octubre 2009. Recuperado en: http://cedin.org/pipermail/infoce-din_cedin.org/
- Centro para el Desarrollo Indígena. (2010). Noticia del 07 de abril, 2010.
- Centro para el Desarrollo Indígena. (2010). Noticia del 13 de abril, 2010.
- Centro para el Desarrollo Indígena. (2010). Noticia del 17 de mayo, 2010.

- Centro para el Desarrollo Indígena. (2010). Noticia del 04 de junio, 2010.
- Chacón, R. (2001). *Un nuevo proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas de Costa Rica*. Recuperado en:http://cedin.org/nueva_ley.htm.
- Chacón, R. (2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: una aproximación inicial, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 41, 2005, pp. 119-149.
- C.I.D.H. (1997). Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, del 24 de abril de 1997. OEA/Ser.L/V/II.96/doc.10 rev.1.
- C.I.D.H. (2000). Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, del 02 de junio de 2000. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc.59 rev.
- C.I.D.H. (2002). Informe No.75/02, Caso 11.140, Fondo, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, del 27 de diciembre de 2002.
- C.I.D.H. (2003). Informe de seguimiento sobre el cumplimiento por el Estado de Guatemala de las recomendaciones efectuadas por la C.I.D.H en el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), del 07 de marzo de 2003. OEA/Ser.L/V/II.117. Doc.1 rev.1.
- C.I.D.H. (2004). Informe N. 40/04, caso 12.053, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, del 12 de octubre 2004, contenido en el informe anual de la Comisión 2004. OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1, del 23 de febrero de 2005, Report N. 40/04, Para. 118.
- C.I.D.H. (2009). Informe comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el chaco de Bolivia, del 24 de diciembre 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58 .
- Corte I.D.H. (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia del 31 de agosto 2001, serie c. N. 79.
- Corte I.D.H. (2005). *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Sentencia del 15 de junio 2005, serie c. N. 124.
- Corte I.D.H. (2005). *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador*, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte del 17 de junio 2005.
- Corte I.D.H. (2005), *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia del 17 de junio 2005, Serie.C No. 125.
- Corte I.D.H. (2005). *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio 2005, Ser. C No. 127.
- Corte I.D.H. (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo 2006. Serie c. N. 146.
- Corte I.D.H. (2007). *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre 2007, Ser. C No. 172.
- Daes, E.-I. A. (2001). *The concepts of self-determination and autonomy of indigenous peoples in the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 14 St. Thomas. Law Review 2001, Pag. 259-269.
- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. (2006-2007). Informe Anual. Recuperado en:http://www.asamblea.go.cr/Defensoria_de_los_Habitantes/Forms/AllItems.aspx
- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. (2007-2008). Informe Anual.
- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. (2008-2009). Informe Anual.

- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. (2009-2010). Informa Anual.
- Eide, A. y Greni, V. (1998). *Cultural Autonomy: Concept, Content, History and Role in the World Order*. En Suksi, M. (ed.) *Autonomy: Applications and Implications* (1998). Pag. 251-276.
- Harhoff, F. (1986). *Institutions of Autonomy*, 55 *Nordic Journal of International Law* 1986, Pag. 31-40.
- Hannum, H. y Lillich, R.B. (1981). *The Concept of Autonomy in International Law*. En Dinstein, Y. (ed.) *Models of Autonomy* (1981). Pág. 215-254.
- Heintze, H.J. (1998). *On the legal understanding of autonomy*. En Suksi, M. (ed.) *Autonomy: Applications and implications* (1998). Pág. 7-32.
- Henriksen, J.B. (2008). *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169*.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2007). *Costa Rica, Resoluciones sobre Pueblos Indígenas 2000-2006*.
- Melo, M. (2005). *Últimos Avances en la Justicia de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2 Sur - *Revista Internacional de Derechos Humanos* (3) 2005, Pag. 31-49.
- Organización de los Estados Americanos. (2001). Grupo de Trabajo del borrador interamericano sobre derechos de los pueblos indígenas. Informe del Presidente. OAS- Doc. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.23/01 rev.1, pág. 21.
- Organización de los Estados Americanos. (2002). Grupo de Trabajo del borrador interamericano sobre derechos de los pueblos indígenas. Informe del Relator. OAS-Doc. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.83/02.
- Organización Internacional del Trabajo. (1994). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Solicitud directa individual sobre el Convenio N. 169, Bolivia, ILOLEX. N. 091994BOL169.
- Organización Internacional del Trabajo. (2004). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Solicitud directa individual sobre el Convenio No. 169, Costa Rica, ILOLEX. N. 092000CRI169.
- Organización Internacional del Trabajo. (2004). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Solicitud directa individual sobre el Convenio No. 169, Costa Rica, ILOLEX No. 092001CRI169.
- Organización Internacional del Trabajo. (2004). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación individual sobre el Convenio No. 169, Costa Rica, ILOLEX. N. 062004CRI169.
- Organización Internacional del Trabajo. (2010). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Solicitud directa individual sobre el Convenio N. 169, Costa Rica, ILOLEX. N. 092010CRI169.
- Organización Internacional de Trabajo. (2004). Consejo de Administración, 289ª reunión, Reclamación presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3.
- Organización Internacional del Trabajo. (1996). *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio N. 169 de la OIT*.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales*

- en la Práctica – Una Guía sobre el convenio N. 169 de la OIT.*
- Organización Internacional del Trabajo. (2009-2010). *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT, una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010.*
- Procuraduría General de la República. (2005), OJ-118-2005 del 09 de agosto de 2005.
- Procuraduría General de la República. (2006), Dictamen N. C-171 del 02 de mayo de 2006.
- Rivera, F.J.; Rinaldi, K. (2008). Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos. *III Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (4) 2008, pág. 80-96.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (1992). Voto 3003-92 del 07 de octubre de 1992.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (1993). Resolución 1993-1786 del 21 de abril de 1993.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (1995). Voto 1867-95 del 05 de abril de 1995.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2000). Resolución 2000-08019 del 08 de septiembre de 2000.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2000). Resolución 2000-10075 del 10 de noviembre de 2000.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2000). Resolución 2000-11530 del 21 de diciembre de 2000.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2002). Resolución 2002-02531 del 08 de marzo de 2002.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2002). Resolución 2002-02623 del 13 de marzo de 2002.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2004). Resolución 2004-12743 del 12 de noviembre de 2004.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2005). Sentencia 2005-06856 del 01 de junio 2005.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2005). Resolución 2005-09805 del 27 julio de 2005.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2005). Resolución 2005-10500 del 12 de agosto 2005.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2005). Resolución 2005-014678 del 28 de octubre de 2005.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2007). Resolución 2007-018597 del 21 de diciembre de 2007.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2008). Resolución 2008-002521 del 22 de febrero de 2008.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2008). Resolución 2008-003154 del 05 de marzo de 2008.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2008). Resolución 2008-008986 del 29 de mayo de 2008.

- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2008). Resolución 2008-013832 del 11 de septiembre de 2008.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2009). Resolución 2009 – 000601 del 21 de enero de 2009.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2009). Resolución 2009 – 005502 del 03 de abril de 2009.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2009). Resolución 2009-06045 del 22 de abril de 2009.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2009). Resolución 2009-0013994 del 28 de agosto de 2009
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica. (2010). Resolución 2010-005957 del 26 de marzo de 2010.
- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2010). Resolución 2010-008116 del 30 de abril de 2010.
- Toro, M.I.d. (2010). *El Derecho de Propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, X Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2010, pág. 49-95.
- United Nations General Assembly. (2007). Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, General Assembly 61st session. A/RES/61/295.
- United Nations Subcommission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. (1994). Technical Review of the United Nations draft declaration on the rights of indigenous peoples, UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2.
- United Nations Working Group on Indigenous Populations. (1993). Explanatory Note concerning the draft declaration on the rights of indigenous peoples, UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1.
- United Nations Meeting of Experts in Nuuk (Greenland). (1991). Report of the Meeting of Experts to review the experience of countries in the operation of schemes of internal self-government for indigenous peoples, UN-Doc. E/CN.4/1992/42.
- United Nations Working Group on Indigenous Populations. (1993). Report of the Working Group on Indigenous Peoples on its eleventh session. UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/29.
- Voto salvado del Magistrado Piza Escalante. (2000). Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 2000-11530 del 21 de diciembre de 2000.
- Wiberg, M. (2005). *Ambiguities in and Clarification of the Concept of Autonomy*. En Skurbaty, Z.A. (ed.) Beyond a one-dimensional state: An emerging right to autonomy. Pág. 177-190.
- Willemsen Diaz, A. (1992). *Ámbito y ejercicio eficaz de la autonomía interna y el autogobierno*. UN-Doc. E/CN.4/1992/42/Add.1, 19-70.

Recibido: 01/12/2010 • Aceptado: 19/04/2012