

Imaginarios sobre las personas y los pueblos indígenas en las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica

Imagineres regarding indigenous persons and peoples in the sentences of the Costa Rican Constitutional Chamber

Mónica María Pérez Granados*

Resumen

Desde su instauración en 1989, la Sala Constitucional ha emitido una importante línea jurisprudencial sobre pueblos y personas indígenas. Al respecto, se realiza un análisis acerca de las concepciones imaginarias plasmadas en estas sentencias durante el periodo de 1989-2016 con el fin de generar algunas reflexiones sobre los efectos de estas concepciones en el efectivo ejercicio de derechos.

Palabras clave: imaginarios sociales, sentencias, derecho indígena.

Abstract

Since its establishment in 1989, the Constitutional Chamber has issued an important body of jurisprudence on indigenous persons and indigenous peoples in general. This paper analyzes the conceptions and imaginaries embodied in these sentences during the period from 1989 to 2016, in an attempt to reflect on the effects of these conceptions in the effective exercise of rights.

Keywords: social imaginaries, sentences, indigenous rights.

* Investigadora independiente.

Introducción

En el caso costarricense, la edificación del Estado nación acarrió la construcción de una identidad nacional que aglutinó a sus ciudadanos en un todo cultural homogéneo, el cual privilegió lo europeo y visibilizó como inferiores a las comunidades culturales que se alejaron fenotípica y culturalmente de ese imaginario. Tal fue el caso de los pueblos y personas indígenas, representados como colectividades atrasadas (Benedict, 1993), requeridas de la asistencia y administración estatal, y, por tanto, como titulares de ayuda. Esto se manifiesta en prejuicios, sistemas de creencias y relaciones que inciden en un acceso negativamente diferenciado a bienes y servicios.

En ese sentido, las normas jurídicas y los procesos de interpretación y aplicación normativa no son ajenos a las construcciones sociales instituidas, las cuales terminan por reproducir y legitimar determinadas relaciones. De esta forma convergen el ordenamiento jurídico y el imaginario social, de manera que el primero imprime en las normas jurídicas las construcciones sociales y reproduce un orden social, político y económico.

El imaginario social juega entonces un papel importante en la construcción de la condición jurídica de los sujetos a quienes se les aplican las normas. Ante esto, se puede afirmar que el discurso normativo identifica y le otorga determinado significado al otro social y anuncia una forma específica de interacción dentro de una situación social particular (Van Dijk, 1984, 1999, 2003a, 2003b, 2004, 2006), la cual responde a una legitimación de saberes y poderes en un contexto sociohistórico determinado.

De esta manera, la nominación oficial realizada por las normas jurídicas y los procesos de interpretación normativa materializados en las sentencias, en razón de los cuales se le otorga a alguien un título o una calificación socialmente reconocida, repercute en el ejercicio de los derechos de los individuos, perpetúa un orden determinado e incide sobre el desarrollo humano, lo cual revela la importancia de reflexionar sobre

los efectos de las construcciones imaginarias emitidas en las sentencias de la Sala Constitucional en el efectivo ejercicio de derechos.

A esos efectos, se parte del supuesto de que, a pesar de la consagración del principio de igualdad formal establecido en la Constitución Política, las construcciones sociales sobre la diversidad interiorizadas por los intérpretes autorizados de la norma, que luego son materializadas en las sentencias, inciden en el acceso a la justicia y el ejercicio de derechos. En ese sentido, el dogma del positivismo jurídico en la creencia de la autonomía y la neutralidad del derecho ocultan que las sentencias se producen por sujetos socializados en una determinada cultura, es decir, el juez no es un simple ejecutante de estrictas reglas escritas.

Se podrá pensar que esto lo hacemos todos y es verdad, la diferencia con los magistrados que interpretan la Constitución Política es que sus decisiones (sus sentencias) tienen una importante eficacia simbólica: se trata de actos enunciados por las voces autorizadas, con la fuerza de instituir significaciones que deben ser reconocidas a nivel nacional, lo que impide en gran manera que puedan ser rechazadas o ignoradas.

En efecto, a diferencia de los criterios particulares, estos son enunciados performativos con la capacidad de hacerse reconocer universalmente y, por lo tanto, de “obtener que nada pueda negar o ignorar el punto de vista, la visión, que imponen” (Bourdieu, 2000, p. 197). Con base en las anteriores consideraciones, se puede entender que el indígena se instituye, significa y concibe con base en una serie de ideas y denominaciones, traducidas en un imaginario o representación mental social que se plasma en las sentencias e incide en el ejercicio de derechos, dadas las prácticas sociales que engendra.

De acuerdo con Castoriadis (1997a, 1997b, 1999, 2013), “el imaginario social” es un concepto compuesto de representaciones socialmente instituidas; así, las normas jurídicas, que contienen el conjunto de razonamientos históricamente expresados sobre un sector o grupo, legitiman el discurso del orden establecido y determinan quién es o no titular de derechos. Con base en estas construcciones, el derecho consagra una visión del orden social en un orden jurídico respaldado por el Estado,

el cual asigna, retira o modifica papeles, títulos, poderes, competencias, derechos y obligaciones a los actores sociales.

El presente análisis tiene por finalidad prestar atención a las concepciones imaginarias sobre pueblos y personas indígenas en un grupo de sentencias de la Sala Constitucional costarricense, en el periodo que va de 1989 al 2016, y sus efectos en el efectivo ejercicio a la tierra, el territorio, los recursos y la consulta previa libre e informada. Con este fin, primero se esboza el contexto histórico que refiere a las concepciones imaginarias dominantes en la sociedad costarricense para luego pasar al análisis de un grupo de sentencias dictadas durante el periodo de estudio, en las cuales se materializan y toman vida esas concepciones, para finalmente poder realizar algunas reflexiones finales.

Contexto normativo

Las representaciones imaginarias sobre pueblos y personas indígenas se materializan en normas jurídicas, que marcan la imposición de los “conocimientos expertos”, emitidos por las personas “aptas”, y en “programas de desarrollo” dirigidos a administrar y transformar a los pueblos indígenas en “civilizados” o, al decir de la legislación costarricense, a “elear su nivel cultural”. El artículo 2 de la Ley 45 de 1945 estipulaba:

Siendo el propósito de este decreto no solo dar y conservar tierras para la población indígena, sino elevar su nivel cultural y proteger su salud, créase una Junta de Protección de las Razas Aborígenes de la Nación, integrada por cinco miembros, en lo posible versados en el ramo de la antropología, para que administre las reservas indígenas y colabore con la Secretaría de Educación y la de Salubridad Pública en el cumplimiento de su cometido.

De esta manera, las representaciones imaginarias sobre personas y pueblos indígenas se traducen en normas jurídicas, que los refieren

como colectividades atrasadas desde una concepción de desarrollo unilineal, lo cual implica negarles *ad portas* la agencia y el derecho a la autonomía. Estas ideas se convirtieron durante un largo periodo en normas jurídicas indigenistas que reconocieron la existencia de este grupo a la vez que instauraron políticas para “administrarlos” o, en su caso, “salvaguardarlos”.

Es dentro de ese marco cuando se promulga la Ley General de Terrenos Baldíos de 1939, que en su artículo 8 declara “inalienable y de propiedad exclusiva de los indígenas, una zona prudencial a juicio del Poder Ejecutivo en los lugares en donde existan tribus de éstos, a fin de conservar la raza autóctona y de librarlos de futuras injusticias”. Esta norma permitió un primer acercamiento a una construcción imaginaria de los pueblos indígenas, desde una visión paternalista, a partir de la cual se derivó el reconocimiento, visión que se consolidó en 1945 mediante el Decreto 45 del 3 de diciembre de 1945.

Se trata, pues, de un reconocimiento condicionado al sometimiento a la administración estatal. Esta declaración legal presenta al Estado como benefactor generoso de la “raza autóctona” y revela lo que se convertirá, desde el imaginario social, en un continuo reconocimiento desconocedor del indígena como titular de derechos. Esta concepción lleva a desconocer la agencia de las personas indígenas, en tanto son consideradas como incapaces de administrar sus territorios y necesitadas de protección y guía para su evolución cultural.

Siguiendo con esa línea, en 1973 se creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (Conai) mediante la Ley 5251, a la cual, en el artículo 4, se le asignó como principal función promover el mejoramiento social, económico y cultural de la población indígena, con miras a elevar sus condiciones de vida y a integrar a estas comunidades al proceso de desarrollo.

En el año 1977 se emitió la Ley Indígena de Costa Rica, la cual representa un avance en el reconocimiento de los derechos indígenas. Sin embargo, en diciembre de 1977 se publicó el Reglamento a la Ley Indígena, según el cual los territorios indígenas pertenecen colectivamente a las comunidades, pero organizadas en la figura de las Asociaciones

de Desarrollo Integral Indígenas (ADI), que son instituciones creadas por el Estado e impuestas jurídicamente a los indígenas como las representantes oficiales de su comunidad. Con estas disposiciones, el Estado consolidó un imaginario social dominante, según el cual los indígenas pertenecen a colectividades que deben ser tuteladas y administradas, lo cual es naturalizado y legalizado mediante su incorporación en normas y, además, transformado en pautas de acción.

A finales de los años setenta, producto de una serie de movimientos tanto nacionales como internacionales, se fortaleció una corriente de pensamiento que abogó por el reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho a la autonomía. En este marco se formaron importantes instancias indígenas y se creó el contexto para la posterior aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que sustituyó al Convenio 107, de 1959, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.

Así mismo, en los años noventa se aprobaron reformas para que las autoridades judiciales se auxilien del peritaje cultural. Precisamente el Código Procesal Penal de 1996, actualmente vigente, definió por primera vez, en una norma relacionada con lo penal, la posibilidad de que la diferencia cultural tuviese efectos jurídicos. Sin embargo, en Costa Rica no fue sino hasta la instauración de la Sala Constitucional en 1989, y con la aprobación del Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 7316 de 1992, que se abrió un espacio para que los pueblos indígenas plantearan procesos en donde se analizaran las violaciones que representan las infracciones a la norma constitucional.

Antes de ese momento, la tutela de los derechos fundamentales era poco accesible pues estaba supeditada a procesos muy arduos y costosos que implicaban formalismos angustiantes, competencias de dos órganos judiciales (la Corte Plena en el caso de *'habeas Corpus'* e *'inconstitucionalidades'*, y la Sala

Primera, en lo correspondiente a ‘recursos de amparo’) [...] (Chacón Castro, 2001, p. 54).

Esta conciencia sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se empezó a plasmar en la Carta Magna. Así, por medio de la Ley 7878 del 27 de mayo de 1999 se volvió a referir en una Constitución Política costarricense el término *indígena*, con ocasión del reconocimiento de las lenguas indígenas, que se consolidó por medio de una adición al precepto 76 constitucional. Cabe indicar que esto sucedió después de casi 155 años, pues la otra referencia encontrada se realizó en la Constitución de 1844. La Constitución emitida al 9 de abril de 1844, en su numeral 80, refería por primera vez en la historia constitucional el término *indígena*, con relación al derecho al voto en su artículo 80.

Para tener derecho a votar de las juntas populares, se requiere: 1.º ser ciudadano en ejercicio de sus derechos; 2.º ser vecino del Estado; 3.º tener veinticinco años cumplidos; 4.º ser casado ó viudo ó cabeza de familia, ó soltero que haya servido honoríficamente alguno de los destinos de los Supremos Poderes del Estado ó municipales; 5.º ser dueño de alguna propiedad raíz que alcance el valor de doscientos pesos. En los pueblos de indígenas, en que no haya propietarios de esta clase, será suficiente que tengan casa propia [...].

Por otro lado, este reconocimiento ha sido limitado, lo cual lleva a señalar que se realiza dentro de las concepciones neoliberales que restringen en la práctica el ejercicio de la autonomía y la efectiva realización de los derechos colectivos. Al respecto, Charles Hale (2005) habla del “multiculturalismo neoliberal” y señala que los derechos colectivos, otorgados como medidas compensatorias, son parte integral de una ideología neoliberal, la cual, a la vez que establece espacios de participación y negociación, limita demandas y alienta una organización indígena que

no sea capaz de acumular el poder suficiente para representar un desafío directo al poder estatal. Esto se ejemplifica con la cooptación de líderes indígenas en proyectos estatales que limitan el surgimiento de una visión crítica que permita emprender acciones para transformar las relaciones de dominación.

Charles Hale (2004) denuncia este tipo de reconocimiento y utiliza la categoría de “indio permitido” para identificar y explicar cuáles son los movimientos que funcionan en los límites establecidos por los Estados, los cuales devienen en demandas, reivindicaciones y derechos que tienen la común característica de dotar de soluciones superficiales a problemas estructurales.

En el año 2007 se promulgó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en el 2016 se aprobó la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. A nivel nacional, mediante la Ley 9305 del 24 de agosto de 2015, se reformó el artículo primero constitucional costarricense: así, la nación se reconoce como pluriétnica y multicultural, lo cual lleva a revisar las sentencias emitidas y las posibilidades reales de cohesión, igualdad y diversidad dentro de un sistema jurídico y constitucional de corte liberal, como lo es el costarricense.

La construcción imaginaria de los indígenas en las sentencias de la Sala Constitucional Costarricense

A la par de las visiones consagradas en las normas referidas, las cuales evidencian el contexto en donde emerge y se consolida un imaginario predominante del indígena como titular de ayuda, en las sentencias emitidas por la Sala Constitucional es posible advertir la manera en que ese imaginario toma forma e incide en el ejercicio de derechos.

A estos efectos se estudian 118 sentencias, dictadas durante el periodo de 1989 al 2016. Estas sentencias se analizan considerando tanto que contienen criterios que refieren políticas de relación con la diversidad cultural indígena como que relatan el reclamo de derechos incluidos en

los principales instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el tema, es decir, referidos a la tierra, el territorio, los recursos y la consulta previa libre e informada.

De previo a referir los resultados arrojados en el análisis, se debe anotar que las sentencias revisadas representan muchas veces esporádicas visiones de los juzgadores respecto de una realidad que no comprenden a profundidad, pese a lo cual determinan las bases de cómo los pueblos y las personas indígenas se relacionan con la institucionalidad costarricense.

Por otro lado, cabe indicar que la importancia de analizar estas sentencias reside en la necesidad de comprender cómo se conciben los pueblos y las personas indígenas desde espacios de nominación que instituyen los significados oficiales (Bourdieu, 1997); se trata de una reflexión sobre interpretaciones que se constituyen en referentes, reproductores y validadores de determinadas construcciones sociales, las cuales impactan en el ejercicio de derechos.

En el caso de pueblos indígenas, las sentencias analizadas revelan una construcción imaginaria de las personas y los pueblos como menores de edad, que requieren de un tutelaje paternal de parte del Estado, o bien como colectividades sociales que deben integrarse a las visiones de la sociedad dominante (no indígena) para “evolucionar”, hasta su consideración como colectividades titulares de derechos, que deben ser respetadas en un marco de autonomía, pero en general con la salvedad de que no trastocan las bases del ordenamiento jurídico, que recoge los intereses de la sociedad dominante. De ahí que en el efectivo ejercicio de los derechos de pueblos y personas indígenas incidan tanto el tipo de derecho reclamado como los intereses socioeconómicos afectados con su ejercicio.

Sobre el ejercicio de derechos territoriales

La Sala Constitucional ha reconocido los derechos territoriales de los pueblos indígenas como fundamentales, relacionados con la libre determinación y la autonomía. Esta visión fue consignada de forma

magistral en el voto 6229-99, que reconoce los derechos territoriales del pueblo Maleku sobre sus tierras. En el mismo sentido, existen resoluciones, como la del voto 4428-97, en donde se declara el acto administrativo que redelimitó el territorio indígena de Kékoldi como un asunto que correspondía ventilarse en la vía contencioso-administrativa.

Pese a la previa consideración de los derechos indígenas como derechos fundamentales, la Sala señala que la competente para conocer es la jurisdicción contencioso-administrativa, que implica, además, un medio más oneroso para poder obtener respuestas favorables a la defensa de los derechos territoriales, fundamentales para el desarrollo cultural y material de las comunidades indígenas. Así mismo, la Sala ha admitido que los límites impuestos a los territorios indígenas pueden ser una ficción estatal; por lo tanto, se requiere recurrir a otros criterios que den cuenta de la ocupación histórica y tradicional, tales como los peritajes culturales.

Se ha acogido como criterio de fundamental consideración el carácter comunal de la propiedad indígena, pese a lo cual existen votos salvados que consideran que el régimen de propiedad comunal sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas solo puede tener un efecto temporal (sentencias 05-01538 y 07-012395). En cuanto a este último criterio, sirva mencionar que la tierra es el espacio simbólico de reproducción cultural y su carácter comunal representa un aspecto fundamental de la forma de vida de las comunidades indígenas. Al respecto, Valdivia (2013) señala:

Por encima de todas las causas probables está el hecho ineludible de que para los pueblos indígenas la tierra no es solamente un recurso productivo o un lugar dónde vivir, sino primordialmente un territorio, el espacio de construcción social de su cultura, el lugar donde se gestan los vitales procesos de reproducción e identificación social y cultural (p. 25).

Finalmente, cabe indicar que la cuestión diversa es el cumplimiento de las sentencias que reconocen los derechos territoriales, lo cual se de-

muestra en el incumplimiento del traspaso de las tierras del ITCO/IDA a las comunidades indígenas de Boruca, Térraba y Curré y el incumplimiento del traspaso de tierras a la comunidad de Guatuso y Matambu (por rectificación de linderos de la Reserva), situación consignada en las resoluciones 02-03468, 03-22526, 3468-02 y 03-2526.

Así mismo, la brecha de implementación que media para la efectiva aplicación de los derechos de los pueblos indígenas (Stavenhagen, 2000, 2006) se evidencia al analizar los continuos actos de despojo territorial y la incapacidad de la legislación para brindar remedios eficaces. Esto puede ser comprobado en la imposición de medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) a favor de los pueblos indígenas teribe y bribri de Costa Rica.

Sobre la autonomía

Autoridades tradicionales

La autonomía indígena comprende la autoafirmación (Bárcenas, 2005), y se expresa en el reconocimiento, o en la ausencia de este, que hacen los magistrados de la Sala Constitucional frente al peso de una concepción ideológica de corte paternalista, que tradicionalmente ha caracterizado las relaciones entre pueblos y personas indígenas, y la sociedad costarricense no indígena.

En este sentido, la reiteración de la validez de las ADI y de la CONAI, como entes representativos de los intereses indígenas, personifica una visión que les otorga a los agentes estatales externos a estos pueblos, legalmente designados como los capaces de accionar, una serie de prerrogativas para que administren los intereses de las comunidades indígenas (resoluciones 2002-2623, 2003-03485, 04-009931, 6856 del 2005, 2006-14545, 2010- 018714, 2011-710 y 2012 -018147).

De esta manera, las ADI y la CONAI, siguen siendo los obligados referentes estatales en áreas de vital importancia, como es el caso de su competencia en materia de certificaciones de derechos de no indígenas

en áreas colindantes con los territorios, así como para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas.

A su vez, en las sentencias analizadas, se observa que en la Sala existe un juego que sitúa las interpretaciones entre la tutela paternalista y el reconocimiento “simbólico” de la autonomía. Tal es el caso del nombramiento de docentes, según criterio de las ADI y, recientemente, de los Consejos Locales de Educación Indígena, que son finalmente instancias creadas por el Estado (votos 2009-6465 y 2016-7999). En este juego se reconoce la autonomía indígena en algunos aspectos, pero se desconoce en otros, sobre todo en aquellos que cuestionan la supremacía de los aparatos estatales para definir el rumbo de los recursos económicos importantes, como en el caso del derecho a la consulta previa de grandes proyectos, situación que se abordara adelante.

Derecho indígena

En muchos territorios indígenas, las formas de justicia propia son una realidad, de manera que es más bien el conocimiento de ciertos casos presentados en la jurisdicción constitucional lo que los visibiliza. Por ello, es probable que se tenga un acceso limitado al conocimiento de estas resoluciones y que a lo interno de las comunidades se presenten una serie de situaciones, que se resuelven de acuerdo con el sistema jurídico indígena, sin que haya necesidad de recurrir a la Sala Constitucional.

Ahora bien, pese a que en el sistema costarricense rige el Convenio 169 de la OIT desde el año 1992, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia se sucede siempre dentro de los márgenes del sistema jurídico dominante. Al respecto, cabe mencionar que la Sala Constitucional ha venido realizando un reconocimiento de los pueblos indígenas desde una visión paternalista, siempre que no violen los límites que los derechos humanos imponen a la conducta, lo cual ha sido una constante desde la aprobación del Convenio 169 de la OIT.

Conviene recordar lo expuesto por la Sala en relación con la relevancia constitucional de la “protección” de las tradiciones, lengua y religión

de los pueblos indígenas, pero no de sus sistemas normativos. Esto se hace patente con la indicación expresa de que se deben respetar siempre que no violen “los valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado” (sentencia 3003-92 de 1992), y de que se suceda sin que ese respeto implique que se les niegue el acceso a los “beneficios de la civilización predominante” (sentencia 3003-92 de 1992), entre ellos la educación y la lengua oficial.

Es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado —lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo. c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante —medios entre los cuales descuella por su importancia el acceso a la educación y a la lengua oficial— (Sentencia 3003-92 de 1992).

De forma más reciente, en un asunto sobre el derecho consuetudinario y la distribución de la tierra indígena colectiva según las costumbres de cada pueblo, la Sala indicó:

Recuérdese que en esta materia, de la propia Constitución Política se infiere un principio de reconocimiento de los pueblos indígenas, sustentado en la idea de protección estatal para lograr preservar su cultura [...] esta Sala ha admitido también la protección especial que debe dársele

al territorio y cultura de los pueblos indígenas, en razón de sus condiciones de vulnerabilidad, no solo actual, sino también pasada, y sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los seres humanos (Sentencia 2014-020139 de 2014).

Lo anterior deja abierta de manera solapada y bajo el discurso de la vulnerabilidad una autonomía más bien simbólica, que implica la intromisión en asuntos internos y el dictado de cómo ejercerla. Ello socava desde las raíces la autonomía indígena mientras que deviene en inalterables las bases y fundamento del ordenamiento jurídico costarricense, con sus acentos y valores.

Pese a esto, se debe resaltar que se han dado reconocimientos importantes como el acatamiento de las costumbres indígenas en cuanto a propiedad comunal indígena, expresado en sentencias como la 7536-2016, en la que la Sala estipuló que se deben respetar las costumbres de la comunidad indígena, basada en el resultado de un peritaje antropológico presentado acerca del asunto en discordia.

En el mismo sentido, cabe resaltar la sentencia 10288 del 2016 en donde la Sala, en el caso de un nombramiento de un docente indígena que no fue prorrogado, indicó que, según lo informado por la comunidad, el tutelado irrespetó la costumbre al estar en unión libre con una joven de su mismo clan, lo cual lo imposibilita a realizar trabajos que impliquen interactuar con personas de su comunidad según la cultura indígena cabécar y de acuerdo con su tradición. En este contexto, la Sala estimó que la no prórroga del nombramiento no resultaba arbitraria toda vez que respondía a la cosmovisión y cultura cabécar.

Precisamente, este tipo de resoluciones se dieron a partir del 2013, cuando se empezó a utilizar el recurso del peritaje cultural o antropológico en asuntos constitucionales. Esto llama la atención sobre los aportes que puede realizar la antropología al derecho, a través de la figura del peritaje cultural, como prueba que permite hacer de conocimiento del juzgador, que tiene contacto con las comunidades indígenas esporádi-

camente, criterios sobre las prácticas culturales cuya consideración es fundamental para un efectivo acceso a la justicia y ejercicio de derechos.

Consulta indígena

En el tema de la consulta indígena la Sala Constitucional ha tenido criterios variables, los cuales dependen en última instancia del tipo de derechos involucrados por la consulta y de los intereses socioeconómicos implicados. Así, en un primer momento se dictaron sentencias que concebían a los pueblos indígenas como titulares de derechos, con base en los parámetros del Convenio 169 de la OIT, y señalaban la responsabilidad del Estado de establecer mecanismos que permitieran a las comunidades indígenas una amplia y organizada participación, y que las dotaran de instrumentos adecuados para ejercer este derecho consignado en el voto 2253-96 relativo a la impugnación de las asociaciones civiles proindígenas en la Asamblea General de la CONAI.

Ahora bien, la línea argumentativa de corte integracionista se plasmó en las sentencias sobre el tema de consulta de proyectos que involucraban intereses económicos importantes. Tal es el caso de los votos 02-01201, 07-001850 y 08-8013560 referidos a afectaciones territoriales por proyectos hidroeléctricos, en los cuales la Sala afirmó que se debía consultar e informar a los indígenas antes de iniciar las obras. Sin embargo, se advirtió que no cabía la consulta en etapas previas donde se analiza la factibilidad, lo cual dio al traste con las posibilidades que brindaba el derecho a esta práctica al tenor del Convenio 169 de la OIT.

Lo anterior volvió a suceder cuando se impugnaron por inconstitucionales tres artículos del Decreto 34312, que declaró la conveniencia nacional y de interés público del Proyecto hidroeléctrico el Diquís, el cual afecta territorios indígenas, sin haber consultado a los pueblos afectados. En este caso, la Sala resolvió el proceso incoado más de tres años después, en setiembre del 2011 —cinco meses después de la visita a Costa Rica del relator especial de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas—, mediante el voto 2011-12975.

En aquella resolución se indicaba que los artículos impugnados eran conformes a la Constitución en tanto la consulta establecida en el decreto en cuestión se realizara en el plazo improrrogable de seis meses a partir de la notificación del pronunciamiento. Al respecto, cabe mencionar que el mecanismo de consulta aún está en construcción y fue recientemente impugnado por la comunidad indígena de Alto Chirripó. Además, en este voto se consideró que no se violaba el derecho a la consulta estipulado en el Convenio 169 de la OIT, dado que, pese a que esta no se había realizado por estar en etapa de factibilidad, el decreto reconoce y no niega el derecho de las organizaciones indígenas a ser consultadas.

Ahora bien, en cuanto a la consideración de la constitucionalidad de la declaratoria de conveniencia nacional e interés público, la resolución analizó determinadas relaciones de poder bajo las cuales se incluyen las peticiones de los pueblos indígenas como demandas al margen del interés público. Esto terminó por catalogar a los dirigentes y territorios indígenas como personas e instancias requeridas de guía para una eficaz y legítima explotación de sus recursos en pro de la conveniencia nacional.

A su vez, cuando la consulta versa sobre procesos como fijación de tarifas de transporte público o convenios de cooperación con el Instituto de Acueductos y Alcantarillados, la Sala ha reconocido sin limitaciones el derecho que les asiste a las comunidades de ser consultadas (sentencias 06-017403, 07-018597, 08-016450 y 006655-13).

De esta manera, se patentiza que el reconocimiento del derecho a la consulta depende en gran medida de los recursos y los intereses involucrados; así mismo, se revela que en el caso del Diquís, pesa la concepción de lo que es un proyecto declarado de conveniencia nacional y de interés público, entendido como el interés general y universal de la sociedad costarricense y sus concepciones de desarrollo, la cual es en su mayoría no indígena, frente a los intereses particulares de los pueblos indígenas.

Bajo esta interpretación, es claro que los proyectos que se emprenden dentro de territorios indígenas se consultan hasta la fase de ejecución, pero ello irrespeta el carácter previo de la consulta y el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas estipulado en el Convenio 169 y en la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Así mismo, la Sala Constitucional ha reiterado que el derecho de consulta cabe en asuntos que afecten directamente a la comunidad indígena de forma negativa, según los cánones de los magistrados de la Sala. Esto priva a los pueblos indígenas de la posibilidad de definir los asuntos que los afectan directamente y de determinar cuáles son los criterios para considerar que una afectación es negativa o no, lo cual puede ser una condición limitante del derecho a su autonomía ya reconocido como fundamental por la misma Sala, entre otros, en los votos 3003-92 y 12-017058.

Incluso en la sentencia 08-002521, con ocasión de una impugnación contra el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos (TLC), por la falta de consulta a los pueblos indígenas sobre el proyecto de Ley de Protección de Obtenciones Vegetales, tres magistrados pusieron una nota en la sentencia en donde indicaban que el hecho de que el proyecto fuera consultado a 27 comunidades indígenas suplía debidamente la exigencia establecida en el Convenio 169 de la OIT. Dicha afirmación revela un importante desconocimiento debido a que en Costa Rica hay solo 24 territorios indígenas.

En la misma sentencia, otro magistrado puso una nota en la que señalaba que el proyecto no debería ser obligatoriamente consultado, dado que los derechos de los pueblos indígenas se encuentran debidamente protegidos en diversos tratados internacionales vigentes en Costa Rica —como si la existencia de las leyes bastara por sí sola para su cumplimiento—.

Finalmente, cabe retomar la discusión en torno a las ADI debido al hecho de que cualquier proceso de consulta que se lleve a cabo por parte de las autoridades estatales tiene todavía como protagonista a esta estructura. De esta manera, pese a que la Sala ha reconocido como constitucionales procesos de consulta en los cuales estas entidades estatales no han sido las únicas participantes (resoluciones 3631-99 y 2006-011034), las ADI siguen ocupando un nivel protagónico. Esto evidencia una determinada visión sobre lo que constituye la autonomía indígena y su derecho a opinar y tener injerencia en los asuntos que les afectan.

Derechos individuales de las personas indígenas

El reconocimiento de los derechos individuales de las personas indígenas requiere de una consideración urgente, puesto que representan asuntos de importancia para los pueblos indígenas a pesar de que se trata de derechos adaptados a las concepciones del universalismo abstracto de los discursos fundadores de los derechos humanos, dada la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Sala. Si a ello le sumamos que la Sala ha realizado reconocimientos significativos que llevan a realizar interpretaciones que consideran la vulneración de derechos individuales, bajo los parámetros del Convenio 169 de la OIT, es de considerar la dimensión comunitaria que adquieren estos reconocimientos.

En ese sentido, se ha estipulado que parte del debido proceso del imputado indígena implica la presencia y participación de traductores, y que se debe tomar en cuenta su condición de indígena al momento de la imposición de la pena, en respeto a lo establecido en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT y el 71 del Código Penal costarricense (votos 11-10836 y 11-11310). Así mismo, se ha ordenado la celebración de audiencias en las comunidades indígenas donde resida el imputado (voto 2015-014906) en aras de garantizar la atención *in situ* a la que tienen derecho las personas de los territorios indígenas.

También se ha sentenciado la obligación de contar con traductores en casos ante el patronato que involucren menores de edad que no hablen el español (voto 2015-006279), y de asignar asistencia letrada en caso de pensiones alimentarias donde los acusados sean indígenas, a efectos de no causar indefensión (voto 011544-16). Sobre otros casos, se ha estipulado el derecho de pertenecer y ser afiliado a las ADI, de las cuales no puede ser excluida ninguna persona indígena, con el pretexto de que se opone a los proyectos de esta instancia. En el mismo sentido, se ha determinado que siempre se deberá seguir el debido proceso para decretar la expulsión de una persona de una ADI (votos 06-15886 y 12-006462).

De los criterios expresados en las sentencias analizadas se puede observar una línea de tiempo que evidencia los principales parámetros de

la Sala Constitucional sobre los derechos de personas y pueblos indígenas, y las construcciones imaginarias derivadas.

Tabla 1. Línea de tiempo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense

<p>Primera década (1989- 1999) Entre el reconocimiento y la tutela</p>	<p>Se dio todo un movimiento indígena tanto a nivel nacional como internacional de crítica a ideas asimilacionistas; en el Convenio 107 y 169 de la OIT se les reconoce como pueblos.</p> <p>En esta etapa:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se instauró la Sala Constitucional. • Surgió una línea jurisprudencial sobre derechos de los pueblos indígenas. • Inició una etapa creativa de interpretaciones orientadas al reconocimiento de los indígenas como titulares de derechos basadas en el Convenio 169 de la OIT, pero limitadas por los derechos humanos concebidos como valores y concepciones universales. • Se reconocieron los derechos territoriales indígenas como derechos con rango constitucional. • Se validaron las ADI y la CONAI (con variantes a lo largo de la década) como instancias representativas de los pueblos indígenas.
--	---

<p>Segunda década (2000- 2010) De los reco- nocimientos condicionados y los persistentes replie- gues</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se consolidó a nivel internacional el Convenio 169 de la OIT como el piso del que deben partir las reivindicaciones indígenas. • Surgió la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas. • La Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) inició una importante línea jurisprudencial sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. • A nivel nacional, se volvió a mencionar el término indígena en una Constitución. La Sala se consolidó como la instancia por excelencia utilizada por pueblos indígenas para hacer valer sus derechos. <ul style="list-style-type: none"> • Se empezó a remitir a sentencias de la Corte IDH como parámetros que deben orientar las labores de la Sala, pero no siempre para un efectivo reconocimiento de derechos. • Se reconoció la consulta indígena, pero no en etapas iniciales o de factibilidad, como en el caso de proyectos hidroeléctricos. • Persistió la validación de las instancias creadas por el Estado (ADI y CONAI) como instancias representativas en temas tan importantes como la competencia en el caso de certificaciones de derechos de no indígenas en áreas colindantes con los territorios y en la competencia para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas.
<p>Tercera década (2011- 2016) De los reconoci- mientos culturales y la persistencia de concepciones ante- rior</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se promulgó la Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos Indígenas. • A nivel nacional, se reformó el artículo primero constitucional y el Estado se encontró en proceso de elaboración de un mecanismo de consulta. <ul style="list-style-type: none"> • Se mantuvo la validación de las ADI como entes representativos y, con ello, se legitimó un modelo que ajustó la diversidad cultural a las estructuras estatales impuestas. • Se ignoraron los parámetros establecidos por la Corte IDH en el tema de consulta previa en el caso del Proyecto Hidroeléctrico del Diquís. • Surgió la utilización del peritaje antropológico en temas constitucionales, con lo cual se reconocieron las costumbres indígenas en asuntos vinculados a la propiedad.

Reflexiones finales

En Costa Rica, la instauración de la Sala Constitucional desde 1989 abrió la posibilidad a los pueblos y personas indígenas de reivindicar sus derechos desde el lente de la Constitución Política. Este hecho, aunado a la receptividad de la Sala y a la disposición de instrumentalizar los convenios internacionales aprobados por Costa Rica sobre estos pueblos, ha significado el surgimiento de una verdadera línea jurisprudencial que plasma una concepción imaginaria con efectos determinantes y direccionados sobre la vida de los pueblos y las personas indígenas.

El análisis revela que los imaginarios preponderantes vinculan a los indígenas a una tutela estatal, sujeta a “los valores del mundo civilizado” y “los derechos humanos” según se expresa en las sentencias 2014-020139 y 3003-92. Lo anterior envuelve una construcción que tiene como base una categoría binaria y excluyente, donde el *nosotros* involucra a la sociedad no indígena portadora de las ideas de progreso de la “civilización predominante”.

Esa concepción impregna los reconocimientos realizados; quizás por eso solo admite la afirmación de la autonomía en asuntos que no son de conveniencia nacional o de interés público, sino del interés particular de los pueblos indígenas. Estos constituyen cuestiones residuales subordinadas a la lógica de validez universal “del mundo civilizado” de la población no indígena. O bien, tal concepción limita la autonomía a reconocimientos condicionados que dependen en última instancia de lo que las instituciones estatales encargadas de la administración de los asuntos indígenas señalen.

Este tipo de reconocimiento desconocedor excluye, en tanto condiciona, el acceso a la justicia al ejercicio de los derechos permitidos de los indígenas. De esta manera, aunque con el Convenio 169 de la OIT se requería adecuar los imaginarios sociales por cuestiones de orden coyuntural internacional, en donde los aspectos de reconocimiento cultural pasaban a estar en primera fila, el imaginario del indígena como menor de edad persiste, porque obedece a un contexto de larga duración,

forjado de manera anterior a la colonia y alimentado hasta hoy. En tal visión las ideas, valores, costumbres, tradiciones, creencias y las características físicas europeas y occidentales se consideran como universales y superiores.

Lo anterior evidencia que las normas o leyes que componen un sistema jurídico, y los procesos de interpretación y aplicación normativa, se efectivizan con base en construcciones imaginarias. En efecto, mientras más excluyentes sean las representaciones reproducidas por los operadores jurídicos, es menor el efectivo ejercicio de derechos; así mismo, la brecha entre la eficacia y la aplicación normativa aumenta debido a construcciones excluyentes.

Por este motivo, cuando el papel de los imaginarios construidos es considerado, es más fácil entender el por qué es tan difícil alejarse de la visión de tutelaje, en la que se ha encasillado a pueblos y personas indígenas, a pesar de la aplastante evidencia de su agencia y de la cantidad de normas y políticas públicas destinadas a mejorar sus condiciones de vida.

En este sentido, uno de los frentes en que se debe trabajar es en la movilización por el reconocimiento de concepciones basadas en parámetros surgidos, desde los pueblos, que permitan impactar las construcciones sociales plasmadas en las normas jurídicas. Esta es, pues, una tarea improrrogable y con opciones reales de resignificar un ordenamiento jurídico donde privan la verticalidad y el asistencialismo. Así mismo, es fundamental dotar al juzgador de mayores y mejores instrumentos que permitan tomar decisiones culturalmente pertinentes por medio de recursos como el peritaje cultural. Esto no borra los importantes reconocimientos realizados al momento, pero sí llama la atención para reflexionar sobre la persistencia de ideas excluyentes que han sido interiorizadas y terminaron negando en una interpretación lo que reconocían en otra.

Referencias bibliográficas

- Bárceñas, F. L. (2005). *Autonomía y derechos indígenas en México*. Ciudad de México, México: Coyoacán.
- Benedict, A. (1993). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Barcelona, España: Anagrama.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Siglo del hombre.
- Castoriadis, C. (1997a). *Poder, política y autonomía*. Buenos Aires, Argentina: Altamira.
- (1997b). El imaginario social instituyente. *Revista Zona Erógena*, (35), 1-9. Recuperado de https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/37303304/Castoriadis_Cornelius_-_El_Imaginario_Social_Instituyente
- (1999). *Figuras de lo pensable*. Valencia, España: Universitat de València.
- (2013). *La institución imaginaria de la sociedad*. Ciudad de México, México: Tusquets.
- Chacón Castro, R. (2001). *Pueblos indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*. San José, Costa Rica: Organización Internacional del Trabajo.
- Hale, C. (2004). El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del “indio permitido”. *Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA: “Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado”*, pp. 51-66. Recuperado de http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf
- (2005). Neoliberal multiculturalism: the remaking of cultural rights and racial dominance in Central America. *Political and Legal*

- Anthropology Review*, 28(1), 10-28. Recuperado de http://www.jstor.org/stable/24497680?seq=1#page_scan_tab_contents
- Ley 45 de 1945. 3 de diciembre de 1945. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 5251 de 1973. Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas CONAI. 9 de julio de 1973. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 6172 de 1977. Ley Indígena. 20 de diciembre de 1977. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 7316 de 1922. Ley de la Aprobación del Convenio 169 OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su 70.^a reunión, celebrada en Ginebra en junio de 1989. 4 de diciembre de 1992. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 7594 de 1996. Código Procesal Penal. 10 de abril de 1996. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 7878 de 1999. Modificación del artículo 76 constitucional. 27 de mayo de 1999. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Ley 9305 de 2015. Modificación del artículo 1 constitucional. 24 de agosto de 2015. Diario Oficial la Gaceta de la República de Costa Rica.
- Stavenhagen, R. (2000). *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. Ciudad de México, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- (2006). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Recuperado de <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1190/1/ONU-037.pdf>
- Stavenhagen, R. & Iturralde, D. A. (Eds.). (1990). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano.
- Valdivia, D. T. (2013). Reconocimiento de derechos indígenas: ¿Fase superior de la política indigenista del siglo XX? *Nueva antropolo-*

- gía*, 26(78), 9-41. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v26n78/v26n78a2.pdf>
- Van Dijk, T. (1984). *Prejudice in discourse and analysis of ethnic prejudice in cognition and conversation*. Amsterdam, Países Bajos: J. Benjamins Co.
- (1999). El análisis crítico del discurso. *Anthropos*, 186, 23-36. Recuperado de <http://www.discursos.org/oldarticles/El%20an%20E1lisis%20cr%20del%20discurso.pdf>
- (2003a). *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*. Barcelona, España: Gedisa.
- (2003b). *Racismo y discurso de la élites*. Barcelona, España: Gedisa.
- (2004). *Discurso y dominación. Grandes conferencias en la facultad de ciencias humanas*, (4), 5-28. Recuperado de <http://www.discursos.org/oldarticles/Discurso%20y%20dominaci%20n.pdf>
- (2006). Discurso racista. En J. J. Igartua & C. Múñiz (Eds.), *Medios de comunicación y sociedad* (pp. 9-16). Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Recuperado de <http://www.discursos.org/oldarticles/Discurso%20racista.pdf>

Cómo citar este texto

- Pérez Granados, M. M. (2017). Imaginarios sobre las personas y los pueblos indígenas en las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica. *Punto CUNorte*, 3(5), XX-XX.