

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005



REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

| | |
|---|-----|
| La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia..... | 195 |
| <i>Ramiro Molina Rivero</i> | |
| Pluralismo jurídico y paz en Guatemala..... | 209 |
| <i>Guillermo Padilla</i> | |
| Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia..... | 225 |
| <i>Esther Sánchez Botero</i> | |
| La costumbre jurídica de los pueblos mayas..... | 253 |
| <i>John Schwank Durán</i> | |
| Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad..... | 287 |
| <i>María Teresa Sierra</i> | |
| Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | |
| Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua..... | 317 |
| <i>Lorena González Volio</i> | |
| El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i> | 347 |
| <i>Andrés D. Ramírez</i> | |

El derecho indígena hoy en América Latina

El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial*

Rubén Chacón Castro**

Antecedentes

El origen de este texto y sus objetivos

Este documento surge como un aporte del autor dentro del Curso/Taller organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) denominado “*Ombudsman* y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”, que se celebró en San José de Costa Rica en el mes de agosto de 2005.

El IIDH solicitó la preparación de un documento sobre el estado del arte en el derecho consuetudinario en el caso de Costa Rica. Los únicos requerimientos que hacían se referían a que se evidenciara los puntos de encuentro entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal, así como la referencia de las normas nacionales que establecían el reconocimiento de este sistema tradicional, y finalmente algunas referencias a cómo se valoraba el papel que el *Ombudsman* ha desarrollado y/o podría desarrollar en relación con la promoción del sistema jurídico indígena y su coordinación con el sistema jurídico nacional de su país.

Con la finalidad de presentar esta aproximación al tema, el autor ha recurrido a algunas experiencias que ha tenido en Costa Rica con relación a la organización indígena que se ha promovido para incentivar el derecho consuetudinario indígena, en función de las labores que realiza en este campo.

* Dedicatoria: A quienes hoy mantienen más fe que antes, aunque casi nunca tengan motivos para sostenerla. A los compañeros y compañeras indígenas que se mantienen en la lucha, y a los que la han dejado, y alguna vez aportaron. A mi esposa Zenobia, la única que siempre está ahí, digna y solidaria, por sus enseñanzas, por su diligencia.

** Abogado costarricense. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador del Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense. Consultor y asesor legal de organizaciones indígenas nacionales y centroamericanas.

La “validación” de este documento en la actividad del IIDH

Los elementos esenciales de lo que se expone en este análisis no surgen necesariamente del texto que se presentó en el curso del IIDH, sino de la presentación que se dio la oportunidad de hacer para explicar a los asistentes los alcances de este trabajo. Para el autor, la posibilidad de “validar” (o someter al escrutinio rápido de los asistentes) este análisis frente a un auditorio de alta calidad –pues al curso asistieron verdaderos tratadistas del tema–, representó lo más importante del esfuerzo.

Las limitaciones esenciales se lograron visualizar efectivamente luego de esta presentación y contribuyeron para que se intentaran referencias más explícitas de algunos aspectos de la tarea asumida.

En primer lugar, los términos de la presentación realizada no se han modificado con relación a esta nueva versión, sino que el proceso de validación sirvió para enfatizar algunos temas y por supuesto aclarar otros.

La “ética” de la vinculación con las experiencias que surgen de los pueblos indígenas

Hay un tema ético muy importante que siempre hay que dilucidar tratándose de quienes trabajan con los denominados “sectores vulnerables” (respecto a esta terminología no se hacen comentarios, simplemente se aclara que se comparten las críticas que diversos sectores hacen acerca de la insuficiencia del término “vulnerabilidad” aquí usado). Se trata del asunto relativo al modo cómo los sectores académicos o técnicos en general se vinculan con los procesos de reivindicación de los derechos humanos. Ya se sabe que hay “expertos” que se dedican a dictar verdaderas cátedras acerca de la realidad de la afectación de los derechos en los diversos ámbitos de la cotidianidad, o bien, se imponen propuestas metodológicas que surgen de técnicos muy avezados en todo lo que se refiere al modo de adentrarse a la “verdadera resolución” de los problemas. De manera que sobre esto, en el caso particular, resulta de mucha importancia clarificar algunas ideas que ayuden a legitimar cuando menos las visiones del mundo que se proponen en este análisis.

La perspectiva que aquí se presenta acerca del modo cómo se visualizan algunas experiencias en el campo de lo que se puede denominar “sistema jurídico indígena” o experiencias de “derecho consuetudinario indígena”, o simplemente “justicia propia indígena” surgen de un trabajo de muchos años que el autor ha desarrollado en el campo de los derechos de los pueblos indígenas en general y no específicamente en esta temática.

A diferencia de muchas personas que en el ámbito regional interamericano desde hace bastantes años vienen trabajando con experiencias de derecho consuetudinario indígena, el autor de este ensayo sólo lo ha hecho esporádicamente dentro de los trabajos que sobre el derecho territorial de los pueblos indígenas desempeña desde hace más de 20 años. Y es que en los últimos tiempos este tema de la justicia propia indígena ha surgido como una constante en algunos ámbitos territoriales indígenas en Costa Rica. En efecto, el trabajo de asesoría jurídica que se da a algunas comunidades indígenas han traído aparejadas las experiencias de esta justicia ancestral, que inclusive han tenido como consecuencia la defensa en estrados judiciales constitucionales de las competencias de estas organizaciones indígenas, por medio de asesoría que ha realizado el “Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense” (Programa Jurídico de la ILCO)¹, que se erige como la única entidad en Costa Rica que da apoyo en este sentido.

Debe aclararse que este trabajo se encara bajo tres perspectivas. En primer lugar en la visión de un investigador –académico universitario– de la realidad jurídica de los pueblos indígenas (en Costa Rica, más específicamente, pero que del mismo modo mantiene conocimiento de la realidad centroamericana en este campo), también como litigante en estrados administrativos y judiciales en procesos de defensa técnica de esta “institucionalidad indígena” frente a los embates del sistema jurídico dominante no indígena, y más propiamente como un colaborador de un movimiento indígena que por sí solo dirige y desarrolla experiencias en el campo de la justicia tradicional.

¹ Este Programa, que fuera seleccionado como un programa exitoso en el ámbito no gubernamental por parte de un estudio realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el año 1998 (Banco Interamericano de Desarrollo. 2000. pp. 65-67), en la práctica se ha regido por el respeto absoluto a la autodeterminación indígena y el acompañamiento solidario a estos pueblos sin un ánimo proselitista religioso.

Es esta última fisonomía la que resulta más concordante, pues describe un ánimo solidario que consiste en lograr estar cerca de la realidad indígena como producto de un trabajo responsable y comprometido, como colaborador específico, sin ansias dirigistas o imposiciones dogmáticas, sólo siendo parte de un proceso muy difícil que impulsan los pueblos indígenas. En esto último ha sido de gran influencia la concepción que durante muchos años ha llevado a cabo la entidad religiosa luterana en la que tiene su sede el Programa Jurídico de la ILCO, basada en el respeto absoluto a la historicidad de las concepciones indígenas. Del mismo modo, a la libertad académica universitaria en razón de que ésta posibilita un tratamiento de los temas del conocimiento jurídico bajo las directrices de la libertad de cátedra, y bajo el influjo de un compromiso de la educación estatal con la realidad nacional a la cual se debe.

Estas referencias son muy importantes para tratar de justificar que lo aquí consignado no es sólo la visión de un abogado no indígena que colabora con los procesos autonómicos de estos pueblos, sino el de un investigador que pretende explicar objetivamente la realidad actual de las experiencias de “justicia propia indígena”, pero teniendo como único parámetro lo que pasa en las comunidades, con todos sus errores y contradicciones.

De manera que se trata de una descripción de la situación, más que una valoración o una propuesta. Pese a que como se explicará luego, la reivindicación del sistema de justicia propio indígena pasa por la adecuación del modo de estructurar ese sistema autóctono a los requerimientos del ordenamiento jurídico imperante, que es el único que le da legitimidad. Y esto se dice, no porque en el caso particular de quien escribe así lo crea, sino porque la estructura imperante así lo ha establecido de diversas maneras². En Costa Rica, el sistema jurídico no acepta de manera amplia la institucionalidad indígena, o al menos no la supone como complementaria.

² Para que se aprecie el grado de subordinación con que la normativa nacional trata los derechos de los pueblos indígenas, téngase en cuenta lo que dice el Artículo 2 de la Ley N° 7316 de 1992, que aprobó el Convenio 169 de la OIT. Éste consignó expresamente que: “Lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio que por esta ley se aprueba, se aplicará en concordancia con lo que estatuye el artículo 33 de la Constitución Política y la legislación penal costarricense”. Nótese cómo el sistema imperante supeditó un Convenio internacional, que en el ordenamiento costarricense tiene rango al menos superior a la ley, a lo contenido en la “legislación penal costarricense”.

La “realidad” de los pueblos indígenas en Costa Rica

En Costa Rica, se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1.5% de la población total según el censo del año 2000). De los más de 5.210.000 hectáreas que abarca el territorio nacional, cerca de 350 mil (o sea, aproximadamente 7% del total de tierra) están determinadas como territorios indígenas.

Desde que en 1939 la Ley General de Terrenos Baldíos dispuso en su numeral 8 el derecho de las comunidades indígenas a los territorios que los asientan, se fundamentó un sistema jurídico de tutela territorial, que implicaba a su vez la de otros derechos, como el de la justicia propia.

En el año 1977 se emite la “Ley Indígena de Costa Rica” (Nº 6172) que hace una amplia regulación (aunque imprecisa o al menos no suficiente) de temas que abarcan la identidad, la organización y el territorio de los pueblos indígenas.

El Estado costarricense reconoce 24 territorios indígenas. Es por medio de Decretos administrativos con rango de ley (según el artículo 1 de la Ley Indígena de 1977) que se define la cabida de cada territorio. Se reconocen 8 culturas indígenas: *Huetar, Chorotega, Teribe, Brunka, Guaymí, Bribri, Cabécar y Maleku*.

Los territorios indígenas pertenecen colectivamente a las comunidades indígenas (que es la persona jurídica que representa a los pueblos indígenas), y estas áreas de acuerdo a la reglamentación administrativa se ordenan por medio de disposiciones que delimitan –en su mayoría– bajo coordenadas geográficas estas tierras.

En cuanto a la organización de la “Comunidades Indígenas”, éstas se expresan jurídicamente a través de la figura de las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (creada por una disposición administrativa), que es una estructura impuesta por el sistema, pese a que la ley indígena posibilita que los pueblos indígenas se organicen en sus estructuras comunitarias tradicionales (artículo 4 de la Ley Nº 6172 de 1977). Es decir, la ley de Costa Rica posibilita desde fines de la década de los setenta del siglo XX, que las comunidades indígenas sigan un sistema de organización propio.

Los problemas principales que aquejan a los pueblos y sus territorios, son la pérdida acelerada de sus tierras y de sus recursos

naturales a manos de intereses no indígenas –especialmente sectores ganaderos y madereros así como los ligados a negocios con transnacionales–. Pero también se presentan algunas confrontaciones entre los valores que fomenta el modelo educativo impuesto, con las tradiciones indígenas. La negativa a considerar plenamente la posibilidad de reivindicar en los territorios indígenas por parte de las personas miembros de estas colectividades la justicia propia, es un signo de la supeditación que marca la cultura dominante.

Ha habido una pérdida acelerada de los principales rasgos culturales en muchas de las comunidades que históricamente se han mantenido más alejadas de la cotidianeidad de la sociedad dominante, a causa de los impactos integracionistas que fomentan los modelos económicos neoliberales que han sido impuestos por las agencias financieras internacionales a partir de los años ochenta del siglo XX en la mayoría de los países de América latina.

No obstante todo lo anterior, no puede negarse que constantemente hay esfuerzos de revitalización cultural, especialmente a cargo de personas mayores de las comunidades indígenas, siendo una de estas expresiones el impulso del sistema de justicia propia, el cual pese a los obstáculos que se refieren, es manifiesto abiertamente en algunos territorios indígenas, pero se cree que, aunque oculto, se mantiene vigente en una gran mayoría de las tierras ancestrales.

El sistema jurídico indígena

La necesidad (no resuelta) de clarificar conceptualmente

Para tratar un tema como éste, vale abundar en el planteamiento teórico del mismo, por la necesidad de rigurosidad conceptual que es necesario en toda argumentación que aspira al menos a ser razonable, y en este sentido es necesario aclarar el sentido de las ideas que envuelven los términos “*sistema jurídico indígena*”, “*derecho consuetudinario indígena*” o “*justicia propia indígena*”.

Además de las acepciones dichas, también se ha referido el concepto de “costumbre jurídica o legal”, o “sistema jurídico alternativo” (Stavenhagen. 1990: 29). En todos de los casos –o la mayoría– se trata de un conjunto más o menos organizado de prácticas sociales históricas (de profundo contenido ideológico propio de determinada cultura indígena) que amoldadas a

circunstancias coyunturales sirven de amparo a una organización social indígena que considera ciertos elementos para exigir internamente el cumplimiento de lo que se podría llamar una especie de “derecho indígena propio”. Esto es impulsado dentro de la comunidad indígena por personas de la comunidad que estén legitimadas para ello.

Esta referencia incorpora términos e ideas que tienen que ver con el hecho de que para que exista un sistema jurídico indígena, deben darse los supuestos propios de cualquier sistema jurídico, que deben ser delineados con el fin de legitimarlos para ser aplicados. Esto es lo que ha provocado que pese a la existencia de verdaderas estructuras ancestrales de justicia indígena, en muchos ordenamientos no se admitan, pues hay una carencia de legitimidad que les de soporte (entendiendo que la “legitimidad” es concedida por el propio sistema dominante).

El modo de concebir cómo entender qué es el “Derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia”

De manera que para no entrar en reparos acerca de los alcances y limitaciones de cada expresión, en este caso el análisis opta por utilizar un parámetro normativo, el que señala el único instrumento internacional que tutela los derechos indígenas en este momento: el “Convenio Internacional Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” –conocido como Convenio 169 de la OIT–.

El citado Convenio Internacional reivindica el concepto de “derecho consuetudinario indígena”. Y entiende el mismo como el que se expresa en los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de estos pueblos (Artículo 5.a, Convenio 169, OIT).

Como se infiere, éste no define lo que es el “derecho consuetudinario indígena”, sin embargo refiere que cuando a los pueblos indígenas se les aplique la legislación nacional hay obligación de tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (Artículo 8.1, Convenio 169, OIT), aunque el derecho indígena nunca debe ser incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional (Artículo 8.2 del citado Convenio).

Como el Convenio 169 de la OIT no define la idea de “derecho consuetudinario indígena”, corresponde delinear algunas ideas para asentar el modo de concebirlo en este trabajo. Para ello se parte de algo que se ha planteado antes, partir de la idea de que el “derecho consuetudinario indígena”, es la expresión de un “sistema jurídico indígena”.

Se ha dicho (Friedman) que los tres elementos que caracterizan un sistema jurídico son: Una forma que lo defina o lo diferencia de otros, unas normas jurídicas, y fundamentalmente una serie de valores que forman una cultura jurídica (Peñuelas. 1996: 27). Coincidiendo con estas caracterizaciones, también se a dicho que: “... Costa Rica ha tenido diversos sistemas de Estado y de Derecho. Aunque a veces el énfasis que en las universidades se da al derecho de hoy hace que se desdibujen y se olviden los perfiles del de ayer (...) es posible darse cuenta de que no hay un solo sistema jurídico en Costa Rica, sino que al lado del derecho que se conoce como nacional existen diversos ordenamientos normativos indígenas...” (Sáenz. 2004: xv). Partiendo de estas ideas, es posible establecer que algunos de los más importantes elementos que pueden caracterizar el sistema normativo indígena, son:

- El que se identifique que hay un “sistema jurídico” indígena, cuando hay una manera (forma) de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena –y como tal se diferencia del sistema dominante no indígena–.
- El que se entiende como “norma”, en este ámbito, las que surgen de las relaciones históricas que han conformado lo que es en determinado momento su identidad –conformada por valores que en su afán de preservación forman una cultura jurídica–.
- El comprender que la noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, ya que basta con que se conciba una obligatoriedad de cumplirla, para legitimar su juridicidad –se trata de conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas–.
- El que el conocimiento de las normas constituye un saber popular y de experiencia, y las mismas (lo mismo que las prácticas) deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad –socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas–.
- El que en general en las comunidades indígenas se reconoce una pluralidad de ordenamientos, con un importante grado de

diversificación, pues se trata de ordenamientos de naturaleza total o parcialmente consuetudinaria, cuyas normas se transmiten oralmente y cuyas modificaciones por lo general son fruto de una evolución y no de actos determinados de autoridades creadoras del derecho.

- El que los procedimientos son de naturaleza oral, sencillos y flexibles y en ellos tienen gran importancia las pruebas testimoniales y la participación de la comunidad.
- El que con un afán de definir cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación, se consagran formas colegiadas de autoridad.
- El que se recurra en ciertos casos a los principios democráticos para estructurar las formas colegiadas de autoridad, pero en ciertas circunstancias rompiendo ese parámetro para incorporar sectores de la colectividad que se cree fundamental que participen –como grupos de mayores, médicos tradicionales, entre otros– siendo que esta legitimidad democrática se legitima en la cohesión comunal –sostenida por los sistemas propios de parentesco y organización familiar–.
- El que persista en estos pueblos un importante espíritu de comunidad, que en algunas comunidades se manifiesta en formas colectivas de trabajo o de propiedad.
- El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones para las acciones delictuosas o perjudiciales un carácter eminentemente reparador, más que sancionador, y haya una reflexión colectiva acerca de cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas.
- El que los procedimientos y el régimen de sanciones deban haberse practicado por generaciones.
- El que para fundamentar la reivindicación de este “derecho consuetudinario indígena” se recurra a lo que establece el Convenio 169 de la OIT y las diversas normas secundarias existentes.
- El que se acepte que las experiencias que se han estructurado en ciertos territorios indígenas donde se conservan más arraigados los rasgos culturales; éstas se manifiestan a través de los denominados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”. (Chacón: 2002, Colmenares: 2002, y Sáenz: 2004, pp. 49-53).

Partiendo de estas ideas, el sistema normativo indígena se caracteriza por lo siguiente:

- a) La existencia de una manera de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena diferente a la del sistema dominante no indígena.
- b) La “norma” que determina el derecho (y que se basa en una concepción muy amplia y poco formal) es expresión de la “identidad indígena” y surge de relaciones históricas que la han conformado.
- c) El comprender que su noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, pero se acepta como obligatoria y esto es lo que la hace legítima.
- d) Generalmente se reconoce una pluralidad de ordenamientos, muy diversificados.
- e) Los procedimientos que lo caracterizan son generalmente orales, sencillos y flexibles, y son dirigidos por un ente colectivo.
- f) El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones un carácter eminentemente reparador más que sancionador.

En base a esos principios, sería posible decir que una manera correcta de acercarse a la definición del derecho consuetudinario indígena, entendido éste como un “sistema indígena”, sería la de concebirlo como: “... los conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas; cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; las sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales; cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas (incluyendo como elementos adicionales), que estas normas y prácticas deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión –esto es, que sean socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas– y luego, que deben haber sido practicadas por generaciones ...”. (Sieder. 1996:27).

Bajo esas premisas se debe entender que el “Derecho de los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia” es el “derecho consuetudinario indígena”, y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un “sistema jurídico indígena” –que tiene una forma que lo define, unas normas jurídicas y valores que lo determinan como una “cultura jurídica” (como ya se dijo atrás)–.

Cuando se habla del derecho de los pueblos indígenas a organizarse, se parte de la preexistencia de una forma que ampara ese derecho³.

Del mismo modo es innegable que uno de los elementos que diferencia a los pueblos indígenas en el mundo contemporáneo son sus particulares valores⁴ que determinan todos los estratos de su vida, y dentro de éstos, por supuesto, lo que se puede llamar su “cultura jurídica” (su acatamiento, más o menos general, a regulaciones que se han mantenido ancestralmente).

Pero es en lo referente al modo de entender la existencia de “normas jurídicas” lo que puede desdibujar la idea de que los pueblos indígenas conviven en medio de un sistema jurídico propio (por supuesto atendiendo la definición que se ha expuesto aquí).

A este respecto, se parte de que lo referido con las “normas jurídicas”, concierne a una expresión de una institucionalidad que casi siempre se relaciona con un aparato formal que emita tales disposiciones (como sería el caso de un cuerpo legislativo, electo democráticamente y sentado bajo ciertos dogmas que enmarca una Constitución Política). Sin embargo, al reivindicar el propio Convenio 169 de la OIT el “derecho consuetudinario”, está concibiendo la posibilidad de “normas jurídicas” (es decir, regulaciones con trascendencia normativa) sin la existencia de esos antecedentes formales, pero amparados a una historicidad de tales regulaciones: “basta con que se conciba una obligatoriedad de cumplirla, para legitimar su juridicidad”.

Queda claro sin embargo, que no siempre estas características se muestran plenamente, pues en general –ya no sólo en la cotidianidad de los pueblos indígena– un sistema jurídico se evidencia pese a que esas tres cualidades que lo delinear, no estén bien enfatizadas. Porque como se sostuvo, no existe un “sistema jurídico” perfecto que

³ Esa “forma” es reconocida en el sistema jurídico costarricense en el artículo 4 de la Ley Indígena de Costa Rica, cuando refiere que “Las Reservas (sic) serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales...”.

⁴ El Convenio 169 de la OIT en su numeral 1, cuando define quiénes son indígenas, enfatiza como elemento característico la “identidad”, que no es otra cosa que la expresión histórica de un cúmulo de valores. Dice el citado precepto convencional, en lo que interesa: “... Artículo 1.2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

presuponga estrictamente la existencia de una forma, de unas normas, y de unos valores.

Cómo funcionan en Costa Rica, las experiencias que se pueden documentar de estructuras indígenas de justicia propia

Las experiencias de estructuras indígenas de justicia propia

Pese a que en el sistema costarricense rige el Convenio 169 de la OIT desde el año 1992, conforme se sostiene en el aparte conclusivo de este análisis, no puede decirse que hay un reconocimiento amplio del derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia. En muchos territorios indígenas esta forma de justicia ancestral es una realidad y lo único que diferencia a unas de otras es el grado de “exterioridad” de ciertos casos, pues en algunos de éstos se han presentado reclamos en la jurisdicción constitucional por parte de sectores que se han considerado afectados con las resoluciones de estos entes. Sobre esto se vuelve en el apartado IV (Punto 1.2.1., 1.2.2.).

Este estudio ha tenido en cuenta diversas experiencias que ya se han recontado en otro análisis (Chacón: 2000), y que de algún modo dan las pautas de lo que se podría considerar el tipo de experiencias de derecho consuetudinario indígena que rigen en el sistema costarricense. Es posible explicar el modo como se presentan las diversas variantes en la aplicación del derecho propio de los pueblos indígenas. En Costa Rica existen diversas expresiones que se identifican como figuras cotidianas de organización para fines de “impartir justicia propia”. El modo como trabajan y se organizan las estructuras indígenas varían según la zona, la autoconciencia de identidad indígena, y hasta la asesoría técnica que pudieran recibir.

Por ejemplo en los territorios de Talamanca Bribri (localizados en la ladera caribeña de la Cordillera de Talamanca), estos esfuerzos se emprenden especialmente por medio de “Juntas Vecinales”, aunque también hay creados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”, que también funcionan como tales en Cabagra y una parte de Conte Burica. En lugares como Alto Chirripó, es la Asociación de Desarrollo Integral la que cumple estas funciones, pero la misma estructura legítima comités para situaciones específicas. En términos generales en aquellos territorios donde no se organizan expresamente instancias para la resolución de asuntos, la Asociación

de Desarrollo Integral Indígena (*Vid. supra* I.4) es la que ha asumido esos roles.

En Costa Rica, estas experiencias se dirigen a dos acciones fundamentales: resolver problemas que se presentan entre personas indígenas de un mismo territorio, y documentar casos de usurpación de las propias tierras, generalmente por parte de personas no indígenas.

Así, el modo como se expresan estas experiencias es variado y a su vez evidencian las características que se han referido del derecho consuetudinario.

i) La existencia de una manera de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena diferente a la del sistema dominante no indígena

Pese a que algunos sectores de las poblaciones indígenas recurren con alguna frecuencia a las instancias jurisdiccionales del sistema no indígena, la existencia en los territorios indígenas de entidades que se abocan a impartir justicia entre los miembros de las comunidades, cada vez se visualiza más. Por ejemplo, una resolución del Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas del Poder Judicial de la República (que cubre la jurisdicción de “delitos menores” de los territorios indígenas localizados en el Cantón de Buenos Aires de Puntarenas), determinó en un auto que regulaba una audiencia oral y pública entre dos personas indígenas, la aceptación a que el Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra resolviera un asunto puesto a su conocimiento. El acta levantada en el proceso, así lo refiere: “Se le concede la palabra al ofendido (...) –y refiere– que asistirá a la asociación (sic) respectiva para darle solución al problema (...) Se le concede la palabra al denunciado quien manifiesta que acata (e) lo resuelto por el Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra (...). El suscrito juez (...) procede a homologarlo (el acuerdo entre las partes). Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas. 14:30 horas del 24 de septiembre del 2001. Acta de Audiencia Oral y Pública. Pastora Morales Sarmiento contra Hilario Ortiz Ortiz”.

ii) La “norma” que determina el derecho (que se basa en una concepción muy amplia y poco formal) es expresión de la “identidad indígena” y surge de relaciones históricas que la han conformado

Aparte de los casos en que se recurre a normas tradicionales para resolver conflictos entre personas indígenas, los estudios elaborados (Chacón: 2002) determinan que en términos generales es la “norma

jurídica” (no indígena) el motivo para la reivindicación de los derechos. En efecto, un número importante de asuntos que se tratan en comunidades como Salitre, Talamanca Bribri y Cabagra se refieren a situaciones en las cuales la instancia interna indígena defiende derechos de propiedad de la comunidad frente a actos ilegítimos de personas indígenas o no indígenas, basándose en lo que refiere la normativa nacional (especialmente la Ley Indígena). Y esto se hace por medio de resoluciones escritas que luego son presentadas como prueba ante las autoridades jurisdiccionales no indígenas, en caso de que la persona perjudicada con esa resolución de la instancia indígena acuda a esas vías en reclamo de sus derechos.

No obstante ello, se supone que las resoluciones no escritas son una mayoría en los casos en que se ventilan tradiciones ancestrales. Sobre esto, en realidad no existen muchos estudios de carácter jurídico, pero ya se han comenzado a delinear (por ejemplo Sáenz: 2004).

iii) El comprender que su noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, pero se acepta como obligatoria y esto la hace legítima

La existencia misma de organizaciones indígenas que dentro de los territorios desarrollan la justicia propia, es una evidencia de la vigencia del derecho indígena en estas jurisdicciones. Si se toma en cuenta que en un país tan pequeño como lo es Costa Rica hay una presencia de la “oficialidad” casi general, el hecho de que estas instancias autóctonas mantengan vigencia, es evidencia de la aceptación histórica del derecho propio.

iv) Generalmente se reconoce una pluralidad de ordenamientos, muy diversificados

Ya se ha mencionado, que aunque parte de las labores que estas instancias indígenas han llevado a cabo tienen que ver con la defensa de los derechos territoriales (generalmente amparados a lo que estatuye la normativa estatal), también se ha referido que múltiples situaciones que se juzgan están relacionadas más bien con formas de concebir la justicia desde el punto de vista tradicional, siendo el tema del derecho sucesorio y algunos aspectos del derecho de familia, los más característicos.

Pese a que aún no se ha documentado lo suficiente como para sostener la existencia de esta pluralidad de ordenamientos en las comunidades indígenas como una característica, sí se sabe que hay una manera específica. Por ejemplo, los *Cabécares* de Chirripó

deciden la administración de la tierra en comparación con los *Cabécares* de Talamanca. Y del mismo modo se conoce como los *Bribris* de la ladera pacífica de Talamanca siguen patrones culturales idénticos a los que viven en la ladera caribeña (aunque debe advertirse que aquellos son descendientes directos de éstos y su ubicación geográfica se debe a migraciones realizadas hace casi dos siglos).

v) Los procedimientos que lo caracterizan son generalmente orales, sencillos y flexibles, y son dirigidos por un ente colectivo

Tal y como se ha recontado, lo anterior es cierto para el caso de asuntos relacionados con tradiciones y costumbres muy relacionadas con la cotidianeidad de la convivencia en las comunidades indígenas. En términos generales, ésta ha sido la manera ordinaria de resolución de conflictos entre los pueblos indígenas.

No obstante lo dicho, hay una parte fundamental del trabajo que realizan algunos de estos entes comunales, que están relacionados con procedimientos escritos. Esto surge por la necesidad que hay de demostrar en estrados judiciales del sistema dominante, ciertos actos que tienen trascendencias constitucionales.

Es el caso de las resoluciones de asuntos concernientes con el derecho a la tierra, por ser éste un derecho fundamental. Cualquier persona tiene derecho de reclamar en la vía constitucional la amenaza al mismo (en vista de una amplia legitimación que esta jurisdicción ofrece en el sistema costarricense). En virtud de ello, las instancias indígenas se han concientizado de la necesidad de llevar a cabo procesos escritos con tal de asegurar que en caso de que haya impugnaciones en aquella sede, se pueda demostrar el cumplimiento por parte de las instancias comunales, de los principios constitucionales, como es el del debido proceso.

El reconocimiento limitado que el sistema costarricense hace del derecho consuetudinario indígena, ha obligado a estas entidades comunales a levantar informaciones escritas especialmente de asuntos de trascendencia territorial.

vi) El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones un carácter eminentemente reparador, más que sancionador

Ésta sí es una característica fundamental de las diversas resoluciones a que se ha tenido acceso (Chacón: 2002.) ya que

cuando ha sido una persona indígena la que ha resultado cuestionada en su proceder, en la generalidad de los casos se plantea contra esta un tipo de recriminación que sólo persigue el que se repare la afectación acusada, y no la sanción como tal.

En conclusión, aunque de esto hay que reconocer que no es posible afirmarlo categóricamente –y es necesario que se documente aún más–, en las diversas instancias comunales existentes, por el tipo de funciones que vienen desarrollando los órganos de justicia propia en las diferentes zonas del país, en términos generales puede concluirse que respecto a la justicia propia indígena, la práctica demuestra dos modalidades básicas (aunque en algunos casos, estos entes sólo cumplen una de éstas):

- a) *La función de instruir casos para acusar violaciones a los derechos indígenas (especialmente en el caso de los derechos territoriales):*

Se trata de labores de defensa de los derechos indígenas utilizando la propia organización indígena.

Principalmente se refiere a temas de defensa territorial, pero podría tratarse de casos de reivindicación cultural o de lucha contra la discriminación, o de exigencias para realizar procesos de consulta o reclamos en temas de salud comunitaria o de educación.

Estas labores las pueden ejercer comités indígenas de defensa de los derechos o incluso el propio Tribunal de Derecho Consuetudinario, y éstos en la instrucción del caso que se analiza, incluso emite resoluciones que afectan a personas no indígenas.

Cuando personas no indígenas se consideran afectadas por las acciones de los entes indígenas, éstas objetan las decisiones aprovechando el sistema de legitimación amplia que existen en Costa Rica para el reclamo en la sede constitucional. De manera que el expediente elaborado por el órgano comunal sirve de “prueba” de que en el curso de los procedimientos que culminó con la resolución que afectó al no indígena no se afectaron derechos constitucionales (como el derecho al debido proceso, o el derecho de propiedad).

En esta particularidad los actos del Tribunal indígena son también acciones de instrucción para documentar casos de afectación a los derechos indígenas (usurpación de tierras, por ejemplo) y así traer a un expediente pruebas de la violación a los derechos, que luego

sirvan para sostener reclamos reivindicatorios en la vía judicial civil, agraria o penal.

b) La función de conocer casos que se susciten entre indígenas:

También es una labor de defensa de los derechos indígenas, especialmente para tratar de reivindicar el respeto por las tradiciones y la cultura, pero del mismo modo surge para crear condiciones de defensa de derechos territoriales (ya no por causa de amenazas externas, sino por irrespetos que protagonizan personas indígenas entre sí). Es el típico caso de competencias de un Tribunal de Derecho Consuetudinario.

Debe decirse que en un sistema constitucional como el costarricense, donde la concepción liberal es el punto de partida de la tutela de los derechos fundamentales, los procesos tradicionales contra personas indígenas resultan dificultosos y hasta arriesgados, por la posibilidad de que tales actos afecten los derechos individuales de las personas indígenas. No obstante, desde 1989 en que comenzó la jurisdicción constitucional en este país, no se han reportado muchos casos en los cuales se deslegitime una resolución de un ente comunal indígena por dicha causa, pero esta posibilidad siempre ha sido una amenaza para el desarrollo pleno de las instancias ancestrales.

Se puede notar que hay una interrelación entre las labores de defensa de los derechos por agresiones provenientes de sectores no indígenas (a veces, pero no siempre del exterior), y las que realiza el ente encargado de la resolución de casos entre indígenas. En ambos, el ente legitimador central es la “comunidad indígena”, y los instrumentos que posibilitan la acción de defensa y control, son los órganos indígenas (Tribunal, promotores, asesoría legal)

La aplicación de los principios del debido proceso y la instauración de procesos escritos

Desde siempre, la organización indígena que ha estado encargada del tema de la justicia propia ha desarrollado sus procedimientos de manera oral. Ello resulta no sólo lógico sino que además muy propicio, pues las personas que están sujetas a estos procesos son parte de la cotidianidad histórica de una comunidad en la cual las relaciones de clan o de parentesco, así como el idioma –cuando éste ha perdurado– son básicos para definir las situaciones que se juzgan.

Desde que en el sistema costarricense se instauró la jurisdicción constitucional, que se ha caracterizado por ser un sistema muy abierto de “amplia legitimación”, algunas experiencias de las instancias indígenas comunales comenzaron a ser amenazadas. Por ejemplo, se llevaron a cabo procesos de desafiliación de indígenas de las Asociaciones de Desarrollo (basados en criterios tradicionales de forma oral) y su consecuencia fue la anulación de tales decisiones comunales por violentar el principio del debido proceso.

Es decir, pese a que la comunidad decidía, basada en sus propias normas, que un miembro de la comunidad debía ser expulsado de la Asociación de Desarrollo, la justicia constitucional lo impedía.

Esta situación llevó a plantear la necesidad de instaurar procedimientos escritos que aseguraran a la vez la comprobación en un expediente del cumplimiento de los requisitos del debido proceso⁵.

El trabajo de “conversión” de la instancia oral en una escrita, pese a que representa una afectación al modo como históricamente se concibió la justicia indígena (y como aún hoy se practica en muchas instancias y ámbitos), se basó en el principio de que el único espacio donde se podía cuestionar la constitucionalidad de las actuaciones de los entes indígenas, era el de la forma de sus decisiones, y por ello había que elaborar documentos que demostraran que los actos de justicia ancestral no afectaban el derecho al debido proceso.

De manera que se parte que el control de constitucionalidad de las competencias de los órganos indígenas de justicia propia sólo cabe para advertir violación al derecho fundamental del “debido proceso”, pues en lo que concierne al fondo, el juez constitucional no tiene facultades ni conocimiento para sustituir la voluntad indígena (en virtud del derecho que el sistema le reconoce a los pueblos indígenas de desarrollarse plenamente, con base en lo que dispone el Convenio 169 de la OIT).

⁵ No se tiene claridad del momento en que esta situación comienza a hacerse urgente, sin embargo el Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense (ILCO) comenzó desde aproximadamente 1998, un proyecto para posibilitar que las diversas expresiones indígenas que trabajaban con el tema de la justicia propia, asumieran mecanismos escritos, con el fin de levantar expedientes donde se hicieran constar todos los procesos que se activaban. En tal sentido se ha trabajado con las comunidades de Cabagra, Salitre, Talamanca Bribri y Conte Burica.

Ésta es entonces una variación a las tipologías apuntadas –que reivindicaban la oralidad–, respecto a las características de los sistemas de justicia propia indígena e implica una apropiación de los formalismos que el ordenamiento impulsa, como forma para adecuar el sistema indígena a las imposiciones del régimen dominante, con tal de que la institucionalidad indígena prosiga.

Disposiciones normativas del sistema que legitiman la justicia propia indígena

Procurada la claridad en los antecedentes que explican cómo se caracteriza el derecho de los pueblos indígenas a darse una justicia propia, y los elementos que integran ese derecho consuetudinario como un sistema jurídico, se procede de manera muy somera a desarrollar un comentario acerca del sistema jurídico indígena en Costa Rica.

Se plantea en primer lugar una referencia de las disposiciones normativas relacionadas con el reconocimiento y coordinación del sistema jurídico indígena a nivel nacional. Luego se recuentan elementos para comprobar la articulación entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal. Finalmente se analiza el modo como la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica ha reivindicado el reconocimiento del sistema jurídico indígena.

Disposiciones normativas a nivel nacional para el reconocimiento y coordinación del sistema jurídico indígena

Los antecedentes normativos que lo fundamentan

El derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, desde el punto de vista del reconocimiento del sistema dominante, encuentra su fundamento más remoto –como también sucede en el caso de los fundamentos del derecho territorial indígena– en la propia legislación colonial. Un Decreto Real de 1815 refiere el mandato de reestablecer los cacicazgos “... y justicias de indios que se extinguieron de echo (sic)...” (Archivo Nacional). En la era republicana, el Decreto Ley N° 21 de 1867, que se emite en la coyuntura en la cual el Estado trató de consolidar su posesión del territorio talamancaño y que ascendió al rango de “jefes políticos”, a los denominados caciques de Talamanca, dispuso en el artículo 3, que éstos “...gobernarán y administrarán justicia conforme a sus

costumbres, con sumisión a las disposiciones del Gobierno...” (Guevara & Chacón. 1992:66-67). Luego se puede citar como apoyo al reconocimiento de este derecho la propia Ley Indígena (N° 6172 de 1977) que en su artículo 4, determina el derecho de los indígenas a organizarse en “sus estructuras comunitarias tradicionales”, con lo que se infiere que esa organización propia deriva en la posibilidad real de desarrollar un sistema jurídico también autóctono. El Convenio 169 de la OIT (Ley N° 7316 de 1992), asegura en su letra el derecho de estos pueblos a reivindicar su justicia propia, conforme lo establece el numeral 8.1. que dice que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Se sabe que estas manifestaciones jurídicas no son otra cosa que el reconocimiento de la innegable realidad que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas practican su justicia propia (Chacón. 2002). En todo caso, factores como el control político y la imposición de patrones culturales no indígenas han impedido que el derecho consuetudinario se practique abiertamente.

Ha habido, especialmente a partir de los últimos años del siglo XX y los primeros de éste, una reacción adversa por parte de ciertos sectores muy relacionados con intereses ajenos a los territorios indígenas, en contra de las manifestaciones del derecho consuetudinario.

La aplicación del derecho en estrados judiciales

Deben de dividirse las referencias que el sistema judicial ha venido haciendo en torno al tema de la justicia propia indígena, en dos líneas: los fallos que reivindican las prácticas culturales indígenas, y los fallos que sirven de apoyo para promover el desarrollo de una justicia propia.

Esas dos modalidades surgen en un caso, de las prácticas culturales que son sometidas al escrutinio del sistema judicial dominante, y en otro, de los fallos que las estructuras de decisión comunal han emitido, que provocan inconformidades.

En ambas situaciones los órganos de justicia institucional han avalado de manera realmente tímida la práctica cultural indígena y la gestión de los entes indígenas.

1. Fallos Judiciales que reivindican las prácticas culturales indígenas:

En este caso se cita un fallo del año 1990, cuando el Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón en sentencia N° 19-90 de 16 horas del 6 de Febrero de 1990 declaró que el tipo delictivo de estupro no se configuraba en el caso de una relación de convivencia que sostenían entre sí una pareja de indígenas *Ngobes* (o *guaymís*), pese a que ella era menor de edad, en razón de que esa práctica era socialmente aceptada por la comunidad indígena.

En este caso, el fallo judicial se conforma en un apoyo para crear una jurisprudencia sobre el tema y en tal sentido se reconozca esta conducta como no contraria al ordenamiento jurídico. Pero del mismo modo se podría decir que se trata de una variante en la aplicación de la ley, que a través de una resolución judicial, integra el sistema normativo indígena al dominante.

2. Fallos Judiciales que sirven de apoyo al desarrollo de la justicia propia:

Quizá en orden cronológico –pero también jerárquico–, hay que citar en primer lugar la sentencia N° 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992 de la Sala Constitucional, que en fallo que analizó la pertinencia constitucional del Convenio 169 de la OIT, reconoció que la legislación penal no contemplaba la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna indígena por ello estos pueblos “... aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho; el de su comunidad y el de la justicia común ...”.

Otras resoluciones de este Tribunal Constitucional, han ratificado los derechos de estos pueblos por reivindicar su propia jurisdicción tradicional. Así, el Voto 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 ha sostenido en su considerando II que “... nuestra Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica...”.

Esta perspectiva ha sido entendida así por los juzgadores que tratan materia común. Por ejemplo, en materia agraria se hace mención a un fallo del Juzgado Agrario de Limón emitida en 1993 por el entonces Juez Danilo Chaverri que reivindica esa posibilidad. Otros fallos judiciales han reivindicado la necesidad de tomar en

cuenta las tradiciones ancestrales, como el caso en que el Tribunal Superior Agrario, en resolución N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997 dispuso que de alcanzarse una solución de un asunto por parte de los entes comunales indígenas en caso de irrespetarse “... los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales...”.

La Sala Constitucional también ha reiterado en el Considerando II del Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995, que el Convenio 169 de la OIT “... obliga 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...”.

Ha habido una tendencia en los últimos años, por parte del Tribunal Constitucional de no acceder a revisar objeciones a la actuación de los entes indígenas que impulsan el derecho consuetudinario, por considerar que los reclamos contra éstos no envuelven violaciones a los derechos fundamentales.

En Costa Rica, la jurisdicción constitucional posibilita activar reclamos en esta sede inclusive contra sujetos de derecho privado; sin embargo para posibilitar este reclamo contra un particular se requiere que tal persona esté en una posición de poder que impida al reclamante ampararse a otros remedios jurisdiccionales.

La Sala Constitucional, en el Considerando Único del Voto N°-06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003, en un recurso de amparo interpuesto por persona no indígena contra acciones llevadas a cabo por el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra dijo que en estos casos un supuesto afectado por actos del tribunal indígena puede recurrir si lo desea, a plantear las denuncias que estime convenientes ante la propia Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de San Rafael de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, o ante la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Desde algún punto de vista, el fallo Constitucional parece desmerecer el estatus del ente indígena, al que subordina a lo que en definitiva decidan otras instancias.

En el Voto 12743-04 de la Sala Constitucional de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004, que surge de otro recurso de amparo interpuesto contra la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de

San Rafael de Cabagra y el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, se refieren aspectos interesantes:

Se admite que tanto la Asociación de Desarrollo como el Tribunal de Derecho Consuetudinario actúan desde una posición de poder, de hecho o de derecho, frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultarían claramente insuficientes (Considerando I), con lo que por primera vez se admite el estatus de esta instancia propia.

Concluye el Tribunal Constitucional que los reclamos de la parte recurrente son ajenos al ámbito de competencia (se trata de temas de derecho de posesión y de no impugnación en tiempo del fallo que se reclama) y que por eso no entra a evaluarlos (Considerando II). Aquí se comprobó que hubo un debido proceso, por lo que no se detecta violación a este principio constitucional.

Entre las argumentaciones que se hicieron contra la actuación del Tribunal de Derecho Consuetudinario estaba la acusación de que se trataba de un tribunal especial (y que ello violaba los principios constitucionales de “juez natural” y el de “universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial”. La Sala desestimó tal alegato aduciendo que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente. También dijo que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Finalmente recordó que estas acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario se enmarcan dentro de la idea de que en el sistema jurídico costarricense no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno (Considerando II).

Puntos de encuentro entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal. ¿Hay articulación?

Según lo recontado en el inciso anterior, las características de la función de los Tribunales de Derecho Consuetudinario (sean los que se denominan como tales, o los que se expresan por medio de las

“Juntas Vecinales” o de las “Asociaciones de Desarrollo Integral”), son las siguientes:

- Sus potestades surgen del reconocimiento que desde tiempos de la colonia hace el sistema no indígena;
- El Convenio 169 de la OIT actualmente le da fundamento supra legal a esas prácticas;
- Diversos fallos de la Sala Constitucional (como es el caso de los fallos N° 3003-92 de 11:30 horas del 7 de octubre de 1992 y el N° 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y del Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995) y de instancias judiciales comunes (como el Tribunal Superior Agrario, en resolución N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997), han cimentado este derecho;
- Son expresión de prácticas inmemoriales que se han mantenido a través de la historia;
- Diversos sectores se han venido oponiendo a las acciones de estos entes que propician la justicia propia; y
- El sistema judicial ha concebido este derecho indígena en dos dimensiones: como una forma de reconocer las costumbres indígenas incorporándolas a la jurisprudencia común, o como un reconocimiento de las labores de los entes tradicionales.

Del análisis de los últimos votos recontados de la jurisprudencia constitucional (Voto N° 06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003 y Voto N° 12743-04 de la Sala Constitucional de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004), pueden concluirse algunas consideraciones que configuran el modo de concebirse y aplicarse la justicia tradicional indígena:

- Que inicialmente se consideró (Voto N°-06345-03) que las acciones que desempeñaba un Tribunal de Derecho Consuetudinario no representaban una posición de poder, pues había otras instancias de mayor legitimidad (como la Asociación de Desarrollo Integral, o la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas);
- Que aquella interpretación ponía en situación de supeditación a un ente propio de la comunidad frente a organismos impuestos por el sistema;

- Que aunque aquel argumento representaba una buena defensa para reivindicar la vigencia del órgano comunal, implicaba un debilitamiento jerárquico del mismo;
- Que a partir de la última jurisprudencia constitucional (Voto 12743-04) varía el argumento y sostiene expresamente que el Tribunal de Derecho Consuetudinario actúa desde una posición de poder; y
- Que al menos en el caso de las acciones que lleva a cabo el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra, éstas no implican ninguna afectación a los derechos fundamentales de los recurrentes.

La Sala aprovecha en este fallo del 2004 para hacer una legitimación del Tribunal de Derecho Consuetudinario, en el sentido de no concebirlo como un tribunal especial. Para ello establece:

- Que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente;
- Que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres; y
- Que por ser un ente concentrado en remediar conflictos entre indígenas, en realidad no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado.

Los elementos de enlace entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal, están en el hecho de que las acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario son tan legítimas como las de otros tipos de justicia que el sistema jurídico costarricense reconoce, como la justicia arbitral.

La articulación entre los sistemas es más difícil de notar, si se parte del modo restringido y hasta secundario como las diversas resoluciones del sistema dominante han venido reivindicando los alcances del derecho indígena, en contraposición al fundamento normativo e histórico jurídico expuesto, y especialmente a la letra y el espíritu del Convenio 169 de la OIT.

A los ojos de la ideología de la jurisdicción del sistema normativo dominante, las acciones de los entes indígenas que aplican y

reivindican la justicia propia, es sólo marginal. Por ello cada vez que un discurso de los custodios del sistema imperante recuente estas experiencias indígenas, al final se podrá advertir el estribillo: “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”.

**El reconocimiento del sistema jurídico indígena,
según la Defensoría de los Habitantes de la
República de Costa Rica.
Promoción del sistema jurídico indígena y su
coordinación con el sistema jurídico nacional**

La Defensoría de los Habitantes de la República ha sido sin lugar a dudas una estructura que ha posibilitado una comprensión cada vez mayor de la ciudadanía, acerca de la realidad de los pueblos indígenas. Quizá una de sus mayores virtudes sea el hecho de que su apreciación del problema indígena no se ha centrado (y a veces ni siquiera lo concibe así), en la perspectiva de las “carencias-pobreza” con que casi todas las esferas del poder lo conceptualizan. Por el contrario, su sentido ha ido siempre de la mano con la noción de los derechos culturales diferenciados. No obstante, quizá por problemas económicos o por definiciones estratégicas, este ente no ha podido crear una instancia que de manera específica atienda a las comunidades indígenas y tampoco ha dado todas las oportunidades del caso a sus técnicos para dedicarse exclusivamente a esta temática (Chacón, 2005).

Sin embargo, la Defensoría de los Habitantes es el ente público que de manera más regular, sistemática y profunda trata los problemas de los derechos indígenas en Costa Rica. El tema del derecho consuetudinario indígena no escapa a esta apreciación. Sin conocer nuevas versiones, interesa destacar un estudio muy agudo que emitió en el año 2001 sobre este tema (Oficio N° 182-2001-DHR del 5 de enero del 2001).

No se pretende hacer una referencia ni siquiera sintética del dictamen del ente defensor. Para efectos de este estudio, se quiere puntualizar los puntos más destacados del mismo que detallan el modo cómo la Defensoría ha reivindicado el reconocimiento del sistema jurídico indígena.

No cabe duda que la Defensoría de los Habitantes, a diferencia de las expresiones del sistema judicial sí concibe una articulación entre

los sistemas y reivindica el derecho consuetudinario indígena como una expresión de su autonomía, como un reconocimiento histórico a su identidad. Esto en razón de tres asuntos que llegaron a su ámbito, sobre temas muy diversos: uno concerniente a las obligaciones alimentarias de pago de dinero de personas indígenas que por sus costumbres no tienen concepción clara del dinero como medio de riqueza; otro referido a la toma de pruebas a imputados indígenas en materia penal; y finalmente, otro referido a la falta de indígenas que actúen como intérpretes en procesos judiciales. Todos estos temas se relacionaban entre sí, con la idea de la existencia de un sistema jurídico indígena en muchos de los territorios. Por ello es que la Defensoría trató estos asuntos, ligándolos al tema del derecho consuetudinario.

Como conclusión de su estudio, el ente defensor recomendó al Consejo Superior del Poder Judicial, respecto al caso específico tratado, que se garantizara la presencia de un intérprete tanto en la materia civil como penal para las partes involucradas en los procesos analizados en su informe; y luego que en un caso penal del cual tuvo noticia, se garantizara el cumplimiento de lo que estipula el numeral 339 del Código Procesal Penal, en cuanto a la peritación antropológica, a efectos de comprender el ámbito social en el que se desarrollan los hechos denunciados.

También pidió la conformación de una comisión interinstitucional de estudio y análisis del marco normativo aplicable en materia de pensiones alimentarias y Derecho Penal en relación con las personas pertenecientes a comunidades indígenas; un programa de capacitación a jueces, fiscales, defensores y policía técnica judicial en materia del respeto y reconocimiento de la diversidad cultural (en particular con relación a tema del Derecho Consuetudinario), y emitir una directriz en la que se haga manifiesto el deber de los jueces de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella.

No se conoce la reacción institucional de estas recomendaciones, a no ser por lo que menciona un informe posterior de la Defensoría, que cita que la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia por medio del Oficio N° 12118-01 de fecha 4 de octubre del 2001, designó en la Comisión que daría seguimiento a estas reco-

mendaciones, a un letrado de la Sala Tercera, al Fiscal Adjunto de la República, y a funcionarios del ILANUD, de CONAI y de la Defensa Pública.

No cabe duda que la crisis económica (y para algunos, además, institucional) en que está sumido el Poder Judicial, no augura que esta temática haya sido asumida como se merece. Al menos a las Asociaciones de Desarrollo Integral indígenas no se les ha informado en ningún momento de algún plan que el Poder Judicial esté activando, con el fin de acoger las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes.

Se sabe que se realizaron algunos talleres –fundamentalmente en el año 2001 con el apoyo de la OIT–, y la Contraloría de Servicios del Poder Judicial propició un taller con funcionarios de todo el país en el mes de septiembre del 2003.

Sin embargo los esfuerzos y la claridad de la Defensoría parecen no encontrar oídos en las autoridades judiciales. Por ello no cabe duda que el ingrediente que puede provocar un cambio de las condiciones, es el apoyo –o el asocio– que surja de las propias comunidades indígenas para hacer respetar sus derechos.

Este tema resulta complicado si se tiene en cuenta que desde hace algunos años, la Defensoría de los Habitantes libra una ardua batalla con la jurisdicción, ya que las autoridades judiciales limitan los esfuerzos que viene haciendo el ente defensor del pueblo, pues no toleran que esta institución, en su labor de control de la “gestión administrativa de los jueces”, reclame por la lentitud de la justicia y otros males que la aquejan, y del Poder Judicial sólo surgen acusaciones de injerencia, escudando muchas veces la ineficiencia en el principio de independencia del juzgador.

Por supuesto que esto último no es la generalidad, pero las condiciones económicas decrepitas y el colapso cada vez más evidente de muchos ámbitos judiciales, y por supuesto las deficiencias técnicas de los operadores del derecho, inciden en que cada vez se cierren más los espacios para provocar cambios en la mentalidad de quienes están llamados a impulsar el reconocimiento cada vez mayor del derecho consuetudinario indígena.

Conclusiones

Aunque podría hacerse un relato extenso de los alcances fundamentales que los pueblos indígenas tienen al desarrollar plenamente sus derechos en un sistema que se dice “pluricultural”, lo cierto es que las limitaciones al mismo evidencian que el ordenamiento costarricense está lejos de ser un ejemplo de reivindicación de estos derechos. Pero dicho lo anterior se toma conciencia de que inclusive instancias judiciales cercanas a los territorios indígenas han contribuido a posicionar la institucionalidad indígena. Y en esa misma línea, las sentencias del órgano de justicia constitucional nunca han negado este derecho, aunque lo reconfiguren como supeditado.

Los corolarios de lo anterior son los siguientes:

- Hay un desarrollo importante de las experiencias de derecho consuetudinario en el sistema, sin embargo se cree que no existen condiciones para reivindicarlo como una alternativa de reconocimiento pleno de la autonomía indígena.
- Se evidencian prejuicios conservadores (posiblemente integracionistas y hasta paternalistas) de las autoridades judiciales, que impiden un reconocimiento pleno de las prácticas de derecho consuetudinario.
- En muchas instancias formales, el sistema judicial no tiene en estos momentos condiciones para entender –y por ello no puede fomentar– el desarrollo del derecho consuetudinario.
- Los pueblos indígenas deben de apropiarse de mecanismos del sistema dominante como única forma para asegurar la vigencia y aceptación del derecho consuetudinario.
- Es necesario que las experiencias exitosas que se han desarrollado en territorios indígenas como Cabagra, Salitre y Talamanca Bribri, se extiendan a otras áreas, y que las que surgen en lugares como Conte Burica y Alto Chirripó, se especialicen cada vez más.
- Los estudios que se realicen en torno a estos temas, deben ser dirigidos por las personas indígenas cercanas a estas instancias tradicionales y ello implica que las entidades no gubernamentales (o inclusive las universitarias públicas) provean de recursos a estos entes para realizar estos trabajos.

- En el ámbito de los órganos de derecho público estatal y no estatal, no cabe duda que la Defensoría de los Habitantes a lo largo de los años se ha mostrado como el único capaz de provocar el impulso de políticas públicas de fomento al derecho consuetudinario bajo las concepciones de la autodeterminación, para esto debe aliarse con las organizaciones indígenas.

Bibliografía

Archivo Nacional de Costa Rica. “Real Cédula en que Su Majestad reestablece el sistema gubernativo que regía antes de las llamadas Leyes Nuevas”. Guatemala. 21 de junio 1815. Documento extraído por el antropólogo Marcos Guevara B, San José, 1991.

Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio de siete países de América Latina*. Editorama S.A. San José, Costa Rica, 2000.

Colmenares Olivares, Ricardo. *El Derecho a la propia cultura de los Pueblos Indígenas en Venezuela*. Mimeografiado. Caracas, Venezuela, 2002.

Chacón Castro, Rubén. “Derecho de los Pueblos Indígenas a darse su Propia Justicia, en el Sistema Jurídico Costarricense. (Derecho Consuetudinario Indígena en Costa Rica)”. Documento elaborado para el proyecto UNFIP de la OIT. 2002.

<http://www.oit.or.cr/unfip/estudios/index.htm>

.... *Una mirada crítica a la acción de la Defensoría de los Habitantes de la República en materia de derechos indígenas en Costa Rica (sólo para identificar con mayor claridad sus aciertos y carencias)*. Mimeografiado. San José, Costa Rica, 2005.

Defensoría de los Habitantes de la República. Oficio N° 182-2001-DHR del 5 de enero del 2001. San José, Costa Rica.

Guevara, Marcos y Chacón, Rubén. *Territorios Indios En Costa Rica. Orígenes, Situación Actual Y Perspectivas*. García Hermanos S.A. San José, 1992.

Peñuelas I Reixach, Lluís. *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva del Derecho Comparado*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996.

Sáenz Carbonell, Jorge F. *Los sistemas normativos en la Historia de Costa Rica. Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. Ediciones Chico. Primera Edición. Santo Domingo de Heredia, 2004.

Sieder, Rachel. *Derecho Consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. FLACSO. Guatemala, 1996.

Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990.

Resoluciones judiciales citadas

Sala Constitucional. Voto N° 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992.

Voto 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993.

Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995.

Voto N°-06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003.

Voto 12743-04 de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004.

Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, sentencia N° 19-90 de las 16 horas del 6 de febrero de 1990.

Tribunal Superior Agrario de San José, sentencia N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997.

