

## LA CONSTRUCCIÓN DE LA INDIGENEIDAD: APUNTES ACERCA DEL RELATO SOBRE LO INDÍGENA EN LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL COSTARRICENSE

---

### *THE CONSTRUCTION OF THE INDIGENOUS PEOPLE: NOTES ABOUT THE NARRATIVE OF INDIGENOUS PEOPLE IN THE JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE COSTA RICAN JUDICIARY SYSTEM*

---

Mónica María Pérez Granados<sup>1</sup>

---

Resumen: En este artículo se analiza el relato sobre lo indígena en las sentencias de la Sala Constitucional del Poder Judicial costarricense y su incidencia en el ejercicio de derechos. A efectos de develar esa narrativa se recurre al concepto de representaciones sociales (RS) de la Escuela Francesa de Psicología Social, el cual refiere a constructos establecidos en la intersubjetividad sobre un objeto social, que orientan la acción; lo que permite analizar tanto el relato sobre lo indígena, como sus efectos en el ejercicio de derechos. Considerando que dicho constructo puede ser identificado en los discursos de los actores sociales, se revisó un conjunto de sentencias que permiten leer el contenido central de dicho relato. Como resultado se encuentra que prevalece una concepción positivista y liberal del derecho, dentro de la cual se teje un relato de lo indígena como calidad étnica subordinada, lo cual conlleva a un

---

1 Abogada por la Universidad de Costa Rica, investigadora Asociada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Doctoranda en Antropología en la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: moniperaz@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1887-2846>



reconocimiento condicionado. *Palabras clave: representaciones sociales, cultura jurídica, indígenas, derechos, sentencias*

---

*Abstract: This article analyzes the narratives on the indigenous people in the judgments of the Constitutional Chamber of the Costa Rican Judiciary Power and its impact on the exercise of rights. In order to unveil these narratives, the concept of social representations (RS) of the French School of Social Psychology is used. Social representations are constructs established in intersubjectivity, on a social object, that guide actions. This concept allows us to analyze both the narratives about the indigenous, and their effects on the exercise of rights. Considering that this construct can be identified in the discourses of social actors, a set of court sentences, that allow reading the central content of these narratives, were reviewed. As a result, it was detected that a positivist and liberal conception of law prevails, within which an account of the indigenous is woven as a subordinate ethnic quality, which leads to a conditioned recognition* Keywords: social representations, judicial culture, indigenous people, rights, rulings

---

## Introducción

En este texto se presentan algunos de los resultados de una investigación<sup>2</sup> que versa sobre la construcción de la indigeneidad en el Poder Judicial costarricense. En concreto, se retoma lo relativo a esa construcción en el seno de la Sala Constitucional de dicho ente.

La ya mencionada investigación, revela que en el caso de Costa Rica la construcción de la indigeneidad, entendida como un relato contextualmente situado sobre lo indígena (De la Cadena y Starn 2009), está asociada a la edificación de un Estado nación, que aglutinó a sus ciudadanos en un todo cultural homogéneo, privilegió lo europeo y construyó como inferiores a los grupos étnicos que no provenían directamente de Europa.

---

2 Esta corresponde a una tesis doctoral en curso, la cual se realiza en el Posgrado en Antropología de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En el caso de los pueblos indígenas esto se traduce, en un primer momento, en una serie de normas jurídicas indigenistas que, a pesar de su objetivo de mejorar las condiciones de vida de estos grupos, se destinan a integrarlos por considerarse sujetos ubicados en un estado evolutivo inferior, que requieren de programas de desarrollo destinados a civilizarlos o, al decir de la legislación costarricense, “elevar su nivel cultural”, tal como el artículo 2 de la Ley N.º 45 de 1945 estipulaba: “Artículo 2. 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”. Posteriormente, a finales de los años setenta, como resultado de una serie de movimientos nacionales e internacionales floreció una línea de pensamiento que abogaba por reconocer a los pueblos indígenas y su derecho a la autonomía.

En 1971, surgió en América Latina un espacio importante cuando un grupo de líderes indígenas y de científicos sociales se reunieron en Barbados para criticar las políticas indigenistas y sus efectos en la vida de los pueblos. Esto dio lugar a un segundo encuentro en 1977 y a las Declaraciones de Barbados I y II que abrieron el camino para la crítica del Estado monocultural y sus efectos en la vida de los pueblos indígenas.

Producto de estos movimientos y de una mayor conciencia sobre los efectos de las políticas indigenistas, a finales de los años ochenta, se aprueba el Convenio 169 de la OIT, el cual busca alcanzar un mayor reconocimiento que aspira a hacer efectivos los derechos de los pueblos y las personas indígenas.

En concordancia, se genera un proceso de reformas constitucionales dirigidas a reconocer la diversidad y el carácter pluricultural de los Estados: Colombia (1991), México (1992), Perú (1993), Bolivia (1994 y 2009), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Costa Rica (2015). Sin embargo, este enaltecimiento y valoración positiva de la diversidad obedece a un sistema económico respaldado en discursos globales, que definen tanto la diversidad reconocida, como los límites de su reconocimiento, lo cual conduce a la exclusión y discriminación de la diversidad divergente a la reconocida en la norma (Hale 2004, 2005; Bocarejo 2015; Sarrazin, 2016, 2018).

En ese marco, pese a que en Costa Rica el reconocimiento de la pluralidad étnica y la multiculturalidad se efectúan hasta el año 2015, la aprobación de la



Ley Indígena en 1977 y del Convenio 169 en 1992, llevan a aplicar acciones acordes al movimiento global de exaltación de la diversidad. En consecuencia, se gestan políticas que conducen al reconocimiento, pero este es condicionado. Por ejemplo, se reconoce el derecho a la consulta; sin embargo, se le considera cumplido, aunque no se realice de forma previa en el caso de grandes proyectos<sup>3</sup>. Se habla de una educación intercultural, pero dentro de las fronteras de los territorios indígenas, en donde al día de hoy viven menos de la mitad de los indígenas en Costa Rica<sup>4</sup>, se enaltece la democracia costarricense y su abanderamiento como país defensor de los derechos humanos; pero se desconoce a los indígenas urbanos como titulares de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, debido a su asociación con lugares definidos y una lista de marcadores étnicos (Pérez 2020).

O bien, se establecen la autoidentificación y la conciencia de la identidad como parámetros para determinar los grupos a los que se les aplica el Convenio 169 de la OIT y la Ley Indígena de 1977, pero prevalece la noción de lo indígena como la de una identidad esencial, definida por el Estado, lo cual excluye a los indígenas urbanos y a todos aquellos que no se sujetan a la idea del indígena imaginado. Así, para definir quién es o no indígena la Sala Constitucional ha determinado como legítimo y predominante el criterio de las Asociaciones de Desarrollo Indígenas (ADIS)<sup>5</sup>, las cuales son instancias creadas por el Estado, los resultados de peritajes culturales, y en menor medida lo que enuncia la propia comunidad, en el Voto 1786-93, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las 16:22 horas del 21 de abril de 1993, indicó que las comunidades autóctonas debían definir quiénes eran sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que seguía la legislación para el resto de los ciudadanos: “De allí que deban respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena”;

3 En los votos 02-01201, 07-001850 y 08-8013560, en los que se ventilan asuntos relativos a las afectaciones territoriales por proyectos hidroeléctricos, la Sala ha afirmado que se debe consultar e informar a los indígenas antes de iniciar las obras. Sin embargo, no cabe la consulta en etapas previas; es decir, cuando se está analizando la prefactibilidad.

4 El Censo del 2011 muestra que más de la mitad de los indígenas vive fuera de sus territorios tradicionales, y de los de los 8444 nacidos en otro país, 2725 reside en San José (INEC 2011).

5 Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias 2002-2623, 2003-03485, 6856 del 2005, 2010-018714, 2011-710 y 2012-018147.

a través de sus entes representativos.<sup>6</sup> Por ello, en la mayoría de los casos los entes estatales definen qué características son esenciales para considerar quién es, o no, indígena.

En consecuencia, pese a que la aprobación y ratificación de normas nacionales e internacionales favorecen únicamente determinadas y delimitadas expresiones de la diversidad, su mera emisión termina por convertirse en una legitimación *per se* y, por tanto, en un instrumento que suprime tanto la crítica al orden socioeconómico causante de la actual desigualdad, como al contenido de las disposiciones jurídicas que lo norman, las cuales no se cuestionan.

En consecuencia, aunque no hay una única y lineal concepción de la indigeneidad, sino escenarios sociohistóricos en los que los relatos sobre lo indígena se conectan y desconectan, prevalece una construcción de la indigeneidad como calidad étnica subordinada, la cual sirve para justificar y naturalizar exclusiones.

Es en este marco que se estudia la construcción de la indigeneidad inserta en las sentencias de la Sala Constitucional del Poder Judicial costarricense, en tanto relato histórico e institucionalmente situado, con consecuencias concretas en las labores de interpretación y aplicación normativa, y por tanto en el ejercicio de derechos.

Para ello, en primer lugar, se refiere la utilidad del concepto de representaciones sociales, a efectos de estudiar el conjunto de ideas y creencias asociadas a lo indígena, por parte de los magistrados de la Sala Constitucional costarricense, las cuales se plasman en sentencias de acatamiento obligatorio. Hecho esto, se esboza el marco socio histórico en donde se refieren rasgos de la cultura jurídica interna. Posteriormente, se enuncia el contenido esencial del relato sobre lo indígena en las sentencias dictadas por la Sala Constitucional costarricense. Se cierra con el estudio de una sentencia dictada en el 2013 sobre el reconocimiento del derecho indígena y con una reflexión final.

## La utilidad del concepto de representaciones sociales

En este texto se utiliza el concepto de representaciones sociales, en tanto que se analiza la noción o relato particular sobre lo indígena por parte de un

6 En la sentencia 2010-10224, la Sala reconoció que eran los ancianos de la comunidad los que debían decidir quién era o no indígena.



colectivo: los magistrados de la Sala Constitucional costarricense. En este punto se advierte que la presente indagatoria no es un estudio acerca de representaciones sociales, el cual excedería los límites de la misma, sino que utiliza un concepto que, al referir un conjunto de ideas y creencias de determinado colectivo en cuanto a un objeto social relevante: lo indígena, permite analizar tanto la forma en que dicho colectivo construye la indigeneidad, como los resultados de esta cimentación en el ejercicio de los derechos de pueblos y personas indígenas. Lo anterior, en tanto que ese relato se concreta en el ejercicio profesional de los magistrados, es decir en el dictado de sentencias de acatamiento obligatorio.

Dicho concepto fue acuñado por Serge Moscovici, quien lo desarrolló en *El psicoanálisis, su imagen y su público* (1979), publicado por primera vez en 1961. En esta obra, Moscovici muestra cómo un objeto socialmente relevante (el psicoanálisis) es difundido y apropiado dentro de determinados grupos, por medio de la construcción de un saber de sentido común (no científico), que permite la comunicación entre sus integrantes y responde a “la necesidad de suscitar comportamientos o visiones socialmente adaptados al estado de los conocimientos de lo real” (Moscovici [1961] 1979, 25).

En ese marco, Moscovici define las representaciones sociales como “[...] un corpus organizado de conocimientos y una de las actividades psíquicas gracias a las cuales los hombres hacen inteligible la realidad física y social, se integran en un grupo o en una relación cotidiana de intercambios” (1979, 18).

En concordancia, en *La representación social: fenómenos, concepto y teoría* (1986), Denise Jodelet define las representaciones sociales como teorías de pensamiento práctico orientadas hacia la comunicación y la comprensión del entorno social por un grupo en un contexto sociohistórico determinado.

A su vez, Gilberto Giménez retoma estas características para definir las como cultura subjetivada, es decir, como un conjunto de ideas interiorizadas que pasan a formar parte del conocimiento de sentido común, de *la doxa* apropiada “actuada y vivida por sujetos históricamente situados” (2005, 84). Lo cual en el caso de las prácticas judiciales se encarna en sentencias, es decir, en resoluciones de acatamiento obligatorio con efectos determinantes en las vidas de aquellos a quienes se dirigen.

En adición, en el texto *O conceito de Themata* de 2004, Moscovici señala que “las representaciones sociales son siempre complejas y necesariamente inscritas en un ‘referencial de un pensamiento preexistente’, siempre dependientes,

por consiguiente, de sistemas de creencia anclados en valores, tradiciones e imágenes del mundo y de la existencia” (2004, 1).

En ese marco, el concepto de RS permite analizar la construcción de la indigeneidad como relato histórica y culturalmente situado, anclado en un determinado sistema económico, político, social y cultural, por un colectivo social, el cual lo efectiviza en prácticas concretas.

La instauración de la Sala Constitucional: aspectos históricos contextuales

Considerando que el relato sobre lo indígena es un constructo social surgido dentro de un determinado contexto social histórico y espacial, es necesario ubicarlo dentro del proceso de instauración de la Sala Constitucional costarricense en 1989, como instancia autorizada para interpretar la Constitución Política y hacerla operativa. Esto implica que dentro de dicha instancia se definen aspectos relacionados con la organización de la república costarricense. Por ello, sus decisiones gozan de un poder importante tanto fuera como dentro de la estructura judicial.

Aunado a lo anterior, el hecho de que esta instancia emita mandatos de cumplimiento obligatorio para todos los jueces de Costa Rica —el artículo 13 de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* estipula que “la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”—, lleva a que los criterios emitidos en sus dictámenes transversalizan *in toto* la impartición de justicia y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de pueblos y personas indígenas.

Por su parte, desde su institución ha representado la posibilidad de que pueblos y personas indígenas puedan visibilizar sus demandas y reivindicar sus derechos a través del lente de la Constitución Política,<sup>7</sup> hecho que se evidencia en la cantidad de procesos presentados por este colectivo ante dicha instancia.

Al respecto, cabe recordar que procesos como el recurso de amparo carecen de formalidades y pueden ser presentados sin necesidad de patrocinio letrado y por diversos medios; incluyendo telegrama o memorial, lo cual lo ha convertido en una herramienta jurídica al alcance de los pueblos indígenas. Luego, esto ha determinado que en su seno haya surgido una línea jurisprudencial

7 La Sala Constitucional del Poder Judicial costarricense fue establecida en 1989, con el objetivo de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, está conformada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, elegidos por la Asamblea Legislativa, a quienes, en el marco de sus funciones, les corresponde garantizar los derechos y libertades consagrados por la constitución política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente mediante los recursos de *habeas corpus* y de amparo.



sobre los asuntos en los que intervienen pueblos y personas indígenas, la cual lleva implícita un relato sobre lo indígena, que incide en la forma en que la exclusión se enuncia, legitima y reproduce.

## Cultura jurídica interna en la interpretación y aplicación normativa

En adición, la construcción de la indigeneidad debe situarse en el marco de la cultura jurídica interna del Poder Judicial costarricense, del cual es parte la Sala Constitucional; es decir, del conjunto de expectativas, creencias, actitudes y opiniones que tienen las personas funcionarias judiciales (incluidas juezas y jueces) en relación con el derecho (Friedman 1975, 1997, 2003), las cuales se constituyen en el sustrato de las labores de interpretación y aplicación normativa.

Por su parte, este conjunto de expectativas, creencias, actitudes y opiniones sobre el derecho, se adquiere a través de los procesos pedagógicos y en la práctica judicial. En ese sentido, la cultura jurídica interna se encuentra inmersa dentro de un marco más amplio que en el caso de Costa Rica es tributario de la tradición romano-germánica.

Al respecto, sirve recordar que, como consecuencia del proceso de colonización, en Costa Rica se asume la tradición jurídica romano-germánica de los conquistadores españoles, la cual posiciona la ley, emanada de las autoridades competentes, como la principal fuente del derecho; de esta forma los enunciados normativos tienen un importante peso a la hora de definir a quién se considera o no titular de derechos y bajo cuáles circunstancias.

El hecho de que esta tradición se base en la primacía de la ley como la principal fuente de derecho, desemboca en otorgar prevalencia al derecho escrito por sobre otras fuentes, tales como la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, los cuales, si bien tienen su papel, no gozan de la legitimidad de la norma escrita, emanada de la autoridad competente según el procedimiento instaurado, concebido a su vez como garantía de la legitimidad social y de la racionalidad de la norma (en tanto que la ley se considera como la expresión de la voluntad general).

Por esto, dentro de dicha tradición, la costumbre es una fuente supletoria que opera a falta de ley, siempre y cuando no se oponga a la moral o al orden



público (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica 1988, art. 3)<sup>8</sup>, lo cual, sumado al positivismo imperante, menoscaba otras concepciones del derecho que no sean las emanadas del Poder Legislativo según el procedimiento establecido en la norma suprema (tal es el caso del derecho de los pueblos indígenas).

En adición, la jurisprudencia presenta el rango de norma no escrita y sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 1978, art. 7), por lo cual, salvo el caso del valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la jurisprudencia de los jueces superiores no es directamente aplicable por parte de los inferiores, con respecto a casos análogos.

En concordancia con estos planteamientos, en el caso de Costa Rica la jerarquía normativa se establece en los artículos 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública, y en el Capítulo I del Código Civil costarricense, según los cuales la conceptualización del derecho indígena como derecho consuetudinario le otorga la categoría de fuente no escrita, supeditada al ordenamiento jurídico positivo, lo cual lleva a su miramiento dentro de una estructura piramidal positivista que coloca a la costumbre en la base de la pirámide, como fuente supletoria.

A lo anterior, se suma el positivismo jurídico, el cual concibe como valor primordial la seguridad jurídica, que refuerza la idea de un juzgador condicionado a acatar lo dictado por la norma escrita, lo cual marca la emisión de sentencias que dan prevalencia a criterios normativos más que a los sociológicos, históricos y axiológicos, los cuales, si bien sí son considerados, no tienen el mismo peso que el de la literalidad de la norma (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica 1988, arts. 10 y 11).<sup>9</sup>

A su vez, lo anterior tiene como fin eliminar decisiones arbitrarias que obscurecerían la seguridad jurídica y darían al traste con el principio de igualdad

8 Según lo estipulado en el Artículo 3º del Código Civil costarricense: el uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.

9 Así contemplado en los artículos 10 y 11 del Código Civil costarricense.

Artículo 10. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Artículo 11. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.



ante la ley, según el cual a todos se les ha de aplicar la misma norma, una vez cumplidos los supuestos normativos en ella contemplados. Sin embargo, así como se brinda seguridad jurídica sobre la forma de decidir los casos, se desemboca en una desproblematización de aspectos de índole social, económica, política y cultural, que informan la emisión normativa y sus procesos de interpretación y aplicación.

En consecuencia, la familia romano-germánica, ligada al positivismo jurídico, concibe el campo jurídico como una ciencia objetiva, separada de la política, la moral y la economía, lo cual desemboca en la creencia de que basta con aplicar una norma legítima, racional, universal y objetiva, en tanto que sea emanada del órgano y por el procedimiento competente para garantizar la eficacia del derecho y la resolución de problemas sociales; es decir, lleva implícita la idea de que la norma dictada por el legislador de acuerdo con el proceso establecido es legítima y la administración de justicia, justa.

Estas ideas se corresponden con las definiciones normativas. Al respecto, el artículo 2 de la Constitución Política costarricense (Asamblea Nacional Constituyente 1949), manifiesta que la soberanía reside exclusivamente en la nación; mientras que, de acuerdo con el artículo 105, la potestad de legislar le pertenece al pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa mediante el sufragio, de manera que las normas promulgadas por esta son expresión de la voluntad popular, lo cual —sumado a lo estipulado en el artículo 129, según el cual las leyes son obligatorias y nadie puede alegar ignorarlas y, al numeral 41, que señala que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación a las injurias o daños recibidos en su persona, propiedad o intereses morales, y que debe hacerse justicia pronta y cumplida—, llevan a conceptualizar la ley como expresión de la voluntad popular (ente trascendente, homogeneizado y monolítico) expresada y delegada en el Poder Legislativo, el cual promulga instrumentos que permiten hacer efectivos los derechos, pues, gracias a la ley se ha de encontrar reparación y se ha de hacer justicia pronta y cumplida.

Ahora bien, estas ideas refuerzan la creencia de que, para hacer efectivos los derechos, basta con la existencia de normas: de ahí la fe en que la emisión normativa y las reformas jurídicas, en especial las de la norma suprema o constitucional, bastan para permitir el acceso y efectivo ejercicio de los derechos.

En esa línea, la confianza en la emisión normativa como remedio para hacer efectivos los derechos y encontrar reparación a los daños sufridos, incide en que se no se cuestione su efectividad pese a su ineficacia; esto, a su vez,

conduce a que, en la práctica, la emisión normativa sirva más para legitimar las prácticas de las instancias públicas y las políticas estatales con respecto a los pueblos indígenas, que como herramienta efectiva para ejercer derechos. Lo anterior evita la problematización y terminan por privilegiar el mantenimiento de un orden social, económico, político y jurídico determinado.

A su vez, dicho engranaje se evidencia a nivel formativo en las aulas de las universidades enfocadas —a partir de una fuerte preparación teórica y un limitado papel al estudio de la jurisprudencia—, a la discusión interdisciplinaria y a la formación práctica.

De esta forma el juez se sigue viendo como el aplicador de la literalidad de la norma, más que como un actor que, dentro del contexto histórico y sociopolítico, deba realizar una interpretación con un elevado nivel de elaboración. En este marco, se privilegian las clases magistrales, el estudio de teoría y la aplicación de exámenes, muchas veces enfocados en criterios memorísticos, y en los que se consignan las soluciones dadas por el docente, más que en un estudio orientado a la resolución de problemas.

Lo anterior evidencia el positivismo imperante y reitera la confianza en la norma escrita emanada de la autoridad competente como adalid de legitimidad, y en consecuencia la ausencia de crítica respecto de su contenido, pese a que el mismo pueda ser excluyente. Esto lo he podido observar en mi labor como docente en cursos de especialización de jueces, en los que es común escuchar de las personas juzgadoras judiciales, que los derechos indígenas se incumplen debido a la inaplicación de la normativa nacional e internacional sobre la materia, sin que el contenido de la misma sea cuestionado de alguna forma.

En ese sentido, el dogma del positivismo jurídico en la autonomía y la neutralidad del derecho, así como el fetichismo de la ley (Comaroff y Comaroff 2009), contribuyen a esquivar el debate sobre el sistema que genera esas normas y sobre la pertinencia de las mismas.

Este conjunto de nociones acerca del derecho se amalgama con las ideas y nociones sobre lo indígena y contribuye a edificar una particular construcción de la indigeneidad en el seno de la Sala Constitucional. Dado que este constructo se encarna en sentencias, su develamiento es posible a través del estudio de los criterios esbozados en las mismas.



## Estrategia metodológica

A efectos de revelar el relato sobre lo indígena, insertado en las sentencias de la Sala Constitucional costarricense, se revisó y estudió el texto de 124 sentencias dictadas por dicha instancia desde 1989 (fecha de instauración de dicha instancia) hasta el 2016 (un año después de que Costa Rica se reconoce como república multiétnica y pluricultural en su texto constitucional).

Para compilar esas sentencias se utilizó como base la recopilación de sentencias contenida en dos investigaciones jurídicas: “Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de Jurisprudencia Constitucional” (Chacón 2001), publicada en el 2001, y “Tierra, territorio, recursos y gobernabilidad” (Chacón y Pérez 2016), debido a que ambas contienen un análisis jurídico de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional sobre pueblos y personas indígenas; la primera en el periodo que va de 1989 al 2000 y la segunda del 2000 al 2012. Se recurre a estas porque en ambas se realiza una recopilación exhaustiva y ordenada de las sentencias dictadas, cuya base son fuentes legítimas y verificables. Al mismo tiempo, constituyen el único esfuerzo para recopilar las sentencias emitidas por la Sala Constitucional sobre el tema. Ahora bien, para el periodo 2013-2016, se solicitó el apoyo a la Unidad de Acceso a la Justicia del Poder Judicial; la cual, a su vez, requirió la información a la Sala Constitucional, instancia que facilitó el conjunto de votos, dictados durante ese tiempo.

Así, en total se revisó el texto de 609<sup>10</sup> sentencias dictadas de 1989 al 2016, posterior a lo cual, se seleccionó las 124<sup>11</sup> sentencias que son objeto del pre-

10 De ellas 64 están contenidas en el texto *Pueblos indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional* (Chacón 2001), de estas se seleccionan para el presente análisis 16; del estudio *Tierra, territorio recursos y gobernabilidad* (Chacón y Pérez 2016) que contiene 409 resoluciones dictadas por la Sala Constitucional se eligieron 76 sentencias. Y de las 136 sentencias facilitadas por la Sala en el periodo de 2012 al 2016 se eligen 32 sentencias.

11 Son los votos 836M-97, 4428-97, 6188-98, 6229-99, 00-11515, 01-13294, 2477-02, 02-1221, 02-03468, 03-2526, 05-01538, 06-018443, 06-11264, 09-009881, 11-00397, 12-002539, 04-009931, 001071-13, 2015-000170, 7536-2016, 2253-96, 3631-99, 4489-99, 00-8019, 01-13294, 02-01201, 2006-011034, 06-017403, 07-018597, 07-001850, 08-013560, 08-016450, 08-013832, 08-002521, 09-06045, 09-013928, 10-000201, 11-012975, 11-1768, 12-017058, 006655-13, 005620-2016, 2016-015711, Ex 17-006741-0007-CO, 17-01165, 8-0007-CO, 3197-95, 1867-95, 3515-97, 3003-92, 00-11530, 00-05511, 01-0714, 02-02623, 03-03485, 04-12743, 05-006856, 06345-03, 06-08556, 09-04773, 09-005290, 09-012909, 10-18714, 10-010224, 11-003084, 11-6114, 397-2011, 11-00710, 11-009095, 11-17191, 11-005934, 11-10914, 11-17235, 12-008033, 12-007214, 12-012019, 12-005072, 12-002573, 12-005315, 2013-010554, 14-020139, 2016-007999, 000177-14, 2016-010288, 2016008955, 2014-05251, 08-010081, 08-04429, 09- 011883, 11-10709, 12-

sente análisis, considerando que sus ideas permiten abstraer una formación discursiva sobre lo indígena.

Al respecto, podría objetarse que todo discurso vertido en una sentencia refiere a una formación discursiva sobre el objeto de análisis. En efecto, todo criterio expresado en los votos de la Sala Constitucional se sustenta en determinada construcción social que remite a nociones, juicios y valores, no siempre explícitos pero que determinan el discurso. No obstante, se seleccionan únicamente 124 sentencias considerando que los derechos, sobre los cuales resuelven, o los criterios que utilizan, se refieren de forma manifiesta y directa a una formación discursiva sobre lo indígena, lo cual llevó a descartar las resoluciones declinadas porque no son objeto de control de constitucionalidad, y las que refieren a aspectos procesales o a quejas administrativas.

Finalmente dado que el análisis se ilustra con el examen del voto 13-12817 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitido el 25 de septiembre del 2013, se realizaron dos estancias de campo<sup>12</sup> con el fin de observar las dinámicas de las comunidades indígenas<sup>13</sup> en donde se originó el asunto objeto de discordia que lleva a dictar dicha sentencia.

## El relato sobre lo indígena en las sentencias de la Sala Constitucional del Poder Judicial costarricense

Dado que los contenidos centrales del relato sobre lo indígena se pueden leer a partir del análisis de los criterios enunciados en las sentencias que deciden las disputas sobre los diversos derechos colectivos (territoriales, instancias representativas, costumbres, identidad cultural, consulta previa libre e informada y derecho propio), e individuales que involucran a personas y pueblos indígenas, se enuncian a continuación dichos contenidos centrales, así como sus mecanismos de reconocimiento y/ o exclusión.

---

006447, 12-010712, 12-014283, 12-007417, 03-08990, 002432-16, 004497-16, 12-7244, 1786-93, 2179-93, 04-003406, 06-15865, 06-15886, 07-000687, 08-011743, 09-013994, 2010-12669, 11-005835, 11-010171, 11-10836, 11-11310, 12-006462, 12-005294, 2013-013834, 12817 -2013, 003859-2014, 2015-006279, 2015-008549, 2015-014906, 011544-16, 2015-016686, 2016-007222 y 010650-16.

12 La primera del 8 al 29 de enero del 2018 y la segunda del 2 al 29 de julio del 2018.

13 Tsipiri, Nimariñak, Bloriñak y Dikeklari en Chirripó de Turrialba



## Derechos territoriales

Por ejemplo, respecto de los derechos territoriales la Sala Constitucional los ha reconocido como fundamentales y relacionados con la autonomía; además ha reiterado que tienen rango de derechos constitucionales, por tanto, su desconocimiento implica desatender los valores y normas de la Constitución Política costarricense.<sup>14</sup>

En ese espíritu, la resolución 1786-1993, sobre la nacionalidad de los indígenas ngäbe-buglé, explica que el término “reserva” consignado en la *Ley Indígena* no es el más apropiado para referirse a las zonas en donde habitan las poblaciones indígenas. En su lugar, indica que se debe utilizar la expresión “territorio indígena”, lo cual reviste un reconocimiento más amplio de su condición de pueblos que la contenida en la propia *Ley Indígena*. De igual forma, hay resoluciones lesivas a los derechos indígenas; por ejemplo, el voto 6188-1998, en donde se declara la constitucionalidad del acto administrativo que redefinió los límites del territorio indígena de Kékoldi en Talamanca, cercenando la parte que limitaba con la costa.<sup>15</sup>

No obstante, un año después, en el voto 6229-1999 se reconoce que la reducción de la cabida de la reserva del pueblo maleku lesionaba una norma de derechos humanos, y once años más tarde, en la resolución 224-2010, la Sala hace otro reconocimiento trascendente, cuando estipula que los límites impuestos a los territorios de las comunidades indígenas pueden ser una ficción estatal,<sup>16</sup> razón por la cual se debe recurrir a otros criterios que den cuenta de la ocupación histórica y tradicional, tales como los peritajes culturales.<sup>17</sup>

---

14 Reconocimiento realizado en los votos 3003-92 (dictado con ocasión de la consulta preceptiva legislativa de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT), y en el voto 6229-99 (relativo a la constitucionalidad del reclamo de los indígenas malekus para reivindicar tierras que les fueron cercenadas).

15 Voto 06188-98. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia San José, a las 20:06 del 26 de agosto de 1998.

16 Lo que abre el debate sobre las áreas de influencia tradicional que quedaron fuera de una delimitación de las reservas realizada sin la participación de los pueblos indígenas.

17 Voto número 10224-2010. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, a las 10:51 del 11 de junio del 2010.

Por otra parte, al lado de estos reconocimientos persisten concepciones reduccionistas. Un ejemplo es el voto salvado<sup>18</sup> de la sentencia 05-01538, en el cual una magistrada declara con lugar una acción contra la *Ley Indígena*, pues considera que el régimen de propiedad comunal a favor de estos grupos solo podía tener efecto temporal. De lo contrario, indica la magistrada, significaría que los indígenas no tendrían acceso a la propiedad privada, lo cual resulta discriminatorio; criterio que se reitera posteriormente en el voto 07-012395.

Al respecto, resulta patente la primacía otorgada, en ese dictamen, a la concepción de la propiedad privada. En ese sentido, la propiedad comunal intransferible e inembargable se considera como una mera limitación que debe desaparecer para avanzar hacia otra que permita poseer y disponer de la tierra para actividades de inversión y para obtener beneficios económicos.

Ahora bien, más allá de la afirmación del derecho que les asiste a los indígenas sobre su territorio, prevalece una política de no sanción a los usurpadores de los territorios indígenas, lo cual se demuestra en que el incumplimiento de sentencias que dictaminan el derecho de los indígenas a sus tierras<sup>19</sup> no ha tenido sanción alguna.

Estas situaciones y las constantes invasiones de particulares al territorio indígena sin que el Estado establezca políticas efectivas para sancionar a los invasores, ni indemnizar a los poseedores de buena fe para trasladar las tierras a los indígenas, evidencia la subordinación de los derechos territoriales indígenas a los derechos de los no indígenas a la propiedad privada, así como su condición de ser meramente nominales.

En efecto, según datos del estudio *Consulta en los territorios indígenas del pacífico de Costa Rica* de 2007, existían territorios en los cuales la posesión ilegal abarcaba hasta el 97 por ciento: tal era el caso de China Kichá, donde la comunidad indígena poseía un 3 por ciento de un territorio de 1 100 hectáreas, la comunidad de Altos de San Antonio en donde un 98 por ciento estaba ocupado por no indígenas en un territorio de 1 262 hectáreas, y en Térraba, donde un 88 por ciento de no indígenas ocupaban un territorio de 9 350 hectáreas (Borge 2007).

18 Se llama voto salvado al voto disidente, que discrepa; por tanto, es emitido en un cuerpo colegiado por los jueces que no están de acuerdo con la deliberación de la mayoría que define el caso y que integra la instancia colegiada.

19 Circunstancia consignada en las resoluciones 02-03468, 03-2526 y 3468-02.



## *Derecho a la autonomía (instancias representativas)*

Por su parte, en el tema del derecho a la autonomía enunciado en el Convenio 169 de la OIT, el cual según dicho cuerpo normativo engloba la capacidad de los pueblos indígenas de definir quiénes son las instancias de representación, la Sala ha mantenido criterios paternalistas, al señalar a dos entes de creación estatal: las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (ADI) y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), como las instancias representativas de los pueblos indígenas. Lo anterior pese a que los pueblos indígenas han objetado su carácter representativo.

Sobre este tema, el relator especial de Naciones Unidas, durante la visita que hiciera a Costa Rica en el 2011, exteriorizó:

Las ADI que existen en los varios pueblos indígenas de Costa Rica son percibidas como agencias del Estado y no como instituciones verdaderamente representativas de los pueblos. Se alega que las ADI han sido una imposición que ha llevado a debilitar las estructuras tradicionales de representatividad. Tanto en el territorio Térraba como en los otros territorios afectados, existen varias organizaciones que de alguna manera representan los intereses de estos territorios y presentan voces alternativas a las ADI.<sup>20</sup>

En efecto, en relación con la representatividad de las ADI, una situación particularmente grave es la vivida en el pueblo Térraba, donde esta instancia mantiene la participación de personas no indígenas, lo cual ha llevado a que un sector importante del pueblo no la reconozca, debido a las desafiliaciones y afiliaciones ilegítimas. Así, se desafiliaba a indígenas opuestos a los intereses de la ADI y se reconocía como indígenas a quienes no lo eran, propiciando la venta y apropiación de los territorios ancestrales por no indígenas; este hecho dio lugar a la sentencia 2010-10224, en la cual la Sala reconoció que los ancianos de la comunidad debían decidir quién era o no indígena.

No obstante, al margen de lo estipulado en la sentencia 010224-2010, la Sala Constitucional ha concebido en reiterados pronunciamientos<sup>21</sup> a la ADI

---

20 Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre El Diquís, párrafo 26.

21 Entre otras las sentencias 2002-2623, 2003-03485, 6856 del 2005, 2010-018714, 2011-710 y 2012-018147.



como la única expresión legítima de representatividad de la comunidad indígena, al grado de que en cada territorio no puede haber más de una.<sup>22</sup>

Por eso, aunque en el 2010 se afirma que son los ancianos de la comunidad quienes deben tomar esa decisión, en el 2011 mediante el voto 397, la Sala reitera la competencia de las ADI para disponer de la posesión de la tierra, a fin de garantizar el acceso a todos los pobladores indígenas,<sup>23</sup> manteniendo la primacía de esta instancia estatal como representativa de los pueblos indígenas.

En cuanto a la CONAI, durante bastante tiempo se mantuvo la afirmación de considerarla como el ente representativo de las comunidades indígenas. Este criterio fue reforzado cuando la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad que anulaba los incisos a y b del artículo 2 de la Ley de CONAI, el cual permitía que asociaciones no indígenas formaran parte de esa instancia. Esto trajo como consecuencia la creencia de que, como desde ese momento en adelante la CONAI solo estaría integrada por indígenas, era un ente verdaderamente representativo de los intereses de los pueblos indígenas.

Este criterio comenzó a variar en el 2005,<sup>24</sup> cuando la Sala sostuvo que, si bien la CONAI es una entidad estatal conformada por indígenas, no puede asimilar a las comunidades indígenas porque estas se encuentran representadas en las asociaciones de desarrollo integral.

No obstante, la CONAI sigue siendo el referente obligado en tareas de importancia para la autonomía de las comunidades indígenas. Tal es el caso de la competencia en el caso de certificaciones de derechos de no indígenas en áreas colindantes con los territorios, o la competencia para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas,<sup>25</sup> lo cual habla de la subordinación de las instancias representativas a las instancias de creación estatal y por ende de la imposición de una normatividad en detrimento de otra.

22 Criterio consignado en el voto 12-005315.

23 Por lo demás el voto es limitado, en el tanto el carácter representativo otorgado a los ancianos lo es solo para determinar la condición de indígena de un sujeto, lo cual, pese a que representa un avance, no tiene incidencia directa en la definición de políticas públicas y de recursos.

24 Cuando se emite el voto 05-006856.

25 En relación con esto, pueden consultarse las resoluciones 3515-97, 04-009931 y 12-007214.



### *Derecho a la autonomía (identidad cultural y costumbres)*

Otro de los factores a considerar en el tema de la autonomía es el reconocimiento de las costumbres y la cultura de los pueblos indígenas, el cual se basa en ideas paternalistas y de conservación, evidenciadas en el argumento expresado por la Sala Constitucional en votos como el 020139 del 2014, en el cual indica: “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”<sup>26</sup>.

Ahora bien, esta idea se viene reproduciendo desde el voto número 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992, con motivo de la consulta preceptiva de constitucionalidad relativa al Convenio N.º 169 de la OIT, el cual es, por su parte, de los votos más citados por la propia Sala Constitucional.

Por otro lado, se encuentran sentencias como la 7536-2016, en las cuales la Sala estipuló que se deben respetar las costumbres de la comunidad indígena sobre la propiedad, utilizando como base los resultados de un peritaje antropológico. En el mismo sentido, la sentencia 10288 del 2016 reconoce una decisión administrativa tomada en el marco de la cosmovisión y la cultura indígena cabécar.

Así, sobre el tema de costumbres e identidad cultural cabe considerar que existen tanto reconocimientos como parámetros paternalistas y esencialistas. No obstante, la autonomía se reconoce conforme se trate de visiones y normas sociales permitidas que no se salgan de los límites y márgenes del sistema jurídico dominante (Hale 2005), tal como se verá en los asuntos de “consulta previa, libre e informada” y en el estudio de la sentencia sobre derecho propio que se refiere al final del presente texto.

### *Derecho a la autonomía (consulta previa, libre e informada)*

En relación con el tema de la consulta previa, libre e informada, la Sala ha sostenido criterios variables que dependen, en última instancia, de los intereses

---

26 Voto 2014-020139 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 09:05 horas del 11 de diciembre del 2014.

económicos y de la posición de los agentes sociales involucrados. En ese marco, se dictan sentencias que conciben a los pueblos indígenas como titulares de derechos y que señalan la responsabilidad del Estado de establecer mecanismos que les permitan a las comunidades indígenas una participación amplia y organizada, como en el caso del voto 2253-96, en el cual se consigna la obligación estatal de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les permitan ejercer el derecho a la consulta. Sin embargo, en diversos asuntos en los cuales se ventilan asuntos relativos a las afectaciones territoriales por proyectos hidroeléctricos,<sup>27</sup> la Sala ha limitado el derecho a la consulta al afirmar que no cabe en etapas previas; es decir, cuando se esté analizando la prefactibilidad.

Así, en el caso del proyecto hidroeléctrico de El Diquís, que amenazaba con inundar el territorio indígena de Térraba, incluidos los sitios de interés ceremonial, la Sala no consideró afectación alguna a este derecho, al alegar que el proyecto estaba en la etapa de prefactibilidad; momento en el cual según la Sala no cabe el derecho a la consulta previa, libre e informada.

No obstante, en un caso<sup>28</sup> donde se reclamó por llevar a cabo procesos de fijación de tarifas de transporte público concerniente a rutas de Talamanca, se consideró que esto sí afectaba a las comunidades indígenas y debía ser consultado.

Al lado, prevalece una visión positivista del derecho, la cual se expresa en la sentencia 08-002521, con motivo de una impugnación contra el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos (TLC), por la falta de consulta, en la cual un magistrado indica que tal proyecto no debería ser obligatoriamente consultado, porque los derechos de los pueblos indígenas se encontraban protegidos en diversos tratados internacionales vigentes en Costa Rica; como si el mero reconocimiento en la letra de la norma hiciera efectivo el ejercicio de derechos.

Accesoriamente, en el tema de la consulta indígena cabe retomar la discusión en torno a las ADI, porque cualquier proceso de consulta que las autoridades estatales lleven a cabo tiene como parte a dicha estructura, lo cual implica una visión paternalista, sin dejar de reconocer que se han llevado a

---

27 Votos 02-01201, 07-001850 y 08-8013560.

28 Voto N.º 2006-017403, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 19:01 horas del 29 de noviembre del 2006.



cabo procesos de consulta en donde estas entidades estatales no han sido las únicas participantes.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha citado argumentos para entender que, aunque a su juicio las ADI son los entes indígenas representativos, un proceso de consulta amplio y directo (es decir, que considere a todas las expresiones organizadas en un territorio indígena), es válido y satisfactorio para reivindicarlo como de buena fe.<sup>29</sup>

### *Derechos individuales*

Desde otra perspectiva, se han llevado a cabo reconocimientos de derechos individuales que revisten alcances significativos a nivel colectivo; entre ellos, la Sala ha estipulado que cuando un indígena es imputado por algún cargo delictivo, durante el proceso tiene derecho a contar con la presencia y participación de traductores; además, se debe considerar su condición de indígena al momento de imponerse la pena, conforme a lo establecido en el artículo 10 del Convenio 169 y el artículo 71 del Código Penal Costarricense.<sup>30</sup> También ha dictaminado que la audiencia debe celebrarse en la comunidad donde reside el imputado, con el fin de garantizar el derecho a la unión familiar y al ligamen con la comunidad de origen (voto 2015 014906).<sup>31</sup>

Así mismo, ha sentenciado que, en el caso de los procesos por pensiones alimentarias, el Estado debe brindar asistencia letrada al acusado para no causar indefensión (voto 011544-16), que el Patronato Nacional de la Infancia debe contar con traductores que guíen a los menores de edad que no hablen español (voto 2015-006279) y que el Estado está en obligación de brindar atención médica a niños indígenas con discapacidad.<sup>32</sup>

29 Así se refiere en los votos 3631-99 y 2006-011034.

30 Sobre los asuntos penales cabe indicar que en Costa Rica fue hasta el 2013 cuando se empiezan a contabilizar la cantidad de personas indígenas encarceladas, momento en que se contabilizan cien personas indígenas en la cárcel, que para el año 2015 ascienden a 115, lo cual es representativo si se considera que las personas indígenas corresponden a un 2 por ciento de la población nacional (Jiménez 2017).

31 Criterio concordante con el estipulado por la Corte IDH en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) versus Chile. Sentencia del 29 de mayo del 2014, párrafos 408 y 409.

32 Tramitada bajo el expediente 180076970007CO.

En adición, se ha estipulado el derecho de pertenecer y estar afiliado a las ADI, de las cuales ninguna persona indígena puede ser excluida bajo el pretexto de que se opone a los proyectos de esta instancia. En ese sentido, ha determinado que se debe seguir el debido proceso para decretar la expulsión de una persona de las ADI; criterio expresado en los votos 06-15886 y 12-006462.

Lo anterior evidencia que la emergencia de la Sala Constitucional trae consigo un mayor acceso y la emisión de sentencias que dictan el reconocimiento de los derechos contenidos en la norma; no obstante, dentro de un marco positivista que, al no cuestionar el contenido de los referentes normativos, esquiva el debate sobre el orden socioeconómico que sustenta, enuncia y reproduce condiciones esencialistas y excluyentes.

En ese sentido, prevalece la consideración de las instancias de representación estipuladas en la Ley como las representativas de los pueblos indígenas, un reconocimiento jurídico normativo del territorio que es en ocasiones meramente nominal, y el enfoque de las costumbres y la identidad cultural desde una visión paternalista y de conservación, mientras que la consulta previa libre e informada no es reconocida en casos que involucran grandes recursos económicos y se supedita a las nociones de conveniencia nacional y de interés público (el cual es una cuestión política no impugnabile). En relación con las disposiciones de interés público la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

[...] limita substancialmente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas... a favor de un eventual interés del Estado que podría competir con esos derechos[...] En la práctica, la clasificación de una actividad como de “interés general” no es susceptible de recurso y constituye una cuestión política que no puede ser impugnada en los tribunales. Lo que hace en efecto es excluir los asuntos relacionados a la propiedad de la tierra del dominio de la protección judicial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, párr. 241-42).

Así, en relación con la impugnación del Decreto de Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público de los estudios y las obras del proyecto hidroeléctrico El Diquís, debido a que afectaba a aproximadamente a 700 hectáreas de territorio indígena, sin que fuera consultado, la Sala consideró que dicha declaratoria era constitucional debido a: “La necesidad del país de



reducir la dependencia de combustibles fósiles en la producción de electricidad, lo que promueve el derecho constitucional de toda la población a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el derecho de toda la ciudadanía de asegurar un nivel de producción de electricidad óptimo para resguardar el desarrollo económico del país y el abastecimiento de ese bien jurídico fundamental a los habitantes de la República”.<sup>33</sup>

En ese marco, lo indígena se construye como calidad étnica subordinada, sujeta a un reconocimiento normativo supeditado a lo que los agentes estatales determinen como manifestaciones indígenas reconocidas, lo que a su vez permite desconocer las normatividades y visiones que violenten los parámetros económicos, sociales y normativos con base en los cuales se estructura el orden público.

Así, según lo estipulado en el Artículo 3.º del Código Civil costarricense, el uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.

Al respecto, varios autores señalan que el reconocimiento de la diversidad se basa en proyectos multiculturales insertos dentro del neoliberalismo, los cuales contemplan y propician un reconocimiento desconocedor (Hale 2004, 2005; Wilhelmi 2015; Bocarejo 2015; Sarrazin 2018, 2019).

## El reconocimiento del derecho propio

Este relato es particularmente evidente en la sentencia número 13-12817 de las 14:45 horas del 25 de septiembre del 2013, en la cual se conoce un recurso de amparo presentado por un hombre indígena cabécar, quien considera vulnerados los derechos consuetudinarios indígenas, debido a que uno de sus hermanos falleció; por esta razón su clan pretendía realizar las ceremonias funerarias que son parte de las costumbres y tradiciones y que caracterizan a los cabécares como uno de los ocho pueblos indígenas de Costa Rica; sin embargo, la viuda y los pastores de la iglesia evangélica a donde asistía su hermano cuando estaba vivo se negaron a permitirlo. Por esto, solicita la entrega del cuerpo de su hermano para realizar las ceremonias tradicionales, según el de-

33 Voto número 2011-12975. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 14:30 horas del 23 de septiembre del 2011.

seo y la costumbre de su clan materno, en tanto colectivo legitimado para tomar este tipo de decisiones dentro del pueblo cabécar.

Así, dentro del amparo presentado, los integrantes del clan materno, recurrentes del amparo, consideran vulnerado el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, según los cuales se debe respetar la organización social de los cabécares, donde el clan matrilineal<sup>34</sup> toma las decisiones relativas a la heredad y administración de la tierra, los nacimientos y muertes.

A su vez, la viuda refiere que, al morir su esposo, ella y los otros miembros de su familia nuclear decidieron apartarse de los ritos indígenas para cumplir con el cristiano-evangélico, pues todos los miembros de su familia desde hace varios años asisten a la iglesia cristiana y aunque se sienten orgullosos de sus raíces indígenas, sus prácticas les resultan ilógicas, pero respetan a quienes las consideran indispensables. Explica que, en el ejercicio de la libertad de culto que garantiza la Constitución Política, optaron por ser parte del grupo cristiano-evangélico.

Aduce asimismo que en reuniones familiares han acordado y expresado abiertamente que al ocurrir la muerte desean los ritos cristianos y aclara que su esposo difunto así lo expresó, por lo que solicita declarar sin lugar el recurso, en tanto el Convenio 169 de la OIT, les da el derecho a conservar sus costumbres e instituciones, pero no los obliga a ello.

Por su parte, la Sala resuelve que el asunto excede el carácter sumario del amparo y conlleva decidir sobre un tema de alta sensibilidad espiritual y subjetividad, razón por la cual no se encuentra facultada para intervenir, e indica:

Dado que el sujeto falleció el 28 de julio de 2013, casi dos meses antes de que se resolviera el recurso y dado que realmente lo que existe es un conflicto entre dos familias que involucra dos derechos fundamentales distintos: por un lado, el respeto a las costumbres indígenas que demanda el recurrente y, por el otro, la libertad religiosa o de culto que defiende la viuda recurrida. La Sala considera que “no podría pronunciarse sobre tal conflicto, porque para resolver la cuestión planteada habría que ponderar en esta sede entre otras circunstancias, cuál fue la voluntad de la persona fallecida, situación que resulta contraria a la naturaleza sumaria del amparo. Además, se tendría que determinar si en la comunidad cabécar la organización social de los clanes efecti-

34 El clan es un sistema matrilineal que se hereda de generación en generación a través de la madre, representa la descendencia originaria de los primeros ancestros y ordena los vínculos familiares.



vamente es matriarcal (como lo afirma el recurrente) y, por ende, si tendrían que respetarse la decisión y costumbres de la familia de la madre del difunto; o si, por el contrario, la decisión sobre el tema funerario recaería en la familia nuclear del difunto (esposa e hijos) como normalmente sucedería en nuestra sociedad occidentalizada.<sup>35</sup>

Con este alegato, la Sala obvia el debate de fondo, que es el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, el cual engloba el derecho a realizar unos ritos funerarios de acuerdo con una estructura social articulada en torno al clan, y al hacerlo esquiva la discusión sobre la imposición de determinadas formas culturales en detrimento de otras, así como de las causas fundantes de esa situación.

En efecto, lo que se acusa ante la Sala es el desconocimiento del derecho a realizar ritos funerarios en el marco de una estructura social articulada en clanes; es decir, la ausencia de reconocimiento de una particular normatividad social, con base en la cual se ordena la sociedad cabécar.

En consecuencia, la Sala privilegia una normatividad (que engloba determinadas prácticas funerarias) en detrimento de otra, con lo cual se desconocen: el derecho consuetudinario, el derecho a la manifestación de la identidad cultural, y el derecho a la autonomía reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y en las Declaraciones de Naciones Unidas e Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la integridad psíquica, moral y la identidad cultural que se ven quebrantadas al no poder realizar los ritos funerarios.<sup>36</sup>

Al respecto Morris, en *Introducción al estudio antropológico de la religión* de 1995, refiere que la religión acompaña a las sociedades como un elemento sustancial tanto en la configuración del individuo y de su propia identidad como del accionar social (Morris 1995), por ello aglutina una serie de prácticas que dan cuenta de la identidad cultural que distingue a unos grupos de otros.

En ese sentido, pese a que podría objetarse que la identidad cultural de un grupo no es estática y que hay presencia de evangélicos indígenas dentro de las

---

35 Voto 13-12817. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 14:45 horas del veinticinco del 25 de septiembre del 2013.

36 Criterio estipulado en los casos de la Comunidad Moiwana versus Surinam. Sentencia de 15 de junio del 2005. Párrafos 98 y 195 y en el Caso de Bámaca Velásquez en la sentencia de 22 de febrero del 2002. Párrafo 81.



comunidades sin que por ello dejen de ser indígenas<sup>37</sup>, esta presencia no puede llevar a desconocer ni el derecho consuetudinario indígena, ni las diferencias culturales que han merecido la adopción de una normativa internacional particular. Mucho menos a demeritar el debate sobre el asunto de fondo que llevó a la presentación del amparo.

En consecuencia, desconocer el derecho a efectuar ritos funerarios, realizados en el marco de una organización clánica matrilineal que caracteriza a los cabécares como uno de los ocho pueblos indígenas costarricenses, implica menoscabar el derecho consuetudinario y la identidad cultural de los cabécares.

En ese sentido, los argumentos esgrimidos por la Sala sobre el carácter sumario del amparo y el alegato de que se trata de un tema de alta sensibilidad y subjetividad sobre el cual el tribunal no se encuentra facultado a intervenir, desconoce la posible violación al derecho colectivo a hacer efectivas, mantener y reproducir normas y prácticas culturales que forman parte de la cosmovisión y definen como pueblo a los cabécares, quienes además representan el segundo pueblo indígena en importancia numérica en Costa Rica. En ese sentido, no se trata de un asunto meramente subjetivo, sino de un derecho colectivo, referido al reconocimiento de una normatividad social diversa.

Por ello, esta forma de decidir redundante en una construcción de la indigeneidad como calidad étnica subordinada a la aplicación de un derecho liberal que termina por favorecer una normatividad social en detrimento de otra; así se privilegia la decisión de la viuda y de la familia nuclear por sobre los derechos colectivos de un pueblo organizado con base en una estructura clánica matrilineal.

## A manera de cierre

De lo previamente expuesto se revela que la construcción de la indigeneidad se enmarca dentro de una cultura jurídica caracterizada por la prevalencia del positivismo, en cuyo seno el cumplimiento de los derechos se satisface con la aplicación de una norma que no se cuestiona; es decir, está inmerso dentro de una concepción del derecho que obvia el debate sobre las exclusiones de las normas y sobre el sistema precursor de esas.

37 Al respecto véase el texto de Jean Paul de 2018 denominado Indígenas Evangélicos y Diversidad Cultural. Análisis de una problemática multiculturalista.



Estas ideas sobre el derecho, se amalgaman con las nociones de un indígena esencial rural, silvestre y atrasado, para producir un relato sobre lo indígena como calidad étnica subordinada a las normas políticas y una visión del desarrollo de una mayoría no indígena, de la cual forman parte los magistrados. Lo anterior debe llevar a cuestionar tanto el contexto en que surgen las normas, como el contenido de las mismas, pues es allí donde residen las causas de la exclusión y, por tanto, las posibilidades de transformar e instituir.

Al respecto habría que “interrogarse sobre la ley y sus fundamentos, y no quedarse fascinado por esta interrogación, sino hacer e instituir” (Castoriadis 1997, 12), pues “la sociedad es siempre autoinstitución, pero para la casi totalidad de la historia humana, el hecho de esta autoinstitución ha sido ocultada por la institución misma de la sociedad” (Castoriadis 1997, 5).

## Referencias bibliográficas

- Anaya, James. 2011. «La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica». En Consejo de Derechos Humanos. <https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoElDiquis30-5-11.pdf>
- Aparicio Wilhelmi, Marco. 2015. «Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas». En *Revista de Antropología Social* 24 (0): 127-47. [https://doi.org/10.5209/rev\\_RASO.2015.v24.50646](https://doi.org/10.5209/rev_RASO.2015.v24.50646)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 1978. Ley General de Administración Pública Costa Rica. 6227 vols. Libro Primero del Régimen Jurídico. Costa Rica: 1998. [https://www.pgr.go.cr/wp-content/uploads/2017/04/Ley\\_General\\_Administracion\\_Publica.pdf](https://www.pgr.go.cr/wp-content/uploads/2017/04/Ley_General_Administracion_Publica.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente. 1949. Constitución Política de Costa Rica. Costa Rica. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>
- Bocarejo Suescún, Diana. 2015. *Tipologías y topologías indígenas en el multiculturalismo colombiano*. 1. ed. Colección Terrenos etnográficos. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario : Instituto Colombiano de Antropología e Historia: Pontificia Universidad Javeriana.

- Borge Carvajal, Carlos. 2007. *Consulta en los territorios indígenas del pacífico de Costa Rica*. Centro de Documentación INIE. San José, Costa Rica: Programa de Regularización del Catastro y Registro.
- Castoradis, Cornelius. 1997. «El imaginario Social Instituyente». En *Revisita Zona Erógena*, 1997. <http://www.ubiobio.cl/miweb/webfile/media/267/Castoriadis%20Cornelius%20-%20El%20Imaginario%20Social%20Instituyente.pdf>
- Chacón Castro, Rubén, y Mónica María Pérez Granados. 2016. *Proyecto Tierra, territorio, recursos y gobernabilidad indígena en Costa Rica, un recorrido sobre la jurisprudencia constitucional del 2000 al 2012*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad de Costa Rica (Código 722-B4-124), inédito.
- Chacó Castro, Rubén. 2001. *Pueblos indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional (1989-1999)*. Vol. 1. Normativa y jurisprudencia indígena. San José: OIT.
- Comaoff, Jean, y John L Comaroff. 2009. *Violencia y ley en la poscolonia: una reflexión sobre las complicidades Norte-Sur; Obsesiones criminales después de Foucault: poscolonialismo, vigilancia policial y la metafísica del desorden*. Buenos Aires; Madrid; Barcelona: Katz; Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los 12 Clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Surinam. Surinam: Organización de los Estados Americanos.
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. 1988. Código Civil Costa Rica. Costa Rica.
- De la Cadena, Marisol, y Orin Starn. 2009. «Indigeneidad: problemáticas, experiencias y agendas en el nuevo milenio». *Tabula Rosa*, 2009.
- Giménez Montiel, Gilberto. 2005. *Teoría y análisis de la cultura*. México: Conaculta.
- Hales, Charles R. 2004. «El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del “indio permitido”». En *Paz y democracia en Guatemala: desafíos pendientes. Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA “Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado”*, 51-66. Guatemala: Fundación Propaz.



- . 2005. «Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America». En *Political and Legal Anthropology Review*, 2005.
- Jodelet Denise. 1986. «La representación social: fenómenos, concepto y teoría». En *Psicología social II. Pensamiento y vida social*, de Serge Moscovici, 469-93. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Morris, Brian. 1995. *Introducción al estudio antropológico de la religión*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Moscovici, Serge. (1961) 1979. *El psicoanálisis, su imagen y su público*. Buenos Aires: Anesa - Huemul.
- . 2004. «O conceito de THEMATA». En *Representações Sociais. Investigações em psicologia social*, 215-50. Petrópolis: Vozes.
- Pérez Granados, Mónica María. 2020. «La representación social sobre lo indígena urbano en Costa Rica. El caso de mujeres ngäbes-buglé panameñas». En *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*. Vol. 17.
- Sarrazin, Jean Paul. 2016. «Avatares del pluralismo: usos y abusos del concepto de diversidad cultural en medios institucionales». *Principia Iuris*, 2016.
- . 2018. «Crítica al Elogio de la Diversidad Cultural». En *Signo y Pensamiento* 37 (72). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.syp37-72.cedc>
- . 2019. «Elementos para una crítica de las políticas dirigidas a la protección de la diversidad cultural en Colombia». En *Estudios Políticos (Medellín)*, n.º 54 (enero): 127-48. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n54a08>
- Sarrazin, Jean Paul, y Saira Pilar Redondo. s. f. «Indígenas evangélicos y diversidad cultural. Análisis de una problemática multiculturalista». En *Revista de derecho*.