

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“PROTOCOLO PARA LA CONSULTA DE ACTIVIDADES, OBRAS O PROYECTOS  
DEL AYA DENTRO DE TERRITORIOS INDÍGENAS”

Trabajo final de investigación aplicada sometido a la consideración de la Comisión  
del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho para optar por el grado y título  
de Maestría Profesional en Derecho Ambiental

MAIKOL DANILO CHAVARRÍA MARTÍNEZ

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica

Agosto 2019

## DEDICATORIA

---

Dedicada a Dios, por sobre todas las cosas.

A mi familia, en especial a mi padre Danilo y madre Saray, a mi hermano Randy, y hermanas, Sindy y Sharling, mis sobrinos, y sobrinas, y mi abuela Carmen, por haber sido un enorme apoyo en mi camino.

A mi esposa Ana María de Montserrat y a su familia en especial a su madre Bernardita Quiñónez Giménez (*Ninicha*) y padre Carlos Gómez de la Fuente, y su hermana Bernardita María Lourdes (*Malu*), quienes son una parte muy importante de mi vida.

## AGRADECIMIENTOS

---

A mis amigos y compañeros de ideales y luchas Lic. José Francisco Arroyo y Lic. Manuel Emilio Soto Aguilar, a quienes debo el aporte de varias ideas y su orientación en el tema. E igualmente y con especial cariño y aprecio al Ing. Wilberth Acuña Acuña y a la familia Barrenechea Ching, por su enorme apoyo incondicional y su especial amistad.

A todos y todas mis profesores y profesoras que, a lo largo de este camino, han insertado y ayudado a hacer brotar en mí el *germen* de la presente investigación. En especial al Lic. Alfredo Madriz Araya, M. Sc. Juan Luis Giusti Soto, M. Sc. Mario Peña Chacón, Dr. Rafael González Ballar, Dr. Jorge Córdoba Ortega, Dr. Marcos Guevara Berger, Dr. Enrique Pedro Haba Müller y Dr. Enrique Ulate Chacón y su esposa Damaris Gamboa Campos y la Licda. Marta Ferllini Camacho.

A mis compañeros y compañeras del AyA, quienes, en mi trayectoria en tan honorable institución, me han brindado su apoyo y estima, en especial a la Licda. Guiselle Sing Zeledón, Lic. Daniel Ruiz Tijerino y Lic. Alfredo Monge Rojas.

“Este trabajo Final de investigación aplicada fue aceptado por la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Maestría Profesional en Derecho Ambiental.”



---

M.Sc. José Enrique Garnier Zamora  
**Representante del Decano  
Sistema de Estudios de Posgrados**



---

M.Sc. Mario Peña Chacón  
**Profesor Guía**



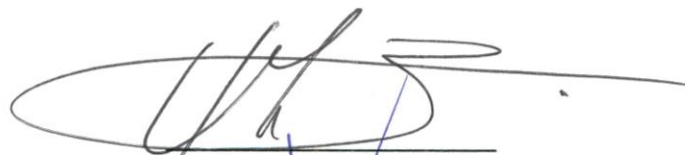
---

Dr. Jorge Córdoba Ortega  
**Lector**



---

Dr. Marcos Guevara Berger  
**Lector**



---

Dr. Rafael González Ballar  
**Director del Programa de Posgrado en Derecho**



---

Maikol Daniil Chavarría Martínez  
**Sustentante**

## TABLA DE CONTENIDO

---

### CONTENIDO

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
TABLA DE CONTENIDO.....	V
CONTENIDO.....	V
RESUMEN.....	IX
RESUME.....	XI
LISTA DE GRÁFICOS .....	XII
LISTA DE ABREVIATURAS.....	XIII
CAPÍTULO PRELIMINAR .....	1
A.    INTRODUCCIÓN GENERAL .....	1
B.    MARCO TEÓRICO .....	8
C.    MARCO CONCEPTUAL .....	28
D.    MARCO METODOLÓGICO .....	50
E.    ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	60
CAPÍTULO I .....	68
A.    LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .....	68
1.    DERECHOS HUMANOS .....	69
2.    GENERALIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO .....	74
3.    RESOLUCIÓN No. A/64/L.63/Rev.1 DE LA ONU SOBRE DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO .....	84
4.    RESOLUCIÓN No. 70/169 DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS HUMANO DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO.....	86
B.    OPERADORES DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS EN COSTA RICA .....	88
1.    NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ASADAS.....	94

2.	LAS ASADAS COMO OPERADORES PRIVADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SANITARIO.....	96
3.	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS ASADAS COMO OPERADORES DE ACUEDUCTOS .....	97
4.	OPERADORES DE SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS CONFORMADOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS.....	101
C.	GESTIÓN INTEGRADA DEL RECURSO HÍDRICO EN TERRITORIOS INDÍGENAS EN COSTA RICA.....	104
1.	ANÁLISIS COMPARADO DE NORMATIVA Y MODELOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS SANITARIOS.....	109
2.	SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LOS TERRITORIOS Y LA SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COSTARRICENSES	
	124	
	 CAPÍTULO II.....	152
A.	INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INDÍGENAS .....	154
1.	DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INDÍGENAS. CONCEPTOS GENERALES.....	154
2.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA .....	157
3.	LÍMITES Y LIMITACIONES A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INDÍGENAS .....	161
4.	ANÁLISIS COMPARADO DE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL CON RESPECTO A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS .....	164
5.	DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PAÍS .....	180
6.	INSTRUMENTOS INTERNOS DE PROTECCIÓN DE LOS DDHHFF DE LAS PERSONAS INDÍGENAS .....	186
7.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL RELACIONADA CON ASUNTOS INDÍGENAS .....	188
B.	ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS	
	221	
1.	CARÁCTER COLECTIVO DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS .....	224
2.	AUTORECONOCIMIENTO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE LAS PERSONAS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	227
3.	IDENTIDAD CULTURAL.....	230

4. AUTOGOBIERNO.....	233
5. LIBRE.....	234
6. PREVIA.....	235
7. INFORMADA .....	237
8. BUENA FE .....	238
9. PLENAMENTE PARTICIPATIVA .....	240
10. AJUSTADA A LAS COSTUMBRES Y TRADICIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	242
11. A TRAVÉS DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN TRADICIONALES O CONSUETUDINARIOS .....	244
12. DE LOS ÓRGANOS ESTATALES ENCARGADOS DE REALIZAR LA CONSULTA A LOS PUEBLOS .....	251
13. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS BENEFICIOS ..	256
14. EXCLUSIÓN CONSENSUADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CON RESPECTO A LOS BENEFICIOS ECONÓMICOS DEL PROYECTO .....	257
15. LENGUAJE, IDIOMA O DIALECTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COSTARRICENSES.....	260
16. PRINCIPIOS DE BUENA GOBERNANZA O BIEN VIVIR.....	262
17. EDUCACIÓN AJUSTADA A LA CULTURA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	265
18. RESULTADOS FINALES DE LA CONSULTA .....	268
19. DEL VETO DE LAS COMUNIDADES A LOS PROYECTOS CONSULTADOS 270	
20. CRÍTICA A TÉCNICAS LEGISLATIVAS PARA EVADIR LA CONSULTA A LOS PUEBLOS.....	272
21. INSTRUMENTOS DEL AyA PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	275
22. GRADUALIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	276
 CAPÍTULO III .....	 279
A. CONCLUSIONES .....	279
B. RECOMENDACIONES .....	285
 CAPÍTULO IV.....	 289
BIBLIOGRAFÍA.....	309

➤	DOCTRINA .....	309
➤	TESIS Y ENSAYOS.....	322
➤	REVISTAS.....	326
➤	TRATADOS INTERNACIONALES .....	326
➤	RESOLUCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	327
➤	NORMATIVA NACIONAL.....	328
➤	DECRETOS EJECUTIVOS.....	330



## RESUMEN

---

El presente trabajo se desarrollará sobre cinco ejes fundamentales denominados capítulos, el *capítulo preliminar*, correspondiente a los objetivos generales y específicos, la hipótesis del trabajo, metodología, teorías generales y sustantivas y paradigmas que dan base al estudio de la consulta a los pueblos indígenas y cuestiones preliminares de la investigación. En el *primer capítulo* se analizará lo concerniente a la Gestión Integrada del Recurso Hídrico en los Territorios Indígenas costarricense, y los entes y órganos encargados de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario en Costa Rica. Como *segundo capítulo* se analizará el proceso de consulta a los pueblos indígenas a nivel nacional, y a nivel internacional, para lo cual se realizará un *tertium comparationis* de jurisprudencia y normativa con respecto al Estado costarricense y algunos países del continente americano y europeo. Un *tercer capítulo* en el que se señalarán nuestras conclusiones y recomendaciones, y un *cuarto capítulo* correspondiente al producto final o *lege ferenda*, en el que se desarrollará el “*Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas*”.

Dado que el presente trabajo de investigación pretende analizar la situación particular de los territorios indígenas costarricenses, y su realidad con respecto al acceso al agua potable y alcantarillado sanitario, basaremos fundamentalmente el mismo en las experiencias adquiridas principalmente por parte del Instituto, y su participación en actividades, obras y proyectos de abastecimiento y saneamiento en dichos sectores. Debemos indicar que en el protocolo se desarrollarán los parámetros básicos – *fundamentales* – para la realización de un proceso de consulta en territorios indígenas, desde el punto de vista del marco conceptual establecido a nivel internacional y nacional, así como el análisis de múltiples instrumentos originados en varias instituciones gubernamentales y organismos internacionales. En cuanto al tema de género, se utilizarán en la medida de lo posible, palabras que incluyan ambos sexos, de lo contrario en aquellos casos en

donde la redacción del texto amerite referirnos a algunos de los dos en forma exclusiva, con el fin de hacer diferencia entre uno y otro, la palabra - *HOMBRE o MUJER* - se escribirá en versalitas. Asimismo, se debe aclarar que los subrayados, resaltados y negritas de las citas textuales y notas a pie de página, así como las anotaciones entre paréntesis, son nuestras, y en el caso que correspondan a las referencias se indicará en forma expresa.

## RESUME

---

The present work will be developed under three fundamental axes called chapters; in the preliminary chapter, it will be described the general and specific objectives, the work hypothesis, methodology and preliminary research questions.

The first chapter will analyse information related to Integrated Water Resource Management in Costa Rica Indigenous Territories, and the entities and bodies in charge of providing the public service of drinking water and sanitary sewerage in Costa Rica.

The second chapter will analyse national and international process of consultation to indigenous peoples, through the comparison of Costa Rica jurisprudence and legislation, and other countries of the American Continent, their paradigms and general theories, related to the consultation to indigenous people.

The third chapter will establish conclusions and recommendations; and the forth chapter will develop the result of this investigation, "AyA Protocol of consultation for the development of activities, constructions and projects within indigenous territories"

This research analyzes the situation of Costa Rican indigenous territories and their situation regarding the access to drinking water and sanitary sewage, based in the experiences acquired for the Institute in activities, works and projects of supply and sanitation in these sectors. We must indicate that this protocol will develop basis parameter, to carry out the process of consultation to indigenous people, taking into account the view of international and national conceptual framework. As far as the gender issue is concerned, words that include both genders will be used as much as possible, otherwise in those cases where the wording of the text merits, we will refer to some of the two exclusively, in order to make difference between one and the other, the word - MAN or WOMAN - will be written in italics. Also, it should be clarified that the underlining, highlighting and bold of textual quotations and footnotes, as well as annotations between parentheses, are ours, and in the case that correspond to the references will be indicated expressly.

## LISTA DE GRÁFICOS

---

- Gráfico 1.- “Población total Costa Rica 2011 por provincias” pág. 132
- Gráfico 2.- “Población indígena y no indígena por provincias” pág. 133
- Gráfico 3.- “Población indígena. Autorreconocimiento” pág. 134
- Gráfico 4.- “Bosque: Área en hectáreas sometidas a pago ambientales” pág. 136
- Gráfico 5.- “Áreas sometidas a pagos ambientales” pág. 137
- Gráfico 6.- “Área en hectáreas sometidas a pagos de servicios ambientales en comunidades indígenas” pág. 137
- Gráfico 7.- “Número acumulado de pozos legales perforados” pág. 138
- Gráfico 8.- “Volumen anual de explotación del agua por medio de pozos (m<sup>3</sup>)” pág. 139
- Gráfico 9.- “Acceso al agua de calidad potable” pág. 141
- Gráfico 10.- “Acceso a sistemas de abastecimiento. Personas indígenas ubicadas en territorios indígenas” pág. 144
- Gráfico 11.- “Acceso a sistemas de abastecimiento. Personas indígenas ubicadas fuera de territorios indígenas” pág. 145
- Gráfico 12.- “Acceso a sistemas de abastecimiento. Personas no indígenas” pág. 145
- Gráfico 13.- “Acceso al agua potable personas indígenas y no indígenas” pág. 146
- Gráfico 14.- “Acceso a sistemas de saneamiento. Personas indígenas ubicadas dentro de los territorios” pág. 148
- Gráfico 15.- “Acceso a sistemas de saneamiento. Personas indígenas ubicadas fuera de los territorios” pág. 149
- Gráfico 16.- “Acceso a sistemas de saneamiento. Personas no indígenas” pág. 149
- Gráfico 17.- “. Acceso a sistemas de saneamiento. Análisis comparativo persona indígenas y no indígenas” pág. 150

## LISTA DE ABREVIATURAS

---

**ACNUDH:** Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

**ADI:** Asociación de Desarrollo Integral.

**ADII:** Asociación de Desarrollo Integral Indígena.

**ASADA:** Asociación Administradora de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes.

**AyA o Instituto:** Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.

**CAARS:** Comités de Acueductos y Alcantarillados Rurales.

**CCII:** Comunidades indígenas.

**CDH:** Comité de Derechos Humanos.

**CDESC:** Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**CEDR:** Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

**CGR:** Contraloría General de la República de Costa Rica.

**CISETFDR:** Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

**CLPI:** Consentimiento Libre, Previo e Informado.

**Convención:** Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

**Convenio 169 – OIT:** Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo.

**Comisión IDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sede en Washington DC.

**Corte IDH o Corte:** Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sede en San José, Costa Rica.

**CONAI:** Comisión Nacional de Asuntos Indígenas de Costa Rica.

**DDHH:** Derechos humanos.

**DDHHFF:** Derechos humanos y fundamentales.

**DDFF:** Derechos fundamentales.

**Declaración:** Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13/09/2007.

**DHAA:** Derecho humano de acceso al agua potable.

**DHAAS:** Derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento.

**DHAS:** Derecho humano de acceso al saneamiento.

**DINADECO:** Dirección Nacional de Desarrollo Comunal.

**DNUSDPI:** Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

**DPI:** Derecho de los Pueblos Indígenas.

**ECAGIRH:** Estrategia Centroamericana de Gestión Integrada del Recurso Hídrico.

**FAPI:** Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas de Paraguay.

**FPCINU:** Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.

**GIRH:** Gestión Integrada del Recurso Hídrico.

**IIDS:** Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

**INDER:** Instituto de Desarrollo Rural.

**INDI:** Instituto de Derechos Indígenas de Paraguay.

**INEC:** Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Costa Rica.

**LGAP:** Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

**LNA:** Laboratorio Nacional de Aguas.

**MESDPI:** Mecanismos de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

**MINAE:** Ministerio de Ambiente y Energía de Costa Rica.

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo.

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas.

**OPS:** Organización Panamericana de la Salud.

**Pacto o PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**PPII:** Pueblos Indígenas.

**PPTT:** Pueblos Tribales.

**PGR:** Procuraduría General de la República de Costa Rica.

**PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**RES DPI:** Relatoría Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

**SC:** Sala Constitucional de la República de Costa Rica.

**SGSC:** Subgerencia de Gestión de Sistemas Comunales de AyA.

**SICA:** Sistema de Integración Centroamericana.

**TTII:** Territorios Indígenas.

**UICN:** Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

**WWC:** Consejo Mundial del Agua (WWC por sus siglas en inglés World Water Council)

**WWF:** Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF por sus siglas en inglés World Wildlife Fund for Nature)



**Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.**

Yo, Maikol Danilo Chavarría Martínez, con cédula de identidad 6-0292-0219, en mi condición de autor del TFG titulado Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de Territorios indígenas

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI  NO \*

\*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: \_\_\_\_\_ año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

**INFORMACIÓN DEL ESTUDIANTE:**

Nombre Completo: Maikol Danilo Chavarría Martínez

Número de Carné: A-97347 Número de cédula: 6-0292-0219

Correo Electrónico: chamarmike@gmail.com

Fecha: 18/11/19 Número de teléfono: 8356-78-75

Nombre del Director (a) de Tesis o Tutor (a): Mario Peña Chacón. M.Sc.

  
**FIRMA ESTUDIANTE**

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio, tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.



## CAPÍTULO PRELIMINAR

*"... la ciencia es una actividad acumulativa en la cual cada científico debe construir sobre el trabajo de otros, la comunidad científica tiene gran interés en **echar fuera ideas falsas**. Por lo tanto, la creatividad es templada por la necesidad de revisiones rigurosas de los nuevos resultados."*

**Ruiz y Araya**

### A. INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo de investigación gira en torno a dos pilares fundamentales como lo son el acceso al agua potable y saneamiento como derechos humanos de las personas, en particular de las personas y pueblos indígenas. Por otro lado, el derecho a la consulta previa, libre e informada ajustada a su cosmovisión y a través de sus órganos de representación, en especial, cuando se pretenda por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados realizar alguna actividad, obra o proyecto que les afecte directamente a los pueblos indígenas, a continuación de modo general se realizará una introducción sobre ambos temas.

Es innegable la necesidad del recurso hídrico para la subsistencia de la vida en el planeta. Por lo general la vida en sociedad se desarrolla alrededor de fuentes de abastecimientos, incluso se han realizado estudios que arrojan la trágica desaparición de civilizaciones enteras a causa de la disminución o contaminación del agua de la cual se abastecían. Además, debemos hacer énfasis en que no sólo el hombre depende del recurso hídrico para su subsistencia, situación que se ajusta a la cosmovisión de los pueblos y su desarrollo con la naturaleza, en especial el agua. Veremos a lo largo del presente trabajo de investigación la relación intrínseca entre el acceso al agua potable y al saneamiento como fuente de VIDA, los instrumentos existentes de protección y su

justa distribución de los recursos naturales, principio que encuentra su máxima protección especialmente en los ordinales 21, 46 y 50 de la Constitución Política de Costa Rica.

De ahí que en el presente trabajo se desarrollará el tema del derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento, desde el punto de vista de la participación ciudadana y la consulta a los pueblos indígenas, especialmente aquellos que se encuentran ubicados en territorios reconocidos o territorios tradicionales no reconocidos. Se hará una breve referencia al tema de los diferentes instrumentos internacionales relacionados con el agua potable y el saneamiento. Además, se desarrollará el asunto de la prestación de los servicios básicos de acueductos y alcantarillados sanitarios en Costa Rica, así como de los principales actores en la prestación de estos en los territorios indígenas.

Sobre este particular se señala que el agro y la industria son dos de los usos del recurso hídrico que más requieren de agua, aún y cuando los mismos se encuentran fuera de la tutela del derecho humano al agua potable, según Mario Peña Chacón únicamente cabría dentro de dicho derecho la agricultura de autosuficiencia. En este sentido el XXI Informe del Estado de la Nación señala que: *“Según su uso, y en orden de importancia, el agua se destinó a actividades agropecuarias (42,4%), riego de cultivos (22,2%), agroindustria (17,3%), consumo humano (11,0%), industria (6,7%) y comercio (0,4%); Dirección de Agua-Minae, 2015.”*<sup>1</sup>

Por otra parte debemos afirmar que la mayoría de los conflictos ambientales acaecidos entre los Estados y los pueblos indígenas son generados por faltas de políticas de coordinación y comunicación ajustados a su cosmovisión, de ahí que en el presente trabajo se establecerán algunos aspectos básicos de la consulta, como instrumento de participación ciudadana de los pueblos, se requiere del análisis de normativa comparada con países del área centroamericana y del

---

<sup>1</sup> XXI Informe de Estado de la nación, p. 180. <http://www.estadonacion.or.cr/21/assets/pen-21-2015-baja.pdf> (última visita 13/07/2019)

continente americano, así como de la jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales, que serán analizadas en forma comparada con la jurisprudencia de tribunales nacionales, en especial de la Sala Constitucional de Costa Rica, resoluciones y opiniones de organismos regionales e internacionales, serán relevantes para determinar o establecer ese *mínimum minimorum* que requieren dichos procesos de consultas<sup>2</sup>. Parámetros que permitan establecer un verdadero diálogo intra e intercultural, que respete la identidad cultural y socioambiental de los pueblos, sin violentar el orden social y democrático de derecho del estado costarricense. En el cual la decisión del pueblo y el resultado de la consulta sean respetados, y ajustado en estricto apego a las políticas del desarrollo sostenible culturalmente adecuado a la realidad social y a la cosmovisión de los pueblos indígenas, que podríamos bien llamar *desarrollo sostenible consuetudinario*.

Se considera además que, el Derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas es un elemento esencial del derecho a la autodeterminación de estos, y como corolario de este último, requiere cumplir ciertos principios incorporados en el derecho consuetudinario e internacional. En este sentido señalan Melik Özden y Christophe Golay:

*“El derecho de los pueblos a la autodeterminación... es un pilar del derecho internacional contemporáneo... Tras la adopción en 1945 de la Carta de la Naciones Unidas, ha sido constituida la base jurídica y política*

---

<sup>2</sup> La Sala Constitucional en su resolución No. 1996002253 de las 15:39 hrs., 14/05/1996, indicó: *“IV.- Como ya la Sala señaló, el Derecho de la Constitución insta a la responsabilidad del Estado de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les garanticen su derecho a participar en la toma de decisiones que les atañen, y a organizarse en instituciones electivas, organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (artículos 6 y 33 del Convenio No. 169 de OIT). Resulta entonces que el legislador debe diseñar mecanismos jurídicos que les permitan ejercer plenamente ese derecho. Las normas en esta materia han de orientarse en el sentido de permitir una amplia y organizada participación de esta materia han de orientarse en el sentido de permitir una amplia y organizada participación de los indígenas. Sin embargo, no sucede así en el caso de la norma impugnada, pues ésta establece un mecanismo que lejos de beneficiar a los indígenas, más bien los perjudica, lo que la torna no idónea para lograr los fines que procura el Convenio 169; en virtud de que, al prever la participación en la Asamblea General de tantas asociaciones pro – indígenas como se quieran crear, se resta fuerza e importancia a la voluntad del pueblo indígena.”*

*del proceso de descolonización que ha visto nacer más de 60 nuevos estados en la segunda mitad del siglo XX.”<sup>3</sup>*

Por otra parte, nos encontramos con la oposición de algunos Estados de reconocer dicha autodeterminación a los PPII, por falta de conceptualización, desconocimiento, o por simple desidia y desinterés estatal. Sobre dicho particular señala Emilio Soto Aguilar:

*“Lo que nos permite arribar a las siguientes conclusiones: que existen problemas de índole conceptual y por consiguiente de abordaje, que es notorio el temor a romper con las estructuras homogéneas, monistas y silogistas del Derecho, con una clara cautela a lo diverso...”<sup>4</sup>*

Con la Directriz N° 042-MP el Estado costarricense inicia el proceso de construcción de un mecanismo de consulta aplicable a dichos pueblos en el país, el cual en su momento se encontró con algunos detractores que solicitaban previo a la confección de dicho instrumento, entre otras cosas: *“saneamiento territorial, políticas públicas orientadas a los pueblos, justicias, suspensión a la violencia, diálogo intercultural, entre muchas otras peticiones.”<sup>5</sup>*

En ese sentido la directriz No. 042-MP denominada *“Construcción del mecanismo de consulta a pueblos indígenas”*, en su articulado establece entre otras cosas:

***“Artículo 5º - Convocatoria a pueblos indígenas. La construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos indígenas se realizará mediante un proceso conjunto entre la Comisión y los pueblos de los veinticuatro***

---

<sup>3</sup> ÖZDEN, M. & GOLAY, C. (s. a.). *“El derecho de los pueblos a la autodeterminación y la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos”*. Colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa – Tercer Mundo (CETIM).

<sup>4</sup> Emilio Soto Aguilar. p. xiv, párr. 2.

<sup>5</sup> <http://surcosdigital.com/pronunciamiento-sobre-la-directriz-para-la-construccion-de-una-consulta-indigena-n-042-mp/> (última visita 09/07/2019)

*territorios indígenas. Para dicho proceso, la Comisión realizará una convocatoria pública y de amplio alcance dentro de los territorios indígenas, valiéndose de diversas formas y medios de comunicación y tomando en cuenta la diversidad lingüística en cada pueblo y factores geográficos. La convocatoria será dirigida a personas indígenas y organizaciones de los pueblos indígenas, que podrán comprender, entre otras, las veinticuatro Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena, colectivos y organizaciones culturales, productivas, de mujeres, personas adultas mayores, personas con discapacidad, jóvenes y gobiernos estudiantiles. La convocatoria será hecha con un plazo prudencial que garantice su amplia difusión.”*

Proceso de construcción que culminó con la elaboración del protocolo de consulta a pueblos indígenas, emitido por el Ministerio de la Presidencia, mediante Decreto Ejecutivo No. 40932-MP-MJP, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”. Procedimiento que establece parámetros generales a los procesos de consultas, y obligaciones a los pueblos y las personas indígenas, obligatoriedad de los pueblos que no podría darse a través de nuestra propuesta de protocolo, la cual sí genera obligaciones a lo interno del Instituto, por tal razón ambos procesos pueden ser aplicados en forma paralela y complementaria.

Por lo que analizaremos algunos casos relacionados con el tema, con el fin de delimitar ciertas políticas mínimas en torno a la protección del recurso hídrico y la consulta a los pueblos indígenas. Es esa falta de políticas estatales la que en ocasiones genera conflictos comunales, como ha sucedido en casos costarricenses, por ejemplo: Sardinal de Guanacaste, proyecto Hidroeléctrico Diquis, entre otros.

## a) **MOTIVACIÓN**

El presente trabajo de investigación denominado “*Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas*”, es requisito de graduación del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica, para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Ambiental, y tiene como motivación *ESTABLECER NORMAS MÍNIMAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE CONSULTA*<sup>6</sup>, que le permita a los pueblos indígenas entablar diálogos interculturales con el Estado costarricense ajustados a su cosmovisión, a través de los cuales se establezca una verdadera gestión integrada del recurso hídrico de conformidad con sus costumbres y tradiciones.

En la actualidad el tema de las minorías vulnerables tales como pueblos indígenas, tribales, campesinos, adultos mayores, mujeres, jóvenes, entre otros, y su protección por parte de los Estados es sumamente sensible, dado que requieren de *POLÍTICAS PROGRAMÁTICAS* para su aplicación, con lo que en ocasiones se violentan sus derechos humanos y fundamentales, por la inercia y desidia en el actuar del aparato estatal.

Particularmente el tema en torno a los pueblos indígenas ha tenido un lento desarrollo, si bien es cierto se han firmado numerosos tratados e instrumentos

---

<sup>6</sup> Sala Constitucional en su resolución No. 2003002771 de las 11:40 hrs., del 04/04/2003, afirmó: “A. *LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales. Es así que la primacía de un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior descansa en (i) su carácter de expresión directa de la voluntad general y (ii) en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas. El ‘principio democrático’, expresado en la idea de la soberanía popular, es una respuesta jurídica al problema de la legitimación política, tanto en el plano material como formal. En el **plano material**, porque (a) establece la legitimación constitucional del derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos, (b) obliga a las instituciones estatales a respetar los derechos fundamentales y (c) establece el reconocimiento social a la diversidad de iniciativas y valores de todos los individuos; y en el **plano formal**, porque representa a la vez una fórmula de articulación racional del proceso político y, de nuevo, una limitación expresa al poder estatal – sea éste una manifestación de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o municipal-.*”

internacionales – *la mayoría ratificados por el Estado costarricense* –, además de que se han promulgado una enorme cantidad de leyes, reglamentos, decretos y directrices en Costa Rica, hoy en día se dan situaciones de violación de los Derechos Humanos y Fundamentales (DDHHFF) de las personas y los pueblos indígenas, que no les permiten disfrutar de los servicios básicos para la vida, en iguales condiciones que el resto de las poblaciones no indígenas, como lo es agua para consumo humano y el saneamiento.

### **b) PROBLEMA**

¿Es necesario establecer mecanismos de consulta para los pueblos indígenas que les permita una verdadera participación en la toma de decisiones con respecto a su desarrollo económico, social y cultural, ajustados a su cosmovisión y que logren una efectiva y eficaz protección de sus derechos, específicamente en el acceso al agua potable y al saneamiento?

### **c) HIPÓTESIS**

“La consulta a los pueblos indígenas se ha convertido en un asunto ineficiente e ineficaz, a causa de la falta de instrumentos nacionales e internacionales o de la ineficiencia e ineficacia de los existentes, que permitan su desarrollo y aplicación, así como de la desidia e inercia del aparato estatal para establecer un procedimiento ajustado a la cosmovisión de dichos pueblos.”

### **d) OBJETIVOS**

#### **(1) OBJETIVO GENERAL**

Establecer un protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), que se pretendan realizar dentro de los territorios indígenas delimitados o tradicionales, o

aquellos que afecten directamente a dichos pueblos, que contenga los elementos mínimos fundamentales delimitados nacional e internacionalmente que requiere una consulta a los pueblos indígenas.

## (2) OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Con el fin de delimitar los parámetros mínimos de la consulta, nuestra investigación girará en torno a tres objetivos específicos, los cuales son:

1) Analizar los distintos organismos nacionales relacionados en la prestación de los servicios públicos de abastecimiento poblacional y saneamiento en Costa Rica, y su participación en el desarrollo de los pueblos indígenas del país, con el fin de determinar el modelo idóneo de consulta, ajustado a la cosmovisión de los pueblos indígenas, aplicable a las actividades, obras o proyectos que pretenda realizar el AyA dentro de territorios indígenas reconocidos, territorios tradicionales o que afecte directamente a dichos pueblos.

2) Realizar un análisis de la normativa nacional e internacional, así como de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, regionales e internacionales, con respecto al tema de los pueblos indígenas en general, y de la consulta en particular, para definir los elementos mínimos de un proceso de diálogo intercultural.

3) Establecer un modelo de protocolo de consulta a los pueblos indígenas para el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, que establezca las normas mínimas y elementos esenciales apegados al derecho de consulta reconocido internacionalmente.

## B. MARCO TEÓRICO

*"Considero a los paradigmas como realizaciones científicas universalmente*



*reconocidas que, **durante cierto tiempo**, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica."*

**Thomas Kuhn**

El marco teórico del derecho es sumamente cambiante, al igual que el marco teórico del derecho ambiental, y con mucha más razón el Derecho Consuetudinario Indígena, podemos afirmar que no existe un marco referencial en este último, que nos permita ubicarlo dentro de una corriente exacta como sí es posible en el Derecho Occidental, poniendo por ejemplo las tesis del iusnaturalismo, iuspositivismo y actualmente del derecho vivo o jurisprudencial. De ahí que previo a analizar el marco teórico de nuestra investigación, debemos analizar el desarrollo de este en el marco del Derecho Ambiental y los derechos humanos colectivos e individuales, para lograr ubicarnos dentro del que consideramos más ajustado a la realidad de la cosmovisión indígena.

En primer lugar, realizaremos un análisis de los principales paradigmas, entre ellos, aquellos desarrollados en las experiencias adquiridas por los autores, en la participación de procesos de consultas a los pueblos indígenas, así como de los trabajos a los cuales se harán referencia aquí, con el fin de determinar el más ajustado a nuestra investigación.

#### **a) PARADIGMA**

Nadie niega que las personas indígenas costarricenses sean consideradas "ciudadanas", dentro del concepto occidental que este conlleva. Lo que sí es una pregunta razonable es la forma en que se debe incorporar la cosmovisión indígena, dentro de dicho marco conceptual, principalmente cuando ambos sistemas tienen algunos tipos de roces, o se contradicen totalmente. Actualmente se ha llegado a establecer el principio democrático por encima del derecho consuetudinario, así avalado por los distintos organismos jurisdiccionales nacionales, regionales e incluso internacionales.

Con respecto a que el concepto occidental de "ciudadanía" no distingue entre personas, y por el contrario busca afirmar el principio de igualdad entre los ciudadanos del Estado-nación, afirma Álvaro Bello:

*“La cuestión de la ciudadanía y los problemas de la integración social, la democracia y las desigualdades sociales no son nuevos en el análisis social. Uno de los primeros planteamientos que intentan englobar al conjunto de estas cuestiones se encuentra en los ya clásicos libros de T.H. Marshall (1964) y Reinhard Bendix (1974), cuyos respectivos trabajos se situaban en lo que hace más de 30 años se denominó sociología del desarrollo, enfoque que apuntaba al análisis de la relación existente entre industrialización, modernización y construcción del Estado nacional.*

*Marshall fue uno de los primeros estudiosos que comenzó a utilizar la terminología de ciudadanía (citizenship), vinculándola con los procesos de formación de los Estados nacionales y la modernización económica. El autor señalaba que el proceso de ciudadanía se caracterizaba por la ampliación creciente de derechos individuales, antes limitados a una pequeña elite. En su libro, Marshall distinguía tres tipos de derechos ciudadanos: los económicos, los políticos y los sociales, los que eran productos del desarrollo de la ciudadanía en el siglo XIX, una época de profundos cambios en materia de relaciones sociales y de producción. El principal cambio surgido de este proceso, principalmente de la Revolución Francesa, es la emergencia del principio de igualdad individual. Según Marshall, la igualdad es un estatus que confiere la plena membresía de los sujetos a la comunidad.”<sup>7</sup>*

Además, afirma Bello:

---

<sup>7</sup> Bello, Álvaro. (noviembre 2004). *“Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción de los pueblos indígenas”*. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile. ISBN: 92-1-322581-4. P. 184.

*“El nacionalismo, identificado con el Estado, se constituyó a lo largo del tiempo en una fórmula de inclusión ciudadana que excluye, por ser universalista, otras formas de inclusión distintas no definidas en función del Estado nacional. Las corrientes más recientes han rebatido esta postura, sosteniendo que la ciudadanía es, sobre todo, un sentido de pertenencia relacionado con un conjunto de derechos, formas de inclusión y participación que desbordan los ámbitos políticos y cívicos, ampliándose hacia la cultura y la economía. Esta visión plantea la necesidad de redefinir lo que hasta ahora ha sido la interpelación entre individuo y Estado, para pensar también en el grupo como sujeto social interpelado y titular de derechos y deberes. Esta nueva relación trae aparejada, sin embargo, la tensión entre la autonomía personal y grupal frente al Estado, así como entre los individuos y grupos que conviven en una sociedad.”<sup>8</sup>*

Por último, señala Álvaro Bello:

*“Como vimos en el capítulo V, el desarrollo de los derechos humanos en el siglo XX estableció un marco básico para la convivencia social, cuyo fundamento es el principio de igualdad ante la ley de todos los seres humanos y el principio de la no discriminación por motivos de género, raza, color o **pertenencia étnica**. Cada uno de estos principios tiene su expresión en declaraciones, convenciones y convenios internacionales; sin embargo, el principio de igualdad ante la ley se ha puesto en discusión, pues la realidad empírica muestra que la igualdad es más una aspiración y una abstracción que una realidad. **Por otra parte, la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos contiene una contradicción y una paradoja, ya que parte del supuesto de que todos somos iguales, lo que hasta cierto punto y en el sentido de los derechos fundamentales es verdad; sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas y otros grupos (religiosos, sexuales) este principio se confrontaría con***

---

<sup>8</sup> Ídem, p. 186.

**ámbitos donde el derecho individual lesiona el interés colectivo o grupal.** De ahí que en el ámbito jurídico se hable del derecho de las minorías (religiosas, culturales, y otras) o de los derechos colectivos que, en todo caso, sólo pueden realizarse con relación al cumplimiento de los derechos individuales.”<sup>9</sup>

Aquí entra el concepto de hipermodernidad, mediante el cual debemos considerar una sociedad más fragmentada por sus condiciones particulares, pero a la vez más unida debido a que los problemas sociales, políticos, ambientales, bélicos, entre otros, ya escapan de los límites estatales y afectan en gran medida a la comunidad mundial.

Situación que ha llevado a pensar que ABSOLUTAMENTE TODO LO REFERENTE A LOS ASUNTOS INDÍGENAS, se debe resolver ponderando las conceptualizaciones occidentales frente a la cosmovisión indígena, y peor aún, que siempre la primera se encuentra por encima de la segunda. De ahí que previo a establecer el paradigma en el cual se basará nuestra investigación, debamos hacer referencia en forma general a algunos paradigmas que han surgido en el derecho occidental.

En cuanto a los paradigmas clásicos Manuel Jesús Rodríguez Puerto afirma:

*“Las teorías de Kelsen y Hart, denominado POSITIVISMO NORMATIVISTA, ya que identifican el derecho con la norma en general y con la ley en particular. Es mejor la calificación de normativista que la de legalista, ya que para Kelsen la decisión del juez es una norma individual que crea derecho, sin que sea controlada necesariamente desde el contenido de la norma superior. Hart también negó que las normas generales pudieran aplicarse a los casos concretos de manera puramente mecánica; en las ocasiones en que la generalidad de la norma no es capaz de cubrir las*

---

<sup>9</sup> Ídem, pp. 186 – 187.

*peculiaridades del caso, los jueces son verdaderos creadores de derecho; pero cuando eso ocurre, la sentencia es jurídica, porque los jueces están habilitados para tal labor por las normas del ordenamiento jurídico.”<sup>10</sup>*

Dentro de otros paradigmas que ha definido al derecho encontramos el CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO, en este sentido Luigi Ferrajoli en su ensayo “*Norberto Bobbio, Teórico del Derecho y de la Democracia*” señala:

*“... esta misma tesis – la teórica jurídica del carácter no sólo formal de la democracia sino también la metateoría del carácter descriptivo y avalutativo de la ciencia jurídica – se han vuelto insostenibles al cambiar el paradigma del derecho. Un cambio, en mi opinión, que de manera extraña fue incomprendido por Bobbio y, antes que por él, por Kelsen, y que fue un resultado de la posguerra con la afirmación del paradigma del constitucionalismo rígido.”<sup>11</sup>*

Continúa afirmando Luigi Ferrajoli:

*“¿Cómo se explica la firmeza con la que Bobbio y antes que él, Kelsen, haya defendido las tres tesis<sup>12</sup> aquí ilustradas? ¿Ello a pesar de que las tres se encontraban ancladas al viejo modelo del estado legislativo de derecho y eran, las tres, poco idóneas para cuenta del cambio que supuso la afirmación del **paradigma del estado constitucional de derecho**? Me*

<sup>10</sup> <https://www.teoriadelderecho.es/2012/10/el-realismo-juridico.html> (última visita 09/07/2019)

<sup>11</sup> <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60771/53639> (última visita 09/07/2019)

<sup>12</sup> Para fraseando a Luigi Ferrajoli podemos indicar que las tesis son: a) Tesis kelseniana y bobbiana de la equivalencia entre validez y existencia de las normas jurídicas, identificadas por Bobbio como el “derecho que es” en oposición al “derecho que debe ser”. b) La concepción avalutativa de la ciencia jurídica, la cual según Bobbio, implica también la tesis metateórica del carácter avalutativo de la ciencia jurídica identificada por dicho autor como el iuspositivismo en sentido metodológico, para la cual el jurista sólo debe ocuparse del “derecho como es” y no el “derecho como debe ser”, y c) La concepción formal de la democracia, la cual también es defendida tanto por Bobbio como por Kelsen, se refiere a la concepción puramente formal de la validez, la cual se expresa en la definición mínima de la democracia como sistema político en reglas puramente formales, relativas al “qué” y al “cómo” y no tanto al “qué cosa” de las decisiones.

*parece que esto se explica por medio del nexo biunívoco que une a la concepción formal de la validez de la norma (y por ende de la democracia), basada en la idea de equivalencia entre validez y existencia, con la concepción metateórica de la avalutatividad de la ciencia jurídica, aceptadas como muchos otros axiomas del positivismo jurídico, y que se encuentran en contraposición con las innovaciones introducidas por el constitucionalismo rígido de la posguerra.”<sup>13</sup>*

Efectivamente se estaba dando un cambio de paradigma del constitucionalismo rígido al derecho viviente, esa concepción metateórica del derecho que, según Ferrajoli no podía convivir con el concepto de rigidez de la norma, dado que el derecho estaba pasando por lo que se denominó validez, en la cual una norma no aplicada o de difícil aplicación es una norma inválida.

Podemos afirmar en forma general, que en la ciencia jurídica se han dado fundamentalmente tres paradigmas, los cuales explican distintos momentos históricos del ser humano y sus relaciones con el Estado. En este sentido el Dr. Albán Bonilla Sandí, en su ensayo *“Fundamentos filosóficos de la carrera de Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho”*<sup>14</sup>, con respecto al denominado *IUSNATURALISMO*, señala:

*“Los iusnaturalistas tienen un modelo más antiguo para tratar de explicar el esquema que debe regir al derecho en general. Se parte de la necesidad de definir lo que es justo, y con base en ello, lo que es el derecho justo, que pretende aplicar un criterio de valor, una axiología a las relaciones entre los seres humanos.”*

Continúa indicando el Dr. Bonilla Sandí, en cuanto al segundo denominado *IUSPOSITIVISMO*, según el cual los iuspositivistas consideran: *“su paradigma es el*

---

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> <http://www.uescuelalibre.ac.cr/index.php/ricon-de-la-libre/blog> (última visita 09/07/2019)

*mejor para explicar la teoría de los poderes del Estado, la soberanía, el poder inminente al Estado, y la autonomía de la voluntad en los particulares.”<sup>15</sup> Por último, afirma que el tercer paradigma es el *REALISMO JURÍDICO*, según el cual es una corriente: “... del pensamiento filosófico que parte de poner a dialogar el derecho y la justicia, el iusnaturalismo con el positivismo. A diferencia del iuspositivismo, se involucra la moral y la política en el contenido ideal de las normas jurídicas.”<sup>16</sup>*

Dichos paradigmas se encuentran entremezclados y atravesados por una serie de graduaciones, por lo que sus referencias aquí serán de forma general, sin entrar a analizar sus orígenes y las discusiones que entorno a ellos giran. Pero hemos visto una similitud en los pensamientos señalados, el derecho ha evolucionado de un derecho rígido a un derecho vivo o viviente. Es en el PARADIGMA DEL DERECHO AMBIENTAL donde encontramos con mayor relevancia esa dinamicidad del derecho, por lo que a continuación haremos una breve referencia a algunos de los principios y reglas que lo rigen.

De los principios y reglas del Derecho Ambiental, Néstor Cafferatta, profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en su ensayo “*Los principios y reglas del Derecho ambiental*” indica:

*“Dice Antonio Herman Benjamín que una ciencia logra autonomía a través de la fijación de objetivos, finalidades, la estructuración de principios y vías o instrumentos de defensa del objeto de la disciplina para la cual se constituye. En esta tarea existe un “PARADIGMA AMBIENTAL”, como lo enseña Ricardo Lorenzetti – Juez de la Corte Argentina –, **que implica no solamente un cambio en los métodos jurídicos, sino también un cambio en la visión del derecho en general.** Es que el Derecho*

---

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Ídem.

*ambiental es, en realidad, mucho más que una especialidad, mucho más que una disciplina autónoma del derecho; es un cambio de la cultura jurídica en general. Efectivamente, el Derecho ambiental es hoy, desde el punto de vista jurídico en general, el motor de cambio de una nueva cultura jurídica. El “paradigma ambiental” implica reconocer como sujeto de derecho a la naturaleza y a la sociedad. Aquel parte de lo colectivo y no de lo individual. A partir de la aparición del “paradigma ambiental” o del “paradigma de la sostenibilidad”, están en revisión, en cambio y en ebullición todas las estructuras clásicas del derecho.”<sup>17</sup>*

Al igual que el paradigma del Derecho Ambiental, el Derecho Indígena ha tenido muchas variantes drásticas, en distinción con el Derecho Occidental, el cual ha tenido una línea más uniforme. Por ejemplo, Gisella Díaz Azofeifa<sup>18</sup> señala: “A diferencia del indigenismo, el indianismo es una ideología, una acción colectiva y un proyecto histórico, creados por los propios Pueblos Indígenas...”.

Además, Díaz Azofeifa señala:

*“... El indianismo rompe de manera significativa con los planteamientos indigenistas anteriores, al considerar al indígena como actor protagonista de su propio destino. Este cambio paradigmático coincide con el avivamiento de movimientos indígenas en el país y de luchas indígenas reivindicadoras de sus derechos.”<sup>19</sup>*

Es importante señalar que la mayoría de los procesos indígenas han tenido un elemento en común y es el asunto agrario, el objetivo Estatal de poseer la

---

<sup>17</sup>

<http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DEREC%20HO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf> (última visita 09/07/2019)

<sup>18</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) “Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006). (p. 26, párr. 3)

<sup>19</sup> Ídem.



mayor cantidad de tierras para expandir el cultivo de productos agrícolas o actividades ganaderas, exploraciones y explotaciones petroleras, o de minerales, aprovechamiento de recursos naturales ubicados en territorios indígenas, así como el uso y disfrute de sus recursos hídricos para compañías eléctricas, abastecimiento poblacional de agua potable, entre muchas otras, han sido los elementos detonantes de las luchas de clases (*refiriéndonos con esto a los pueblos indígenas y al Estado soberano*), que aún hoy en día, la solución a dichos problemas es parte fundamental de las peticiones de las comunidades indígenas, previo a cualquier tipo de negociación.

Podemos afirmar que una corriente más reciente y menos delimitada que el paradigma del Derecho Ambiental es la CUESTIÓN INDÍGENA, la cual según León Zamosc en su ensayo *“Ciudadanía indígena y cohesión social en América Latina”*<sup>20</sup>, ante la pregunta que él mismo se plantea sobre *¿Cuáles son las implicaciones de la cuestión indígena y de sus dos variantes*<sup>21</sup> desde el punto de vista de la ciudadanía?, señala: *“Cuando hablamos de ciudadanía nos referimos a un estado de membresía o pertenencia a una comunidad política, que en el mundo contemporáneo casi siempre es el estado-nación.”*<sup>22</sup>

Continúa diciendo Zamosc:

---

<sup>20</sup> ZAMOSC, León. (2008). *Ciudadanía indígena y cohesión social en América Latina*. IFHC y CEPLAN, página 5, párrafo 2. <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/ciudadaniaindigenaycohesionsocialenamericalatineonzamosc.pdf> (última visita 09/07/2019)

<sup>21</sup> Cuando habla de dos variantes el autor lo hace desde el punto de vista de ciudadanía, además hace referencia a aquellos países donde los pueblos indígenas son mayorías demográficas, en cuyo caso las mismas tienen peso demográfico substancial, y los asuntos indígenas se presentan como un asunto de igualdad efectiva. Por otra parte, están aquellos países donde dichas poblaciones son claramente minorías, y en los cuales la cuestión indígena se presenta como una problemática de supervivencia frente a la amenaza de extinción, tratándose casi siempre de grupos ubicados en lugares apartados, escasamente incorporados a la economía y la sociedad nacional, entre otras cosas.

<sup>22</sup> ZAMOSC, León. (2008). *Ciudadanía indígena y cohesión social en América Latina*. IFHC y CEPLAN, página 5, párrafo 2. <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/ciudadaniaindigenaycohesionsocialenamericalatineonzamosc.pdf> (última visita 09/07/2019)

*“Tal estatuto está definido por el ejercicio de una serie de derechos ciudadanos, y desde el argumento clásico de Thomas H. Marshall (1950) damos por sentado que **la promesa de la democracia solo puede cumplirse cuando los sectores populares ganan acceso a derechos básicos en los terrenos civil, político y social.** Pero en la tradición liberal moderna, desde la cual escribía Marshall, los derechos ciudadanos son vistos como universales e indivisibles, en el sentido de que corresponden a todos por igual y su ejercicio es una atribución de los individuos como tales. El planteamiento de derechos especiales para los indígenas implica una **contradicción para esa tradición liberal**, ya que se trata de derechos colectivos; es decir, de **prerrogativas a las cuales solo tienen acceso los individuos que pertenecen a una colectividad particular.**”<sup>23</sup>*

El autor hace bien al indicar que dicho pensamiento es de la década de los cincuentas, siendo que desde esa época a la fecha, la evolución de los derechos humanos ha sido enorme, principalmente en el tema de asuntos indígenas, los Estados han promulgado una serie de instrumentos internacionales relevantes, con respecto a las personas en general, y a las poblaciones indígenas en particular, que han permeado la legislación y la jurisprudencia de tribunales administrativos y jurisdiccionales internos de los países, y otros organismos regionales e internacionales.

Lo que nos permite afirmar que el reconocimiento y respeto de las diferencias culturales, son hoy en día el pilar fundamental de cualquier democracia, y la participación de las comunidades en la toma de decisiones, es el mayor ejemplo del ejercicio de sus principios, mediante los cuales y a través de un diálogo intercultural, se exponen puntos de vistas de todos los actores sociales, y se reflejan sus pensamientos y posiciones, con el fin de que los acuerdos sean respetados por todas las partes y no se den conflictos sociales.

---

<sup>23</sup> Ídem.

Es ahí donde entra el Derecho Internacional Ambiental, tanto como *soft law* o como derecho duro, que permita establecer parámetros y normas para la aplicación del derecho, en relación con la naturaleza, y de conformidad con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sin afectar a las futuras generaciones, y sin desproteger a las actuales. *¿Qué mejor ejemplo de relación con la naturaleza que la cosmovisión indígena y la filosofía del “buen vivir”<sup>24</sup>, también conocida como *sumak kawsay*<sup>25</sup>?* De ahí que el derecho occidental lejos de tratar de dirigir el pensamiento indígena, por el contrario, se debe nutrir del mismo a la hora de establecer sus políticas, orientados a la protección del medio ambiente y su relación con las personas.

Independientemente de que dicha corriente, se les denominara indianismo, indigenismo, multicultural, etnocentrismo, ecocentrismo, o cualquier otra etiqueta que desee ponérsele a la relación interpersonal o con la naturaleza, lo importante es no perder de vista la idea de que en un mundo globalizado e hipermoderno, TODAS LAS PERSONAS TENEMOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES, INDIVIDUALES,

---

<sup>24</sup> Constitución de la República de Ecuador, 2008, establece: “**Preámbulo**... *Decidimos construir: Una forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; (...)* **Art. 12.** *El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. (...)* **Ar. 14.** *Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. (...)* **Art. 250.** *El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kaway*. (...)* **Art. 275.** *El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.* **Art. 387.** *Será responsabilidad del Estado: 1... 2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kawsay*.”*

<sup>25</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia afirma: “**Artículo 8.I.** *El Estado asume y promueve como principios éticos – morales de la sociedad plural: *ama quilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).”*

INTRA E INTERGENERACIONALES, que deben ser respetados por los gobiernos y con mucho más razón por los organismos internacionales.

Por lo anterior consideramos que el paradigma que más se ajusta a la realidad indígena, y sobre el cual se desarrollará el presente trabajo se basa fundamentalmente en el Derecho Ambiental y su interrelación con la cosmovisión indígena, el cual podemos denominar como PARADIGMA DE DERECHO AMBIENTAL CONSUECUDINARIO.

Establecido nuestro paradigma corresponde ubicar la teoría general en la cual basaremos el trabajo de investigación, en igual sentido que el método aplicado para el paradigma, deberemos hacer referencias a ciertas teorías desarrolladas previamente, para determinar cuál de todas ellas es la más ajustada a nuestro objeto de investigación. Por lo que procederemos a analizar diversas teorías generales.

### **b) TEORÍA GENERAL**

Muchas son las teorías que han analizado el asunto de los pueblos indígenas, mismas que han tenido relación con la visión del momento, ejemplo claro del asunto nos lo expone Gisella Díaz Azofeifa<sup>26</sup> cuando afirma: *“Por otro lado, Will Kymlicka es un reconocido teórico canadiense que ha desarrollado el tema del **multiculturalismo, la ciudadanía y el reconocimiento de los derechos de las minorías culturales desde la TEORÍA POLÍTICA LIBERAL...**”*.

En igual sentido señala Emilio Soto Aguilar:

*“Varias vertientes teóricas de las ciencias jurídicas han reconocido el **vínculo entre derecho y cultura**. A lo largo del siglo XX la teoría del*

---

<sup>26</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006)”*, p. 17.

*derecho reconoció varios enfoques que privilegiaron la importancia de la perspectiva cultural. Merece especial reconocimiento el aporte del pensador argentino Carlos Cossio (1903 – 1987), quien desarrolló la **TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO**, que asegura que la base y el objeto de esta ciencia es la conducta humana, la conducta intuita que es conocido por medio de su norma, la interferencia intersubjetiva y la experiencia.”<sup>27</sup>*

Además, continúa indicando dicho autor:

*“En épocas recientes, parece que el derecho se acerca a **TEORÍAS ANTROPOLÓGICAS DEL RELATIVISMO Y EL PLURALISMO CULTURAL**. En la actualidad ya no se piensa al indígena como un ‘salvaje’ o ‘extraño’ a la visión hegemónica eurocéntrica, sino como parte de una construcción social en la diversidad cultural; es un ‘otro’ diferente con derechos específicos inherentes a su condición...”<sup>28</sup>*

También afirma Soto Aguilar:

*“Estos conflictos de los Estados con sus propios habitantes vienen a debilitar la **TEORÍA PURA DEL DERECHO**, impulsada primordialmente por Kelsen, quien sostenía que las normas jurídicas se fundamentan por el modo de producción de estas, ya que estas vienen en un orden jerárquico producido por el aparato del Estado en sus diversas instancias. Entonces, el Orden Normativo del Estado sería el único válido, impidiendo cualquier diversidad.”<sup>29</sup>*

---

<sup>27</sup> SOTO AGUILAR, E. (2014). “Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas.”, p. 22.

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Ídem, p. 24.

Ya previamente hemos cuestionado esta teoría pura del derecho, confrontándola con la validez de las normas y con el derecho viviente.

Por otra parte, Soto Aguilar haciendo referencia a Pedemonte, con respecto a la teoría kelseniana dice:

*“Según la **teoría kelseniana de la jerarquía de las normas a ‘peldaños’** la validez de cada norma vendría sustentada por la existencia de otra norma de rango superior y, así, sucesivamente. Este proceso no puede ser infinito y, para ello, debe existir una norma hipotética (ficticia) fundamental (la llamada Grundnorm)... La validez de las normas, por tanto, vendría dada por el modo de producción de las mismas y no por su contenido...”<sup>30</sup>*

De ahí que este autor afirma:

*“Esta concepción, dominante en muchos círculos jurídicos hoy día, **es incompatible con la visión que señala al Derecho como producto de un complejo contexto cultural, económico, político, histórico etc.** Por el contrario, la teoría egológica del derecho, propuesta por Cossio, nos recuerda algo fundamental para discutir la posibilidad de una antropología jurídica: **el Derecho es cultura, es contexto, responde a determinado poder.**”<sup>31</sup>*

En este sentido el Comité de Expertos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el documento preparado para el *Taller de Consulta sobre Constitucionalidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas*, realizado en Guatemala en marzo de 1994, señaló:

---

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> Ídem.

*“El mundo, perplejo, empieza a descubrir que pesa más la razón cultural de los pueblos, que la lógica racionalista del modelo de Estado, que la identidad étnica está por encima de razones de Estado y es mucho más fuerte que sus políticas. Desde hace 500 años, de una u otra forma, los pueblos indígenas de América han estado planteando esta realidad, que solamente ahora se empieza a reconocer.”<sup>32</sup>*

De ahí que, la multiculturalidad requiere además de una interrelación de ciencias y conocimientos, con el fin de delimitar ese conocimiento de los pueblos, principalmente de las comunidades indígenas.

Podemos afirmar entonces que el CARÁCTER MULTICULTURAL DE LAS SOCIEDADES nos servirá de base fundamental a nuestra investigación, mismo que encuentra fundamento constitucional en el artículo primero de la Constitución Política de Costa Rica. Consideramos, además, que la condición indígena no debe ser una limitación o excusa, principalmente de las sociedades occidentales, para no tomar en cuenta a dichos pueblos en el desarrollo económico, social y ambiental del país. Por el contrario, dicha condición debe ser un elemento fundamental en la toma de decisiones políticas, y debe ser el centro del desarrollo del país.

Por último, nos referiremos a la teoría que consideramos la base de nuestra investigación, esa teoría que encaja con nuestro paradigma y nuestra teoría general, también denominada teoría sustantiva.

### **c) TEORÍA SUSTANTIVA**

*"Soy el hombre de la duda y del diálogo.  
De la duda porque siguiendo el principio*

---

<sup>32</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/14/mej/mej11.pdf> (última visita 14/07/2019) p. 154.

*socrático del “yo solo sé que nada sé” no pretendo saber todo lo que en el mundo hay por saber; y del diálogo porque aquello poco que sé me gusta ponerlo en discusión con personas como ustedes que seguro saben más que yo.”*

**Norberto Bobbio**

Las teorías sustantivas al igual que los paradigmas y las teorías generales, no han sido escasas en la ciencia jurídica, pero aun así se hace necesario hacer referencia a algunas de éstas, para determinar en última instancia a cuál de ellas se ajusta nuestro trabajo.

Luigi Ferrajoli en su ensayo *“Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”* señala:

*“A base de estas convergencias disciplinarias [derecho y política] está un estilo de pensamiento: el método empírico – analítico de las distinciones conceptuales, del análisis lingüístico y de las redefiniciones de las principales categorías, experimentando primero en la **TEORÍA DEL DERECHO** y después en la **TEORÍA DE LA POLÍTICA** y, finalmente, en aquello que el propio Bobbio llamaba la ‘historia analítica del pensamiento político’. Bobbio hacía uso de los clásicos – ésta es la ‘lección de los clásicos’ que nos ha enseñado – al analizar y utilizar las categorías conceptuales que ellos elaboraron históricamente – como libertad, igualdad, persona, poder, democracia, ley, derecho –, en la construcción tanto de la teoría del derecho, como en la teoría política, en la que estas categorías son en gran parte comunes, e, inversamente, un uso de la teoría, esto es de las categorías teóricas, en la interpretación del pensamiento de los clásicos.”<sup>33</sup>*

---

<sup>33</sup> Luigi Ferrajoli, *“Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”*, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60771/53639> (última visita 09/07/2019)



Continúa indicando dicho autor:

*“Como podemos ver, gracias a esta lección hobbesiana, también para Bobbio la teoría del derecho<sup>34</sup> y de la democracia, es una ‘teoría de razón’ porque el derecho, no es nunca una entidad natural, sino un artificio, fruto de la política y de la teoría, y es como lo interpretamos, lo defendemos y, antes aún, como lo pensamos, lo protegemos, lo construimos y lo transformamos.”<sup>35</sup>*

En cuanto a la tercera enseñanza de Bobbio, señala Luigi Ferrajoli:

*“... concierne al nexo entre razón y paz. También la paz, escribe Bobbio después de la tragedia de la segunda guerra mundial es, como el derecho, una construcción artificial: ‘mientras guerra’, escribe él comentando el pesimismo hobbesiano ‘es el producto de una inclinación natural, la paz es un ‘dictado de la recta razón’, esto es de aquella facultad que permite al hombre recabar ciertas consecuencias de ciertas premisas o de llegar a los principios partiendo de ciertos datos de hecho’. Y el así llamado ‘estado de naturaleza’, añade él, no es completamente un estado imaginario, una hipótesis teórica o filosófica, sino que es el estado del mundo contemporáneo, aquél de la ley primitiva del más fuerte y de la guerra infinita porque no hay reglas; **del que sólo es posible salir a través del derecho y la razón.**”<sup>36</sup>*

---

<sup>34</sup> Hobbes según Bobbio, citado por Ferrajoli, afirma: “... la filosofía civil, como la geometría... orienta su conocimiento hacia un objeto que nosotros mismos producimos... ¿en qué sentido se puede decir que nosotros producimos el objeto de la filosofía civil o, con las palabras de Hobbes, que conformamos el Estado? El Estado, responde Hobbes, no existe por naturaleza sino por convicción. Precisamente porque satisface una exigencia elemental del hombre, son los mismos hombres los que lo desean.” <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60771/53639> (última visita 09/07/2019)

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Ídem.

Concluye el autor que la democracia y la paz, son construcciones humanas, porque son construcciones jurídicas además de sociales. Afirmación que sería contradictoria con la realidad de las sociedades indígenas, dado que nos podría llevar (*si no es que ya nos lleva*) a afirmar que las normas consuetudinarias, no son construcciones humanas porque no son jurídicas, por tanto, no deben ser reconocidas, aún y cuando dentro de los territorios, como parte de sus estructuras tradicionales son aceptadas y respetadas por dichas poblaciones indígenas.

Situación que también podría llevarnos a desconocer un acuerdo o convenio plenamente consultado, si es que no se ajusta a los intereses del Estado, so pretexto de que ya se realizó el proceso y en su potestad de imperio la sociedad (*no indígena*) puede desconocer los resultados, lo que violentaría flagrantemente las normas y principios nacionales e internacionales que protegen a estos pueblos.

Por otra parte, Rose Mary Sánchez Pérez señala:

*“Las críticas que se pueden hacer al modelo esencialista son, que la cultura no es algo que se hereda totalmente, y, por lo tanto, la identidad cultural tampoco puede ser heredada férrea e inflexiblemente... Por lo tanto, puesto que **la cultura no es algo inmutable, sino que se transforma continuamente, la identidad cultural tampoco es algo inmutable y se transforma continuamente**, convirtiendo a los que antes eran enemigos irreconciliables en un único pueblo y a los que antes eran un único pueblo, en entidades culturales opuestas.”<sup>37</sup>*

Continúa Sánchez Pérez:

*“Respecto de la perspectiva constructivista, las críticas que se le pueden*

---

<sup>37</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, Rose Mary. (2010), pp. 95 y 96.

*hacer son que la identidad cultural tampoco depende únicamente de factores coetáneos, sino que existe una transmisión modificable a lo largo del tiempo. No es simplemente una construcción que se realiza desde cero, sino que existe un sustrato básico sobre el que se trabaja y se moldea una identidad cultural determinada.*<sup>38</sup>

Sobre este particular Díaz Azofeifa nos dice:

*“El debate sobre el multiculturalismo y los desafíos que éste implica para las democracias liberales contemporáneas, ha generado numerosos planteamientos teóricos y cuestionamientos desde la filosofía política – Jürgen Habermas, Alain Touraine, John Rawls, Chantal Mouffe y Amartya Sen, sólo por mencionar los más destacados –...”*<sup>39</sup>

Díaz Azofeifa haciendo referencia a Bretón, indica que se puede hacer una crítica al indigenismo integracionista o asimilacionista de la década de los setentas, dado que:

*“A partir de los setentas, el indígena es aprehendido en función de un nuevo paradigma según el cual se plantea la incorporación del indígena en el desarrollo nacional – es decir que se incorpora a las comunidades indígenas a la vida social, económica y política como una forma de integrarlos al desarrollo –.”*<sup>40</sup>

Evidentemente el Estado costarricense no será nunca un Estado Indígena, dado que se ha demostrado que, entre menor porcentaje de personas indígenas, mayor es la violación o el desconocimiento de sus derechos, e incluso el hecho de que dichas poblaciones sean mayoría dentro del Estado, no es garantía alguna del

---

<sup>38</sup> ÍDEM, P. 96.

<sup>39</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006).* (p. 18, párr. 2)

<sup>40</sup> Ídem, p. 25.

respeto de sus DDHHFF. Lo que sí podemos afirmar es que Costa Rica es un Estado social democrático y ambiental de derecho, y recientemente con la reforma al artículo primero constitucional, también es PLURICULTURAL, en el cual el respeto de la diversidad cultural y social, así como la participación ciudadana son hoy en día pilares fundamentales de su integración.

Es por tal razón que los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, desde una perspectiva de la época hipermoderna, con respecto a la participación de los mismos en la consulta de actividades, obras o proyectos que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, pretenda realizar dentro de sus territorios reconocidos, territorios tradicionales no reconocidos o fuera de ellos, que los afecta directamente, principalmente en cuanto al diseño, construcción, operación y delegación de los mismos, requiere del consentimiento previo, libre e informado de dichas comunidades.

De ahí que la nueva corriente o teoría denominada HIPERMODERNIDAD, es a nuestro entender la que más se ajusta a la cosmovisión de los pueblos indígenas, ya que nos permite ver a estos pueblos como una variable más dentro del entretejido social costarricense, además de que los relaciona con el resto de las sociedades nacionales e internacionales, por lo que tal teoría será la base sustantiva de nuestra investigación.

### **C. MARCO CONCEPTUAL**

*"Mi padre no me señaló como vivir; simplemente vivió y me permitió observarlo."*

**Clarence B. Kellaud**

Debemos indicar que el Marco Conceptual del presente trabajo se desarrolla principalmente en los conceptos y criterios relacionados con el tema

indígena, algunos ampliados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en menor medida, pero no menos importante, por la jurisprudencia de la Sala Constitucional y Tribunales jurisdiccionales costarricenses. De ahí que la presente investigación girará sobre cuatro ejes transversales, como son el *derecho ambiental consuetudinario*, *derecho indígena*, *autonomía territorial*, y *la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas*. Por lo que, una vez hecha la presente aclaración, procederemos a desarrollar los principales conceptos que servirán de marco al trabajo, con el fin de desarrollar un protocolo de consulta para el AyA, ajustado a la cosmovisión, costumbres y organismos tradicionales de los pueblos indígenas.

#### **a) CONCEPTOS GENERALES DE LA CONCEPCIÓN INDÍGENA**

Establecidos nuestro paradigma y las teorías que dan base a nuestra investigación se procede hacer referencia al marco conceptual en el cual se ajustarán los objetivos de esta. En este sentido debemos indicar que uno de los conceptos relevantes del presente trabajo es la AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, la cual, según indica el Sr. James Anaya:

*“El concepto de AUTODETERMINACIÓN deriva de un **presupuesto filosófico**, la existencia de un impulso en el ser humano que le lleva a traducir la aspiración en realidad; así como de un **postulado**, el de la igualdad inherente de todas las personas... El **término autodeterminación** adquirió prominencia en el discurso político internacional a partir de la **primera guerra mundial**. El presidente estadounidense Woodrow Wilson vinculó el principio de autodeterminación a los ideales de la democracia liberal occidental y a las aspiraciones del nacionalismo europeo.”<sup>41</sup>*

---

<sup>41</sup> ANAYA, S. James. (2005). *“Los pueblos indígenas en el derecho internacional”*. Editorial Trotta, S. A. Ferraz, 55. 28008 Madrid. Título original: Indigenous People in International Law.

En cuanto a la AUTODETERMINACIÓN o AUTOGOBIERNO, es importante indicar que el “*Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, adoptado el día veintisiete de junio del año de 1989, en la ciudad de Ginebra, Suiza, durante la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, establece que:

**“Artículo 1**

*1.- El presente Convenio se aplica:*

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

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

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

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

...

**Artículo 7**

**1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus**

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

...

## **Parte II. Tierras**

### **Artículo 13**

*1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*

*2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.*

...

### **Artículo 15**

*1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

***2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar***

***cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”***

Además, la resolución No. 61/295 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la 107a. sesión plenaria, el día 13 de septiembre de 2007, denominada “*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*”, establece:

***“Artículo 3.*** *Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*

***Artículo 4.*** *Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.”*

Es así como el autogobierno o la autodeterminación establece que los pueblos indígenas, pueden definir la forma en que se rigen dentro de sus territorios indígenas o tradicionales, de ahí la obligación de los Estados de tomarlos en cuenta en todas aquellas actividades, obras o proyectos que pretenda el AyA realizar que les afecte directa o indirectamente, o como bien lo señala el Convenio 169 de OIT en su artículo 6.1, parafraseando el mismo, podemos afirmar que se les deberá de consultar mediante mecanismos apropiados y en particular a través de instituciones representativas, cada medida legislativa o administrativa susceptibles de afectarles directamente.



Otro tema relevante es la cuestión de la VULNERABILIDAD de los pueblos indígenas, sobre este particular la Sra. Virginia A. Leary señala:

*“Los pueblos indígenas y tribales figuran entre los **grupos más vulnerables de la sociedad**. En todos los países donde existen dichos pueblos, constituyen uno de los grupos con los más bajos niveles de vida y salud...*

*El Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, y el Convenio No. 107, adoptado por la OIT en 1957, también relacionado con la protección de las poblaciones indígenas, son de singular importancia, ya que constituyen los **únicos instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio que protegen a los pueblos indígenas y tribales.**”<sup>42</sup>*

En este sentido hay que tener en cuenta el enorme desarrollo acaecido en los últimos años con respecto a los derechos humanos, en particular aquellos relacionados con los pueblos indígenas.

Según Miguel Álvarez Ortega, en su trabajo *“Los pueblos indígenas desde la filosofía del derecho: Análisis de las críticas y propuestas de Ernesto Garzón Valdés”*, haciendo referencia a Rodolfo Stavenhagen, señala:

*“Estimo que una buena forma de acercarnos a la problemática indígena es seguir el esquema planteado por Rodolfo Stavenhagen. Relatos especiales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, a la hora de programar las actividades a desarrollar en el desempeño de su cargo. De acuerdo con el prestigioso antropólogo mexicano, pueden indicarse como cuestiones principales en*

---

<sup>42</sup> LEARY, V. 1999, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Virginia A. Leary. *“La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas”*. San José, Costa Rica. p. 1.

este ámbito las que siguen: 1- Problemas territoriales (desposesión, desplazamiento forzosos), medioambientales y relacionados con los recursos naturales; 2- Cuestiones relativas a la administración de justicia (falta de tutela judicial efectiva) y a conflictos socio-jurídicos con el marco estatal; 3- Pobreza extrema y necesidad de programas de desarrollo sostenible; 4- Cuestiones idiomáticas, culturales y educativas: analfabetismo y falta de reconocimiento lingüístico-cultural en la escuela y el espacio público; **5- Falta de participación política y reivindicación del derecho a la autodeterminación**; 6- Discriminación y marginación, especialmente de mujeres y niños, en el mundo laboral y en el acceso a recursos y servicios”<sup>43</sup>.

Por último, ha quedado demostrado que la concepción indígena se transmite de generación en generación, a través de lo que se conoce como *COSMOVISIÓN*, por otra parte debemos indicar además que el paradigma de la concepción *INDÍGENA*, hoy en día se encuentra poco o nada definido, la concepción occidental ha tenido dificultades para lograr tal demarcación, y es en esa añoranza por lograr conocer el asunto indígena, que se pretende “consultarle” a las personas indígenas como se les debe consultar, una situación más que demuestra desconocimiento del asunto. Es por tal razón que debemos ser *HOMBRES* y *MUJERES* del diálogo, mediante el cual podamos cambiar no la cosmovisión indígena, sino la visión occidental ajustándola a la realidad de dichas sociedades.

Siendo que el *TEMA INDÍGENA* se encuentra en la actualidad, tomando mucha relevancia, la participación de las comunidades en la toma de decisiones, es hoy en día un estandarte que levantan los políticos y los países ante los ojos internacionales. Costa Rica no escapa de tal compromiso dado que se ha considerado respetuosa de los derechos humanos y fundamentales de las personas, en especial de las minorías políticamente relevantes, entre ellas migratorias, indígenas, adultos mayores y menores de edad. Dicho compromiso lo

---

<sup>43</sup> Alfonso de Julios-Campuzano (Editor). “Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización”. Editorial DYKINSON S. L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid. p. 224.

asume el país al firmar y ratificar el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo, también conocido como Convenio 169 de la OIT, aprobado por Costa Rica mediante Ley No. 7316 del 03 de noviembre de 1992, entre otros muchos convenios internacionales.

En cuanto a los DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES no podemos desconocer el enorme aporte realizado por los instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas. Un instrumento relevante es la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, denominado *Río + 20: El futuro que queremos*, realizado en la Ciudad de Río de Janeiro, Brasil, del 20 al 22 de junio del 2012, establece claramente:

***“Agua y saneamiento***

*119. Reconocemos que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible pues está vinculada a diversos desafíos mundiales fundamentales. Reiteramos, por tanto, que es importante integrar los recursos hídricos en el desarrollo sostenible y subrayamos la importancia decisiva del agua y el saneamiento para las tres dimensiones del desarrollo sostenible.*

*(...)*

***Biodiversidad***

*197. Reafirmamos el valor intrínseco de la diversidad biológica, así como los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y el papel primordial que desempeña en el mantenimiento de ecosistemas que prestan servicios esenciales, que son bases fundamentales para el desarrollo sostenible y el bienestar humano. Reconocemos la gravedad de la pérdida mundial de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas y ponemos de relieve que socavan el desarrollo mundial, afectan la seguridad alimentaria y la nutrición, el abastecimiento de agua y el acceso*

*al agua, la salud de los pobres del medio rural y de los pueblos de todo el mundo, incluidas las generaciones presentes y futuras. Esto resalta la importancia de conservar la biodiversidad, reforzar la conectividad del hábitat y consolidar la resiliencia de los ecosistemas. **Reconocemos que los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales aportan una contribución importante a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad y su aplicación más amplia puede apoyar el bienestar social y los medios de vida sostenibles. Reconocemos también que los pueblos indígenas y las comunidades locales a menudo son los que más directamente depende de la diversidad y los ecosistemas, y, por tanto, frecuentemente son los más inmediatamente afectados por su pérdida y degradación.***”

Por otra parte, el Acuerdo de París aprobado en el 21º periodo de sesiones, de la Conferencia de las Partes, realizado en París del 30 de noviembre al 11 de diciembre del 2015, establece principalmente:

*“Reconociendo también que el cambio climático es un problema común de la humanidad, por lo que las Partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberán respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, el derecho a la salud, **los derechos de los pueblos indígenas**, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional...”<sup>44</sup>*

Pero además dicho Acuerdo de París en cuanto a la visión de los Pueblos Indígenas señala:

---

<sup>44</sup> [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=FCCC/CP/2015/L.9](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=FCCC/CP/2015/L.9) (última visita 11/05/2017)

*“Observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, y observando también la importancia que tiene para algunos el concepto ‘justicia climática’, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático.”<sup>45</sup>*

Por otra parte, establece el Acuerdo de París citado, que:

*“**Artículo 5. 1.** Las Partes deberían adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y reservorios de gases de efecto invernadero a que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 1 d) de la Convención, incluidos los bosques. **2.** Se alienta a las Partes a que adopten medidas para aplicar y apoyar, también mediante los pagos basados en los resultados, **el marco establecido en las orientaciones y decisiones pertinentes ya adoptadas en el ámbito de la Convención respecto de los enfoques de política y los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono del que se derivan esos enfoques.**”<sup>46</sup>*

De ahí la relevancia de mantener y fortalecer las costumbres de los pueblos indígenas, en relación al medio que los rodea.

---

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Ídem.

Por su parte el Convenio de Aarhus, denominado *“Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”*, aprobado en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998, establece en su artículo 1:

*“Objetivo. A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental de conformidad con las disposiciones del presente Convenio.”<sup>47</sup>*

Asimismo, el Acuerdo de Escazú denominado *“Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”*, del 14 de mayo del 2014, adoptado en Escazú, Costa Rica, en su artículo 1 establece:

*“El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”<sup>48</sup>*

---

<sup>47</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_desarrollos\\_convenio\\_aarhus.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>48</sup> [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf) (última visita 09/07/2019)

Por otra parte, la CEPAL en coordinación con la Agencia Española de Cooperación Internacional y la Secretaría General de Iberoamérica, señalan:

*"Hasta hoy el género, como expresión cultural de las diferencias sexuales, sintetiza lo que se entiende como propio de las mujeres y de los hombres en tal forma que estructura creencias y prácticas en múltiples jerarquías que discriminan a las mujeres, a pesar de importantes logros obtenidos en algunos planos, entre otros el educativo.*

*Estos fenómenos colocan la tensión entre multiculturalismo y ciudadanía, y entre género y ciudadanía, en el centro de la historia de la inclusión y la exclusión. Además de que los grupos discriminados tienen acceso más precario a la educación, el empleo y los recursos monetarios, también se ven excluidos por la falta de reconocimiento político y cultural de sus valores, aspiraciones y modos de vida."<sup>49</sup>*

Además, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas<sup>50</sup>, establece diecisiete principios fundamentales a tomar en cuenta en el desarrollo de políticas estatales, los cuales son:

- **Objetivo 1:** Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
- **Objetivo 2:** Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y **promover la agricultura sostenible.**
- **Objetivo 3:** Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
- **Objetivo 4:** Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

---

<sup>49</sup> CEPAL, Agencia Española de Cooperación y Secretaría General de Iberoamérica. (enero 2007). *Cohesión social. Inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe. Página 7.* [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2834/S2006932\\_es.pdf;jsessionid=B6F5E7BE0D91D04F15F48FA3BF77EACA?sequence=2](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2834/S2006932_es.pdf;jsessionid=B6F5E7BE0D91D04F15F48FA3BF77EACA?sequence=2) (última visita 09/07/2017)

<sup>50</sup> <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible.pdf> (última visita 09/07/2019)

- **Objetivo 5:** Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
- **Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.**
- **Objetivo 7:** Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.
- **Objetivo 8:** Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
- **Objetivo 9:** Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
- **Objetivo 10:** Reducir la desigualdad en y entre los países.
- **Objetivo 11:** Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
- **Objetivo 12:** Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
- **Objetivo 13:** Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
- **Objetivo 14:** Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
- **Objetivo 15:** Promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y frenar la pérdida de la diversidad biológica.
- **Objetivo 16:** Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
- **Objetivo 17:** Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

Objetivos relevantes en la toma de decisiones administrativas o legislativas que se refieran a los pueblos indígenas, mismas que deberán ser ajustadas a su cosmovisión, por lo que las consideramos dentro del presente trabajo como ejes



transversales de la investigación. En especial el objetivo No. 6, el cual busca “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, mismo que indica:

*“El agua libre de impurezas y accesible para todos es parte esencial del mundo en que queremos vivir. Hay suficiente agua dulce en el planeta para lograr este sueño.*

*La escasez de recursos hídricos, la mala calidad del agua y el saneamiento inadecuado influyen negativamente en la seguridad alimentaria, las opciones de medios de subsistencia y las oportunidades de educación para las familias pobres en todo el mundo. La sequía afecta a algunos de los países más pobres del mundo, recrudece el hambre y la desnutrición.*

*Para 2050, al menos una de cada cuatro personas, probablemente viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce.*

### **Metas del Objetivo 6**

*6.1 De aquí a 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos.*

*6.2 De aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad.*

*6.3 De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial.*

*6.4 De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la*

*escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua.*

*6.5 De aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda.*

*6.6 De aquí a 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.*

*6.a De aquí a 2030, ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento, como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización.*

*6.b Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento.”<sup>51</sup>*

Sobre este particular Mario Peña Chacón nos recuerda, que la primera sentencia, en la cual se mencionan los ODS, es la No. 2017001591 de la Sala Constitucional, de las nueve horas veinticinco minutos del tres de febrero del 2017, en su Considerando IV, en la cual afirmó:

*“En el año 2015, el Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de la UNESCO, mediante su informe “Agua Para Un Mundo Sostenible”*

*(<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002318/231823E.pdf>), alertó que en el año 2030 se prevé que el mundo tendrá que enfrentarse a un déficit mundial del 40% de agua. Dicho informe expone que la tendencia a la baja en la disponibilidad de agua potable es una grave problemática a escala mundial, exacerbada por diversos factores como el cambio climático, el crecimiento demográfico, la urbanización, la industrialización y*

---

<sup>51</sup> Ídem.

*el aumento de la producción. Además, destaca que, en regiones como América Latina y el Caribe, el problema de la escasez de agua obedece en gran parte a la inadecuada gestión del recurso hídrico, más que a la propia carestía del líquido. En consonancia con ello, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU (A/69/L.85, setiembre de 2015) – que marcan la agenda de desarrollo mundial hasta el año 2030 – estipulan como meta: “Objetivo N° 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos... 6.4. Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua”. Al tenor de lo anterior, se denota cómo la buena gestión y el uso eficiente y sostenible del agua potable son elementos claves para contrarrestar la escasez del líquido.”<sup>52</sup>*

Otro concepto relevante para el desarrollo de la investigación es el de HIPERMODERNIDAD, por lo que debemos basarnos fundamentalmente en el libro de Roberto Dromi, intitulado *Derecho Público en la Hipermodernidad*<sup>53</sup>. Como ya señalábamos anteriormente, consideramos esta teoría sustantiva para el desarrollo del trabajo, debido a que la hipermodernidad nos lleva a buscar soluciones a conflictos (*políticos, sociales, ambientales, entre otros*), en una serie de medidas universales desarrolladas por los países en forma general, y no por los Estados o las comunidades en particular; ejemplo claro son una serie de políticas aeroportuarias que surgen luego del atentado al *World Trade Center*<sup>54</sup>, acaecido el día 11 de septiembre del 2001.

---

<sup>52</sup> Comentario en entrevista, el 15/08/2018.

<sup>53</sup> Roberto Dromi. (2005). *“Derecho Público en la Hipermodernidad”*. Publicado por Hispania Libro. ISBN: 84-934379-0-9

<sup>54</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/World\\_Trade\\_Center](http://es.wikipedia.org/wiki/World_Trade_Center) (última visita 09/07/2019)

## **b) DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Dentro de los sistemas internacionales reconocidos por Costa Rica se encuentra el sistema interamericano, mediante la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la cual se suscribió en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en la Provincia de San José de Costa Rica, del día 7 al 22 de noviembre de 1969. Internalizada posteriormente en Costa Rica mediante la Ley No. 4543 del 23 de febrero de 1970, publicada en La Gaceta No. 62 del 14 de marzo de 1970. Esta Convención obliga al Estado costarricense a respetar los Derechos y libertades de las personas:

*“1. ... reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio **a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”<sup>55</sup>*

Por su parte el inciso 2) del artículo 1 de la Ley 4543, afirma: *“Para los efectos de esta Convención, **persona es todo ser humano**”*, concepto amplio que logra romper límites y parámetros de protección, dado que, en un momento de la humanidad, no todos eran considerados personas, y no todos tenían derechos. Es así como vemos que existe una obligación internacional de respetar sin discriminación a toda persona, con independencia de su sexo, idioma, religión, o cualquier otra condición o situación social.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, con respecto al concepto de *“pueblo”* se refiere ampliamente en las resoluciones: *Caso Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua* del 2001; *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005;

---

<sup>55</sup> Ley No. 4543, artículo 1.

*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* del 2006; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* del 2007 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010.

En este sentido, aún y cuando el Convenio 169 no es instrumento del sistema interamericano, en el *Caso Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua*, resolución del 31 de agosto del 2001, la Corte Interamericana hace uso de este para reafirmar su posición sobre un tema particular, como el del carácter de “pueblos”, indicó:

**“d. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo.**

...

*Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se está construyendo un derecho internacional indígena. Lo comprenden los Trabajos de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Indígenas, lo comprende la Organización de Estados Americanos, en el Proyecto de Derechos Indígenas, lo recoge la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 169. Hasta ahora el reconocimiento de esos derechos indígenas es meramente formal, ya que no se ha podido adelantar en la reglamentación de estos. **El Convenio de la OIT los recoge en forma general e impone el reto de traducir estas normas en reglamentaciones a nivel nacional para que sean efectivas.**”*

Instrumento que también fue recogido en la tesis del voto razonado concurrente, en la resolución del 31 de agosto del 2001, *Caso Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua*, del Juez Sergio García Ramírez, el cual señala:

**“... 7. En este orden de ideas, el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª.**

***Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989), animado por la idea de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales - con respeto a su identidad y a las instituciones que son producto y resguardo de ésta-***, sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1); y señaló asimismo: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1).”

Aún y cuando el voto de mayoría se desarrolla en aplicación del numeral 2º del Pacto de San José y no del Convenio 169 de la OIT, ya hemos visto como estos votos razonados o algunos de minorías, terminan permeando el pensamiento de los votos de mayorías, de ahí que podamos afirmar que, no son tan irrestrictos los jueces de la Corte Interamericana, con respecto a la inclusión de otros instrumentos que no corresponden al sistema interamericano.

Así en la resolución del 24 de agosto del 2010, emitida en el Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte Interamericana enfatizó:

***“VI. - DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNITARIA, GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL (ARTÍCULOS 21.1, 8.1 Y 25.1 DE LA CONVENCION AMERICANA)***

...

***2.2. Acciones del Estado llevadas a cabo para recuperar las tierras tradicionales.***

***157. Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de***

*la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. **Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte.***

En la resolución del 24 de agosto del 2010 supracitada, el Juez Eduardo Vio Grossi, en su voto concurrente, fue mucho más allá del voto de mayoría, y afirmó:

***“I.- DERECHO DE LOS MIEMBROS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.***

...

***B.- Doctrina interamericana.***

*6. Tal perspectiva pareciera ser compartida por la doctrina interamericana, como lo demostraría el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1978, en cuanto señala que:*

*“Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros”*

...

***II.- DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.***

...

***B.- Caso de Paraguay.***

*13. Igualmente y en el mismo orden de ideas, es procedente añadir, siempre en lo que respecta al caso en cuestión, que el Estado ratificó y, mediante la Ley No. 234/93, incorporó a su derecho interno el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, el que, en su*

*artículo 3.1 dispone que:*

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

Es así como podemos afirmar, aun y cuando, los instrumentos internacionales de derechos humanos ajenos al Sistema Interamericano sí son utilizados por la Corte Interamericana para reafirmar algún punto que considere necesario, como el caso del Convenio 169.

Por último, debemos señalar que el concepto de “pueblos” fue ampliamente desarrollado en la *“Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.”*

### **c) DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE EN ASUNTOS INDÍGENAS**

La Norma Suprema del Estado costarricense es la *Constitución Política de la República de Costa Rica*, ratificada en Asamblea Constituyente el día 07 de noviembre del año 1949, la cual en su artículo 7 establece principalmente:

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

*Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de*



*los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.” (Así reformado por el artículo único de la ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968)*

De ahí que el Convenio 169 de la OIT y cualquier otro instrumento internacional, que otorgue mayores beneficios a los pueblos indígenas, se encuentra por encima de la propia Constitución. Es importante indicar que así lo ha establecido en su jurisprudencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>56</sup>. Podemos afirmar que es en la Sala Constitucional costarricense, donde los pueblos y las personas indígenas, han logrado una mayor defensa de sus derechos humanos y fundamentales, por el carácter célere y sumario de dicha jurisdicción, así como por el principio de economía procesal, según el cual en los procesos de amparo no requieren de patrocinio letrado, por tal razón y en defensa de sus derechos éste ha sido el instrumento más efectivo en la protección de sus intereses.

Aunque debemos indicar que la Sala no es experta en el tema indígena, y que en ocasiones sus resoluciones si bien es cierto protegen a los pueblos indígenas, en otras crea caos y confusión en el entramado institucional

---

<sup>56</sup> Principio de superioridad jerárquica normativa de los Tratados Internacionales. Sala Constitucional en su resolución No. 1996000503 de las 10:21 hrs., 26/01/1996, indicó: *“De conformidad con la doctrina del artículo 7° de nuestra Constitución, los tratados o Convenios Internacionales, como fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, **ocupan una posición preponderante a la de ley común.** Ello implica que, ante la norma de un tratado o convenio, - denominación que para efectos del derecho internacional es equivalente – cede la norma interna de rango legal que es precisamente el problema jurídico que nos ocupa. En efecto, las normas internacionales no surgen de la potestad legislativa inherente a los congresos o parlamentos de cada país, en los que los representantes popularmente electos (hablamos de las democracias representativas) participan como sujetos activos del proceso de formación de la ley, sobre todo en la etapa de la iniciativa del proyecto en cuestión, con la posterior intervención del ejecutivo como elemento de fiscalización. Caso contrario ocurre en el derecho internacional, campo en el que el ejecutivo, en su función exclusiva y autónoma de conducir las relaciones internacionales del Estado mismo, define el contenido de las negociaciones y con ello vincula u obliga a los demás órganos internos. Aquí, el legislativo no juega un papel preponderante en el contenido de las negociaciones, sino más bien como órgano de refrendo posterior aprobando o improbando el instrumento, pero no modificándolo. Ahora bien, una vez suscrito por el ejecutivo (Presidente y Ministro de Relaciones Exteriores), aprobado por la Asamblea Legislativa y ratificado por el Ejecutivo el tratado, en este caso, el Convenio se incorpora al régimen legal interno de nuestro país, imperando sobre toda otra norma común que se le oponga, salvo que, por el propio contenido de sus cláusulas, su ejecución haya sido condicionada a su perfeccionamiento mediante acuerdos menores o protocolos como los designa la Constitución.”*

costarricense, dado que establece plazos que difícilmente se puedan lograr, debido a que la cosmovisión de los pueblos no se puede ajustar a la misma línea de tiempo y espacio que la visión occidental.

#### **D. MARCO METODOLÓGICO**

*"Entonces el texto tiene que pasar por la cabeza del juez, y también por su boca, para transformarse en derecho que tenga realidad."*

**E. Pedro. Haba Müller**

En el derecho como ciencia social al igual que en las cuestiones indígenas, queda claro que no existe, un marco metodológico único y uniforme estilo "receta", que permita plantear y desarrollar los estudios de investigación, e incluso, podemos afirmar que en el segundo más que en el primero, caso contrario de otras ciencias más exactas, que sí permiten el uso de instrumentos y metodologías aceptadas por los investigadores.

La complejidad de las costumbres indígenas, así como las particularidades de dichas sociedades, nos obligan a plantearnos y replantearnos dentro de la metodología a emplear, los métodos y las técnicas de investigación, ajustando constantemente nuestros objetivos, con el fin de lograr un trabajo de investigación ajustado a la realidad de la cosmovisión indígena, y planteándonos la pregunta "*¿para qué sirve?*" que el maestro E. Pedro Haba propone en su metodología (realista) del derecho. En este sentido Enrique Herrera señala:

*"El campo de la investigación en general y jurídica en particular es muy vasto y, como tal, existe una gama amplísima de posibilidades de estudio.*

*La técnica de la investigación jurídica, o metodología práctica de la investigación jurídica, estudia los procedimientos de utilización de los*

*principios lógicos que conducen a la realización de cada trabajo. La tarea puede hallarse vinculada con un proyecto legislativo, una norma vigente, la solución de un caso jurisprudencial, o simplemente una especulación doctrinal.”<sup>57</sup>*

Realizada dicha introducción procederemos a estructurar nuestro marco metodológico, mediante el cual se desarrolló el presente trabajo de investigación, no fue tarea fácil la definición de un marco, como se indicó anteriormente, por las particularidades especiales de las sociedades indígenas.

En cuanto al concepto “*investigación*” Jacobo Pérez Escobar, señala:

*“La palabra investigación (del latín investigatio onis) tiene un contenido lexicológico muy amplio, pues se refiere a la acción o efecto de dirigir pesquisas para el descubrimiento de alguna cosa, o de estudiar algo de una manera concienzuda y minuciosa.*

*Sin embargo, la verdadera investigación es la que se propone aumentar la esfera de nuestros conocimientos o buscar lo desconocido partiendo de lo conocido, sirviéndose para ello de la observación, de los datos experimentales y de las leyes y principios de la razón.”<sup>58</sup>*

En este sentido es importante ir delimitando el camino a seguir, sin perder de vista nuestros objetos de estudio los cuales son, el derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento, y la aplicación del proceso de consulta a los pueblos indígenas, por parte del AyA, cuando requiera alguna actividad, obra o proyecto dentro de sus territorios, o que les afecte directamente en su esfera particular y/o comunitaria.

---

<sup>57</sup> Enrique Herrera. (1998) *“Práctica metodológica de la investigación jurídica.”* p. 32, párr. 1 y 2.

<sup>58</sup> Jacobo Pérez Escobar. (2010) *“Metodología y técnica de la investigación científica”*, p. 7, párr. 1 y 2

Ahora bien, debemos señalar que existen dos tipos de investigaciones en general (*científica y no científica*). De ahí que, nuestra investigación se ubica dentro de la denominada investigación científica<sup>59</sup>, y dentro de esta se enmarca en la investigación CUANTITATIVA, en este sentido Jorge Ramírez Caro señala:

*“5.1.5.2.2. Métodos.*

*(...) El material, el corpus, la muestra o el objeto de estudio puede ser analizado con dos tipos de métodos: los cuantitativos y los cualitativos. Dentro de los métodos cuantitativos podemos mencionar los estadísticos o frecuenciales que nos sirven para elaborar tablas, cuadros y gráficos en los que se analiza el porcentaje, las variables, las variantes. El resultado al que se arriba es cifra porcentual, una cantidad.*

*Esos cuadros y gráficos deben ser interpretados a partir de un método cualitativo. **La finalidad de los métodos cualitativos es buscar una reformulación, explicación y teorización de los fenómenos.** El resultado al que se arriba no es nunca una cantidad, sino una cualidad, una dimensión, una extensión, una conceptualización del objeto. Quien investiga hace pasar el fenómeno por una serie de operaciones y manipulaciones por medio del método y las estrategias de análisis seleccionadas para hacer que surjan las significaciones que hará comprensibles.”<sup>60</sup> (le negrita es nuestra)*

Con respecto a la metodología, Jorge Ramírez Caro afirma:

---

<sup>59</sup> Jacobo Pérez Escobar (2010), define que la investigación científica del derecho : « ... como la actividad o conjunto de diligencias encaminadas a la obtención de un saber nuevo o adicional de diligencias encaminadas a la obtención de un saber nuevo o adicional al ya existente en el campo del derecho. Esta forma de investigación persigue primordialmente el progreso de las ciencias jurídicas. » (p. 8, párr. 4)

<sup>60</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) “Cómo diseñar una investigación académica.” p. 87, párr. 3 – 4.

### *“6.2. Metodología.*

*Mientras que la teoría habla sobre el objeto y su comportamiento en diferentes contextos, la metodología sirve para aproximarse al objeto, recogerlo, procesarlo y analizarlo. Si la teoría se encarga de QUÉ ES LA COSA, la metodología se relaciona con el CÓMO LA PROCESAMOS, MEDIANTE QUÉ PROCEDIMIENTOS nos le apropiamos y la analizamos. Técnicamente hablando, teoría y metodología no son sinónimos: si la teoría es una manera de VER – VISUALIZAR, la metodología es una forma de PROCEDER, el camino a seguir para perseguir la huella, el rastro.*

*Metodología significa la teoría sobre los métodos, el camino y la manera en que vamos a proceder para ejecutar la investigación, para seguir los pasos y las huellas de aquello que deseamos investigar... La metodología está constituida por las técnicas y los métodos.”<sup>61</sup>*

En cuanto a la importancia del método compartimos lo señalado por Jorge Ramírez Caro, quien afirma:

#### *“6.2.2. Método:*

*(...) Mientras el método es el procedimiento para lograr los objetivos, la metodología es el estudio analítico y crítico de los métodos de investigación, establece el enlace teórico entre el sujeto y el objeto de conocimiento. Sin metodología no tendríamos claro cuál es el camino a seguir, cómo seguir la huella para lograr producir un conocimiento fundamentado. Por su parte, el método tiene que ver con el procedimiento o conjunto de procedimientos, que sirven de instrumentos para lograr los objetivos de la investigación: inferir, deducir, compartir, analogar, describir, relacionar, analizar, etc. Mientras el método es la vía para llegar a la meta u*

---

<sup>61</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) “Cómo diseñar una investigación académica.” p. 101, párr. 3 – 4.

*objetivos de la investigación, la metodología se encarga de que esos métodos sean los más pertinentes y adecuados.”<sup>62</sup>*

Además, dicho autor afirma:

*“A la hora de buscar un método, es probable que tengamos a nuestro alcance diversas opciones que podamos mezclar con tal de obtener los procedimientos demandados por nuestro objeto de estudio. La validez que le podamos dar a un método entre todos los demás se derivará de los resultados obtenidos: en la medida en que dichos resultados serán cualitativamente mejores hablarán de la validez del método.”<sup>63</sup>*

Ahora bien, dentro de dicho marco metodológico es importante hacer referencia a las técnicas utilizadas, en este sentido nos señala nuevamente Jorge Ramírez Caro que:

#### *“6.2.1. Las técnicas:*

*Técnica viene del griego Τέχνη = téchne, que significa arte. Una técnica demanda destrezas tanto manuales como intelectuales. Como procedimiento tiene la finalidad de obtener un resultado específico en cualquier actividad y en cualquier ámbito del saber humano. Al ser un conjunto de saberes o de procedimientos prácticos sirven para satisfacer necesidades específicas en el proceso de la investigación académica. Dentro de este campo se han socializado, adaptado y mejorado una serie de técnicas cuyo fin último es ordenar la búsqueda, la apropiación y el manejo de los datos sobre el objeto de estudio.*

*Podemos destacar las siguientes características de las técnicas:*

---

<sup>62</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) *“Cómo diseñar una investigación académica.”* p. 109, párr. 3.

<sup>63</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) *“Cómo diseñar una investigación académica.”* p. 109, párr. 4.

- *Surge de la necesidad del investigador, quien tiene que idear el mejor instrumento que le ayude en su proceso investigativo.*
- *Una vez ideada la técnica pasa a la práctica por medio de ensayo – error.*
- *Se transmiten de investigador a investigador: quien la recibe agrega, le quita, con el fin de afinarla y adaptarla a su objeto de estudio y de imprimirle su sello personal...*

*Los objetivos que se pretenden alcanzar con las técnicas son:*

- *Ofrecer procedimientos ordenados para llevar a cabo la investigación.*
- *Aportar instrumentos para recoger y manejar la información.*
- *Llevar un control de los datos.*
- *Orientar la obtención de conocimientos.*

*Podemos decir que existen dos tipos de técnicas de investigación: los que sirven para procesar información documental (técnicas documentales) y los que sirven para recoger información de campo (técnicas de campo) ...”<sup>64</sup>*

En cuanto a la importancia del método y la técnica nos señala Jacobo Pérez Escobar:

*“3.- Conocimiento del método y la técnica correspondientes a la investigación. La investigación no se hace por azar o casualidad. Los hallazgos causales o que han parecido tales, no son en realidad sino un estado aparente en la búsqueda consiente. Toda investigación necesaria de un camino, que es el método y de unos procedimientos, que vienen a constituir la técnica. El investigador emplea siempre algún método, así sea elemental y hace uso de una técnica, aunque rudimentaria. Por*

---

<sup>64</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) “Cómo diseñar una investigación académica.” pp. 102 – 103.

*consiguiente, se hace indispensable tener conocimientos de metodología y técnica en toda investigación científica.”<sup>65</sup>*

En este sentido afirmar Jacobo Pérez Escobar con respecto a la investigación:

*“La investigación busca la adquisición de un conocimiento, y para que ella se pueda llevar a cabo con éxito, requiere la existencia previa de varias condiciones en los elementos constitutivos del conocimiento científico. Se ha definido el conocimiento como una relación que se establece entre dos elementos: el sujeto conocedor y el objeto conocido. Así pues, que tanto el sujeto cognoscente como la materia objeto del conocimiento deben estar en condiciones aptas para que se establezcan la relación entre ellos. Estas condiciones hacen relación al sujeto, al objeto y al tiempo, y son los presupuestos de toda investigación.”<sup>66</sup>*

Ahora bien, volviendo al tema de la metodología señala Jorge Ramírez Caro:

#### *“5.1.5.2. Metodología*

*La metodología es la reflexión que hacemos sobre las técnicas y los métodos que vamos a utilizar en la investigación. Conviene dejar claro por qué razón es oportuno recurrir a tales o cuales procedimientos para poner en marcha nuestro trabajo. Como la metodología comprende las técnicas y los métodos, son necesarias algunas aclaraciones sobre ambos aspectos para que no confundamos unos con otros.”<sup>67</sup>*

---

<sup>65</sup> Jacobo Pérez Escobar. (2010) *“Metodología y técnica de la investigación científica.”* p. 27, párr. 7.

<sup>66</sup> Jacobo Pérez Escobar. (2010) *“Metodología y técnica de la investigación científica”,* p. 26, párr. 1

<sup>67</sup> Jorge Ramírez Caro. (1964) *“Cómo diseñar una investigación académica.”* p. 85, párr. 2.



Planteada la anterior exposición del marco metodológico, es importante resaltar con respecto a nuestra investigación las técnicas<sup>68</sup> y los métodos<sup>69</sup> empleados, con el fin de delimitar nuestro objeto de trabajo, el cual corresponde principalmente a la consulta a los pueblos indígenas, partiendo de los derechos humanos de acceso al agua potable y al saneamiento. De ahí que, debemos señalar que se realizó un análisis del estado actual de dichos pueblos, tomando como referencia los trabajos denominados “Estado de la Región”; asimismo se utilizaron los trabajos “Estado de la Nación” para determinar la situación de los pueblos y las personas indígenas costarricenses, con respecto a dichos derechos.

Además, se realizó un análisis comparado de la normativa interna e internacional de países miembros del sistema interamericano de derechos humanos, y países del Continente Europeo y Africano, lográndose plasmar en el protocolo de consulta aquellas normas que otorgaban una mayor protección de los derechos humanos de acceso al agua potable y saneamiento, pero principalmente, logrando desarrollar a lo largo del trabajo, instrumentos actuales de participación ciudadana, como son las listas y publicaciones de organismos,

---

<sup>68</sup> Jorge Ramírez Caro, (1964) “*Cómo diseñar una investigación académica*”, con respecto a las técnicas señala: “*Las técnicas son instrumentos con que vamos a recoger información de campo y procesar la información bibliográfica o documental. Sirve para recoger la información de campo, el censo, la encuesta, el sondeo, la entrevista, la fotografía, la grabación, la transcripción, la filmación, la historia de vida, el grupo de discusión, el cuestionario estructurado y semiestructurado, la teorización anclada, la codificación, la semántica cualitativa y la semántica cuantitativa son técnicas para recoger información. Lo recopilado por estas técnicas se convierte en DATO que requerirá después de un método para su análisis e interpretación.*” (pp. 85 – 86)

<sup>69</sup> Jorge Ramírez Caro, (1964) “*Cómo diseñar una investigación académica*”, con respecto a los métodos señala: “*Los métodos tienen que ver con la manera como realiza algo, el conjunto de procedimientos o pasos que se utilizarán en el análisis e interpretación del objeto de estudio o de los datos arrojados por las técnicas de recolección de información. Dichos procedimientos deben explicarle al lector cómo hacer para analizar tal o cual fenómeno, cuáles son los pasos a seguir para ejecutar el análisis del objeto de estudio: qué se hace primero y cómo, qué se hace después y cómo, y para qué se ejecutan esos pasos, qué se pretende encontrar en cada movida que hagamos. Es como un juego de ajedrez: no se mueve una pieza sin saber cuál será el resultado o la consecuencia de dicha movida.*”

instituciones o Estados que no cumplen con parámetros mínimos de protección, los cuales en futuros trabajos de investigación podrían culminar con propuestas para generar instrumentos y recursos económicos que permitan a los pueblos un desarrollo sostenible más igualitario que el resto de la población costarricense no indígena.

Con respecto a la situación particular de los territorios indígenas costarricenses, y su realidad en el acceso al agua potable y al saneamiento, el trabajo se basó fundamentalmente en las experiencias adquiridas a lo largo de la participación en procesos de consultas, actividades, obras, proyectos y reuniones, como funcionario del AyA y como estudiante de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, que han permitido tener relación directa con los pueblos y las personas indígenas, así como expertos y apasionados del tema, ampliando el conocimiento en cuanto a la gama de concepciones de la consulta a los pueblos, como derecho humano, fundamental y transversal de las personas indígenas. También fueron de relevancia las participaciones como miembro de la Comisión de Asuntos Indígenas del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, la Comisión de Asuntos Indígenas del AyA, y otros foros a los que se asistió en calidad de oyente o participante como expositor, como lo fue el Congreso Agrario de abril del 2015, realizado por la Comisión de Derecho Agrario del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, y de la cual también tuve el honor de ser miembro.

Debemos indicar que el protocolo desarrolla los parámetros básicos – *fundamentales* – de consulta, por lo que deben constituirse en obligatorias para el AyA, aplicable a todos los procesos de consultas de sus actividades, obras o proyectos dentro de los territorios indígenas. Dichos elementos se han obtenido ajustados al marco conceptual establecido, tanto a nivel internacional y nacional, partiendo del estudio y de múltiples instrumentos originados en procesos de consultas realizados por la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Instituto Costarricense de Electricidad, Ministerio de Educación, el Poder Ejecutivo y

especial algunos procesos realizados por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. También se toman en cuenta la jurisprudencia de tribunales nacionales, regionales e internacionales, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos y los Tribunales Constitucionales, dando énfasis a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y al Tribunal Superior Agrario de Costa Rica, quienes han permeado el derecho de consulta a través de sus resoluciones, en todos los procesos de consulta o litigios que han tenido oportunidad de intervenir.

Por otra parte, se realizó un estudio comparado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, en el tema de protección de los derechos de los pueblos indígenas (PPII), con respecto a la jurisprudencia de tribunales constitucionales del Continente Americano como son el Tribunal Constitucional Peruano, Corte Constitucional de Colombia; igual trabajo de comparación se realizó con la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica con respecto a los tribunales jurisdiccionales y organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, entre otros, lográndose un análisis cronológico de la evolución en torno a la protección de dichos pueblos por parte de éstos sistemas y jurisdicciones.

Uno de los instrumentos que se utilizaron en el trabajo y que tuvo un gran valor para la investigación, fue la reunión sostenida con representantes de Organismos No Gubernamentales como la Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas del Paraguay (FAPI), y organismos nacionales como el Instituto de Derechos Indígenas de Paraguay (INDI) durante una visita realizada a dicho país.

En este sentido debemos afirmar que nuestra investigación se enmarca dentro de las denominadas investigaciones científicas, con enfoque cualitativo, y en la cual se utilizaron métodos comparativos, análisis de normativa y jurisprudencia nacionales, internacionales y regionales, con enfoques históricos,

además, de las experiencias personales e institucionales que permitieron valorar y determinar el estado actual de las poblaciones indígenas, con respecto al proceso de consulta, en especial el mecanismo implementado por el Estado costarricense.

Por último, es importante señalar que, dentro de los problemas surgidos a lo largo de la investigación, la promulgación de distintos instrumentos nacionales e internacionales, resoluciones y jurisprudencia relevante que surgió en el tema, ocasionó tener que ir ajustando la investigación a esos nuevos elementos, e ir incluyendo nuevos principios y normas que amplían la protección de los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas, en especial con respecto a la consulta.

## E. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Analizaremos el caso de la situación de los pueblos indígenas costarricenses, así como el acceso a los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario.

### a) **GESTIÓN INTEGRADA DEL RECURSO HÍDRICO**

Otro pilar fundamental de nuestra investigación es la prestación de los servicios públicos, así como la distribución justa y equitativa de los beneficios generados por el uso sostenido de los recursos naturales<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> En este sentido la Ley de Biodiversidad costarricense, Ley No. 7788, establece: “**Art. 1.- Objeto.** El objeto de la presente ley es conservar la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, así como distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados. **Art. 2.- Soberanía.** El Estado ejercerá la soberanía completa y exclusiva sobre los elementos de la biodiversidad. **Art. 3.- Ambito de aplicación.** Esta ley se aplicará sobre los elementos de la biodiversidad que se encuentran bajo la soberanía del Estado, así como sobre los procesos y las actividades realizados bajo su jurisdicción o control, con independencia de aquellas cuyos efectos se manifiestan dentro o fuera de las zonas sujetas a jurisdicción nacional. Esta ley regulará específicamente el uso, el manejo, el conocimiento asociado y la distribución justa de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad.”

A nivel regional la Estrategia Centroamericana de Gestión Integrada del Recurso Hídrico, emitida por el Grupo Interagencial del Agua (SICA)<sup>71</sup>, en su documento de junio 2009 señaló:

*“La ECAGIRH es el resultado de un amplio y extenso proceso de consulta entre actores clave centroamericanos, tanto gubernamentales como no gubernamentales, involucrados o con incidencia en la gestión de los recursos hídricos regionales. **Esta Estrategia considera al agua como un recurso finito y vulnerable, y no como servicio, por eso el alcance, los lineamientos, acciones y resultados no responden a un sector específico.**” (p. 2, párr. 2)*

Como vemos es un cambio enorme del paradigma que consideraba al agua como un recurso infinito e inagotable. Hay que recordar que el agua y principalmente aquella que se utiliza para abastecimiento poblacional son escasa, finita, agotable, sensible, por tal razón es sumamente relevante para las políticas públicas relacionadas con dicho recurso.

También se ha considerado que existen lugares donde su acceso es dificultoso, y realizar obras de infraestructura para su obtención y distribución es sumamente costoso, por lo que, si partimos del hecho que el agua para consumo humano, es considerado un bien negociable desde el punto de vista de la globalización, difícilmente podrán satisfacerse las necesidades de las generaciones presentes ni mucho menos las futuras que no cuenten con los recursos económicos suficientes para acceder a las mismas.

---

<sup>71</sup> Grupo Interagencial del Agua (SICA) conformado por La Secretaría General del SICA, las Secretarías Ejecutivas del Comité Regional de Recursos Hidráulicos (CRRH), de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), del Centro de Coordinación para la Prevención de Desastres Naturales en América Central (CEPREDENAC), del Consejo Agropecuario Centroamericano (CAC), del Foro Centroamericano y de República Dominicana de Agua Potable y Saneamiento (FOCARD) y la Secretaría Técnica del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica (COMISCA).

Es también esa visión que ha considerado al servicio de acueducto, como menos complejo que los sistemas de tratamiento de aguas residuales, siendo que es más fácil la transportación y tratamiento del agua para consumo humano, que el manejo de los desechos sólidos y las aguas residuales. Como ya se indicó antes existe una enorme diferencia entre el tratamiento de un derecho frente al otro. Porque ambos sistemas se deben de ver como derechos humanos vitales y no como derechos programáticos, con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas.

Enorme dificultad conlleva (*más el segundo que el primero*), la ejecución de ambos derechos en los territorios de comunidades marginales o minoritarias, así por ejemplo las islas, zonas agrícolas, campos destinados a la ganadería, y con mucha más razón las comunidades indígenas, dado que algunos de estos territorios se ubican en zonas sumamente alejadas y de difícil acceso.

El conflicto por el acceso al agua, su protección, uso y distribución, ha conllevado a conflictos nacionales e internacionales entre comunidades y países, e incluso dio lugar a lo que se denominó la “*Guerra del Agua*”<sup>72</sup>.

Por otra parte, consideramos que el Plan Nacional de Desarrollo 2015 – 2018 “*Alberto Cañas Escalante*”<sup>73</sup>, es una oportunidad más que se desaprovechó para ampliar en el tema del diálogo intercultural, dado que el mismo en su Capítulo 4 denominado *Elementos de Generación de Sinergia en el PND 2015-2018*, principalmente en su punto 4.2 *Mesas de Diálogo Nacional*<sup>74</sup>, en cuanto a los diálogos temáticos establecía:

<sup>72</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Guerra\\_del\\_agua\\_\(Bolivia\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_del_agua_(Bolivia)) (última visita 09/07/2019)

<sup>73</sup> <http://presidencia.go.cr/blog-presidencia/2014/11/125-plan-nacional-de-desarrollo-2015-2018/> (última visita 09/07/2019)

<sup>74</sup> **4.2 MESAS DE DIÁLOGO NACIONAL.** El Gobierno de la República implementa y, continuará impulsando, los diálogos con actores sociales, productivos y políticos diversos. Estos diálogos se conciben como un mecanismo sistemático para la elaboración de políticas públicas y acciones de gobierno (Ejecutivo y Legislativo) a lo largo de la Administración Solís Rivera, 2014-2018, con el fin de contribuir al bien común y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes del país, intercambiando iniciativas, concertando agendas y propiciando acuerdos. En consecuencia, los diálogos promueven el abordaje de temas asociados al crecimiento

*“Además de estos diálogos que se plantean con un alcance general, como parte del Diálogo Nacional también existen diálogos territoriales, temáticos y sectoriales para abordar problemáticas más específicas. Cada uno de estos diálogos tendrá un alcance más particular, aunque mantienen el mismo objetivo de procurar acuerdos concertados y recomendar propuestas a diferentes instituciones. **Así, el diálogo territorial se dedicará a problemáticas comunes de regiones que así lo demanden, por ejemplo, Guanacaste, la Zona Sur, el Caribe, etc.** El diálogo temático, por ejemplo, en matriz energética y el diálogo sectorial es más abierto en temas, pero viene definido por los actores que participan de él: sindicatos, empresas, etc. La metodología de estos diálogos reproduce en lo fundamental la descrita anteriormente, aunque el tipo del trabajo y las consultas con los actores respectivos puede variar.” (p. 81)*

No se vislumbra por ninguna parte dentro de dichos diálogos, el conflicto de recuperación de tierras, desocupación de dichos territorios por parte de las personas no indígenas, acceso a los recursos naturales en los TTII, entre otros, sino que, por el contrario, dichos problemas son tomados como variables dentro de un **marco general**, lo que difícilmente pueda permitir solucionar los conflictos actuales en dichas zonas.

---

económico y la generación de más y mejores empleos; la reducción de la desigualdad y la pobreza extrema; la lucha contra la corrupción y por el fortalecimiento de un Estado transparente y eficiente. Como objetivo general los diálogos se proponen generar un espacio de reflexión y análisis permanente, que le permita a los sectores político, social y productivo, llegar a acuerdos concertados, compromisos y agendas que hagan posible una Costa Rica más competitiva, equitativa, inclusiva y sostenible, todo ello con el propósito de fortalecimiento de la gobernanza. El Diálogo Nacional se instaurará en tres espacios: espacio de diálogo político, espacio de diálogo productivo y espacio de diálogo social. Se establece un Comité de Coordinación para los tres espacios que orienta el proceso, define prioridades de nivel general, conduce la deliberación, retroalimenta y coordina conclusiones de cada uno de ellos. [...] En consecuencia, cada diálogo se concibe como una serie de ciclos. Se trabajan diferentes temas de relevancia nacional durante varias sesiones semanales en cada ciclo. Se cierra el ciclo cuando se agota el tema y se cosechan los acuerdos y resultados. La Presidencia traslada dichos acuerdos hacia las instituciones respectivas para su ejecución y valoración. Posteriormente, el diálogo continúa con otros temas en un ciclo nuevo y así sucesivamente hasta que se considere necesario.

## **b) SITUACIÓN INDÍGENA EN COSTA RICA**

Para el Estado del Arte o Estado de la Cuestión, consideramos importante hacer referencia a lo señalado por Bello en cuanto a etnicidad y ciudadanía, señala Romero Meneses que dicho autor afirma:

*“En este sentido, se inicia con Bello (2004), en Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas, quien explica como **el indigenismo, con su idea paternalista, fue la ideología oficial del Estado**, además de todo un movimiento de carácter político y social, entre otros, el cual influyó en las políticas de Estado y cuyo propósito era cambiar la situación del indígena por medio de prácticas y programas integracionistas en donde los elementos de su identidad, como su lengua y su cultura, eran vistos como obstáculos a superar.”<sup>75</sup>*

En cuanto al multiculturalismo Manuel de Jesús Salazar Tetzaüic señala:

*“Es la acción de reconocimiento pleno del carácter multilingüe, multiétnico y pluricultural de un país o nación. Esta acción da origen a políticas y programas educativos, de salud, de participación ciudadana, de asistencia jurídica, trabajo social y otras, con el fin de responder a las necesidades e intereses de las diversas comunidades culturales lingüísticas y étnicas que conforman la nación, en un marco de democracia multicultural.*

*El multiculturalismo se apoya en valores como la equidad y la justicia, la igualdad con derecho a la diferencia étnica y cultural, y se manifiesta a través del ejercicio de reconocimiento, respeto y promoción de la identidad y cultural y lingüística. Sus aportes positivos son: a) la promoción de un mayor respeto de las culturas y los pueblos; b) impulso a reformas del sistema educativo; c) lucha contra el racismo y la discriminación; d) regionalización cultural del currículum educacional, fortaleciendo a la vez*

---

<sup>75</sup> Betsy Pilar Romero Meneses. (2015, p. 11, párr. 5)



*un currículum básico nacional, de manera que propicie la unidad en la diversidad.*

*Un concepto opuesto al multiculturalismo es el de la homogeneidad, el cual persigue la mayoría de Estados-Nación modernos. Con la idea de una nación monoétnica, culturalmente homogénea, se busca sustentar la visión de “nacionalidad”, que con la puesta en vigencia el grupo étnico cultural dominante consigue imponer su visión del mundo, el modelo de sociedad, las reglas del juego en las relaciones sociales, políticas y culturales. Este conjunto de condiciones convierte a los otros pueblos y culturas existentes en el país en “minorías”, situación que crea tensiones y a veces conflictos sociales.”<sup>76</sup> (pp. 14 – 15)*

León Zamosc señala claramente con ejemplos las realidades de las cuestiones indígenas cuando afirma:

*“... tres casos que representan situaciones distintas: el de **Colombia**, donde han tenido lugar importantes definiciones favorables a los indígenas; el de **México**, donde el debate sobre el estatuto ciudadano de los nativos adquirió gran centralidad para después estancarse en medio de la incertidumbre; y el de **Chile**, donde las aspiraciones indígenas se están estrellando contra la realidad de un estado insensible y represivo.”<sup>77</sup>.*

Sin lugar a duda el Estado costarricense ha atravesado por las tres etapas, actualmente se debe ubicar dentro de un cuarto grupo de Estados, el de aquellos países que no están haciendo absolutamente nada para solucionar los conflictos indígenas, y que sus actuaciones son meras jerigonzas para desviar la atención de los organismos internacionales.

---

<sup>76</sup> Salazar Tetzagüic, Manuel de Jesús. (2009). *“Multiculturalidad e interculturalidad en el ámbito educativo: experiencia de países latinoamericanos, módulo 1, Enfoque teórico”*. [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1520/multiculturalidad\\_interculturalidad-2009.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1520/multiculturalidad_interculturalidad-2009.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>77</sup> ZAMOSC, León. (2008). página 6, párrafo 2.

En el otro extremo del reconocimiento de los pueblos indígenas, en cuanto a las orientaciones que asumen las demandas de las personas indígenas, en países que tienen un gran peso demográfico, el autor Zamosc señala:

*“Con esta distinción en mente, examinaré las orientaciones que están asumiendo las demandas de los indígenas en los países en los que tienen un gran peso demográfico. Nuevamente tomaré tres ejemplos: el de **Bolivia**, donde hemos asistido al posicionamiento del primer presidente indígena latinoamericano; el de **Ecuador**, cuyo movimiento indígena es visto por muchos como el más organizado y poderoso de la región; y el de **Guatemala**, marcado por la paradoja de una profunda revitalización cultural de los mayas que aún no logra cuajar en una expresión política clara.”<sup>78</sup>*

Dicho autor señala principalmente que en el caso boliviano la población indígena representa entre el 50% y el 60% de la población bolivariana, lo que permitió que las comunidades indígenas se concentraran en sindicatos campesinos y formaran una sólida estructura organizativa clasista, logrando grandes avances en el tema indígena, entre ellos se nombró al primer presidente indígena en Latinoamérica. Por su parte en el Ecuador se afirma que los indígenas son una minoría relativamente grande, con una población que representa entre el 15% y el 20% del total, cuenta con una Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador (CONAIE), la cual ha demostrado que es la única con capacidad de coordinar grandes acciones de respuesta a nivel nacional<sup>79</sup>.

Señala Zamosc:

*“Muchas de las disposiciones requieren legislación adicional para hacerse efectivas, pero en lugar de presionar por el cumplimiento de objetivos como la creación de territorios autónomos, el movimiento indígena dedicó casi*

---

<sup>78</sup> ZAMOSC, León. (2008). Página 10, párrafo 2.

<sup>79</sup> ZAMOSC, León. (2008). Páginas 10 – 14.

*todos sus esfuerzos a batallar contra el neoliberalismo y consolidar su protagonismo en la vida política del país.”<sup>80</sup>*

En el caso guatemalteco Zamosc<sup>81</sup> parafraseando a Layton y Patrinos, indica que, la población asciende a un aproximado del 55% de mestizos o ladinos y un 43% de indígenas, por lo que dicha conformación para el autor, ha permitido que el movimiento indígena haya tenido enorme participación en la elaboración del Acuerdo de Paz, que puso fin a la guerra interna que se ocurrió entre los años setentas a los noventas, y que dio como resultado que la dirigente maya del Comité de Unidad Campesina, Rigoberta Menchú, lograra obtener el premio Nobel de la Paz, en reconocimiento de sus esfuerzos para llamar la atención internacional sobre la tragedia de los derechos humanos de los indígenas, ha sido poco lo que dicho movimiento ha logrado en el avance del marco regulatorio y el reconocimiento de sus derechos.

---

<sup>80</sup> ZAMOSC, León. (2008). Página 13, párrafo 2.

<sup>81</sup> ZAMOSC, León. (2008). Página 14, párrafo 2.

## CAPÍTULO I

*"Por todo el este de África – en realidad por toda África – es normal que la gente tenga que andar un kilómetro, o dos, o seis, a por agua. En las zonas más áridas se caminan distancias mayores todavía, y a veces lo único que encuentran al final es una balsa encenegada que se ha aprovechado demasiado."*

**Marq de Villiers**

### **GESTIÓN INTEGRADA DEL RECURSO HÍDRICO EN TERRITORIOS INDÍGENAS COSTARRICENSES**

La Gestión Integrada del Recurso Hídrico (GIRH) como modelo de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, en los territorios indígenas tiene la particularidad de que los mismos, deben ajustarse a sus costumbres y tradiciones, con el fin de no afectar su cosmovisión y buen vivir. De ahí que se requiere en el presente capítulo, realizar un análisis de la GIRH desde el enfoque consuetudinario de los pueblos.

Pero primero se realizará un análisis de la legislación interna de algunos países, con el fin de compararla con la normativa del Estado costarricense, y establecer sinergias entre los mismos, así como la jurisprudencia de tribunales constitucionales, organismos regionales e internacionales.

#### **A. LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Analizaremos a continuación los principales instrumentos (*a nuestro criterio*) internacionales, relacionados con los derechos humanos de acceso al agua

potable y al saneamiento, pero previamente debemos hacer un breve análisis de lo que se denominan Derechos Humanos (DDHH) en general.

## 1. DERECHOS HUMANOS

El catedrático Mario Peña Chacón hace un desarrollo de los derechos humanos en su obra *Tesis de Derecho Ambiental*, en la cual señala principalmente que dichos derechos se pueden clasificar en tres, los cuales son:

*“La primera generación de Derechos es positivizada por el Bill of Rights norteamericano de 1776 y por la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano suscrita en Francia en el año 1789. Se trata de los denominados derechos civiles y políticos, dirigidos a proteger la libertad, seguridad, la integridad física y moral de los individuos. Se caracterizan por ser derechos exclusivos del individuo, sin atención a la sociedad, ni a ningún otro interés, porque deben responder a los derechos individuales, civiles o clásicos de libertad”.* (Peña Chacón, 2008, p. 19)

En cuanto a los Derechos de Segunda Generación continúa afirmando dicho autor:

*“... incorpora los derechos económicos, sociales y culturales, estos hacen referencia a la necesidad que tiene el hombre de desarrollarse como ser social en igualdad de condiciones. Nacen a raíz del capitalismo salvaje y de lo que se ha conocido como ‘la explotación del hombre por el hombre’. Su primera incorporación la encontramos en la Constitución Mexicana de Querétaro suscrita en el año 1917, siendo desarrollada también tanto por la Constitución de las Repúblicas Socialistas Federativas de Rusia del año 1918 y por la Constitución de la República de Weimar de 1919”.* (Peña Chacón, 2008, pp. 19 y 20)

Peña Chacón afirma que en dicha categoría se incorporan los derechos a: la educación, la salud, al trabajo, seguridad social, asociación, huelga y derecho a la familia. Además, hace referencia a que un sector de la doctrina los denomina como “*derechos de crédito*”, mismos que dependen de la disposición del Estado.

Por último, en cuanto a los denominados Derechos de tercera generación, Peña Chacón afirma:

***“Se trata de derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no sólo al individuo particular. La doctrina les ha llamado derechos de solidaridad por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos en colectivo. Otros han preferido llamarles ‘derechos de la humanidad’ por tener por objeto bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal, entendiendo por ésta, no sólo a las generaciones presentes, sino que también a las generaciones futuras”.*** (Peña Chacón, 2008, p. 22)

Sobre este particular Jorge Cabrera Medaglia afirma:

*“El Derecho Ambiental constituye un Derecho Humano garantizado en los Derechos de la Tercera Generación, en lo que se consagra el derecho a un ambiente sano.*

*Se considera que el Derecho Ambiental viene a tutelar derechos fundamentales: el bien jurídico AMBIENTE y el bien jurídico VIDA. Ambos bienes jurídicos son tutelados por esta rama buscando un equilibrio entre la protección efectiva de estos dos bienes jurídicos y otros derechos fundamentales. La especificidad del mismo se deriva de su objeto, de manera que normas legales determinadas puedan no haberse concebido como ambientales, pero igualmente integran esta disciplina jurídica, en el tanto persigan el equilibrio ecológico y la salud.”* (Cabrera, 2006, p. 13.)

Dentro de los DDHH de tercera generación debemos incluir la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*<sup>82</sup>, aprobada en la sesión plenaria No. 61, del 13 de septiembre de 2007, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución No. 61/295, de la cual consideramos necesario transcribir algunos artículos que son base de nuestra investigación. En este sentido la Declaración de los pueblos indígenas señala principalmente:

*“Artículo 1.- Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.*

*Artículo 2.- Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígena.*

*Artículo 3.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. **En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.***

*Artículo 4.- Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.*

...

*Artículo 11.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares*

---

<sup>82</sup> [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf) (última visita 11/07/2019)

**arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. 2.** Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

...

**Artículo 13.- 1.** Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos. **2.** Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

...

**Artículo 18.-** Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

**Artículo 19.-** Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

...



**Artículo 23.-** *Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.*

...

**Artículo 33.- 1.** *Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.*

...

**Artículo 36.- 1.** *Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho.”*

Sobre este particular Mario Peña Chacón afirma:

*“... el Estado no solo debe asegurar un mínimo adecuado de protección de los derechos fundamentales, sino que, además, tratándose de derechos ambientales, está obligado a **salvaguardar un mínimo existencial socio-ambiental**, el cual actúa como una especie de **garantía***

***del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.***

*En virtud de lo anterior, el Estado socio-ambiental de derecho está obligado a cumplir una serie de obligaciones procedimentales y sustantivas inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.”<sup>83</sup>*

Realizado a grandes rasgos el señalamiento de conceptos de las actuales generaciones reconocidas de los DDHH, procederemos a continuación a desarrollar el Derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento (DHAAS) y la consulta a los pueblos indígenas.

## **2. GENERALIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO**

Se hace necesario hacer una breve referencia a las teorías que se refieren al derecho internacional y al derecho interno, con el fin de establecer su relación en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas. Podemos afirmar entonces que, en el tema de los instrumentos internacionales de los DDHH, se admite como lo señala Ángel Latorre que “...*otras organizaciones puedan ser sujetos del Derecho internacional, e incluso apunte vacilante la idea de que en algunos casos pueda serlo el individuo*”<sup>84</sup>. Es decir, se busca la protección del hombre por el simple hecho de su condición de ser humano.

Por otra parte, se debe indicar que dichos derechos no son absolutos, dado que existen excepciones como el estado de necesidad, guerra, conmoción o cuando se encuentre en peligro la paz interna de los Estados, en la que los

---

<sup>83</sup> <http://www.crhoy.com/archivo/opinion-los-derechos-humanos-en-el-estado-socioambiental-de-derecho/> (última visita 08/07/2019)

<sup>84</sup> LATORRE, Ángel. (1994). “Introducción al derecho”. p 159.

mismos pueden ser limitados, disminuidos e incluso suspendidos, mientras no se vean afectados en su **núcleo duro**<sup>85</sup>.

En cuanto a ese contenido esencial de los derechos humanos, el Dr. Manrique Jiménez Meza señala que:

*“Cuando una ley de forma expresa prohíbe la aplicación del silencio positivo, debe estarse a lo dispuesto en ella, a lo que se suma el criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional **para rechazarlo en materia ambiental**. ... De esta forma podríamos asumir una interpretación armónica entre la necesaria supletoriedad de la LGAP, en caso de omisión legal para la defensa efectiva de los derechos subjetivos preconstituidos, y la seguridad jurídica para la defensa efectiva de los derechos ambientales. Para ello se impone el bien jurídico protegido, el cual sin duda es colectivo y difuso (COLECTIVIDAD DE COLECTIVIDADES DE ESENCIA UNIVERSAL), siendo que, para cualquier actividad que pueda dislocar o desequilibrar el medio ambiente, relacionado con el derecho a la vida y su entorno, **como bienes primigenios y axiomáticos**, se impone la expresa habilitación de la Administración competente. **No sería válido asumir un derecho subjetivo en perjuicio potencial de los derechos subjetivos públicos basados en la salud, en la vida o el ambiente**. Los intereses públicos en esta oportunidad se superponen a cualquier pretensión individual o privada, la cual en modo alguno encontraría eco coincidente y mayoritario frente a la Administración para conformar un hipotético interés público. En esta*

<sup>85</sup> Sala Constitucional. Resolución número 9685-00, señaló que: “(...) estima la Sala que tanto la prevención como la represión de tales delitos [ genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, entre muchos otros ], ha sido y es un deber nacional respecto de la cual ha existido conciencia plena aún desde antes de la suscripción del Estatuto consultado, como también desde tiempos históricos se tomó conciencia en nuestro país de la obligación de sancionar todo tipo de prácticas que sean contrarias a la dignidad humana; obligación que, sin duda alguna, ha sido asumida por el Estado costarricense no solo a nivel interno, sino también frente a la comunidad internacional (...)” [ lo que se encuentra entre paréntesis ni el subrayado corresponden al original ].

*línea de pensamiento, los bienes supremos de la persona, como núcleo esencial de la organización y actividad del Estado y de los valores y fines constitucionales, imponen el máximo celo de protección y control permanente, sin que el silencio pueda transformarse en un instrumento de afectación a tales bienes*<sup>86</sup>.

Por otra parte, en cuanto al concepto de dureza en materia ambiental, Mario Peña Chacón hace un desarrollo más claro del mismo, y señala que se debe ser célere en la tramitación de los procedimientos que involucren la afectación al ambiente, de ahí que el NÚCLEO DURO de dichos derechos es mucho más amplio. En este sentido Peña Chacón afirma:

*“El derecho ambiental y sus principios rectores de prevención, precaución, contaminador pagador y restauración integral necesitan verse reforzados por procedimientos y normas que permitan su correcta y efectiva aplicación en los procesos donde se discuten controversias jurídico-ambientales.*

*Es claro que la prevención es el principio fundamental y a la vez, la regla de oro tanto para el derecho de daños como en el derecho ambiental. **Frente al daño nace la obligación de reparar, frente al riesgo nace la de prevenir. La experiencia indica que siempre será menos costoso prevenir que recomponer el daño al ambiente, esto por las singulares particularidades de este tipo especial de daño.** Se debe prevenir aún el daño que es científicamente incierto, recayendo el deber de reparación en aquel o aquellos sujetos que por acción u omisión hayan participado en su consecución, siendo el deber de la Administración Pública y los particulares en general de prevenir el daño al ambiente y perseguir,*

---

<sup>86</sup> IIDH. (2003). *“Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante”*. Manrique Jiménez Meza: *“El silencio positivo y el Derecho de la Constitución para la protección efectiva de los derechos subjetivos ciudadanos”*. Tomo II Página 947 –948.

*por todos los medios posibles, a los sujetos culpables de su detrimento, así como buscar su reparación integral, debiendo además abstenerse de realizar por sí misma acciones y omisiones en su funcionamiento que lleguen a afectarlo, pues de ser así, sería responsable de costear integralmente la reparación ambiental y de indemnizar los derechos subjetivos vulnerados a sus administrados. Para poder darle cumplimiento a lo anterior, los procesos donde se ventilen controversias de carácter ambiental deben ser céleres, expeditos, de trámite preferente y tutela expedita e informal, donde los principios de la oralidad, tales como la contradicción, inmediatez, concentración de la prueba y verdad real, y los de gratuidad, impulso procesal e itinerancia del juzgador, adquieren especial relevancia, teniendo siempre como norte el respeto a las reglas del debido proceso.”<sup>87</sup>*

Señalaban Rodolfo Piza E. y Gerardo Trejos:

*“De acuerdo con lo anterior, para lo que nos interesa, si existen distintas normas de Derecho Internacional y de derecho interno aplicables a un caso concreto de protección de los derechos humanos **no debe aplicarse, necesariamente, la norma de mayor jerarquía, de acuerdo con los principios generales del derecho, sino la norma más favorable al ser humano.** Si la ley interna de un Estado ofrece mayores garantías y derechos al ser humano que las que ofrece una convención o tratado internacional, debe aplicarse, respecto del Estado Parte, la ley del orden jurídico interno por encima del tratado o el convenio internacional, aunque en general, el tratado internacional tenga una vigencia y una autoridad*

---

<sup>87</sup> Mario Peña Chacón. “El derecho procesal ambiental en la jurisprudencia costarricense. Ya es hora de cuestionarse la creación de una jurisdicción ambiental especializada”. Obtenido de: <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=19&idediccion=400> (última visita 08/07/2019)

*superior a las leyes. Esto porque de acuerdo con el DIDH (los artículos del PIDCP y de la CADH y la jurisprudencia citados), las normas internacionales que reconocen derechos al ser humano no son limitadas por sí mismas, sino que deben permitir nuevos y más amplios derechos y desarrollos. De aquí que a la luz del DIDH, una norma de derecho interno deba aplicarse antes y por encima que una norma de Derecho Internacional relativa a ese Estado, cuando otorgue mayores o más amplios derechos y garantías al ser humano.”<sup>88</sup>*

Actualmente tanto la posición monista<sup>89</sup> como la dualista<sup>90</sup> se encuentran claramente superadas por una tercera posición denominada posición universal, el Dr. Rodolfo Piza Escalante, en su trabajo *“El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derecho humanos en el derecho y la justicia internos el ejemplo de Costa Rica”*, afirmaba que:

*“31. En efecto, puedo decir, de la mano de varios precedentes de nuestro Tribunal Constitucional, suficientes como para marcar una dirección jurisprudencial irreversible, que en Costa Rica se ha logrado vencer, en la materia específica del Derecho de los Derechos Humanos, tanto la disyuntiva bastante artificial entre ‘monismo’ y ‘dualismo’ que estancaba las posibilidades de una solución integral, como la discusión sobre el rango y valor que en el orden interno haya de darse a las normas y principios internacionales, discusión en la que nuestra Sala Constitucional ha*

---

<sup>88</sup> PIZA E. Rodolfo y TREJOS Gerardo. (1989). *“Derecho Internacional de los Derecho Humanos: La Corte Interamericana”*. pp. 112 – 113.

<sup>89</sup> LATORRE, Ángel. (1994). *“Introducción al derecho”*. Considera que se da un problema de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, e indica que: “[... La realidad] enseña que ambos son sistemas distintos. Algunos autores han sostenido y sostienen, por el contrario, una concepción monista del Derecho que habitualmente se traduce hoy en la opinión de que el Derecho internacional debe tener una total primacía”. p. 160.

<sup>90</sup> LATORRE, Ángel. (1994). *“Introducción al derecho”*. *“Ello supone para los tribunales la primacía de las leyes internas y para el Estado el deber de adecuar éstas a las exigencias del Derecho internacional, deber que, por supuesto, puede cumplir con más o menos entusiasmo”*. p 161.

*descubierto, en resumen, una tercera vía, profundamente anclada en la naturaleza misma de ese Derecho de los Derechos Humanos, ni interno ni internacional, sino auténticamente universal*<sup>91</sup>

Es decir, esta tercera teoría se basa fundamentalmente en el principio de supremacía de los DDHH, por lo que se le da ese carácter de derecho universal, no se hace necesaria la transformación del derecho interno, para la aplicación de normas internacionales que otorguen mayores beneficios y garantías de protección a los derechos fundamentales de las personas. En este sentido se debe recordar que de conformidad con *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*<sup>92</sup>, establece en su artículo 26 el principio supremo de “*Pacta sunt servanda*”, para el cual: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*” Siendo que en materia de defensa y derechos de las personas y pueblos indígenas, el Estado costarricense ha firmado y ratificado varios instrumentos internacionales, principalmente el Convenio 169-OIT<sup>93</sup>, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>94</sup>, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>95</sup>, entre muchos otros, los mismos se encuentran en un rango superior incluso a la propia Constitución Política<sup>96</sup>, de conformidad con el artículo 7 de dicho cuerpo normativo, por lo que no puede ser desconocido por la Administración Pública, ni mucho menos por el AyA.

<sup>91</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. (1998). “Liber Amicorum”. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, Volumen I. p. 87. ISBN 9977-36-052-9 <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (última visita 08/07/2019)

<sup>92</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n\\_de\\_Viena\\_sobre\\_el\\_Derecho\\_de\\_los\\_Tratados](https://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_de_Viena_sobre_el_Derecho_de_los_Tratados) (última visita 08/07/2019)

<sup>93</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf) (última visita 08/07/2019)

<sup>94</sup> [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf) (última visita 08/07/2019)

<sup>95</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2234\\_XXXVI-O-06\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2234_XXXVI-O-06_esp.pdf) (última visita 08/07/2019)

<sup>96</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27. “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*”

En este sentido, Eduardo Ferrer Mac – Gregor y Carlos María Pelayo Möller, citando a Humberto Nogueira Alcalá afirman:

*“Así, este dispositivo no constituye una “norma programática” como algunos consideran. La Convención Americana tiene aplicación directa en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o adherido. Como lo expresa Humberto Nogueira Alcalá, precisamente al analizar este precepto, las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen para todos los jueces nacionales ‘derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 36 y 31.1, por una parte y el 27 de la CVDT por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales’.”<sup>97</sup>*

Así que, como lo señalan dichos autores, y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), las normas de rango supraconstitucional (particularmente el Convenio y las Declaraciones sobre derechos indígenas citados) no son normas programáticas, por tal razón sus aplicaciones son inmediatas como parámetros de constitucionalidad y legalidad.

Pero sí consideramos necesaria la reforma y modificación de algunas de ellas, en particular de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, para brindar a los diferentes organismos y entes nacionales e internacionales, mayores

---

<sup>97</sup> Fundación Komrad Adenauer. (2014). *“Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”* Editores Christian Steiner & Patricia Uribe. Impreso en El Salvador por Talleres Gráficos. p. 46. ISBN: 978-99961-0-484-8.



facultades y poder de sanción, entre otras cosas. En este sentido Máximo Pacheco afirma que:

*“... el más grande problema jurídico que ha enfrentado la Declaración Universal [sobre los Derechos Humanos] es la falta de órganos jurisdiccionales con facultades suficientes para imponer el cumplimiento de los derechos humanos en los distintos países en que son violados...”<sup>98</sup>.*

Con lo anterior queremos indicar que los Estados se encuentran en la obligación de aplicar las normas nacionales o internacionales, que protejan en mayor medida los derechos humanos y fundamentales de las personas, sin que se puedan escurar en la no incorporación de estos en el derecho interno para su no aplicación. Aún y cuando somos conscientes de la dificultad que los Estados interioricen dichas normas internacionales, en el peor de los casos, que interiorizadas las mismas, no cumplan con los objetivos propuestos en ellas, debido a la falta de instrumentos que los hagan eficaces. Es por tal razón que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, jurisdiccionales, internos e internacionales, ejercen una enorme función en la aplicación y desarrollo de los principios del Derecho Internacional a casos concretos.

Esto debido por lo general a que los procedimientos ante organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, principalmente para las personas afectadas, son muy onerosos, aparte de que dichos procesos duran muchos años, y cuando se logra resolver el asunto, en caso de que sea una resolución favorable para las personas, la reparación se vuelve prácticamente moral, ya que el daño en algunas ocasiones es irreversible, ejemplo reciente es la resolución de la *fecundación in vitro*<sup>99</sup>, emitida por la Corte, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre

---

<sup>98</sup> IIDH. (1995). “Estudios Básicos de Derechos Humanos”. Máximo Pacheco G. “Los derechos fundamentales de las personas”. p. 89.

<sup>99</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) (última visita 08/07/2019)

del 2012, la cual a nuestro criterio, tiene un efecto moral de satisfacción pero difícilmente se logrará el objetivo propuesto al plantearse el proceso por parte de las personas afectadas.

Tener en cuenta este ejemplo de la fecundación in vitro es relevante, dado que en caso de que una comunidad indígena sea trasladada de su territorio sin cumplimiento del ordenamiento internacional, una resolución de la Corte IDH que ordene el restablecimiento a su territorio, podría ser más dañina para el pueblo que mantenerlo en el lugar de la reubicación. Por tal razón las políticas que les afecten directamente deben ser ajustadas a sus tradiciones, y necesariamente consensuadas con las comunidades, a través de un diálogo intercultural ajustado a su cosmovisión, mediante sus órganos de representación.

Volviendo al tema del DHAA, podemos indicar que para algunos tratadistas como el M. Sc. Mario Peña Chacón<sup>100</sup>, dentro de la clasificación histórica de los DDHH:

*“... EL DERECHO AL ACCESO AL AGUA formaría parte de los Derechos Humanos de **primera generación** por ser anterior a la formación del mismo Estado, y por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo. Por su parte, el derecho a la acción pública en protección del agua es posterior al establecimiento del Estado, y por tanto se ejerce frente a éste, por lo que necesita de su plena intervención para su debida implementación y protección, visto de esta perspectiva compartiría características con los **derechos económicos, sociales y culturales**, y con los **derechos de la solidaridad**”.*

---

<sup>100</sup> PEÑA CHACÓN, Mario. (2008). “Gestión Integrada del Recurso Hídrico en la Legislación Costarricense”. pp. 29-30.

Es decir, podemos ubicar al DHAA dentro de las tres generaciones reconocidas, como parte fundamental del Derecho Ambiental, mismo que es denominado derecho transversal. En este sentido Mario Peña Chacón señala:

*“El carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, obligan un nuevo enfoque interpretativo de muchos de los institutos clásicos del derecho, entre ellos el del interés público.*

*El criterio clásico del interés público contenido en la Ley General de Administración Pública, considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser interpretado a la luz del nuevo orden público ambiental, especialmente tomando en consideración el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado contenido en el artículo 50 constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental y la normativa ambiental de rango inferior.”<sup>101</sup>*

Dentro de las categorías previamente señaladas, podemos afirmar que el derecho humano de acceso al agua potable y el derecho humano de acceso al saneamiento son derechos transversales y por su enfoque clásico de interés público, señala Mario Peña Chacón<sup>102</sup>, abarcan las tres generaciones, por lo que

---

<sup>101</sup> <http://www.crhoy.com/archivo/opinion-interes-publico-ambiental/> (última visita 08/07/2019)

<sup>102</sup> Mario Peña Chacón señala que: *“En relación a las obligaciones sustantivas, los Estados deben aprobar marcos jurídicos e institucionales que protejan contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos, incluidos los daños ocasionados por actores privados. Existen además obligaciones especiales relacionadas con la protección de los miembros de grupos en situaciones vulnerables, como las mujeres, los niños y los pueblos indígenas.”* <http://www.crhoy.com/archivo/opinion-los-derechos-humanos-en-el-estado-socioambiental-de-derecho/> (última visita 08/07/2019)

el Estado no puede desconocer tal situación, en perjuicio de las personas, y por el contrario debe buscar la manera de lograr que las poblaciones tengan acceso al vital líquido y al saneamiento, siendo que dichos derechos humanos son de carácter universal, indivisibles e interdependientes como ya lo señalaba el M. Sc. Mario Peña Chacón en su obra *Tesis de Derecho Ambiental*, debemos afirmar que, con respecto a las poblaciones indígenas, esa universalidad, indivisibilidad e interdependencia, cobra mayor fuerza y requiere la máxima protección estatal, dado que las mismas históricamente se han encontrado en desigualdad de acceso con respecto al resto de la población.

De ahí que actualmente al recurso hídrico se le otorgue un espacio muy relevante a nivel nacional e internacional, con el fin de determinar las acciones necesarias para evitar que el mismo se vea afectado de forma irreversible. Uno de esos espacios es el llamado FORO MUNDIAL DEL AGUA, que se organiza en forma trianual, por iniciativa del Consejo Mundial del Agua (*WWC por sus siglas en inglés*), el cual analizaremos más adelante.

### 3. RESOLUCIÓN No. A/64/L.63/Rev.1 DE LA ONU SOBRE DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante resolución A/64/L.63/Rev.1<sup>103</sup>, señala la existencia de un DHAAS del cual se desprenden principalmente los siguientes aspectos:

---

<sup>103</sup> ***“El derecho humano al agua y el saneamiento. La Asamblea General: [...] Profundamente preocupada porque aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso al saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento. [...] 1. Declara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. 2. Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento. 3. Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de Derechos Humanos de pedir a la Experta Independiente Sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos Relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento que***

**“1.- Declara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.**

2.- Exhortar a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros, y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, **a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.**

3.- **Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de Derechos Humanos de pedir a la Experta Independiente Sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos Relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento**, que presente un informe anual a la Asamblea General, y alienta a la experta independiente a que siga trabajando en todos los aspectos de su mandato y, en consulta con todos los organismos, fondos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, incluya en el informe que presente a la Asamblea en su sexagésimo sexto período de sesiones **las principales dificultades relacionadas con la realización del derecho humano al agua salubre y potable y el saneamiento.**”

El derecho humano de acceso al saneamiento es el derecho con mayor rezago, en relación con otros derechos, pero tal vez el de mayor importancia, siendo que de él depende la calidad de vida de las personas y el resto del

---

*presente un informe anual a la Asamblea General (17), y alienta a la experta independiente a que siga trabajando en todos los aspectos de su mandato y, en consulta con todos los organismos, fondos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, incluya en el informe que presente a la Asamblea en su sexagésimo sexto período de sesiones las principales dificultades relacionadas con la realización del derecho humano al agua salubre y potable y el saneamiento, y el efecto de estas en la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio”.*

ecosistema. La contaminación ambiental que genera el no tratamiento de las aguas residuales es quizás más peligrosa que no tener acceso fácil al agua para consumo humano. Por lo que si bien se pretenden tratar por separados ambos derechos (DHAA y DHAS), debemos indicar que esto no beneficiaría en nada el acceso al saneamiento, dado que aún nos encontramos lejos de contar con un acceso eficiente y eficaz al mismo, principalmente en territorios indígenas de Costa Rica dónde no conocemos aún de un sistema de tratamiento de aguas residuales.

#### 4. RESOLUCIÓN No. 70/169 DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS HUMANO DE ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO

Con respecto a los derechos humanos de acceso al agua potable y al saneamiento, Mario Peña Chacón afirma:

*“Con el objetivo de **separar y diferenciar ambos derechos humanos**, la Resolución 70/169 en su apartado 2, reconoce que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico; mientras que a raíz del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad.”<sup>104</sup>*

---

<sup>104</sup> M.Sc. Mario Peña Chacón: “Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento tratados por separado y de forma diferenciada.” [http://www.academia.edu/24670178/Los\\_Derechos\\_Humanos\\_al\\_agua\\_potable\\_y\\_al\\_saneamiento\\_tratados\\_por\\_separado\\_y\\_de\\_forma\\_diferenciada](http://www.academia.edu/24670178/Los_Derechos_Humanos_al_agua_potable_y_al_saneamiento_tratados_por_separado_y_de_forma_diferenciada) (última visita 08/07/2019)

Por otra parte, el Consejo Regional del Agua, en su informe de junio del 2009 afirma:

*“La ECAGIRH<sup>105</sup> como instrumento estratégico del SICA, está armonizada en una secuencia política-estrategia-plan con los otros instrumentos regionales de la gestión integrada del recurso hídrico, específicamente el Proyecto de Convenio del Agua y el Plan de Acción Centroamericano para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico (PACAGIRH), además de que incorpora y armoniza su contenido con otras estrategias regionales vinculadas, tales como: la Estrategia Regional Agroambiental y de Salud (ERAS), la Política Centroamericana de Salud y Ambiente, la Política Agrícola Centroamericana (PACA), los Lineamientos de la Estrategia Regional de Cambio Climático, el Plan Regional para la Reducción de Desastres (PRRD), el Plan Ambiental Regional (PARCA), la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES) y otros instrumentos relevantes en materia de recursos hídricos, articulando estratégicamente todas estas dinámicas para la gestión integrada de los recursos hídricos centroamericanos y su aporte al desarrollo regional para los próximos 10 años.”*

Además, debemos indicar que unos de los principales objetivos que busca la Resolución 70/169 del 17 de diciembre de 2015 supracitada, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, según Peña Chacón son:

*“Promover el liderazgo de las mujeres y su participación plena, efectiva y en pie de igualdad en la adopción de decisiones sobre la gestión del agua y el saneamiento y velar porque se adopte un*

---

<sup>105</sup> Estrategia Centroamericana para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos. p. 2, párr. 3 <file:///C:/Users/Maikol/Downloads/Instrumentos%20del%20Agua%20%20Estrategia%20Centroamericana%20para%20la%20Gestion%20Integrada%20de%20Recursos%20Hidricos%20%20ECAGIRH.pdf> (última visita 08/07/2019)

*enfoque basado en el género en relación con los programas de abastecimiento de agua y saneamiento, que incluya medidas para reducir el tiempo que dedican las mujeres y las niñas a recoger agua para el hogar a fin de hacer frente a los efectos negativos de la insuficiencia de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento en el acceso de las niñas a la educación y proteger a las mujeres y las niñas de amenazas o agresiones físicas o de la violencia sexual mientras recogen aguas para el hogar y cuando acceden a los servicios sanitarios fuera de su hogar o practican la defecación al aire libre.”<sup>106</sup>*

Vemos como las políticas actuales a niveles internacionales, regionales y nacionales, se orientan a buscar un mayor acceso y mejor distribución del recurso hídrico, así como el acceso al saneamiento, con el fin de disminuir el peligro de agresiones físicas o violencia sexual, al que podrían exponerse las mujeres y niñas, peligros de los que no escapan las mujeres y niñas indígenas, y que por su situación de aislamiento y ubicación territorial podrían ser (*si no es que lo son ya*), más propensas a sufrir este tipo de abusos.

## **B. OPERADORES DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS EN COSTA RICA**

En Costa Rica el 14 de abril de 1961, mediante Ley No. 2726 se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como una Institución Autónoma del Estado, dentro de sus funciones principales, se encuentra el de rectoría en la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario<sup>107</sup>. La misma ley constitutiva le faculta al AyA, la delegación de la

<sup>106</sup> M.Sc. Mario Peña Chacón: (Ensayo). “Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento tratados por separado y de forma diferenciada.” [http://www.academia.edu/24670178/Los\\_Derechos\\_Humanos\\_al\\_agua\\_potable\\_y\\_al\\_saneamiento\\_tratados\\_por\\_separado\\_y\\_de\\_forma\\_diferenciada](http://www.academia.edu/24670178/Los_Derechos_Humanos_al_agua_potable_y_al_saneamiento_tratados_por_separado_y_de_forma_diferenciada) (última visita 08/07/2019)

<sup>107</sup> Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Ley 2726. Artículo 1: “Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el



prestación de los servicios públicos de acueductos y alcantarillado sanitario, en ciertas organizaciones privadas o comunales<sup>108</sup>.

No debemos olvidar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado “*Protocolo de San Salvador*”<sup>109</sup>, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, de la Organización de Estados Americanos, con respecto a la sinergia entre medio ambiente y servicios públicos establece:

**“Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano.**

**1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.**

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

---

*planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado”. [Así reformado por Ley Nº 5915 de 12 de julio de 1976, artículo 1º].*

<sup>108</sup> Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Ley 2726. Artículo 2º.- “Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados: (...) g) Administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta la conveniencia y disponibilidad de recursos. Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente. Bajo ningún concepto podrá delegar la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillado sanitario del Área Metropolitana. Tampoco podrá delegar la administración de los sistemas sobre los cuales exista responsabilidad financiera y mientras ésta corresponda directamente al Instituto. **Queda facultada la institución para convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta entre el Instituto y las respectivas comunidades, siempre que así conviniere para la mejor prestación de los servicios y de acuerdo con los reglamentos respectivos.** Por las mismas razones y con las mismas características, también podrán crearse juntas administradoras regionales que involucren a varias municipalidades.”

<sup>109</sup> <http://www.dipublico.org/3521/protocolo-adicional-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-%E2%80%9Cprotocolo-de-san-salvador%E2%80%9D/> (última visita 08/07/2019)

Siendo que AyA es el ente creado para administrar y operar de **forma directa** en todo el país, los sistemas de acueductos y alcantarillados sanitarios, y solo por **excepción o delegación** dichos servicios pueden ser brindados por otros Entes públicos o privados, le corresponde velar porque dichas sinergias entre ambiente sano y servicios públicos se cumplan, sin desmeritar las funciones de otras instituciones y ministerios costarricenses.

Además, como ya se indicó, existen en Costa Rica otros operadores encargados de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario como lo son: - La Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A.<sup>110</sup>; - Algunas Municipalidades cuya continuidad en la prestación de los mismos depende de la calidad de los servicios que brinda, ya que de conformidad con el inciso g) del numeral 2 de la Ley Constitutiva del AyA: “(...) *Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, **mientras suministren un servicio eficiente***”. En otras palabras, el Instituto debe velar que la prestación del servicio público de agua potable cumpla con los requerimientos y principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública, entre ellos: calidad, cantidad, continuidad e igualdad<sup>111</sup>, entre otros.

En vista de que tanto la ESPH S.A y las Municipalidades que brindan el servicio público de agua potable, no son parte de nuestra investigación, no

---

<sup>110</sup> Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia. Ley 7789. ARTÍCULO 6.- “A la Empresa de Servicios Públicos de Heredia le corresponde: a) Solucionar los requerimientos de energía eléctrica, alumbrado público, agua potable, alcantarillado pluvial y sanitario, otros servicios públicos y servicios de telecomunicaciones, infocomunicaciones y otros servicios en convergencia necesarios para el desarrollo, en las condiciones apropiadas de cantidad, calidad, regularidad y eficiencia. La Empresa de Servicios Públicos de Heredia estará sujeta al pago de los cánones, los impuestos, las tasas, las contribuciones especiales y los demás tributos a los que estén sometidos los operadores y proveedores de telecomunicaciones, sin detrimento de las exenciones establecidas en otras leyes. [Así reformado el inciso anterior, por el artículo 44 aparte a) de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008]. b) Unificar los esfuerzos para satisfacer las necesidades de agua potable, electricidad y otros servicios en el ámbito regional.”

<sup>111</sup> Ley General de la Administración Pública. Ley 6227. Artículo 4: “La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios.”

entraremos a analizar los mismos. Pero sí consideramos necesario para el desarrollo del presente trabajo, hacer un breve análisis de la función que tienen las *Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales (ASADAS)*.

Debemos indicar que dichas ASADAS son de carácter privado y requieren de la firma del Convenio de Delegación respectivo, por parte del Instituto para la prestación de dichos servicios públicos<sup>112</sup>. Estos órganos surgen en la década de los años setentas, en este sentido se dice:

*“Por orden cronológico, primero se establecieron los Comités de Acueductos y Alcantarillados Rurales (CAARs) y luego, con el cumplimiento del Reglamento de las ASADAS, se han venido firmando los Convenios de Delegación para convertir los CAARs en ASADAS. Dichosamente, la decisión histórica de crear el PAR [Programa de Acueductos Rurales] ha permitido a nuestro país, alcanzar el primer lugar de cobertura de agua intradomiciliar en América Latina y el Caribe, según los datos de UNICEF y OMS... Sin embargo, a pesar de estos importantes logros, aún falta mucho por hacer; sobre todo en los aspectos de cantidad, continuidad, calidad y costos de los servicios de agua. Lógicamente, sostener y mejorar lo alcanzado hasta el momento, debe ser el objetivo primordial del AyA; por lo que es fundamental fortalecer a la Subgerencia de Sistemas Delegados (antigua Dirección de Acueductos Rurales)”<sup>113</sup>.*

---

<sup>112</sup> Reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales (ASADAS). Decreto Ejecutivo 32529-S-MINAE. Artículo 3º: “AyA mediante convenio suscrito al efecto, previo acuerdo favorable de su Junta Directiva podrá delegar la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de acueductos y/o alcantarillados comunales, a favor de asociaciones debidamente constituidas e inscritas de conformidad con la Ley de Asociaciones N° 218 del 8 de agosto de 1939, sus modificaciones y respectivo Reglamento, Decreto Ejecutivo N° 29496-J, publicado en La Gaceta N° 95 del 21 de mayo del 2001. Asimismo, AyA facilitará a las futuras asociaciones el proyecto de estatutos y posteriormente el aval de los mismos, los que deberán ser presentados al Registro de Asociaciones del Registro Nacional, para su respectiva inscripción.”

<sup>113</sup> <http://www.aya.go.cr/Contenidos/frwContenidos.aspx?d=1> (Última visita 20/03/2010)

Es decir, el objetivo del AyA en la década de los noventa era crear un marco legal idóneo, para ordenar la forma en que se brindaban los servicios de acueductos y alcantarillados sanitarios comunales, por lo que en la Ley 218 – *Ley de Asociaciones* –, el Instituto encuentra una figura más adecuada para cumplir dichos fines.

Anteriormente los operadores de los sistemas comunales dependía de las Asociaciones de Desarrollo Integral, creadas por la Dirección Nacional de Desarrollo Comunal (DINADECO)<sup>114</sup>, y se denominaban Comités de Acueductos y Alcantarillados Rurales (CAARs), requerían necesariamente de la personería jurídica de estos Comités para actuar, una vez que se creó la figura de las ASADAS con personería jurídica propia, nacen a la vida jurídica como personas morales independientes, con atribuciones, derechos y obligaciones propias, sin necesidad de requerir de otras figuras para el ejercicio de su actividad.

Tal situación generó conflictos en algunas comunidades entre ambas organizaciones, dado que los ingresos por concepto del cobro del servicio brindado por la Asociación ya no debían ser administrados por las Asociaciones de Desarrollo Integral, sino que eran depositados a nombre de las ASADAS<sup>115</sup>, en la forma que lo establece el Reglamento publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°

---

<sup>114</sup> Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad. Ley No. 3859. **Artículo 1º:** “*Créase la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, como órgano del Poder Ejecutivo adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, y como instrumento básico de desarrollo, encargada de fomentar, orientar, coordinar y evaluar la organización de las comunidades del país, para lograr su participación activa y consciente en la realización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social*”. **Artículo 28:** “*La inscripción en el Registro autoriza a la asociación para funcionar y le otorga plena personería jurídica. Tal personería podrá acreditarse ante los organismos administrativos y judiciales por medio del acuerdo que aprobó los estatutos y ordenó la inscripción, publicado en el Diario Oficial, o mediante certificación de dicha inscripción emanada del Registro ya indicado.*”

<sup>115</sup> Reglamento de ASADAS; Artículo 22: “*Para llevar a cabo la gestión administrativa financiera y comercial del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario, la ASADA deberá llevar un registro de los abonados, y deberá cumplir con los siguientes lineamientos: ... Inciso 6) Establecer los sistemas de control financiero y de recaudación que recomiende AyA y mantener el dinero en cuentas, títulos y valores, estos dos últimos cuando la disponibilidad de caja lo permita, en los Bancos del Sistema Bancario Nacional Público. Para tales efectos sus activos deberán depreciarse y revaluarse en los registros contables de la ASADA, cumpliendo con las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).*”

150 del 05 de agosto del 2005<sup>116</sup>. Con lo que se les inhibe de una fuente de ingreso muy importante a las ADI, los cuales en forma irregular eran destinados a fines distintos a la prestación de los servicios públicos de acueductos y alcantarillados sanitarios.

Aún existen ASADAS en las que sus Juntas Directivas se encuentren constituidas por personas que también forman parte de este otro tipo de organizaciones, lo que ocasiona que sus fondos reiteramos en forma irregular, se sigan destinando a otros tipos de actividades distintos para los cuales fueron creadas, como son: - mantenimiento de parques, - pintura de escuelas, - limpieza de calles, entre muchos otros; que obviamente no son los fines principales para los cuales se crean las asociaciones de acueductos comunales<sup>117</sup>, por lo que dicha práctica deberá ser erradicada.

Las ASADAS son entes de naturaleza jurídica privada, y deben ser tomados como un claro ejemplo de **participación ciudadana**, en cuanto a la administración de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, esto lo explica claramente la Procuraduría General de la República en el dictamen No. C-162-2010, cuando afirma que:

*“... constituyen **personas jurídicas de naturaleza privada que realizan labores de interés público**, pues brindan a la comunidad un servicio público – lo que no modifica su carácter privado –, y que, como tales, deben*

---

<sup>116</sup> Reglamento de ASADAS, establece: “**Artículo 22.-** Para llevar a cabo la gestión administrativa financiera y comercial del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario, la ASADA deberá llevar un registro de los abonados, y deberá cumplir con los siguientes lineamientos: [...] **Inciso 2)** Señalar el lugar de recaudación para el cobro por concepto de prestación de los mismos y deberá la Junta Directiva de la ASADA velar porque los montos recaudados sean depositados a nombre de la Asociación Administradora en cualquier Banco del Sistema Bancario Nacional Público.”

<sup>117</sup> Reglamento de ASADAS, establece: “**Artículo 16.-** La Asociación Administradora deberá tener como únicos y específicos fines: la construcción, administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de acueductos y alcantarillados delegado por AyA; así como la conservación y aprovechamiento racional de las aguas necesarias para el suministro a las poblaciones; vigilancia y control de su contaminación o alteración, por lo que los recursos financieros generados por la gestión del sistema, deberán dedicarse exclusivamente a esos fines.”

*encontrarse organizadas de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Ley de Asociaciones, cuyo principio fundamental se encuentra precisamente en el respeto a la libre asociación ...”<sup>118</sup>*

En este sentido la Procuraduría General de la República ha dicho que:

**“(...) arribamos a la conclusión de que entes diversos de AyA, las municipalidades, Empresa de Servicios Públicos de Heredia, Asociaciones de Desarrollo Comunal (a través de Comités de Acueductos Rurales) u otros organismos locales con los que el AyA lleve a celebrar convenio al intento, ajustándose a la reglamentación que se sancione, están impedidos para administrar acueductos públicos”<sup>119</sup>.**

Por lo que consideramos que dicha figura puede brindar los servicios agua potable y alcantarillado sanitario en los territorios indígenas, siempre y cuando así sea aceptado por la comunidad en una consulta pública, previa, libre e informada, y ajustada su organización a la cosmovisión de los pueblos.

## 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ASADAS

Ahora bien, como principales entes privados que se les delega los servicios públicos de acueducto y alcantarillado sanitario, se debe recordar que dichos organismos privados surgieron en los años setentas, en virtud de que gran parte de la población costarricense no contaba con acceso al agua para consumo humano, razón por la cual el AyA empieza a realizar alianzas con las comunidades a fin de brindar el servicio a esta población.

Es importante señalar que los CAAR's, se crearon para mejorar el acceso al agua de una gran mayoría de personas que se ubican en zonas alejadas, por lo

<sup>118</sup> Procuraduría General de la República. Criterio No. C-162-2010 del 09 de agosto del 2010.

<sup>119</sup> Procuraduría General de la República. Criterio No. C-236-2008 del 07 de julio del 2008.

que podemos indicar que, sin la intervención de estas, a estas comunidades les sería muy difícil acceder a dicho servicio. En este sentido, el boletín “*Sistemas Comunales en Acción No. 15*”, del 15 de abril del 2010, en cuanto a los avances y cobertura en calidad del agua, afirma que:

*“Según datos del Laboratorio Nacional de Aguas (LNA) del año 2009, Costa Rica alcanzó la mayor cobertura histórica con agua para consumo humano (ACH) por cañería (intradomiciliar), llegando a un 98% de la población, mientras que la calidad del agua pasó de 50 a 87,3% entre los años 1991 y 2009. Los servicios de ACH están a cargo de AyA en un 50% de la población del país, acueductos municipales en un 16,7%, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) en 3,6%, y **los acueductos comunales a cargo de las Asociaciones y Comités de Acueductos Rurales (ASADAS/CAAR´s) en un 27,5%**. Las fuentes de agua identificadas y evaluadas en el territorio nacional son 4.433, para un total de 2.302 acueductos.”*<sup>120</sup>

Es reiterado el criterio de la PGR que nos encontramos ante una organización de carácter netamente privada. En este sentido concluye la Procuraduría:

*“La entidad privada que **no cuente con un convenio del AyA** por medio del cual se le delega la prestación del servicio agua para consumo humano y alcantarillado sanitario, así como con la concesión de agua que otorga el MINAE, **no está autorizado por el ordenamiento jurídico para prestar esos servicios**”*<sup>121</sup>.

Por su parte la Sala Constitucional en su resolución N°. 5606-2006, había establecido como corolario de la “**nacionalización de los servicios por ley**”, se

<sup>120</sup> <http://www.aya.go.cr/Administracion/DocumentosBoletines/Docs/260410030759Boletin15.pdf>  
(última visita mayo del 2010)

<sup>121</sup> Procuraduría General de la República. Criterio No. C-236-2008 del 07 de julio del 2008.

podría considerar jurídicamente inválido que el órgano competente (MINAE): **“otorgue una concesión de agua si previamente no se ha dado el acto delegatorio a favor de ese particular por parte del AyA”**<sup>122</sup>.

## 2. LAS ASADAS COMO OPERADORES PRIVADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SANITARIO

Las ASADAS se encuentran regidas de acuerdo con sus funciones ya sea por el derecho privado, en cuanto a la forma de constituirse se rigen por la Ley de Asociaciones, la cual es Ley No. 218 del 08 de agosto de 1939, y sus Reglamentos<sup>123</sup>, y por el derecho público en cuanto a la prestación del servicio público de agua para consumo humano, en la aplicación de los principios rectores del servicio público establecidos en la Ley General de la Administración Pública<sup>124</sup>. Es importante hacer referencia al numeral 03 de la L.G.A.P. que establece:

*“1. El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.*

*2. El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes”.*

En Costa Rica el abastecimiento de agua potable a las personas, de conformidad con el numeral 121 inciso 14) punto a) de la Constitución Política<sup>125</sup>,

<sup>122</sup> Ídem.

<sup>123</sup> Decreto Ejecutivo No. 17617 del 22/06/1987, publicada en La Gaceta No. 143 del 29/07/1987 (DEROGADA); Decreto Ejecutivo No. 18670 del 28/11/1988, publicada en La Gaceta No. 241 del 20/12/1988 (DEROGADA); y Decreto Ejecutivo No. 29496 del 17/04/2001, publicada en La Gaceta No. 96 del 21/05/2001 (VIGENTE).

<sup>124</sup> Ley General de la Administración Pública. Artículo No. 4: **“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios”.**

<sup>125</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. Artículo 121 inciso 14) punto a): **“Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. /// No podrán**



no pueden ser otorgado por empresas privadas, a menos que cuenten con una concesión especial por parte de la Nación. En este sentido el artículo 04 del Código de Minería señala que:

*“Los yacimientos de carbón, gas natural, petróleo o de cualquier sustancia hidrocarburada; los minerales radioactivos, fuentes termales, fuentes de energía geotérmica u oceanotérmica, fuentes de energía hidroeléctrica; **las fuentes y aguas minerales y las aguas subterráneas y superficiales, se reservan para el Estado** y sólo podrán ser explotados por éste, por particulares de acuerdo con la ley, o mediante una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.”<sup>126</sup>*

En otras palabras, aquellas empresas privadas que no se apeguen a la normativa pública en cuanto a la prestación de dicho servicio, se encuentran fuera de la ley en clara violación a los principios que regulan la materia. Debemos dejar claro que en la actualidad solo las figuras anteriormente citadas son las autorizadas por el Estado costarricense para brindar dichos servicios, pero no impide que en un futuro otros organismos locales puedan brindar dicho servicio, figura que en el caso de las comunidades indígenas debe estar además adecuada a su cosmovisión y a sus organizaciones tradicionales, entre otros elementos esenciales.

### **3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS ASADAS COMO OPERADORES DE ACUEDUCTOS**

Las ASADAS si bien no son instituciones autónomas de representación de las comunidades indígenas, han demostrado ser aceptadas por algunas comunidades indígenas como legítimos operadores de los sistemas (*acueductos y*

---

*salir definitivamente del dominio del Estado: a) **Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional...**”.* /la negrita es nuestra/.

<sup>126</sup> Código de Minería. Ley No. 6797 del 04/10/1982.

*alcantarillados sanitarios*), con ciertas adecuaciones de sus estructuras, su funcionamiento y constitución a sus órganos tradicionales, que permiten una excelente función dentro de sus territorios, es por tal razón que consideramos en forma breve hacer un análisis de las principales características de dichas organizaciones.

Por ser una organización de carácter comunal, se rigen por la Ley de Asociaciones (Ley No. 218) y sus reglamentos, así como los reglamentos especiales que se emitan para este tipo de organizaciones (*Reglamento de ASADAS, Prestación de los Servicios de AyA, entre otros*) por parte del Instituto, como ya se indicaba antes, dichas asociaciones les permiten una **mayor participación ciudadana** a los vecinos de estas comunidades, en cuanto a la Gestión Integrada del Recurso Hídrico, así como en el establecimiento de políticas en búsqueda de una mejor garantía y protección a dichos recursos, los cuales tienen gran incidencia en otros aspectos del medio ambiente, como lo son: - *protección de las fuentes de abastecimiento; - adquisición de áreas de protección; - reforestación; entre otras.*

Por el hecho de que nos encontramos frente a derechos constitucionales (*salud y vida*) que se desprenden de los ordinales 21 y 50 de la Constitución Política, sobre lo cual la doctrina, filosofía y jurisprudencia de la Sala Constitucional han definido a **la vida** como:

*“... el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos fundamentales del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico.”<sup>127</sup>*

---

<sup>127</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 5130-1994.

Además, la Constitución Política en su artículo 21 establece que: “*la vida humana es inviolable*”, y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ser humano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella (voto No. 5130-94 Sala Constitucional). Sobre esta materia en particular, la Procuraduría General de la República en su Dictamen No. C-295-2001, afirmó lo siguiente:

*“Son terrenos incorporados al dominio público los ubicados en un perímetro de doscientos metros de radio alrededor de las fuentes de agua, si están en terrenos planos, y en un perímetro de trescientos metros de radio, si están en terrenos quebrados por tener una pendiente superior al cuarenta por ciento.”*

Asimismo, de manera reiterada el Tribunal Constitucional costarricense, ha señalado que al Estado le compete la tutela, protección y reconocimiento de todos los derechos fundamentales, entre los cuales está lógicamente la salud y la vida de las personas. Poniéndose en evidencia el poder-deber del legislador y el Estado en general de proteger el orden público, la salud y la vida de sus habitantes.

Como se ha señalado, el artículo 21 constitucional establece el principio de inviolabilidad de la vida humana, y “***a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano***, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella”<sup>128</sup>, se recomienda ver también voto No. 2362-91 de la Sala Constitucional. En este sentido la sentencia N. 1394-94 de dicho Órgano Constitucional, indica que del artículo 21 de la Constitución Política se desprende “*el derecho a la salud, el bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho de la salud y a la obligación del Estado de proteger la vida humana*”.

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

Es importante hacer referencia al hecho de que la Sala Constitucional antepone los principios fundamentales de SALUD y VIDA, por encima del derecho constitucional a la propiedad privada. Incluso, faculta al Estado a ejercer cualquier acción contra aquellas personas propietarias de terrenos privados en los que se encuentren ubicados los sistemas del acueducto, así como las nacientes, pozos y captaciones del recurso hídrico, que impidan el libre acceso a la propiedad con el fin de dar el mantenimiento preventivo y correctivo que corresponda, como lo es en última instancia el proceso de expropiación.

No se debe perder de vista la relación que existe entre los derechos de consumidores y usuarios, mismo que se amplió con la reforma constitucional al artículo 46 de la Carta Magna. Sobre este particular el M.Sc. Mario Peña Chacón nos señala:

*“La Sala IV avaló la denegatoria de suministro del servicio de agua potable por parte de la Asociación Administradora de Sistema de Acueductos y Alcantarillados Comunes (Asada) de Playa Potrero, en Guanacaste, a favor de un proyecto residencial, ya que brindar tal servicio eventualmente podría volver inviable la toma de agua de esa fuente, incluso para los actuales usuarios.*

*El voto 2016-6417 reitera la posición que ha venido tomando la Sala Constitucional de que, a pesar de tratarse de un derecho humano, la Administración (en este caso una Asada) no está obligada a prestar el servicio de agua potable cuando razones técnicas lo desaconsejan o imposibilitan (ver votos 2009-3825 y 2016-1777).*

*Sin embargo, y por primera vez, se reconoce y salvaguarda los derechos de los usuarios actuales del servicio de agua potable que brinda la ASADA.*

*Nótese que el suministro de agua potable que proveen las ASADAS a sus usuarios es un servicio público, y como tal debe cumplir con los requisitos de calidad, continuidad, regularidad, celeridad, eficacia y eficiencia.*

*Nos encontramos pues frente a un primer precedente jurisprudencial de aplicación conjunta y sinérgica de los derechos constitucionales ambientales consagrados en los artículos 50 y 46, a través de la protección tanto del interés difuso a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como de los derechos individuales homogéneos pertenecientes a los actuales usuarios del servicio de agua potable.*

*Por último, vale la pena destacar que la aplicación conjunta y sinérgica de los artículos 46 y 50 constitucionales encuentran sustento en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

*El numeral 11,1 del Protocolo lo reconoce, y señala el vínculo inescindible que existe entre los derechos a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.”<sup>129</sup>*

Desarrollados a grandes rasgos el tema de los principales operadores (públicos y privados), encargados de la prestación de los servicios públicos de acueductos y alcantarillado sanitario en el país, procedemos a realizar el estudio de aquellos entes u órganos que brindan dichos servicios públicos en los territorios indígenas, sus principales características, con el fin de determinar si los mismos se ajustan o no a la cosmovisión de los pueblos, sus instituciones y órganos tradicionales.

#### **4. OPERADORES DE SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS CONFORMADOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS**

Como ya se ha indicado anteriormente, los operadores constituidos en territorios indígenas, por su especificidad requieren ajustarse a las costumbres y estructuras tradicionales de dichos pueblos, lo que genera un enorme conflicto cuando se les pretende imponer ciertas organizaciones no tradicionales, por

---

<sup>129</sup> [http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/legales-sala\\_constitucional-playa\\_potrero-agua\\_potable-asadas\\_0\\_973102694.html](http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/legales-sala_constitucional-playa_potrero-agua_potable-asadas_0_973102694.html) (última visita 08/07/2019)

ejemplo, las ASADAS, las ADII, los Comités Administradores de Agua. Dicha situación toma vital importancia cuando la Junta Directiva de la ASADA se encuentre constituida por personas indígenas y no indígenas, siendo que existen sistema que abastecen poblaciones que se encuentran fuera de las jurisdicciones del propio territorio, ejemplo de tal situación la ASADA de Caña Blancal de Palmar Norte de Osa, Puntarenas, cédula jurídica No. 3-002-260065.

El problema radica en que algunas personas consideran que las mismas deben estar conformadas única y exclusivamente por personas indígenas. Lo que en ciertas situaciones ocasionan serios problemas de administración en perjuicio de los usuarios. Siendo además que, una vez delimitado el Territorio Indígena, no puede ni debe encontrarse en el mismo, personas no indígenas, de ahí que la exclusión de dichas personas de los puestos de las juntas directivas y fiscalías de la asociación, no sería violatorio de ningún derecho humano o fundamental de éstos.

Por otra parte, consideramos que las Juntas Directivas y Fiscalías de constitución mixtas pueden actuar en perfecta armonía, ya que la jurisdicción del sistema se rige por su capacidad y no por su territorialidad, dado que una misma ASADA pueda abastecer dentro de su jurisdicción ambos sectores. Es importante que el “*Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del busca reforzar el principio de igualdad entre los llamados indígenas y no indígenas<sup>130</sup>, siempre y cuando el sistema no abarque única y exclusivamente a los territorios indígenas, y además así sea aceptado por los pueblos, de conformidad con su costumbre y organizaciones tradicionales. Es importante aclarar que dicho principio no funciona a la inversa, en el sentido de

---

<sup>130</sup> En este sentido es importante señalar que el artículo 02, punto segundo, inciso a) de la Ley No. 7316 establece: “Que se aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”. Por lo que consideramos que el mismo viene a reforzar aún más el principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución Política el cual dice que: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”.

que los denominados “no indígenas” nunca podrán gozar de los derechos exclusivos de los pueblos indígenas.

Con mucho mayor cuidado se debe ver el tema de las ASADAS conformadas en territorios indígenas, dado que las características especiales de los mismos dificultan la constitución de dichas asociaciones, ya que además de la normativa interna, también les aplica el derecho internacional indígena, principalmente el Convenio 169 de la OIT.

Sin perder de vista que se deben tratar por igual a todas las personas, independientemente de su cultura, credo, idioma, entre otros, con la salvedad señalada anteriormente en cuanto a que los no indígenas jamás podrán gozar de los derechos exclusivos de los pueblos indígenas. Al respecto la Sala Constitucional de Costa Rica ha manifestado:

*“Tomando en cuenta que el artículo 25 de la Constitución Política consagra el derecho de asociación, debe afirmarse, entonces, que la expulsión o desafiliación de un miembro de una asociación que no responda a criterios puramente objetivos; es decir, que no se fundamente en causas o motivos suficientes y razones, y que no se realicen de acuerdo con un procedimiento que exprese el principio de debido proceso, constituye a toda luz una violación no solo del derecho de asociación sino también del principio del debido proceso, en el que debe otorgársele al asociado plena oportunidad de defensa y de presentación de las pruebas de descargo pertinentes.” (Voto No. 2179-1993)*

Se debe ver en este sentido además el voto No. 506-91 de la Sala Constitucional. “(...) 'el derecho de asociación presupone para el asociado como tal, otros derechos fundamentales entre los que se encuentra sin lugar a duda el derecho de defensa' (Voto No. 506-91), y evidentemente, el de afiliación.” Por lo que consideramos no existiría violación alguna a los derechos humanos y fundamentales,

si se establecen procedimientos para determinar quién o quiénes son personas indígenas de la comunidad, y permitir que únicamente ellos puedan formar parte de las respectivas juntas directivas o consejos de gobierno tradicionales o legales que existan en el territorio.

No es posible indicar el órgano más ajustado a la costumbre del territorio, mediante el cual se pueda administrar los sistemas de acueductos y alcantarillados comunales, dado que es en forma casuística, en cooperación con la comunidad indígena, que se debe determinar el mismo, pudiendo recaer en las ASADAS, ADII, Comités de Aguas adscritos a éstas últimas, o cualquier otra figura que se defina, siempre y cuando sean aceptadas por los pueblos y cuenten con personalidad jurídica propia o residual.

### **C. GESTIÓN INTEGRADA DEL RECURSO HÍDRICO EN TERRITORIOS INDÍGENAS EN COSTA RICA**

Como lo hemos venido afirmando aquí, el agua es un elemento fundamental para las personas y el medio ambiente, en este sentido Mario Peña Chacón señala: *“El agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible”*<sup>131</sup>. Su importancia además de ser fundamental para la subsistencia de la humanidad, así como para la vida en general, radica principalmente en que prácticamente el 3% de las aguas presentes en la Tierra es agua dulce; de esas el 23% la podemos encontrar en estado líquido, y más del 99% es agua subterránea.

Las aguas subterráneas se encuentran en cualquier parte del planeta, y uno de sus beneficios es que podemos abastecernos de éstas, mediante la captación de alumbramientos o la construcción de pozos artesanales, sin necesidad de construir grandes obras para transportarlas de un lugar a otro, ni tener que realizar importantes inversiones en su potabilización. El problema con ellas es que, en un

---

<sup>131</sup> PEÑA CHACÓN, Mario. (2008). “Gestión integrada del recurso hídrico...” p. 29.



caso de contaminación, por ejemplo: con arsénico, bromacil o cualquier otro contaminante natural o artificial, se hace difícil u onerosa su recuperación y potabilización. De ahí que una eficiente y eficaz gestión integrada del recurso hídrico, permite continuar utilizando dicho recurso por el tiempo que sea necesario, aplicando principios como *in dubio pro natura*, intergeneracional, quien contamina paga, entre muchos otros.

En cuanto al tema del recurso hídrico se debe afirmar que el mismo es la principal fuente de obtención de recursos económicos para la administración, operación, mantenimiento y desarrollo del acueducto; además tiene una característica especial, y es que debe ser considerado de importancia fundamental para la subsistencia de la vida en el planeta, y en la mayoría de los casos al mismo no se le ha dado el valor que requiere. Principalmente por parte de algunas asociaciones que son administradas en forma irregular por sus directivos y fiscalías en cuanto a la gestión de este.

La Contraloría General de la República de Costa Rica, en su investigación denominada: *“Estudio jurídico acerca de la protección, manejo y uso de los recursos naturales en los Territorios Indígenas”*<sup>132</sup>, sobre el tema del recurso hídrico concluye:

***“En relación con el marco jurídico de los recursos naturales***

***Recurso Hídrico***

- *En la legislación nacional no existe una norma que diferencie la naturaleza del recurso hídrico en territorios indígenas, con la que aplica al resto del país. Los criterios vigentes califican de dominio público las aguas superficiales como subterráneas en los territorios indígenas. Por ello, las comunidades indígenas deben respetar el margen de protección de los*

---

<sup>132</sup> <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2014/06/recursos-naturales-en-territorios-indigenas.pdf> (última visita 08/07/2019) // Nota: Documento realizado para uso interno de la Contraloría General de la República. Remitido al Área de Servicios Ambientales y Energía, mediante oficio No. DFOE-AE-0490, del 21 de diciembre del 2011.

terrenos que bordean los ríos y tomas de agua y mantener inalterado el equilibrio hidrológico de las cuencas hidrográficas, y conservar la vida silvestre de dichos territorios.

- ***El agua constituye un bien de utilidad pública y su utilización para el consumo humano tiene prioridad sobre cualquier otro uso.*** También son de utilidad pública las obras de abastecimiento de agua potable, de manera que todo aprovechamiento de aguas públicas está sujeto a la expropiación forzosa, o a la imposición de servidumbres forzosas, previa indemnización correspondiente, lo cual aplica también a las comunidades indígenas.
- *El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental, en cuanto se configura como integrante del contenido del derecho a la salud y a la vida, por lo que es obligación del Estado suministrar los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia a los ciudadanos, incluyendo a las comunidades indígenas.*
- *Las normas que regulan el uso y aprovechamiento del recurso hídrico no distingue entre los territorios indígenas y el resto del territorio nacional; salvo la Ley Indígena al establecer que los terrenos indígenas de vocación forestal deben guardar ese carácter para mantener inalterado el equilibrio hidrológico de las cuencas hidrográficas y sólo el Estado podrá ejecutar programas forestales con autorización y vigilancia de la CONAI y los guarda reservas indígenas, nombrados por el Gobierno que deben proteger y vigilar los bosques. Además, las Asociaciones de Desarrollo Integral o sus representantes legales tienen la obligación de coordinar a nivel ministerial y de los entes autónomos, las acciones preventivas y represivas para resguardar el patrimonio hidrológico de todas las reservas, y no se permite dar autorizaciones de eliminación, corta o aprovechamiento forestal en áreas de recarga acuífera, nacientes de agua para consumo comunitario, o áreas de protección de suelos.”*

Sobre este particular la Sala Constitucional en su resolución No. 2016-005620 de las 11:43 horas del 27 de abril del 2016, emitida dentro del expediente No. 15-004211-0007-CO, Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra el Reglamento No. 27800-MINAE, denominado “*Reglamento para el aprovechamiento del recurso forestal en reservas indígenas*”, resolvió:

*“Se declara con lugar la acción. En consecuencia, se declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 27800-MINAE, denominado Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas, publicado en La Gaceta No. 79 del 29 de abril de 1999, **por violentar lo dispuesto en los artículos 6 inciso 1.a y 7 incisos 1 y 4 del Convenio No. 169 de la OIT, al haberse omitido la consulta obligatoria a los Pueblos Indígenas de previo a su emisión. Con fundamento en el numeral 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y a fin de evitar que se lleguen a producir daños graves e irreparables en el ambiente, se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que esta se dicta sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, y se mantiene la vigencia del decreto impugnado por el plazo de 4 años a partir de la publicación de la reseña en el Diario Oficial La Gaceta de esta sentencia, dentro del cual el Poder Ejecutivo deberá llevar a cabo la consulta respectiva a los Pueblos Indígenas, ya sea para prorrogar la vigencia de este mismo decreto o reformar el mismo. Notifíquese al accionante, a la Procuradora General de la República, al presidente de la República, al Ministro de Ambiente y Energía y al presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Publíquese íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta...”***<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2016005620, de las once horas y cincuenta y tres minutos del veintisiete de abril del dos mil dieciséis, publicada en el Boletín Judicial número 35, del viernes 23 de febrero del 2018, páginas 01 a 21.

Debemos tener en cuenta que la Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes Esquivel, en su informe de fecha 04 de mayo del 2015, solicitado por la Sala Constitucional dentro del expediente 15-004211-0007-CO, con respecto a la acción de inconstitucionalidad citada, señala:

*“En el caso que nos ocupa, el Decreto No. 27800-MINAE de 16 de marzo de 1999, denominado Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en Reservas Indígenas, objeto de esta acción, viene a establecer una serie de regulaciones para la corta de árboles por parte de indígenas dentro de sus [respectivos territorios] (delimitación de competencias para el otorgamiento del permiso de aprovechamiento, número de árboles a explotar, áreas permitidas para la corta y restricción en otras, etc.)*

***Conviene recordar, al efecto, que la explotación por indígenas de los recursos naturales existentes en sus territorios es un derecho reconocido también a nivel internacional, como parte del ejercicio de sus tradiciones, costumbres y cultura:*** ‘1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.’ (Artículo 15 del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes)... Tomando en cuenta el criterio jurisprudencial de cita, y habida cuenta de que el Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en Reservas Indígenas viene a definir criterios para la corta de árboles dentro de las reservas indígenas, lo que incide en el derecho de las poblaciones indígenas al aprovechamiento de los recursos naturales de sus territorios, ***cabría concluir que dicho Reglamento requería de consulta previa para obtener el consentimiento libre, previo e informado de tales poblaciones.***”

Se desprende de lo anterior que, en caso de aprovechamientos de recursos naturales dentro de sus territorios por parte de las comunidades indígenas, no es posible imponerles un mecanismo o igual trato de que a la población no indígena.

## **1. ANÁLISIS COMPARADO DE NORMATIVA Y MODELOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS SANITARIOS**

Otro factor relevante para tener en cuenta en el caso de Costa Rica, como bien se indicó, corresponde al AyA brindar los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, siendo que se encuentra facultado para delegar esas funciones en territorios indígenas, por lo general en organizaciones como las ASADAS, y en algunos casos muy particulares en las ADII. Dichas organizaciones no son reconocidas en ciertos territorios como instituciones tradicionales o representativas de los PPII, situación que podría poner en riesgo la salud de las personas, dado que el consentimiento en la delegación es sumamente importante para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas, y algunos pueblos pretenden desconocer dichas figuras, siendo que no existen aún otras organizaciones a parte de las señaladas (públicas o privadas), que puedan brindar los servicios en estos territorios.

De ahí que procederemos a analizar la normativa interna de algunos países, y compararla con las normas costarricenses, con el fin de determinar si es posible considerar otro tipo de organización, que pueda brindar los servicios básicos de abastecimiento poblacional y alcantarillado sanitario, o por lo menos nos permita ajustar nuestras actuales figuras a las normas consuetudinarias y organizaciones tradicionales de los pueblos indígenas costarricenses.

La consulta a los pueblos indígenas se encuentra regulada en el numeral 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>134</sup>, el cual establece los parámetros mínimos que deben tener un proceso de consulta. De ahí que en la actual época denominada “hipermoderna”, vemos constituciones muy visionarias y proteccionistas de los pueblos en general y de las personas indígenas en particular, entre ellas: Brasil<sup>135</sup>, Ecuador<sup>136</sup>, Paraguay<sup>137</sup> el cual dedica un capítulo completo a los pueblos indígenas, entre otros.

Por otra parte, existen países que no cuentan con dicha protección en sus constituciones, por ejemplo, Costa Rica, hoy en día se encuentra analizando el proyecto de autodeterminación de los pueblos, entre otros, aún y cuando ha realizado una modificación al artículo primero de la Constitución Política, para establecer el carácter multicultural y pluricultural del Estado costarricense<sup>138</sup>, no existe un instrumento que permita la aplicación de dicho derecho.

Dentro de la principal normativa en materia de ambiente y derechos indígenas que el Estado costarricense ha emitido podemos señalar:

---

<sup>134</sup> Artículo 6 Convenio 169-OIT establece: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: **a)** consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // **b)** establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; // **c)** establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. // 2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

<sup>135</sup> La Constitución de la República Federativa del Brasil, del 05 de octubre de 1988 establece en su Capítulo II, De la Unión que: “Art. 20. Son bienes de la Unión: ... XI las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios”.

<sup>136</sup> La Constitución Política del Ecuador del año 2008. Artículo 01: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”

<sup>137</sup> La Constitución Política de la República del Paraguay, del 20 de junio de 1992 en su Capítulo V, de los Pueblos Indígenas establece principalmente en su artículo 62 la existencia de pueblos indígenas y grupos étnicos, y el numeral 63 se refieren principalmente de la identidad étnica

<sup>138</sup> Ley 9305 del 24 de 08 del 2015, se reforma el artículo primero de la Constitución Política de Costa Rica, para que se lea: “**Artículo 1.-** Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural.”

➤ **Leyes nacionales:**

- Ley No. 5651 del 13/12/1974; Reforma Creación de CONAI Comisión Nacional Asuntos Indígenas.
- Ley No. 6172 del 29/11/1977; Ley Indígena.
- Ley No. 6797 del 04/10/1982; Código de Minería.
- Ley No. 7313 del 07/12/1992; Ley de Conservación de Vida Silvestre.
- Ley No. 7316 del 03/11/1992; Ley de aprobación del Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley No. 7316–1 del 03/11/1992; Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley No. 7575 del 16/04/1996; Ley Forestal.
- Ley No. 7623 del 11/09/1996; Defensa del Idioma Español y Lenguas Aborígenes Costarricenses.
- Ley No. 7788 del 27/05/1998; Ley de Biodiversidad.
- Ley No. 8054 del 04/12/2000; Ley de la Diversidad Étnica y Lingüística.
- Ley No. 9710 del 10/10/2019; Ley de protección a la nacionalidad costarricense de la persona indígena transfronteriza y garantía de integración de la persona indígena transfronteriza.

➤ **Decretos Ejecutivos:**

- Decreto Ejecutivo No. 8487 del 10/05/1978; Reglamento a la Ley Indígena.
- Decreto Ejecutivo No. 13568 del 30/04/1982; Representación legal de las Comunidades Indígenas por las Asociaciones de Desarrollo y como Gobierno Local.
- Decreto Ejecutivo No. 13573 del 30/04/1982; Reconoce existencia oficial de Grupos Étnicos Indígenas en Costa Rica.
- Decreto Ejecutivo No. 16619 del 09/10/1985; Creación de Modelo Curricular para las Poblaciones Indígenas.

- Decreto Ejecutivo No. 21635 del 12/10/1992; Crea Comisión Asesora Asuntos Indígenas.
- Decreto Ejecutivo No. 22072 del 25/02/1993; Crea Subsistema Educación Indígena.
- Decreto Ejecutivo No. 22073 del 02/03/1993; Reconoce Existencia Jurídica Academia Costarricense Lengua.
- Decreto Ejecutivo: 27800-MINAE del 26/04/1999; “*Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas*”, declarado inconstitucional por no haberse realizado la consulta previa a los pueblos indígenas, según resolución de la Sala Constitucional No. 2016-5620, de las once horas y cincuenta y tres minutos, del 27 de abril del 2016, y cuyos efectos se dimensionan para que tenga una vigencia por cuatro años, contados a partir de la publicación de la reseña en el Diario Oficial La Gaceta.
- Decreto Ejecutivo: 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

Anterior a la emisión del Decreto No. 40932-MP-MJP “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, otro elemento relevante en la protección de los derechos de los pueblos indígenas fue la promulgación de la Directriz número 042-MP, del 09 de marzo del 2016, denominada “*Construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas*”<sup>139</sup>, publicada en La Gaceta número 51 del 14 de marzo del 2016.

A pesar de los instrumentos señalados, consideramos que existe un rezago importante en el tema de participación y consulta de los PPII, así como una limitación al acceso al agua potable y saneamiento de dichas poblaciones, debido a la imposición de organizaciones no tradicionales, la cuales no se ajustan a sus costumbres y cosmovisión. Por lo que analizaremos el desarrollo de dichos

---

<sup>139</sup> <https://www.imprentanacional.go.cr/gaceta/?date=14/03/2016> (última visita 09/07/2019)



derechos en ciertos países, así como su normativa referente al acceso al agua potable y saneamiento, con el fin de permear nuestro instrumento de consulta, para brindar estos servicios en los territorios indígenas costarricenses.

**a) CASO DE PORTUGAL**

El tema de la calidad del servicio que se brinda en Portugal es tomado muy en cuenta por parte del regulador, al extremo que se considera que el mismo no debe desvincularse de las políticas de regulación de los precios. En este sentido José Francisco Manjarrés Iglesias y Erika Bibiana Pedraza Guevara afirman que:

*“Un elemento clave dentro de este proceso ha sido **el reconocimiento de que la divulgación de los resultados es un derecho fundamental de los usuarios**. Como consecuencia, el ente regulador asegura que **la publicación siempre esté acompañada de una amplia explicación** acerca de la evolución reciente de los indicadores, buscando consolidar los elementos de juicio que tienen los usuarios y fomentando una cultura de la información... Aproximadamente el 95% de las empresas que no trataban las aguas residuales se han visto obligadas a instalar plantas de tratamiento **con el fin de evitar ver su nombre publicado**”<sup>140</sup>.*

En este sentido podemos afirmar que si bien es cierto el concepto de calidad es difícil de definir, algunos reguladores como el caso de Portugal, pretenden a través de la PUBLICACIÓN DE LISTAS DE INCUMPLIMIENTO, mejorar la calidad del servicio que se les brinda a los usuarios de los sistemas, como bien lo señalan Manjarrés Iglesias y Pedraza Guevara, ha tenido un efecto positivo en la prestación del servicio, dado que el 95% de las empresas está tratando sus aguas residuales, con tal de no aparecer en la lista señalada.

---

<sup>140</sup> Universidad Externado de Colombia. “Derecho de aguas”. Tomo III. Calle 12 No. 1 – 17 Este, Bogotá. Primera edición agosto de 2007. José Francisco Manjarrés Iglesias y Erika Bibiana Pedraza Guevara. “Regulación de la calidad de los servicios de acueductos y alcantarillado”. pp. 72 - 73.

**b) CASO DE ARGENTINA**

La CEPAL<sup>141</sup> en el volumen I de su informe *“Participación privada en la prestación de los servicios de agua”*, indica en su recuadro 7 que:

*“Los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del área metropolitana de Buenos Aires dejan mucho que desear. Cuarenta y cinco por ciento de la población no tiene acceso al suministro de agua potable y 61% no cuenta con alcantarillado. Además, el 79% de las tuberías ha sobrepasado su vida útil, la tecnología en materia de tratamiento es obsoleto y sólo 15% de las conexiones tienen medidores; prácticamente todas las aguas servidas carecen de tratamiento. Además, la contaminación de las aguas, en especial de fuentes industriales, ha encarecido el costo del tratamiento del agua... **En 1989, el gobierno argentino inició un plan de profundas reformas económicas que se acompañaron de uno de los más amplios programas de privatización de América Latina.** El gobierno anunció su intención de negociar una concesión privada para los servicios de agua potable y alcantarillado en el área metropolitana de Buenos Aires. El objetivo consistía en lograr la participación del sector privado para ampliar la cobertura en un momento en que el presupuesto estatal no podía proporcionar un financiamiento suficiente. Se esperaba, asimismo, que la participación del sector privado aumentara la eficiencia” (p. 43).*

La crítica a este modelo es que, en el tema de la privatización, sólo ganan las transnacionales, en este sentido Lilia Guevara y Natalia Vera afirman:

*“Es posible que si los pobladores de Lomo de Corvina estuvieran informados de este hecho habrían dudado en movilizarse para exigir la privatización de Sedapal. La investigación realizada del Consorcio Internacional de Periodistas*

---

<sup>141</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

*contó con el apoyo del Centro para la Integridad Pública, y demostró que para Suez y Vivendi Environment de Francia y Thames Water de Inglaterra – las tres empresas de suministro de agua más grandes del mundo – **este líquido no es para beber, sino para lucrar. No en vano les llaman ‘los barones del agua’.***<sup>142</sup>

El aumento en los precios del servicio en Argentina ocasionó un serio enfrentamiento entre los Municipios y las personas que no podían cancelar el servicio. Hasta el extremo de que se pusieran candados en las fuentes públicas con el fin de que las personas no se abastecieran de las mismas, y se vieran obligadas a pagar los servicios. Además, de que el abastecimiento a través de fuentes públicas, riachuelos y otros medios no potables, ocasionaron un serio problema de salud, ya que varias personas fallecieron a causa del cólera por abastecerse de aguas no potables.

En este caso en particular estamos de acuerdo con Daniel Azpiazu, cuando afirma que:

*“42.- En suma, la experiencia privatizadora del servicio de agua y alcantarillado en el AMBA resultó por demás traumática en términos de los problemas que plantea la transferencia de la gestión al capital privado (más aún bajo las condiciones institucionales, normativas y regulatorias en las que se desarrolló, y a las usuales estrategias de las grandes transnacionales del agua). Sin duda, el agua potable y las cloacas no pueden ser consideradas simples mercancías sujeta a las “fuerzas del mercado” sino que constituyen derechos humanos esenciales – parte constitutiva y componente vital de la calidad de vida de la población -, que los estados deben garantizar”*<sup>143</sup>.

Debemos aclarar que existen modelos de operadores privados, en los cuales no se dan este tipo de conflictos, como lo han demostrado las ASADAS,

<sup>142</sup> <http://www.voltairenet.org/En-la-privatizacion-del-agua-solo> (última visita 09/07/2019)

<sup>143</sup> <http://vertigo.revues.org/9730> (última visita 09/07/2019)

por ejemplo, las cuales han permitido al Estado costarricense alcanzar el 98% de cobertura nacional en la prestación del servicio de acueducto. Aunque en el tema de saneamiento seguimos sumamente retrasados, dado que únicamente contamos con un 3% de cobertura.

**c) CASO DE BOLIVIA**

El caso de Bolivia es un caso particular, por el problema que ocasionó el elevado coste económico de los servicios de abastecimiento poblacional, pero no es un caso único, en este sentido:

*“La privatización del agua fue sólo una de las muchas privatizaciones que el Banco Mundial impulsó en Bolivia. Otros bienes públicos como las aerolíneas, los ferrocarriles y la electricidad, también fueron privatizados. Sin dinero y profundamente endeudados, rara vez, país como Bolivia, rechazan las imposiciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, porque no quieren ver que les son negados créditos y ayuda internacional ... **El fracaso de la privatización del agua guarda otra advertencia para los gobiernos que siguen este mismo esquema.** Bechtel está determinada a que el gobierno boliviano pague por la cancelación del contrato. En el 2001, Bechtel presentó una demanda por 25 millones de dólares por la pérdida de futuras ganancias por la cancelación del contrato. Desgraciadamente las leyes de comercio y la inversión internacional se están volviendo más rígidas dentro de la Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS). En estas negociaciones las necesidades de las corporaciones y sus beneficios están por encima de la democracia y la soberanía. Si la corte de arbitraje del Banco Mundial decide tomar 25 millones de dólares de uno de los países más pobres y endeudados del hemisferio para dárselo a Bechtel, podría ser una señal de advertencia para*

*los gobiernos alrededor del mundo si quieren firmar esta clase de contratos”<sup>144</sup>.*

Con respecto al caso particular de Bolivia debemos recordar que, en el año 1999 el gobierno boliviano había dado en concesión por 40 años, la administración del servicio de abastecimiento de agua, con unos términos de contrato tan nefastos que en cuestión de meses se levantó la población, en lo que se denominó la “*Guerra del agua*”. La misma se dio principalmente en la zona de Cochabamba, lo que culminó en abril del año 2000 con la derogación del contrato, después de siete días de paro en la ciudad y fuertes protestas en las calles.

Sobre el derecho al agua y a la alimentación, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, afirma:

**“Artículo 20. I.-** *Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.*

**II.-** *Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.*

**III.-** *El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a la ley.”*

Además, dicha Constitución afirma:

---

<sup>144</sup> <https://studylib.es/doc/8519632/texto-completo---revista-monfrag%C3%BCe> (última visita 09/07/2019)

**“Artículo 30. I.-** Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

**II.-** En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

**1.-** A existir libremente.

**2.- A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.**

**3.-** A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.

**4.-** A la libre determinación y territorialidad.

**5.-** A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

**6.-** A la titulación colectiva de tierras y territorios.

**7.-** A la protección de sus lugares sagrados.

**8.-** A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

**9.-** A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.

**10.- A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.**

**11.-** A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.

**12.- A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.**

**13.- Al sistema de salud universal y gratuita que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.**

*14.- Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.*

*15.- A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.*

*16.- A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.*

*17.- A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.*

*18.- A la participación en los órganos e instituciones del Estado.*

...

*III.- El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.”*

Vemos que la protección que otorga el Estado Boliviano a sus poblaciones indígenas es sumamente amplia, tanto así que constitucionalizó el proceso de consulta, y estableció parámetros mínimos para realizar proyectos, obras o actividades en sus territorios. Aun así, se considera que falta mucho trabajo para lograr una eficiente protección de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido la UICN – Sur señaló:

*“A partir de la Cumbre del Milenio, cuando los jefes de estado de los países participantes se adhirieron en el 2000, a los denominados Objetivos y Desarrollo del Milenio con sus respectivas metas e indicadores, la situación de los Pueblos Indígenas no estuvo directamente abordada. En revisiones*

*realizadas del 2006 al 2008 en el secretariado del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas, se ha cuestionado que los reportes de evaluación de las metas del milenio no presentan datos desagregados que reflejen la situación de los Pueblos Indígenas.”<sup>145</sup> (p. 7)*

Sobre este particular Ivette Vallejo<sup>146</sup>, señala:

*“El tratamiento de indicadores con pertinencia cultural para Pueblos Indígenas ha girado en los eventos regionales e internacionales sobre distintos ejes temáticos o tópicos de discusión, entre ellos, bienestar social, conocimiento tradicional, diversidad biológica, protección y usufructo de los recursos naturales, desarrollo sostenible, seguridad y soberanía alimentaria (del Val, et al, 2008:5). Se han conformado también grupos de trabajo sobre indicadores de los Pueblos Indígenas sumándose otros tópicos como desarrollo social, salud reproductiva, salud en general, sistemas jurídicos y derecho indígena, demografía, medio ambiente, lenguas y diversidad lingüística, educación y empleo.” (p. 9)*

Además, Ivette parafraseando a José Del Val, Myrna Cunningham y otros, afirma:

*“Conforme se ha expresado en distintos escenarios de discusión, sobre el tema, el punto de partida consensuado para la formulación de un marco conceptual de indicadores sobre los Pueblos Indígenas debe estar basado en los derechos humanos. En los distintos foros de discusión sobre el tema de indicadores culturales, quizás la reunión de Bilwi realizada en Nicaragua ha*

---

<sup>145</sup> Proyecto “Mejorando los medios de vida de los Pueblos Indígenas alto - andinos, a través del fortalecimiento de la seguridad de la tenencia de la tierra y el acceso a los recursos naturales en Bolivia y Perú”. SÍNTESIS CONCEPTUAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INDICADORES CULTURALES DE BIENESTAR DE PUEBLOS INDÍGENAS ALTO-ANDINOS Elaborado por: Ivette Vallejo (Coordinadora de Proyecto) UICN-Sur Mayo, 2009. [http://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/SíNTESIS\\_CONCEPTUAL\\_INDICADORES\\_CULTURALES\\_DE\\_BIENESTAR.pdf](http://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/SíNTESIS_CONCEPTUAL_INDICADORES_CULTURALES_DE_BIENESTAR.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>146</sup> Ídem.



*sido aquella que ha posicionado de forma más enfática parámetros etnopolíticos que deberían considerarse, como el reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos, la espiritualidad de los pueblos, el acceso a educación, tierra y territorio y a los recursos existentes, el reparto justo y equitativo de los beneficios generados del uso del patrimonio colectivo y así mismo el enunciar que como marco conceptual regulatorio del bienestar indígena debería asumirse a la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.”<sup>147</sup> (p. 11)*

En este sentido Del Val et al, señalan:

*“La falta de un aparato crítico sobre el concepto de desarrollo es evidente en los antecedentes mismos de las propuestas que los pueblos indígenas presentaron en el Foro para discutir la elaboración de indicadores, pues en ellas adquirió mayor importancia la construcción misma de estos instrumentos y la identificación de los distintos campos de interés para su aplicación, que la discusión del marco conceptual que les debería dar sentido. De esta manera, el abordaje de los indicadores se asumió como un arte instrumental relevante en sí mismo, en lugar de precisar un punto de partida que marcara la diferencia respecto a las concepciones internacionales del desarrollo globalizador.*

*Desde la reunión de Bilwi hasta la de Mindoro Oriental, pasando por las de Ottawa, Quito y Nairobi, fue poca la atención que se prestó a la problematización del desarrollo como tal. Bajo esta mirada, el interés de generar indicadores surgió en el contexto de reuniones dedicadas a tratar el bienestar social, el conocimiento tradicional, la diversidad biológica y el desarrollo sostenible, así como el derecho a la alimentación, la producción de alimentos y la soberanía alimentaria.*

*Por supuesto, la diversidad de enfoques e intereses que prevaleció en esta primera ronda de discusiones no puede verse sino como el inicio de un largo*

---

<sup>147</sup> Op. Cit.

camino por el que es necesario transitar y reflexionar. La reunión realizada en Bilwi, por ejemplo, nos brinda un primer acercamiento a **parámetros etnopolíticos que deberían guiar una concepción indígena del desarrollo** al plantear que, a diferencia de otras propuestas, el bienestar social de los pueblos indígenas debe considerar los siguientes aspectos:

- El reconocimiento y ejercicio pleno de los derechos colectivos.
- Estar relacionado con la salud espiritual de los pueblos (ambiente de armonía, sin tensiones ni ruidos).
- Contemplar el acceso a la educación, a la tierra y al territorio, a los recursos existentes.
- Promover el reparto justo y equitativo de los beneficios generados del uso del patrimonio colectivo.
- Plantear el mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos.
- Asumir la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU como el marco conceptual y regulatorio del bienestar indígena.”<sup>148</sup>

Concluye Ivette que:

“En términos generales en los últimos años, se han propuesto distintos campos temáticos, y formulado variables para la construcción de indicadores culturales de bienestar para Pueblos Indígenas, sin embargo, su operativización en parámetros de medición cuantitativa y cualitativa es todavía incipiente. Igualmente, aún falta desarrollar indicadores para analizar la situación de Pueblos Indígenas en espacios alto-andinos, amazónicos, llanura, etc. que combinen la evaluación de la incidencia práctica del reconocimiento de derechos en sus condiciones de vida, como el bienestar según su cosmovisión y expectativas de desarrollo. En relación a los Pueblos

---

<sup>148</sup> Del VAL et al. (2008). “Los Pueblos Indígenas y los indicadores de bienestar y desarrollo. ‘Pacto del Pedregal’. Informe Preliminar”, VII Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Organización de las Naciones Unidas. Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva York, Estados Unidos, 23 de abril del 2008. p. 29 <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/eventos/IXeieg/doctos/30deseep/sesion%204%20b/informe.pdf> (última visita 03/08/2017)

*Indígenas alto-andinos no se han elaborado aún indicadores que permitan evaluar sus condiciones de vida y su nivel de bienestar, o de vulnerabilidad frente a cuestiones como el cambio climático, ni tampoco indicadores que permitan evaluar sus prácticas de adaptación a los cambios sociales, económicos y ambientales.”<sup>149</sup> (p. 12)*

Instrumento importante realizado por el Estado Boliviano, es la constitucionalización del proceso de consulta, pero requiere de políticas que permitan un acceso al agua potable y al saneamiento eficiente y eficaz, que permita a las partes tomar acuerdos ajustados a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas.

#### **d) CASO DE ECUADOR**

Si bien es cierto Ecuador no escapa a los problemas en cuanto al tema de la distribución del recurso hídrico, sobre este particular, en su documento denominado “*Mala distribución del agua en Ecuador*”, Achi Vara Gonés afirma:

*“Ecuador es uno de los países con mayores reservas de agua en América del Sur. Sin embargo, **existen problemas graves con la distribución de este elemento. La mayor parte del recurso está concentrado en manos de unos pocos: exportaciones agrícolas y grandes haciendas. Esto se debe a que, para poder competir en el mercado internacional, el gobierno destina más agua a cosechas con fines de exportación.** Sin embargo, la producción de alimentos destinados al consumo nacional a la que se dedican pequeños agricultores cuenta con una cantidad mucho más baja con la que regarse. Esta inequidad provoca graves consecuencias tanto en el medio ambiente como en la calidad de vida de muchas personas”<sup>150</sup>.*

---

<sup>149</sup> Op. Cit.

<sup>150</sup> <http://notinaturaleza.blogspot.com/2012/12/contaminacion-del-agua.html>  
09/07/2019)

(última visita

Debemos señalar que Ecuador incorpora en su Constitución del 2009, una norma que consideramos relevante en el tema de gestión integrada del recurso hídrico, en su capítulo segundo denominado *Derechos del buen vivir*, artículos 12 y 13 establece:

***“Art. 12. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.***

***Art. 13. Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales.***

***El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria”<sup>151</sup>.***

Por último, es importante indicar que la Constitución ecuatoriana del 2009, obliga al Estado de Ecuador a velar tanto por la calidad como por la cantidad del recurso hídrico, dando rango constitucional a la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano (art. 411), los cuales se consideran prioritarios con respecto al uso y aprovechamiento para dichas actividades, además que obliga a incluir la **VARIABLE ECOSISTÉMICA** en el tema de su planificación, regulación y control (art. 412).

## **2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LOS TERRITORIOS Y LA SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COSTARRICENSES**

En el presente apartado analizaremos el tema del acceso a la salud de los pueblos indígenas costarricenses, la protección ambiental, el acceso al agua potable y al saneamiento en sus territorios, para lo cual haremos uso de una serie de gráficos diseñados a partir de distintos censos, dando mayor énfasis al censo

---

<sup>151</sup> [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp\\_ecu-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf) (última visita 09/07/2019)

poblacional del 2011 realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).

## **A) VARIABLE INDÍGENA EN COSTA RICA**

Es importante ver como el tema de las poblaciones y los territorios indígenas, ha logrado un gran auge y preponderancia en los últimos años, tanto a nivel internacional como nacional. Se han realizado múltiples estudios en relación con dichas poblaciones y territorios, generando importantes resultados, mismos que deben ser eje central de las políticas públicas y de las instituciones del Estado costarricense. Por lo que a continuación se analizarán algunos informes y censos, nacionales y regionales, con el fin de determinar la situación actual de las personas y los territorios indígenas costarricenses, fundamentalmente desde los ejes salud, acceso al agua para consumo, acceso al saneamiento y protección ambiental.

### **(1) SITUACIÓN POBLACIÓN INDÍGENA SEGÚN CENSO DEL AÑO 2000**

El Programa de Regulación de Catastro, Ley No. 8154<sup>152</sup>, determinó que las poblaciones indígenas costarricenses se ubican en un área total de 334.447 hectáreas. Además, demostró que en la zona Pacífico de Costa Rica, prácticamente los 15 TTII se encuentran usurpados por personas no indígenas. Lo que ocasiona roces y conflictos en dichas zonas, entre propietarios y/o

---

<sup>152</sup> Ley No. 8154 del 27 de noviembre del 2001, denominada: "Aprobación del Convenio de Préstamo No. 1284/OC-CR 'Programa de Regularización del Catastro y Registro', entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo", establece en su artículo primero: "**Aprobación.** Apruébese el Contrato de Préstamo N° 1284-OC/CR, suscrito en Washington, distrito de Columbia, Estados Unidos de América el 1º de febrero de 2001, entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Gobierno de la República de Costa Rica, por un monto hasta de sesenta y cinco millones de dólares estadounidenses sin centavos (US \$65.000.000,00) para ejecutar un "**Programa de Regularización del Catastro y Registro**". Como parte integrante del Contrato, se aprueban las Normas Generales, el Anexo A (Programa de Regularización del Catastro y Registro), el Anexo B (Procedimiento de Licitaciones) y el Anexo C (Procedimiento para la Selección y Contratación de Firms Consultoras o Expertos Individuales), cuyos textos se anexan y forman parte integrante de esta Ley."

adquirientes no indígenas y personas indígenas. Un ejemplo claro es el caso de Salitre de Buenos Aires Puntarenas, en este sentido Albert Marín señala:

*“Indígenas de Chinakicha y Salitre de Puntarenas luchan por recuperar las tierras que han perdido por engaños y violencia por parte de los ‘blancos’, como llaman a quienes no son parte de sus comunidades. En el país, sólo 34.000 (32%) de los 104.000 [indígenas] habitan en los 24 territorios indígenas, decretados en el territorio nacional.”<sup>153</sup>*

Conflictos que se dan en prácticamente la mayoría de los TTII creados por el Estado costarricense, principalmente por su conformación poblacional, en este sentido la OPS con bases de datos obtenidos del INEC, señala que las personas indígenas se encuentran distribuidas de la siguiente manera: dentro de los territorios indígenas habita el 42,3%, en la periferia un 30,7% y en el resto del país un 27%.

Por otra parte, la OPS con respecto a pueblos tribales – *aún y cuando dicho concepto no aplica para el caso costarricense* – señala en el informe que:

**“Pueblo indígena miskito de Costa Rica.** Hay carencia de estudios formales al respecto, sin embargo, referencias empíricas (Guevara: 2000, Castañeda/Tenorio: 2001) indican que existen entre 2.000 a 3.000 personas. Son Miskitos inmigrados entre 1981 y 1990 de la Costa Atlántica de Nicaragua y que habitan en los distritos de Pavas, Uruca, y Hospital; específicamente, en Finca San Juan en Pavas, La Carpio de La Uruca. También hay grupos dispersos en Guanacaste, Playas del Coco, cerca de Herradura, Barra del Colorado, La Cruz, Heredia, Puntarenas y Limón. Se ocupan principalmente en labores de construcción, servicios domésticos, operarios de fábricas, comerciantes informales, guardas en empresas y barrios de la capital. **Ya hay una generación de indígenas miskitos**

---

<sup>153</sup> <https://archivo.argentina.indymedia.org/print.php?id=869128> (última visita 11/07/2019)

***nacidos en Costa Rica que inclusive mantienen su lengua miskita y cultura, por otro lado, hay miskitos de la tercera edad que únicamente hablan miskito.***<sup>154</sup>

Además, señala el informe:

*“Una parte de la población miskita está organizada en la Asociación de Misquitos en Costa Rica (AMIRCOR). La iglesia Morava agrupa unos 200 miskitos en la Finca San Juan (Pavas), donde ofrece servicios religiosos en lengua miskita; otro grupo de alrededor de 60 personas frecuentan la Iglesia Morava de San Francisco de Dos Ríos. También hay iglesias moravas para miskitos en Barra del Colorado, Limón. Entre los problemas que enfrenta el pueblo miskito están la condición migratoria, inaccesibilidad a los servicios sociales del Estado, xenofobia, la erosión de su cultura, la carencia de escuelas bilingües y la pérdida de su idioma y tradiciones.*”<sup>155</sup>

Por último, el informe concluye:

*“Las poblaciones indígenas actuales, herederas de ricas tradiciones culturales, mantienen diversos grados de conservación de las respectivas culturas, la cosmovisión, tradiciones e idioma. Los datos del censo del año 2000 indican que, en promedio, el 58% de los indígenas dentro de los territorios indígenas hablan la lengua indígena; y los que mejor conservan su lengua son los ngöbes, cabécares, malekus y bribris. Los teribes y borucas tienen una proporción mínima de hablantes, entre tanto, entre los chorotegas y huetares (que fueron aniquilados física y culturalmente durante las primeras etapas de la conquista) no registran hablantes del idioma y están muy incorporados al campesinado nacional.*”<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. “Desarrollo y Salud de los pueblos indígenas de Costa Rica”. (p. 9, párr. 2)

<sup>155</sup> Ídem p. 9, párr. 3.

<sup>156</sup> Ídem p. 14, párr. 3.

Como bien se indicó supra, dicho concepto de “poblaciones tribales” no aplica al caso costarricense, dado que, no son reconocidos en el país, si es importante tenerlos como parámetro de estudios, para tomar en cuenta dichas poblaciones en las políticas administrativas o legislativas generales que les puedan afectar.

## **(2) SITUACIÓN POBLACIÓN INDÍGENA SEGÚN ESTUDIO DE LA OPS Y EL MINISTERIO DE SALUD DEL 2003**

La Organización Panamericana de la Salud y el Ministerio de Salud, en su informe “*Desarrollo y salud de los pueblos indígenas de Costa Rica*” del año 2003, señalan:

*“La salud es un asunto social, económico, y político, y sobretodo es un derecho humano fundamental. **La desigualdad, pobreza, explotación, violencia e injusticia están a la raíz de la mala salud.***

*En este sentido, y como lo aconseja la iniciativa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas de la Organización Panamericana de la Salud OPS/OMS, **es de vital importancia conocer los perfiles de los pueblos indígenas, su ubicación en territorios nacionales, su estructura poblacional, el tipo de asentamientos en que viven, sus tradiciones y cultura, sus niveles de educación, a efectos de coadyuvar su salud y desarrollo.**”<sup>157</sup>*

Además, el citado informe de la OPS señala:

***“El IX Censo Nacional de Población del año 2000 tomó en cuenta por vez primera la variable étnica basándose en la metodología de AUTORECONOCIMIENTO o AUTOADSCRIPCIÓN a los más significativos grupos***

---

<sup>157</sup> Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. (2003) “Desarrollo y Salud de los pueblos indígenas de Costa Rica”. San José, Costa Rica. OPS. (p. 6, párr. 1 y 2)



**étnicos que conforman la diversidad cultural del país.** *El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) revela que a esa fecha el componente indígena en la población costarricense ascendió a 63.876 personas, cifra que representaba el 1,7% de la población nacional. Se identificó que el 51,5% son hombres y el 48,5% mujeres y que el 79% reside básicamente en la zona rural, es decir, 4 de cada 5 indígenas se encuentran en áreas rurales (SOLANO / INEC: 2001).<sup>158</sup>*

Por otra parte, reconoce el informe:

*“La población indígena está muy dispersa, llamó la atención que sólo 27.032 personas (42,3%) se les ubicó en los territorios indígena...; las restantes 36.844 personas (57,7%) están asentadas fuera de los territorios indígenas. Además, el 30,7% de la población indígena habita en áreas de la periferia de los territorios indígenas y el 27% en áreas más distantes de [los territorios] o resto del país.”<sup>159</sup>*

En este sentido debemos indicar que no es tan cierto que por primera vez en el año 2000 se tomara la variable étnica en los censos costarricenses, dado que hasta 1950 se censaba en una forma prejuiciosa, sobre esta particular Guiselle Chang Vargas, Marcos Guevara Berger, Omar Hernández Cruz y Carmen Murillo Chaverri señalan:

*“... Los censos realizados en años posteriores a 1964 incluyen el registro de población extranjera residente en el país, y algunos de ellos consideran la composición étnica de la población, aunque varían los criterios para su definición. Por ejemplo, el Censo de 1927 cuenta con datos sobre clasificación racial para cada una de las personas censadas. En esta oportunidad, se solicitó la ubicación del entrevistado en alguna de las siguientes categorías: blanco, mestizo, negro, indio, mulato o amarillo.*

---

<sup>158</sup> Ídem p. 6, párr. 2.

<sup>159</sup> Ídem p. 6, párr. 3.

*Además, se indagó sobre la ciudadanía costarricense o extranjera, en cuyo caso se inquirió solamente sobre el año y punto de ingreso al país, sin detallar los lugares de procedencia. De manera complementaria, este censo contempla la lengua materna.*

*En el Censo de 1950 también se incluye una consulta sobre la composición racial de la población, aunque los criterios varían. Al igual que en la consulta censal anterior, se le denomina “color o raza” y se mantiene el ítem de “amarillo” e “indígena”; sin embargo, se incluye la posibilidad de seleccionar la categoría “otros”; se elimina la denominación “mulato”, mientras que la de “mestizo” fue fundida en el mismo ítem que los llamados “blancos”, a pesar del sesgo que esto puede inducir.”<sup>160</sup>*

Continúan indicando Chan y otros:

*“Además de los antecedentes históricos de la medición de la diversidad cultural en Costa Rica, es necesaria una breve mención de la experiencia censal al respecto desarrollada en otros países latinoamericanos. En este sentido, llama la atención los diferentes tipos de variables e indicadores utilizados. Así, encontramos que en los censos nacionales de México (1990), Paraguay (1990), Perú (1993), Belice (1991), Guatemala (1993), Bolivia (1992), Ecuador (1992), Nicaragua (1993), Honduras (1988) y Colombia (1993 y 2000), se establece una relación directa entre la pertenencia étnica y la lengua o lenguas habladas. Mientras que en Chile (1992) y en Panamá (1990) las preguntas sobre la adscripción étnica se refieren directamente al grupo de pertenencia, cuyas opciones son explicitadas por el encuestador. En algunos censos las preguntas sobre la lengua se remiten a la lengua que hablan en el grupo familiar (Bolivia 1992, Ecuador 1992 y Paraguay 1990). En otros países, a la lengua en el que el informante aprendió a hablar o lengua materna (Guatemala 1993, Perú*

---

<sup>160</sup> Museo Nacional de Costa Rica, Revista de Antropología. Revista Vínculos, Vol. 26 No. 1 – 2. (2001). Guiselle Chan Vargas y otros. «Cuantificar la diversidad cultural: La experiencia del censo del año 2000 en Costa Rica ».2001, p. 4. ISSN: 0304 – 3703.

1993, Paraguay 1990 y Nicaragua 1993) y, por último, en los censos de cuatro países se pregunta escuetamente por el idioma hablado (México 1990, Belice 1991, Bolivia 1992 y Honduras). Entre las consultas censales, destaca la de Guatemala (1993), por contemplar la adscripción a determinados grupos, las lenguas indígenas que habla, si habla español y se cuestiona, además, sobre el uso del “traje maya”. En suma, la experiencia censal sobre la diversidad cultural en América Latina contempla la autoidentificación, el idioma hablado y otras características como la vestimenta, pero dentro del panorama general prevalecen principalmente las preguntas sobre la lengua como correlato de la pertenencia étnica.”<sup>161</sup>

En este sentido es importante indicar que tal vez, la novedad en el censo del año 2000 de la Organización Panamericana de la Salud y el Ministerio de Salud, fue el dato arrojado en cuanto a las variables de autoreconocimiento y autoadscripción, ya que se determinó que entre más alejados del territorio menos se autoadscriben a un grupo o etnia particular como se verá más adelante.

### **(3) SITUACIÓN POBLACIÓN INDÍGENA SEGÚN CENSO DEL INEC DEL 2011**

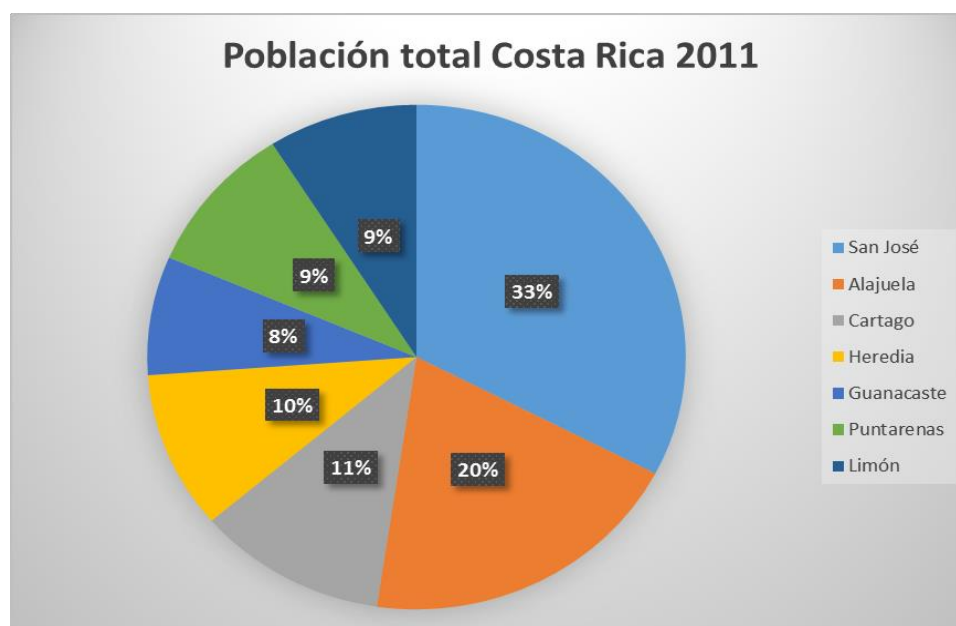
Los resultados arrojados por el censo del 2011 realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Costa Rica (INEC), nos permite visualizar datos más recientes con respecto al tema de la población total (*indígenas y no indígena*) de Costa Rica. En este sentido, es importante indicar que, los datos del INEC representados en el Cuadro No. 15 denominado “Costa Rica: Población total, población indígena y no indígena, según provincia y sexo”<sup>162</sup>, demuestran

---

<sup>161</sup> Ídem, p. 5.

<sup>162</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos (Costa Rica) X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda: Resultados Generales / Instituto Nacional de Estadística y Censos. 1 ed. San José, C.R.: INEC; 2011. 140 p. il. : 28 cm. Nota: Contiene cuadros, mapas y gráficos estadísticos ISBN: 978-9968-921-92-3 1. CENSOS DE POBLACIÓN. 2. CENSOS DE VIVIENDAS. 3. MIGRACIÓN. 4. DISCAPACIDAD. 5. EDUCACIÓN. 6. GUARDERÍAS INFANTILES. 7.

que la población total del país ha aumentado considerablemente. En forma general la población del país está distribuida por provincias, de la siguiente manera:



Fuente: Datos censo del INEC 2011.

[https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados\\_Generales\\_Censo\\_2011.pdf](https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados_Generales_Censo_2011.pdf) (última visita 09/07/2019)

En este sentido el INEC en dicho censo del 2011, nos señala que la población indígena con relación a la no indígena está distribuida por provincias de la siguiente manera:



Fuente: Datos censo del INEC 2011. [https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados\\_Generales\\_Censo\\_2011.pdf](https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados_Generales_Censo_2011.pdf) (última visita 09/07/2019)

Por su parte, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), en su documento “*Análisis del Desarrollo. Población Indígena en cifras. Costa Rica*”, abril del 2015, señala:

*“El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) efectuó el X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda, entre el 30 de mayo y el 3 de junio de 2011, en el cual se obtuvo información sobre los 24 territorios indígenas de nuestro país, en tanto ubicación geográfica, distribución de la población, indicadores demográficos y algunos otros que caracterizan a esta población de nuestro país. Se pretende incluir los aspectos más relevantes de la población indígena en Costa Rica que permita una caracterización general de la misma.*

***La población indígena de Costa Rica creció en 39% entre el Censo del 2000 y el Censo del 2011. El significativo crecimiento es de 40.267 personas, al pasar de 63.876 indígenas según el Censo del 2000 a una población de 104.143 en el 2011, de la que 51.709 son mujeres (49,7%) y 52.434 hombres (50,3%), y a nivel nacional el aumento fue del 1,7% al***

**2,4% de la población total del país que es de 4.301.712 habitantes. Asimismo, del total de la población que se auto-identifica indígena el 75,0% pertenece a algún pueblo y el 25,0% no pertenece a ningún pueblo.”<sup>163</sup>**

Como ya se indicó anteriormente, es importante señalar que entre más alejadas se encuentren las poblaciones de los territorios indígenas, menor es su autoidentificación con una etnia particular, aunque igual se siguen autoreconociendo como personas indígenas, en este sentido los datos del censo del 2011 del INEC nos señalan por provincias, las personas indígenas se autoreconocen y autoadscriben de la siguiente manera:



Fuente: Datos censo del INEC 2011.

[https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados\\_Generales\\_Censo\\_2011.pdf](https://www.cipacdh.org/pdf/Resultados_Generales_Censo_2011.pdf) (última visita 09/07/2019)

El Cuadro No. 16 “Costa Rica: Población indígena por pertenencia a un pueblo indígena, según provincia y sexo.”, arroja datos muy interesantes en cuanto a la distribución de dicha población por provincias, en este sentido el MIDEPLAN en el documento “Análisis del Desarrollo. Población Indígena en cifras. Costa Rica” citado, señala:

<sup>163</sup> [https://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/aa51c81c-85bd-443a-9b40-7538a6677b32/Serie\\_Costa\\_Rica\\_Poblacion\\_indigena\\_en\\_cifras\\_2015.pdf?quest=true](https://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/aa51c81c-85bd-443a-9b40-7538a6677b32/Serie_Costa_Rica_Poblacion_indigena_en_cifras_2015.pdf?quest=true) (última visita 07/10/2017, páginas 2 al 4)

*“El 46,6% del total de población indígena se ubica en territorios indígenas y el 53,4% se ubica en el resto del país, lo anterior de acuerdo con la información del censo 2011. Se destaca que de los que viven en territorios indígenas solo el 34,5% es población indígena y 12,1% no lo es. Esta información ubica más claramente donde se concentran los indígenas que viven en territorio propiamente indígenas.”<sup>164</sup>*

Cómo vemos la población indígena en Costa Rica es mínima, es decir, no son relevantes para los partidos políticos, lo cual la invisibiliza en torno a las políticas propuestas en sus planes de gobierno, lo que no permite que se emitan instrumentos eficientes en temas relevantes como el acceso a la salud, educación, agua potable y saneamiento entre muchas limitaciones de dichas poblaciones.

## **B) PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN TERRITORIOS INDÍGENAS COSTARRICENSES**

Con el fin de realizar un análisis comparativo, debemos señalar que el XXI Informe del Estado de la Nación, nos demuestra claramente un aumento desde el año 2005 al 2014 en la cantidad de hectáreas sometidas a pagos por servicios ambientales, en este sentido el resultado del censo señala:

---

<sup>164</sup> [https://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/aa51c81c-85bd-443a-9b40-7538a6677b32/Serie\\_Costa\\_Rica\\_Poblacion\\_indigena\\_en\\_cifras\\_2015.pdf?quest=true](https://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/aa51c81c-85bd-443a-9b40-7538a6677b32/Serie_Costa_Rica_Poblacion_indigena_en_cifras_2015.pdf?quest=true)  
(última visita 07/10/2017, página 5)

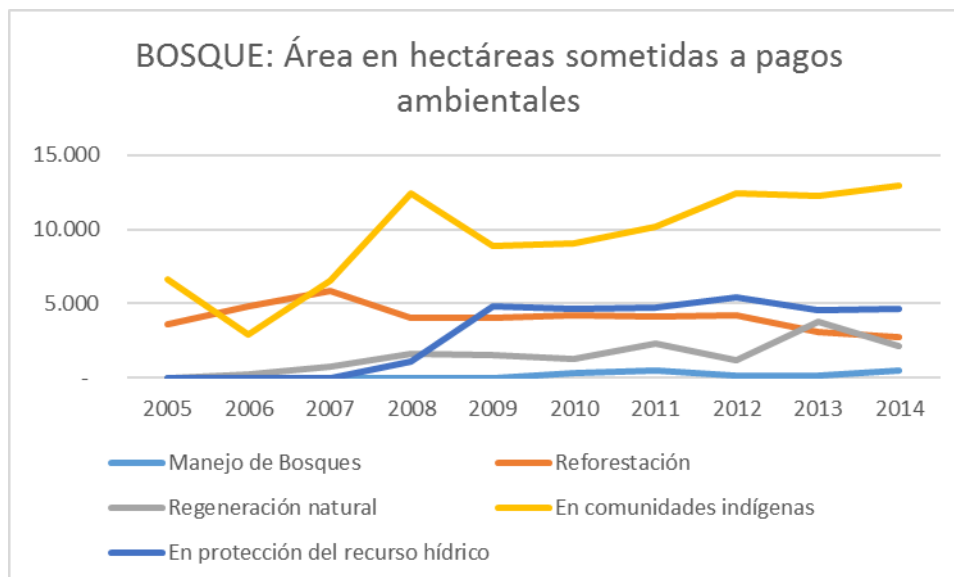


Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Vemos claramente que en las comunidades indígenas ese aumento ha sido considerable, mucho mayor que en el resto de los ítems analizados, en los cuales se determina claramente la constante es que se mantenga, e incluso algunas ocasiones, que disminuya esa protección.

Uno de los ítems que mayor disminución ha tenido, es el de Pagos por Servicios Ambientales, incluidos territorios indígenas y no indígenas. En este sentido, el XXI Informe del Estado de la Nación<sup>165</sup>, con respecto al pago por servicios ambientales en el territorio nacional, refleja una disminución de hectáreas, casi similares en el 2014 a las del 2006, periodo en el cual se ubicó por debajo de las 20,000 hectáreas protegidas:

<sup>165</sup> XXI Informe de Estado de La Nación, p. 383 visible en: <http://www.estadonacion.or.cr/21/assets/pen-21-2015-baja.pdf> (última visita 09/07/2019) El XXI Informe de Estado de La Nación aclara: "Área sometida a pago de servicios ambientales en comunidades indígenas Hectáreas totales incorporadas cada año al pago de servicios ambientales (PSA), en comunidades indígenas. Se corrige la serie y se incluyen todas las modalidades de PSA, ya que antes solo se incluía protección. Fuente: Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (Fonafifo)" p. 387





Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Lo que sí es una constante, y digno de resaltar, es que aún y cuando en el territorio nacional se da una disminución de la protección, en los territorios indígenas la situación es contraria, dado que vemos un aumento significativo y mantenido en el tiempo, superando las 10,000 hectáreas de áreas sometidas a Pagos por Servicios Ambientales, en este sentido el XXI Informe del Estado de la Nación afirma lo siguiente:

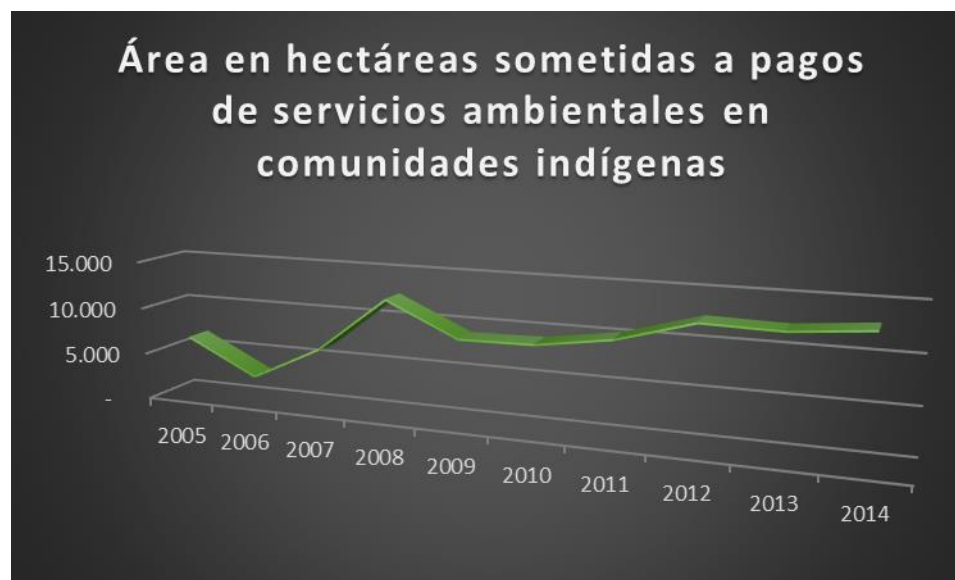


Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Nuevamente debemos reafirmar que la relación de las personas y los pueblos indígenas con la naturaleza es sumamente estrecha, y que es en dichos territorios donde mayor protección se da a la misma. Así también lo veremos a continuación con respecto al recurso hídrico.

### ***C) PROTECCIÓN DEL RECURSO HÍDRICO EN EL TERRITORIO NACIONAL***

Por ser el eje central de nuestra investigación, no podemos pasar por alto la situación actual del recurso hídrico en el país, de ahí que a manera general realizaremos un breve análisis de la situación actual del aprovechamiento del recurso en el territorio nacional.

Es importante hacer un análisis comparado en torno a los aspectos desarrollados por el XXI Informe del Estado de la Nación, por otro lado, dicho informe nos señala que se ha dado un incremento en el territorio nacional de la concesión de pozos legales perforados, superando los 15,000 pozos en el año 2014. Con respecto a dicha situación el informe indica:

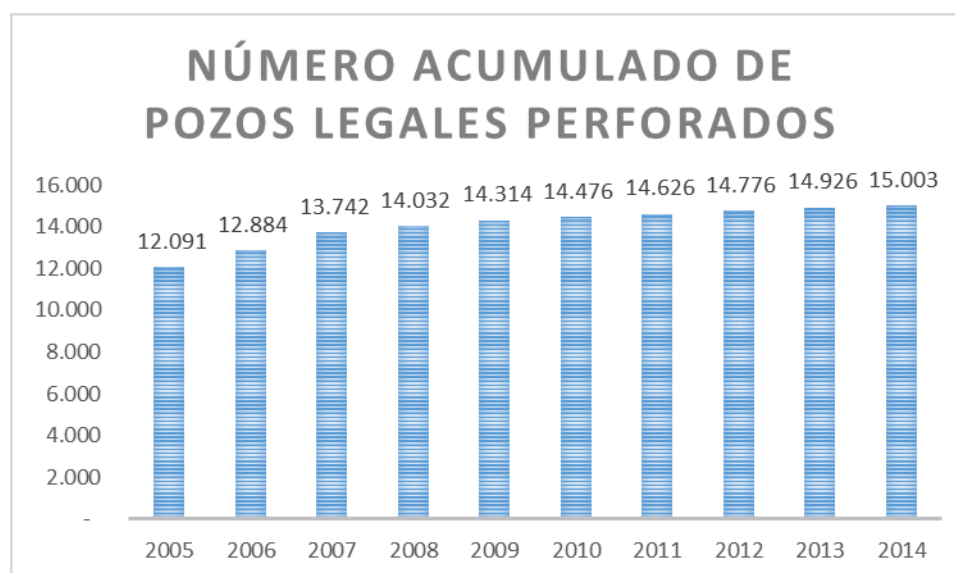


Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Por otro lado, está la situación de que la explotación del recurso hídrico en metros cúbicos, por medio de pozos legales perforados, ha disminuido dramáticamente desde el año 2005 al 2014, casi en un 800% el acceso al aprovechamiento de dicho recurso. Así el XXI Informe del Estado de la Nación afirma que de 59.950 m<sup>3</sup> aprovechados en el 2005, se disminuyó hasta 7.425 m<sup>3</sup> en el 2014.

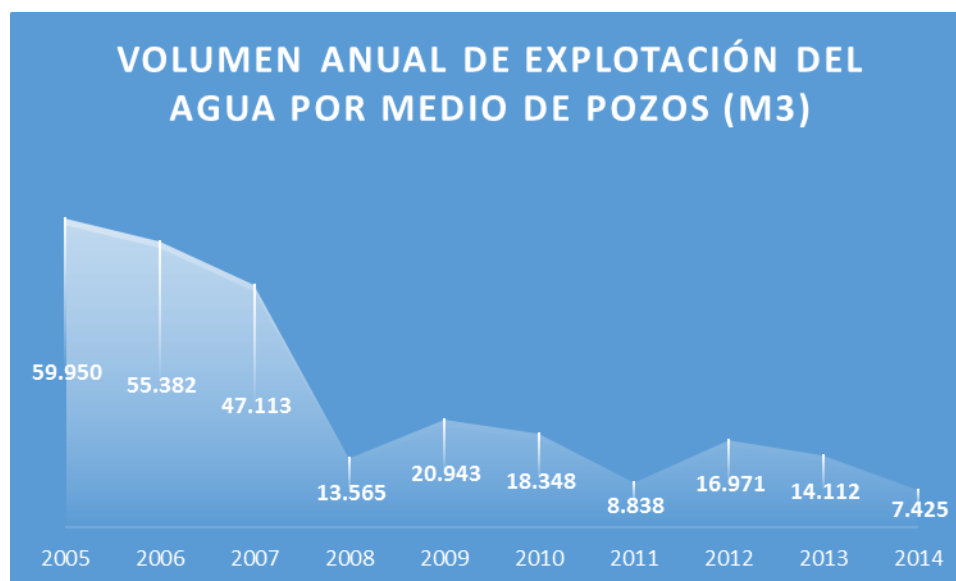


Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Situación que llama a tomar conciencia, dado que por un lado se da un aumento en la concesión de pozos y por el otro se da una disminución dramática del aprovechamiento del recurso hídrico. Ahora bien, volviendo al tema de nuestra investigación, analizaremos la situación actual de las poblaciones y las personas indígenas costarricenses.

#### **D) ABASTECIMIENTO POBLACIONAL DE AGUA POTABLE EN TERRITORIOS ÍNDÍGENAS**

El Laboratorio Nacional de Aguas de Costa Rica (LNA) en el año 2009, determinó que el país "... alcanzó la mayor cobertura histórica con agua para

consumo humano (ACH) por cañería (intradomiciliar), llegando a un 98% de la población, mientras que la calidad del agua pasó de 50 a 87,3% entre los años 1991 y 2009”<sup>166</sup>, lo cierto es que la mayoría de los territorios indígenas se encuentran actualmente entablando procesos jurisdiccionales y/o constitucionales para lograr un verdadero acceso al recurso hídrico para consumo humano, dado que no cuentan en algunos casos, con un eficiente acceso al servicio público de abastecimiento poblacional dentro de sus territorios, y ni qué decir del saneamiento.

En este sentido, el XXI Informe del Estado de la Nación, no da claridad con respecto al acceso al agua potable por parte de la población indígena, aun así, dicho informe señala:

*“En 2014 de nuevo los VECINOS fueron los **protagonistas de la protesta ambiental** (47%), seguidos por un conglomerado de OTROS ACTORES (comunidades indígenas, estudiantes, grupos religiosos, empresarios y otros) con 18%, los productores agropecuarios con 16% y GRUPOS AMBIENTALISTAS con 12%. pág. 201”<sup>167</sup>*

El XXI Informe del Estado de la Nación en cuanto al acceso al agua de calidad potable, señala que en el 2014 un 93% de la población nacional tiene acceso al mismo, con un aumento sostenido desde el 2005 en el cual el 82,2% tenía acceso.

---

<sup>166</sup> <http://www.aya.go.cr/Administracion/DocumentosBoletines/Docs/260410030759Boletin15.pdf> (última visita 15 de abril del 2015)

<sup>167</sup> <http://www.estadonacion.or.cr/21/assets/pen-21-2015-baja.pdf> (última visita 09/07/2019)



Gráfico realizado a partir del XXI Informe del Estado de la Nación página 387

Anteriormente hemos hecho referencia a que el porcentaje de la población indígena es similar al porcentaje de personas sin acceso al agua de calidad potable, debemos entonces preguntarnos: *¿Será que existe alguna relación entre ambos resultados?* Es una respuesta que no se logra determinar de los resultados obtenidos por el XXI informe del Estado de la Nación aquí citado, según el cual corresponde a la “Comisión interinstitucional para el seguimiento e implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, lo siguiente:

*“Como su nombre lo indica, el objetivo principal de esta Comisión es coordinar la implementación de las obligaciones internacionales del país en materia de derechos humanos, y fungir como promotora de la cooperación entre el Estado y la sociedad civil, para lo cual cuenta con la colaboración de grupos específicos de la sociedad y otros sectores como el académico y el de las ONG. Un resultado importante del trabajo de esta entidad es la elaboración de la “Política nacional para una sociedad libre de racismo, discriminación racial y xenofobia”, **cuya finalidad es mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas, afrodescendientes, poblaciones de migrantes y refugiados.** Para ello procura asegurar una serie de derechos básicos, como alfabetización, atención de la salud,*

*acceso a vivienda, trabajo digno y **acceso a agua potable**, entre otros, lo cual demanda una adecuada coordinación interinstitucional y el fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios y las entidades involucradas.” [Recuadro No. 5.10, p. 262]*

Continuando con el asunto del acceso al agua potable por parte de las poblaciones asentadas en territorios indígenas, el informe de la OPS afirma:

*“La disponibilidad y acceso al agua para consumo en las viviendas al interior de los territorios indígenas es muy crítico..., sólo el 38% tiene agua intradomiciliar, el restante 62% no tiene, de estos últimos, el 10% posee tubería fuera de la vivienda, un 3,2% la posee fuera de su terreno y el 40% no dispone de acueducto. Similarmente, en las viviendas fuera de las reservas indígenas, el 23% no dispone de agua intradomiciliar, cifra superior al 8% de la población no indígena que carece de este servicio.”<sup>168</sup>*

Condición que violenta flagrantemente los DDHHFF de dichos pueblos, y los pone en una condición de marginación, en clara indefensión y desigualdad con respecto al resto de la población, *¿Será que aquí se responde la pregunta que nos hacíamos sobre el porcentaje de personas sin acceso al agua y el porcentaje de las poblaciones indígenas en el país?* No podríamos adelantar una respuesta dado que un resultado se obtiene del XXI Informe del Estado de la Nación y el otro del estudio de la OPS/MS, pero sí podemos afirmar que las personas y los pueblos indígenas no cuentan con las mismas facilidades que el resto de la sociedad para acceder a los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario.

Como ya se indicó antes en el país se les consideraba a las personas indígenas como iguales al resto de la sociedad<sup>169</sup>, sin ningún tipo de distinción

<sup>168</sup> Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. *“Desarrollo y Salud de los pueblos indígenas de Costa Rica”*. (p. 16, párr. 1)

<sup>169</sup> Ley 7426. *Ley del día de las Culturas (12 de octubre)*. Del 23 de agosto de 1994. Establece que: **“ARTÍCULO 01.- Conmemoración.** Todos los años, se conmemorará el 12 de octubre como “Día de las Culturas”, para enaltecer el carácter pluricultural y multiétnico del pueblo

especial, lo que ocasionaba una enorme invisibilización de dichos pueblos y personas, con las excepciones señaladas por Guiselle Chang Vargas, Marcos Guevara Berger, Omar Hernández Cruz y Carmen Murillo Chaverri<sup>170</sup>, como se indicó anteriormente, el Instituto Nacional de Estadística y Censos en el año 2000, determinó que la variable étnica, desde el punto de vista del autoreconocimiento y la autoadscripción a una etnia, el componente indígena representaba el 1,7% de la población. Además, se determinó que su población ascendía a 63,876 personas, con un 51,5% hombres y un 48,5% mujeres, de los cuales 4 de cada 5 indígenas vivían en las zonas rurales.

El caso se complica aún más dado que corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA)<sup>171</sup>, a través de la Subgerencia de Gestión de Sistemas Comunales (SGSC), proponer y realizar proyectos de abastecimientos poblacionales en zonas indígenas, algunas de difícil acceso, que son onerosas para el Instituto, por lo que podría constituir una “*desmotivación*” para no cumplir con el mandato que establece el numeral 1 de su Ley Constitutiva, Ley No. 2726, siendo que dicha Subgerencia no cuenta con los recursos económicos suficientes, para hacerle frente a las necesidades de los pueblos indígenas, de ahí que consideramos debería ser el Instituto, a través de otras direcciones o subgerencias, quien destine recursos económicos para la construcción de tales obras.

---

costarricense. Se recordará, asimismo, el hecho histórico del arribo de Cristóbal Colón al continente americano. Los valores indígenas, europeos, africanos y asiáticos presentes en la composición de la idiosincrasia costarricense se exaltarán en los actos conmemorativos del Día de las Culturas. Se recordarán, en ese día, los lazos históricos y culturales que vinculan a las naciones de Hispanoamérica. Además, se estimulará la recuperación de los citados valores. **ARTÍCULO 2.- Respeto por las culturas en actos oficiales.** En esa fecha, durante los actos oficiales de conmemoración, se respetarán las diferentes culturas del país; siempre dentro del ordenamiento jurídico nacional. **ARTÍCULO 3.- Inclusión en programas educativos.** Los programas de estudio de primer y segundo ciclos deberán incluir todos los componentes culturales y étnicos, acordes con el carácter pluricultural y multiétnico del pueblo costarricense. **ARTÍCULO 4.- Ejecutores.** Los Ministerios de Educación Pública, de Gobernación y Policía y de Cultura, Juventud y Deportes se encargarán de ejecutar esta Ley”.

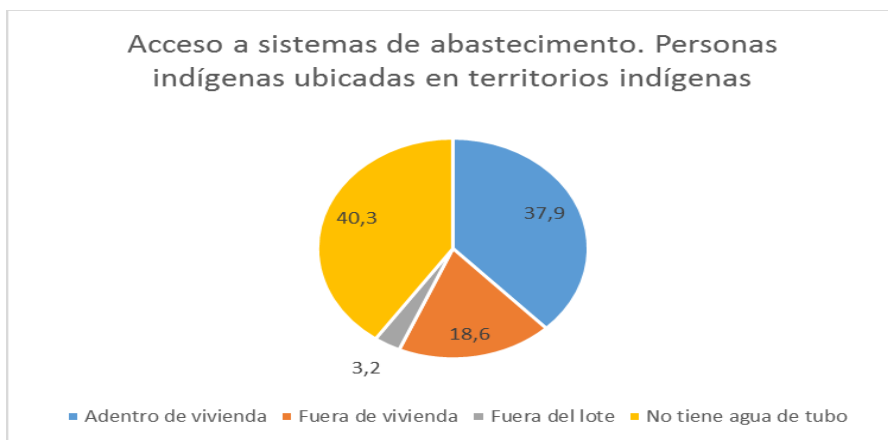
<sup>170</sup> Museo Nacional de Costa Rica, Revista de Antropología. Revista Vínculos, Vol. 26 No. 1 – 2. (2001). Guiselle Chan Vargas y otros. «*Cuantificar la diversidad cultural: La experiencia del censo del año 2000 en Costa Rica*». pp. 1 – 15. ISSN: 0304 – 3703.

<sup>171</sup> De acuerdo con el Transitorio II de la Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976, el nombre fue variado por "Instituto" puede abreviarse "A y A".

### (1) LOCALIZACIÓN DE TUBERÍAS DE AGUA EN VIVIENDAS INDÍGENAS

La Organización Panamericana de la Salud y el Ministerio de Salud de Costa Rica<sup>172</sup>, en su estudio determinan que existe un número considerable de familias indígenas, que no cuentan con sistema de abastecimiento dentro de sus respectivas casas de habitación, pero el mismo no se compara con el número de personas indígenas que no cuentan con dicho recurso en el resto del territorio nacional, o que deben buscar otras fuentes de abastecimiento para consumo humano. En este sentido la OPS con respecto al abastecimiento del recurso hídrico señala:

Personas indígenas ubicadas dentro de los territorios indígenas y que cuentan con acceso a sistemas de abastecimiento para consumo humano:

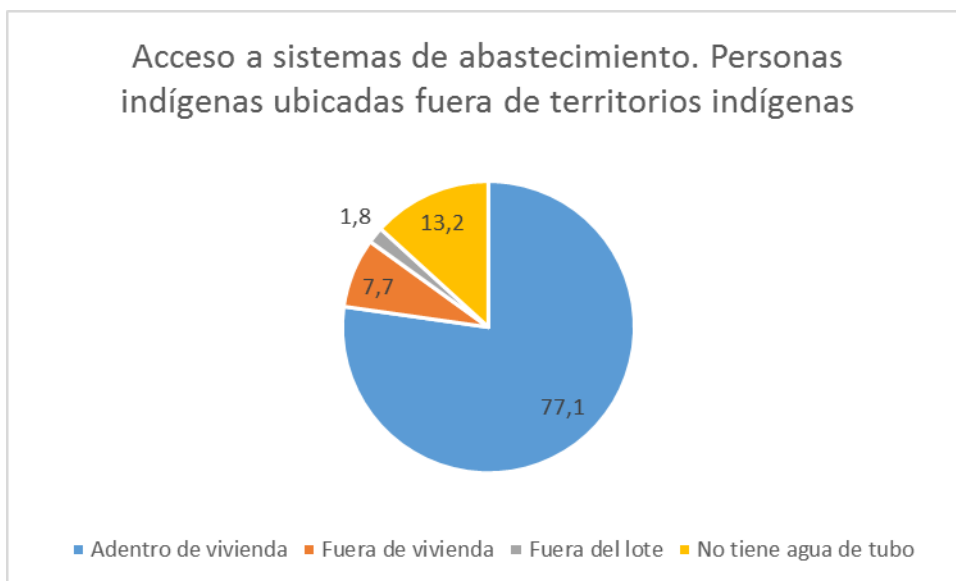


Fuente: CCP e INEC

Personas indígenas que habitan fuera de los territorios indígenas y que cuentan con acceso a sistemas de abastecimiento de agua para consumo humano:

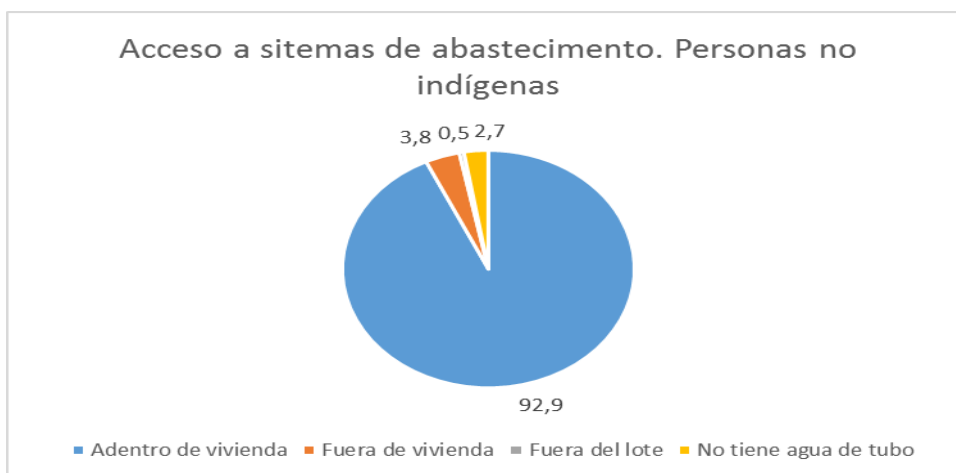
<sup>172</sup> Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. "Desarrollo y Salud de los pueblos indígenas de Costa Rica".





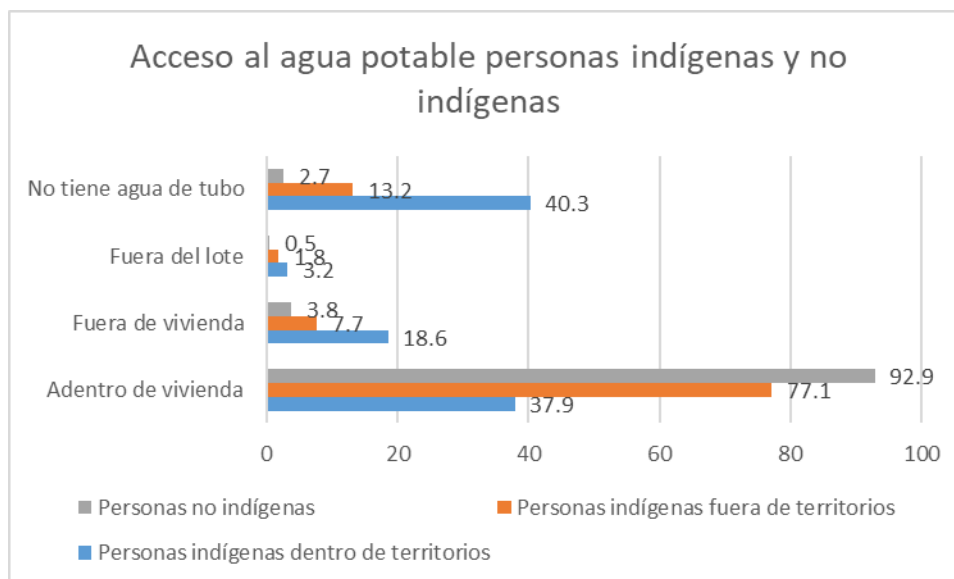
Fuente: CCP e INEC

Porcentaje de personas no indígenas que cuentan con acceso a sistemas de abastecimiento de agua para consumo humano:



Fuente: CCP e INEC

Relación porcentual entre personas indígenas que habitan dentro o fuera de los territorios y el resto de la población del país, con respecto al acceso a tuberías de agua para abastecimiento de consumo humano:



Fuente: CCP e INEC

La Organización Panamericana de la Salud, en el citado informe concluye:

*“Las fuentes de agua son ríos y quebradas (69%) y acueductos rurales (23%) según el Censo 2000. El VIII Informe del Estado de la Nación reporta que sólo el 46,5% de las viviendas dentro de los territorios se abastecen con agua por tubería dentro de la vivienda, pero únicamente el 29% proviene de acueducto. El promedio nacional de acceso a acueducto es del 92,0%.”<sup>173</sup>*

Situación que deja en condición de desigualdad a los pueblos y las personas asentadas en territorios indígenas con respecto al resto de la población y del territorio costarricense, ya que se demostró que un 37,9% de personas indígenas cuenta con sistema dentro de sus propiedades, y que un 40,3% de personas indígenas del todo no cuenta con sistema de abastecimiento.

Sobre este particular la resolución No. 70/169, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el septuagésimo periodo de sesiones, el

<sup>173</sup> Ibid. p. 16.

17 de diciembre de 2015, denominada “*Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento*”, exhorta a los Estados a que:

*“5.a) Garanticen la realización progresiva de los derechos humanos al agua potable y el saneamiento **para todas las personas de manera no discriminatoria eliminando al mismo tiempo las desigualdades de acceso, en particular para quienes pertenecen a grupos vulnerables y marginados, por motivos de raza, género, edad, discapacidad, origen étnico, cultura, religión y origen nacional o social o por cualquier otro motivo, con miras a eliminar progresivamente las desigualdades basadas en factores como la disparidad entre las zonas rurales y urbanas, la residencia en barrios marginales, el nivel de ingresos y otros factores pertinentes; ...”***

De ahí que el Estado costarricense tiene un enorme compromiso, de lograr que las poblaciones ubicadas en territorios indígenas tengan un mayor acceso al agua potable, y en la medida de lo posible, acceso al saneamiento, lo cual mejorará enormemente el tema de salud en dichas zonas.

## **(2) ACCESO AL SANEAMIENTO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

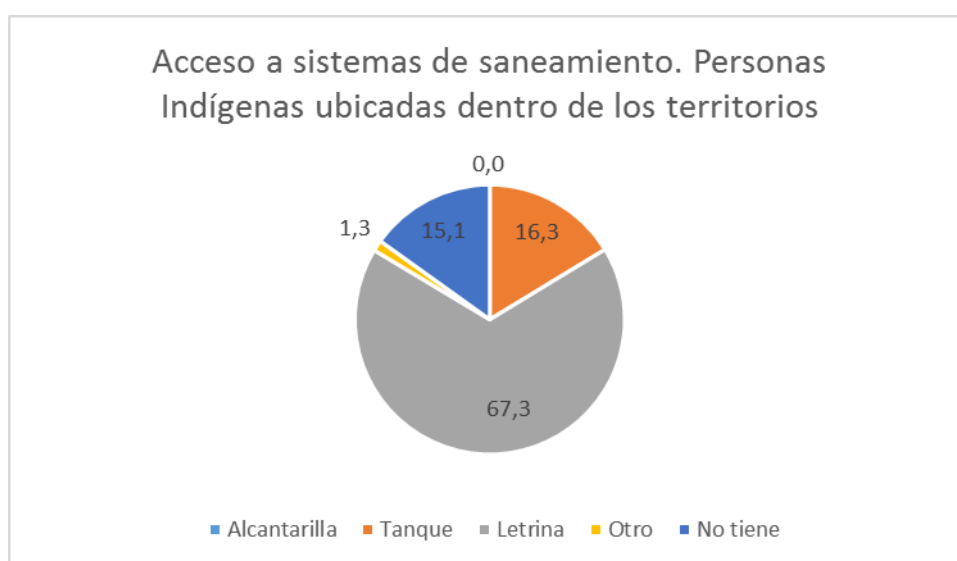
Si el acceso al agua potable por parte de las personas indígenas nos deja un enorme sin sabor y pesar, con muchísimo más razón el tema del acceso al saneamiento en dichos territorios, si bien es cierto el porcentaje de acceso en Costa Rica es prácticamente el 3%, en los territorios indígenas la situación es más compleja, en este sentido la OPS señala que: “*Sólo 21% de las viviendas tienen tanque séptico, proporción que contrasta apreciablemente con el resto del país (más del 90%) y 65% de las viviendas dentro de territorios tienen letrina, más bajo que el promedio nacional (97%).*”<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> *Ibíd.* p. 17.

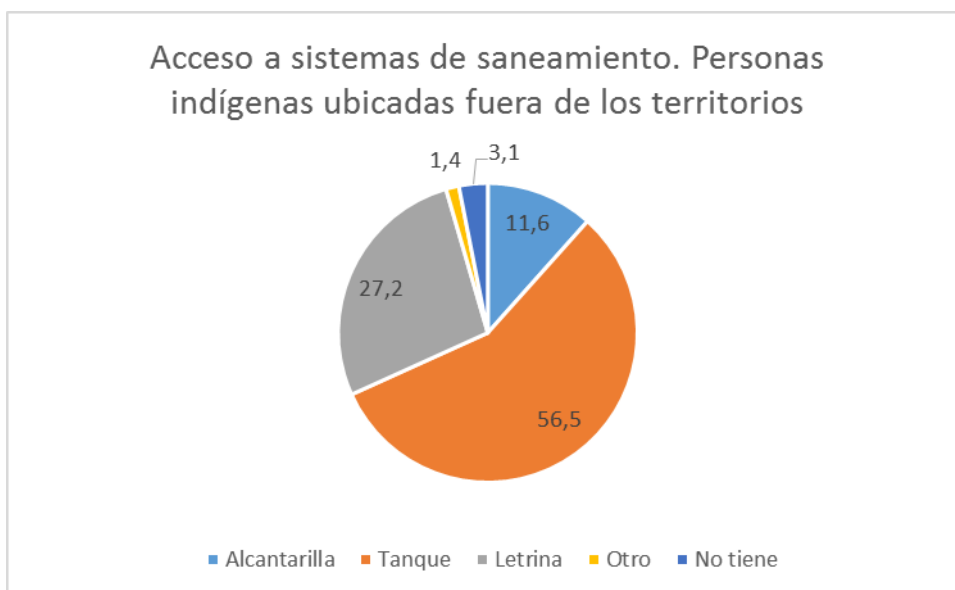
Para tener una idea más clara del asunto se procederá a comparar la situación de las personas indígenas que habitan dentro de los territorios y afuera de los mismos, con respecto al resto de la población nacional, en cuanto al acceso al saneamiento.

Acceso al saneamiento por parte de personas indígenas dentro de los territorios indígenas:



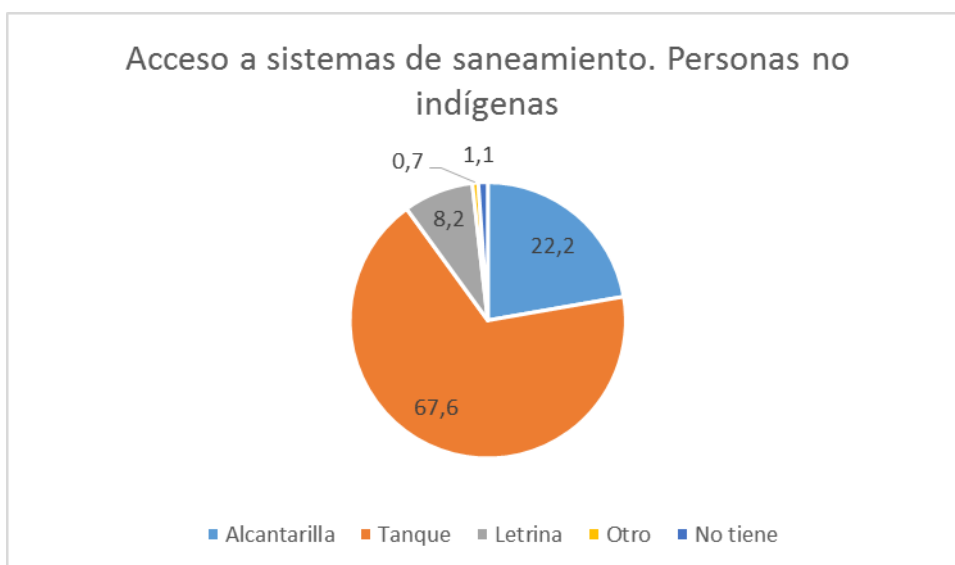
Fuente: CCP e INEC

Acceso al saneamiento por parte de personas indígenas fuera de los territorios indígenas:



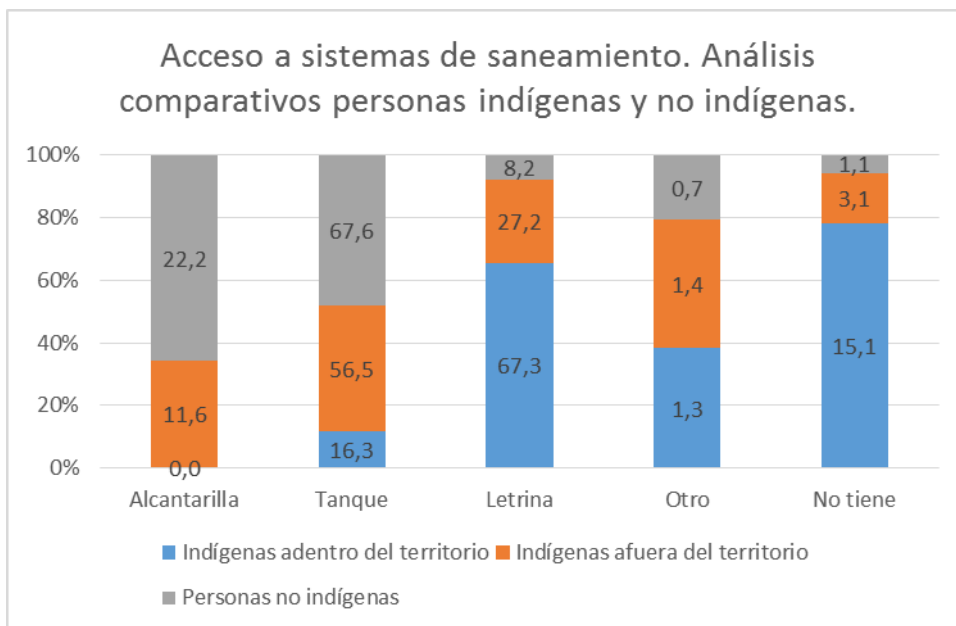
Fuente: CCP e INEC

Acceso al saneamiento por parte de personas no indígenas:



Fuente: CCP e INEC

Relación porcentual entre personas indígenas que habitan dentro o fuera de los territorios y el resto de la población del país, con respecto al acceso a sistemas de saneamiento y deposición:



Fuente: CCP e INEC

Es decir, se llega a la conclusión de que no existe el acceso a saneamiento mediante sistemas de recolección, ni tratamiento de aguas residuales dentro de los territorios indígenas.

De ahí que las condiciones de vida de las personas indígenas asentadas en los territorios indígenas no son fáciles, principalmente en cuanto al acceso al agua potable para consumo humano, y mucho menos con respecto al acceso al saneamiento. Además, queda claro que existe una enorme brecha entre las comunidades indígenas y el resto de las poblaciones no indígenas del territorio costarricense. Compartimos la conclusión de la Organización Panamericana de la Salud cuando afirma:

*“Es difícil concebir al indígena sin tierra, está ligado a su cosmovisión, su cultura, tradiciones, la vivienda y su subsistencia. Al respecto, parece evidente la siguiente correlación: ‘A mayor conservación del territorio le*

*corresponde una mejor protección y supervivencia cultural de los pueblos indígenas’.*<sup>175</sup>

Por lo que podemos hacer una breve reflexión en el sentido de que los pueblos indígenas, requieren de mayores inversiones en sistemas de acueductos y alcantarillados comunales, que les permitan mejorar su calidad de vida, con el fin de lograr una mayor igualdad con respecto al resto de la población costarricense.

---

<sup>175</sup> *Ibíd.* p. 22, párr. 2.

## CAPÍTULO II

*"Sólo después que el último árbol sea cortado, sólo después que el último río haya sido envenenado, sólo después que el último pez haya sido atrapado, sólo entonces nos daremos cuenta de que no nos podemos comer el dinero."*

**Frase célebre pueblo indígena Cree**

### **EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ANÁLISIS DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL E INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA**

Como bien se indicó anteriormente la mayoría de los problemas surgen debido al no reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a un derecho de consulta ajustado a sus tradiciones y realizado de conformidad con su cosmovisión y a través de sus órganos de representación. En este sentido el Estado costarricense ha logrado dar un avance significativo en la elaboración de un proceso de consulta a los pueblos, el cual inició con la promulgación de la Directriz No. 042-MP, denominada *"Construcción del mecanismo de consulta a pueblos indígenas"*, y que buscaba el apoyo y la participación de los Pueblos Indígenas costarricenses en la elaboración de un mecanismo de consulta. Proceso que culminó con la elaboración del protocolo de consulta a pueblos indígenas, emitido por el Ministerio de la Presidencia, mediante Decreto Ejecutivo No. 40932-MP-MJP, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, denominado *"Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas"*. Procedimiento que establece parámetros generales a los procesos de consultas, y obligaciones a los pueblos y las personas indígenas, obligatoriedad de los pueblos que no podría darse a través de nuestra propuesta de protocolo, la cual sí genera obligaciones a lo interno del Instituto, por tal razón ambos procesos deben ser realizados en forma paralela y complementaria.



Pero como lo indicáramos al inicio de la investigación, cuando se inició el presente trabajo ninguno de dichos instrumentos se encontraban aprobados, e incluso se veía lejana la posibilidad de que el Estado Costarricense contara algún día con un procedimiento de consulta. Situación que llevó al ajuste radical de la investigación, siendo que, al ser el primer instrumento en su especie, debería de establecer obligaciones a los pueblos indígenas, así como su aprobación por parte de dichos pueblos. Es importante resaltar que dada la existencia de un proceso de consulta aprobado por el Estado y que genera obligaciones a los pueblos y las comunidades indígenas, se encontró solventada esa falencia de nuestro instrumento que posiblemente lo condenaría al fracaso, ineficiencia e inaplicación por el simple hecho de pensar en todos los procesos de consultas que debería de sortear el mismo para poder ser un verdadero instrumento que generara obligaciones a las partes.

En este sentido, la Directriz No. 042-MP y el Decreto Ejecutivo No. 43932-MP-MJP citados, son ese complemento necesario y requerido por nuestro protocolo para la implementación eficiente y eficaz, aun y cuando sus procesos de consenso y aprobaciones fueron una piedra en nuestra investigación, podemos afirmar que valió la pena la espera, dado que solucionó un vacío que nos encontramos al inicio, la forma en que sería obligatoria nuestra propuesta como verdadero instrumento de participación ciudadana, que generara obligaciones a las partes, pero lo más importante, la consulta del protocolo para su reconocimiento y efectividad. De ahí que ahora podamos afirmar que al ser un instrumento que obliga única y exclusivamente al Instituto, no será necesario tener que llevarlo a conocimiento de los pueblos, con lo que nos evitamos contar con un instrumento que como tecnología social no tenga ninguna o poca validez y credibilidad.

Por lo que en adelante se desarrollará lo correspondiente al proceso de consulta requerido por el AyA, para sus actividades, obras o proyectos a realizar en las comunidades y territorios indígenas, de conformidad con los parámetros

nacionales e internacionales del derecho a la consulta previa, libre e informada, que establezcan un verdadero diálogo intra e intercultural, ajustado a su cosmovisión y a través de sus órganos de representación, y en estricto apego a las políticas del desarrollo sostenible culturalmente adecuado a la realidad social y a la cosmovisión de los pueblos indígenas, sin violentar el orden social y democrático de derecho del estado costarricense.

## **A. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INDÍGENAS**

Realizada la anterior introducción procederemos a analizar el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales de las personas indígenas, y los principales instrumentos con relación a la consulta previa, libre e informada.

### **1. DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INDÍGENAS. CONCEPTOS GENERALES**

Uno de los grandes problemas actuales es la búsqueda de un concepto único de “*sociedades comunitarias*”, siendo que la delimitación de este ha sido un problema para el derecho, de ahí que debemos partir por el análisis de ciertos conceptos que nos permitan enmarcar a las sociedades indígenas. En este sentido Daniel Oliva Martínez afirma:

*“Históricamente, en el estudio de la mayoría de las culturas no occidentales, desde el estigma de la diferencia, se ha eliminado el elemento individual, se ha llegado a hablar de sociedades comunitaristas, homogeneizándose la realidad creativa y particularmente de los seres humanos pertenecientes a estos grupos y uniformando las necesidades de sus miembros.”<sup>176</sup>*

---

<sup>176</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio & otros. “*Historia de los derechos fundamentales*”. Tomo III: Siglo XIX. Volumen II. La Filosofía de los Derechos Humanos. Libro I. Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid. p. 573.

Aún y cuando ya se indicó antes, países como Brasil<sup>177</sup>, Colombia<sup>178</sup>, México<sup>179</sup>, Paraguay<sup>180</sup>, Perú<sup>181</sup>, Panamá<sup>182</sup>, Nicaragua<sup>183</sup> y Ecuador<sup>184</sup>,

<sup>177</sup> Constitución de la República Federativa del Brasil, del 05 de octubre de 1988 establece en su Capítulo II, De la Unión que: “Art. 20. Son bienes de la Unión: ... XI las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios”.

<sup>178</sup> Por ejemplo, el Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, el cual se refiere a las jurisdicciones especiales, señala: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

<sup>179</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 2o establece: “La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

<sup>180</sup> Constitución Política de la República del Paraguay, del 20 de junio de 1992 en su Capítulo V, de los Pueblos Indígenas establece principalmente que: “**Artículo 62 - DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS.** Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. **Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA.** Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. **Artículo 64 - DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA.** Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos”.

<sup>181</sup> Constitución Política del Perú, en su artículo 48 establece: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”

<sup>182</sup> Constitución de la República de Panamá en su artículo 88 señala: “Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.”)

<sup>183</sup> Constitución Política de Nicaragua establece: **Artículo 5** So n principios de la nació n nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social, el reconocimiento a los pueblos originarios y afrodescendientes de s u propia identidad dentro de u n Estado unitario e indivisible, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional, el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, los valores cristianos, los ideales socialistas, las prácticas solidarias, y los valores e ideales de la cultura e identidad nicaragüense.”

<sup>184</sup> Constitución Política del Ecuador del año 2008. Artículo 01: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, **intercultural**, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación

recientemente han incorporado en sus respectivas Constituciones, capítulos en defensa de los DERECHOS de las personas indígenas, particularmente en cuanto a sus territorios y la autodeterminación, hoy en día sus derechos siguen siendo violentados. En este sentido Deborah Leal Rodríguez afirma que:

*“A dos décadas de que Brasil ratificó el Convenio 169 de la OIT incorporó en su Constitución de 1988 los derechos colectivos y a la autodeterminación, los pueblos indígenas continúan luchando en contra del exterminio justificado por un discurso nacionalista que dice que ‘deben sobrevivir solamente los que aportan al PIB’.”<sup>185</sup>*

La autora afirma que esto corresponde al hecho de que prácticamente los indígenas en Brasil representan el 0,4% de la población, y que son los “dueños” de aproximadamente 12,5% del territorio nacional. Lo que genera una lucha continua por la apropiación de sus terrenos, dado que en los mismos se encuentran una enorme cantidad de riquezas de minerales, biodiversidad, recursos hídricos, entre muchos otros.

Otro de los problemas que nos encontramos en el tema de los PPII, es el de determinar quiénes son miembros de estos pueblos. En este sentido el informe emitido por la *Due Process of Law Foundation* afirma:

*“Los pueblos indígenas y tribales de la Región Andina, como los de todo el mundo, poseen una DIVERSIDAD DIFÍCIL DE CATALOGAR EN UN CONCEPTO. A pesar de no ser deseable ni existir una definición universal o un acuerdo internacional en cuanto al término “pueblos”, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las interpretaciones realizadas por los órganos de supervisión y control han adoptado una **descripción***

---

*directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.*

<sup>185</sup> DEHUIDELA. Revista de Derechos Humanos. Deborah Leal Rodríguez. “Pueblos indígenas amazónicos, autodeterminación y derechos colectivos en el siglo XXI”. p. 64.

***amplia de los sujetos que pretenden proteger, que alcanza, en la práctica, además de los pueblos indígenas y tribales, a las comunidades afrodescendientes y a las minorías campesinas o rurales.***<sup>186</sup>

Esos instrumentos internacionales a los cuales se refieren son el Convenio 169 de la OIT y a la Guía de Aplicación del Convenio 169, denominada “*Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009 – 2010.*”<sup>187</sup>

Como podemos ver estos problemas y muchos más, han dificultado la labor de establecer verdaderos mecanismos de defensa de los derechos humanos y fundamentales de las Personas Indígenas, pero no el hecho de que se han emitido una enorme cantidad de instrumentos, convenios, leyes, entre otras, y que las mismas han permeado la jurisprudencia de tribunales internacionales, regionales y nacionales. De ahí que procederemos a analizar los principales instrumentos emitidos con respecto a la consulta a los pueblos indígenas y tribales.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA**

Hoy en día se hace cada vez más necesario, el establecimiento de verdaderos instrumentos nacionales e internacionales, en defensa de la protección de los DDHHFF de las personas indígenas; los cuales la mayoría de las veces son

---

<sup>186</sup> Due Process of Law Foundation. (marzo del 2011). “*El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*”. 1 ed. 1779 Massachusetts Ave. Depósito Legal Biblioteca Nacional del Perú # 2011-3438. Washington D. C. 20036. p. 14. ISBN: 978-9972-9666-4-4 <http://www.dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf> (última visita 04/10/2017)

<sup>187</sup> Guía de Aplicación del Convenio 169, (2010) “*Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009 – 2010*” ISBN: 978-92-2-3234478 [http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat\\_view/52-convenio-169-oit.html](http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat_view/52-convenio-169-oit.html) (última visita 04/10/2017)

expulsadas de sus tierras para la construcción de algún megaproyecto (entre otros de minería, petróleo, concesiones forestales), principalmente hidroeléctrico<sup>188</sup>. En este sentido Rodolfo Stavenhagen señala:

*“... la problemática de las poblaciones indígenas no se reduce a carencias de orden material ni al desafío del desarrollo económico y social. Se trata de algo mucho más profundo y complejo: la posibilidad de sobrevivencia de más de cuatrocientos grupos étnicos indígenas del continente, que suman alrededor de treinta millones de habitantes, como colectividades con identidad étnica y cultura propias, en el marco de las sociedades nacionales. La violación de los derechos humanos de los grupos indígenas no se manifiesta solamente por las carencias de orden material y los procesos de despojo y explotación de los que son víctimas, que han sido extensamente documentados en los últimos años, sino también porque se les ha negado sistemáticamente la posibilidad de poder conservar y desarrollar sus propias culturas (incluyendo lenguas, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social).”<sup>189</sup>*

---

<sup>188</sup> En este sentido Juan Guzmán afirma que: “Durante el gobierno del ex presidente Freí Ruiz – Tagle, el gobierno de Chile celebró un contrato con Endesa-España que se cristalizó en la construcción de la **presa hidroeléctrica Ralea**. La construcción, implementación y llenado de agua de la presa implicaban el desalojo de los **pehuenches** desde sus tierras ancestrales hacia la cordillera de los Andes, a una altura de 2.500 metros sobre el mar. Hubo movilizaciones para impedir este terremoto ecológico y esta violación a lo más sagrado de un pueblo. El gobierno policial respondió brutalmente y, finalmente, se construyó esta devastadora presa. /// Es obvio, lo pehuenches desplazados ya no contaban con las araucarias que les proveían de su principal sustento alimenticio: el pehuén. Y, al tratar de vivir a dos mil quinientos metros de altura, se enfermaron, muchos murieron, al igual que sus animales que tampoco contaban con la alimentación requerida durante los meses de invierno. Muchos emigraron hacia las grandes ciudades, integrándose como sombras sin almas. Quizás eso adivinó respecto a ellos Gines de Sepúlveda hace cinco siglos. Percibimos así otra forma de **genocidio**: de extinción parcial y, quizás, algún día total de un pueblo. /// Irónicamente los pehuenches deben pagar a Endesa-Chile por el consumo de su electricidad. Se trata de una triste promesa que les hizo dicha multinacional que consistía en la gratuidad de dicho consumo. /// El cineasta catalán, Manuel Mallol, dirigió un documental titulado “Apaga y vámonos” que ilustra del modo más admirable esta expropiación y su principal consecuencia: **el referido genocidio**”. “Los desafíos de los Derechos Humanos hoy”. p. 283.

<sup>189</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Rodolfo Stavenhagen. “Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina”. sp. [https://archive.org/stream/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL_djvu.txt) (última visita 09/07/2019)

Podemos afirmar que en la actualidad existen numerosos instrumentos internacionales aplicables en defensa de los DDHHFF de los pueblos indígenas. Entre ellos se encuentra *La Carta de las Naciones Unidas*, la cual establece en su artículo 01 inciso 03<sup>190</sup>, los propósitos y principios de esta, así como el numeral 13 de dicho instrumento<sup>191</sup>, mediante el cual se establece que la Asamblea General deberá promover estudios y recomendaciones sin ningún tipo de discriminación.

Por su parte la resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, mediante la cual la Asamblea General de la Naciones Unidas adopta la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de la misma podemos extraer varios artículos relevantes para el trabajo que se refieren a la protección de las poblaciones indígenas. Otro instrumento importante de resaltar es la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, adoptada por la Asamblea General mediante acuerdo 260 A (III), la cual se encuentra en vigor desde el 12 de enero de 1951, este instrumento ha sido valioso en cuanto al hecho de que la

---

<sup>190</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 1: “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; **3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;** y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.” [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/Carta\\_NU.pdf](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Carta_NU.pdf) (última visita 24/03/2017)

<sup>191</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 13: “1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. 2. Los demás poderes, responsabilidades y funciones de la Asamblea General con relación a los asuntos que se mencionan en el inciso b del párrafo 1 precedente quedan enumerados en los Capítulos IX y X.” [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/Carta\\_NU.pdf](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Carta_NU.pdf) (última visita 24/03/2017)

**definición de genocidio**<sup>192</sup>, ha sido adoptada por los Tribunales Internacionales; entre ellos la Corte Penal Internacional en el artículo 06 del Estatuto de Roma<sup>193</sup>, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>194</sup>.

Pero debemos señalar que ha sido la OIT, la cual mediante sus resoluciones delimitó aún más el tema de las poblaciones indígenas. En este sentido Rodolfo Stavenhagen señalaba en 1988 a su criterio, el principal marco normativo de convenios adoptados por dicha organización:

- Número 50 adoptado en 1936, con respecto a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas;
- Número 64 adoptado en 1939, en cuanto a contratos escritos de trabajo para los indígenas;
- Número 65 adoptado en 1939, que establecía sanciones penales a los trabajadores indígenas por incumplimiento de contrato;
- Número 86 adoptado en 1947, en cuanto a la duración máxima de los contratos de trabajo;
- Número 104 adoptado en 1955, abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas;

---

<sup>192</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Artículo II: "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."

<sup>193</sup> Estatuto de Roma, artículo 6: "*Genocidio A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.*"

<sup>194</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2234\\_XXXVI-O-06\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2234_XXXVI-O-06_esp.pdf) (última visita 08/07/2019)



- Número 107 adoptado en 1957, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.

Stavenhagen hace una crítica a este último convenio, en cuanto “... *su carácter etnocentrista (algunos dirán “colonialista”) al hablar de “etapas menos avanzadas” y su filosofía integracionista. Algunos de los críticos más feroces han sido las organizaciones indígenas*”<sup>195</sup>. Como se indicó anteriormente, era el criterio de Rodolfo Stavenhagen en el año 1988, antes de la promulgación del Convenio 169 de la OIT, por tal razón no hace referencia a dicha norma, la cual a nuestro criterio es una pieza fundamental del entramado normativo referente a los pueblos y las personas indígenas, en conjunto con otros instrumentos aquí desarrollados.

### **3. LÍMITES Y LIMITACIONES A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INDÍGENAS**

En Costa Rica al igual que la gran mayoría de los países, los indígenas tuvieron el mismo trato de discriminación (*aunque en mayor o menor medida entre regiones*); es decir, dependiendo de la manera en que se les viera por parte de las élites dominantes; así se dice que:

*“... de primera intención se le esclavizó y explotó, luego su población diezmada se le postergó, se le olvidó y se le negó, para volverle a descubrir, tratarle de extranjero, reconocerle y finalmente asumirlo como componente de la multiculturalidad y pluriétnicidad.”*<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Rodolfo Stavenhagen. (1988). “Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina”. 1 ed. pp. 140 - 141.

<sup>196</sup> Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. (2003) “Desarrollo y Salud de los pueblos indígenas de Costa Rica”. San José, Costa Rica. OPS. p. 6.

Con respecto al resto de la población costarricense las personas indígenas, debido al trato igualitario que se les brindaba, se les individualizaba de lo cual podemos reiterar como ejemplo los distintos censos realizados, algunos con carácter discriminatorio como lo señalaban Guiselle Chan Vargas y otros<sup>197</sup>, y del análisis de los resultados del censo 2011 realizado por el INEC, demuestran como las personas indígenas anteriormente eran vistas como individuos iguales al resto la sociedad, y no como una sociedad específica y particular, situación que como ya se indicó, generaba una enorme invisibilización de dichos pueblos y personas.

Situación que ha venido variando a pasos agigantados, con una reforma constitucional que incluye el aspecto pluricultural del Estado costarricense, y con una Ley del día de las Culturas (12 de octubre)<sup>198</sup>, que busca dar una posición fundamental y preponderante de dicha población indígena, lo cual genera un gran avance a su reconocimiento e identidad cultural.

Aunque hoy en día se hace difícil establecer una delimitación clara de los territorios indígenas, así como de mecanismos de defensa, que les permita a los indígenas recuperar sus tierras, es importante señalar que mediante la Ley No. 8154, del 27 de noviembre del 2001, denominada “*Aprobación del Convenio de Préstamo N° 1284/OC-CR ‘PROGRAMA DE REGULARIZACIÓN DEL CATASTRO*

---

<sup>197</sup> Museo Nacional de Costa Rica, Revista de Antropología. Revista Vínculos, Vol. 26 No. 1 – 2. (2001). Guiselle Chan Vargas y otros. «*Cuantificar la diversidad cultural: La experiencia del censo del año 2000 en Costa Rica*». pp. 1 – 15. ISSN: 0304 – 3703. <http://biblioteca.museocostarica.go.cr/volumen.aspx?id=3467> (última visita 06/10/2017)

<sup>198</sup> Ley 7426. Ley del día de las Culturas (12 de octubre). Del 23 de agosto de 1994. Establece que: “**ARTÍCULO 01.- Conmemoración.** Todos los años, se conmemorará el 12 de octubre como “Día de las Culturas”, **para enaltecer el carácter pluricultural y multiétnico del pueblo costarricense.** Se recordará, asimismo, el hecho histórico del arribo de Cristóbal Colón al continente americano. Los valores indígenas, europeos, africanos y asiáticos presentes en la composición de la idiosincrasia costarricense se exaltarán en los actos conmemorativos del Día de las Culturas. Se recordarán, en ese día, los lazos históricos y culturales que vinculan a las naciones de Hispanoamérica. Además, se estimulará la recuperación de los citados valores. **ARTÍCULO 2.- Respeto por las culturas en actos oficiales.** En esa fecha, durante los actos oficiales de conmemoración, se respetarán las diferentes culturas del país; siempre dentro del ordenamiento jurídico nacional. **ARTÍCULO 3.- Inclusión en programas educativos.** Los programas de estudio de primer y segundo ciclos deberán incluir todos los componentes culturales y étnicos, acordes con el carácter pluricultural y multiétnico del pueblo costarricense. **ARTÍCULO 4.- Ejecutores.** Los Ministerios de Educación Pública, de Gobernación y Policía y de Cultura, Juventud y Deportes se encargarán de ejecutar esta Ley”.

*Y REGISTRO', entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo", se ha permitido regular la propiedad pública y privada de Costa Rica, y delimitar en mejor medida los territorios indígenas. En este sentido Carlos Borge Carvajal afirma que con dicho Programa se ha logrado determinar lo siguiente:*

*"En el territorio costarricense hay actualmente 63.876 habitantes indígenas, equivalente a un 1,68% de la población total del país. La población indígena asentada en sus tierras se ubica en un territorio con un total de 334.447 hectáreas, el cual se distribuye en diferentes regiones del país, y es ocupado por ocho grupos étnicos: Cabécar, Bribri, Brunca o Boruca, Guaymí o Ngöbe, Huetar, Guatuso o Maleku, Térraba o Teribe y Chorotega. Una tercera parte de los indígenas vive fuera de [los territorios], en cabeceras de cantón como Bribri, Limón, Turrialba, San Vito, Neily, Buenos Aires, San Isidro y el propio San José."*<sup>199</sup>

Aun así, la falta de instrumentos que les permita a las personas indígenas recuperar sus tierras, los ha llevado a una lucha de más de 30 años, situación que consideramos debería ser resuelto en los próximos años, y que se incluya dentro de los programas de gobierno de las personas que pretendan un lugar en los Poderes Ejecutivo y Legislativo costarricenses, dado que en la vía jurisdiccional se ha visto un cambio de paradigma en torno a la protección y reconocimiento de derechos de los pueblos y las personas indígenas.

Conflictos que incluso han llegado a culminar con agresiones físicas y psicológicas hacia las personas y pueblos indígenas, inercia institucional, desacatos a resoluciones internacionales, e incluso, y más grave aún, el asesinato del defensor de los Pueblos Indígenas Sergio Rojas Ortiz, luego de ser acribillado a balazos el lunes 18 de marzo del 2019 en su casa de habitación, ubicada en la localidad de Yery, Cantón de Buenos Aires, Provincia de Puntarenas.

---

<sup>199</sup> BORGE CARVAJAL, Carlos. (2007). *"Consulta en los territorios indígenas del Pacífico de Costa Rica"*. 1 ed. San José, Costa Rica. Unidad Ejecutora Programa de Regularización del Catastro y Registro. p. 3.

Por otra parte, el Programa supracitado determinó que, en el Pacífico de Costa Rica, los 15 territorios indígenas se encuentran usurpadas por personas no indígenas<sup>200</sup>. Lo anterior debido a que no se ha dado un verdadero proceso de saneamiento territorial, e incluso en algunos casos los límites de dichos territorios no se encuentran bien definidos, lo que genera una inseguridad jurídica en el tema de la defensa de los derechos de los pueblos.

#### **4. ANÁLISIS COMPARADO DE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL CON RESPECTO A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS**

Aunque la normativa nacional emitida con relación a los pueblos indígenas, así como los instrumentos internacionales aquí señalados, no han sido eficientes y eficaces en la protección de los pueblos y personas indígenas costarricenses, es necesario señalar que la Sala Constitucional costarricense ha tenido un aporte relevante (sin olvidar nuestra crítica sobre su expertiz en la materia) en cuanto a la protección de los DDHHFF de las personas indígenas. En este sentido Rubén Chacón Castro afirma que:

*“... abunda en ejemplos que reafirman elementos sobre los derechos de los indígenas en aspectos medulares como el tema de la tierra, incluyendo los preceptos que indicaban que las tierras actuales se dan a partir de tierras estatales, cuando se ha dado elementos que reconocen el derecho anterior que tienen los indígenas. Aún más, ya en la ley del año 1939 en la Ley General de Baldíos, se declaran como inalienables y propiedad de los indígenas los lugares donde existan estas poblaciones. Estos preceptos luego reafirmados en la Ley Indígena No. 6172 del año 1977. Tales preceptos son reforzados con los fallos de la Sala Constitucional y*

---

<sup>200</sup> Ídem. Página 14.

*sobre todo a partir del año 1999, que recogen mucha de la tradición jurisprudencial de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos.”<sup>201</sup>*

Otro tema relevante es el derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, establecido en los artículos 09 y 10 de la Ley No. 7316 - 1<sup>202</sup>. En este sentido hay que tener claro que no se exime del todo a las personas indígenas de la aplicación de las normas penales, civiles, administrativas u otros que rigen la nación, sino que en el momento en que se les deba sancionar, por parte de los encargados de la administración de justicia, éstos últimos deberán respetar el principio constitucional del debido proceso, y ajustarse en la medida de lo posible a sus costumbres y tradiciones.

Además, deben tener presente la existencia de ciertas costumbres en la comunidad de la cual se es miembro, en aquellos casos en que éstas otorguen mayores beneficios o sanciones más leves, éstas pueden ser aplicadas al caso concreto, siempre y cuando sean compatibles con el sistema jurídico nacional, y no roce con los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el Estado.

En este sentido Rubén Chacón Castro, en su trabajo para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, denominado *“El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial”*, concluye:

---

<sup>201</sup> Rubén Chacón Castro. (2001). *“Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional”*. 1 ed. San José, Costa Rica. Impresora Gossestra Intl. p. 20.

<sup>202</sup> Ley de aprobación del *“Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”*, del 03 de noviembre de 1992 establece: **“Artículo 09: 1.-** En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. **2.-** Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. // **Artículo 10: 1.-** Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. **2.-** Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

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

*Los corolarios de lo anterior son los siguientes:*

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

*universitarias públicas) provean de recursos a estos entes para realizar estos trabajos.*

*- En el ámbito de los órganos de derecho público estatal y no estatal, no cabe duda de que la Defensoría de los Habitantes a lo largo de los años se ha mostrado como el único capaz de provocar el impulso de políticas públicas de fomento al derecho consuetudinario bajo las concepciones de la autodeterminación, para esto debe aliarse con las organizaciones indígenas.”<sup>203</sup>*

El hecho de que se aprueben normas internacionales sobre los derechos de los pueblos y las personas indígenas o sus órganos representativos, éstas no se ubican *per se* sobre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado, ni mucho menos por encima de la Constitución Política de la República, salvo en aplicación del principio ***pro homine***; es decir, siempre y cuando otorguen mayor protección de los DDHHFF, de dichas comunidades o a sus miembros en forma individual o colectiva, como bien lo señalaba Rodolfo Piza, esa tercera vía universal de reconocimiento.

Realizado en forma general la presente indicación, procederemos a analizar la normativa de algunos países del Continente Americano, con el fin de determinar ese patrimonio común que tienen en relación con el tema de los pueblos y las personas indígenas.

#### **a) CASO DE BOLIVIA**

Bolivia en su Constitución Política del Estado Plurinacional incorpora dentro de su Constitución el concepto de “*buen vivir*” o “*pleno vivir*”, y afirma:

---

<sup>203</sup> Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No. 41, Enero – Junio, 2005. Edición especial sobre derecho indígena. Pp. 147 – 148. ISSN 1015-5074 <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1411/revista-iidh41.pdf> (última visita 09/07/2019)

*“Artículo 8.I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)...”*

Sobre el concepto del buen vivir se afirma:

*“El *sumak kawsay* es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir, cuyo contenido no es otra cosa que la ética — no la moral individual — que debe regir la acción del Estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere, hoy se diría respeto por la biodiversidad), incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.”<sup>204</sup>*

Como vemos en el caso de Bolivia el buen vivir es un concepto (*sumamente indeterminado*), que expresa en gran medida el gen de su cosmovisión.

## **b) CASO DE PERÚ**

Constitución Política del Perú aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, ratificada mediante referéndum el 31 de octubre del 1993, promulgada por el presidente de la República el 29 de diciembre de 1993, en vigencia desde el 31 de diciembre de 1993, dentro de sus principales garantías con respecto a los pueblos indígenas señala:

---

<sup>204</sup> CHIVI VARGAS, Idón Moisés (coordinador) (2010). *“Nueva constitución política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo.”* Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. Página 120.



**“Artículo 2°.** - *Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. 3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público... 19.- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen ese mismo derecho cuando sean citados por cualquier autoridad.*

...

**Artículo 48°.** - *Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”*<sup>205</sup>

Además, la Constitución Política del Perú, en su Capítulo VI, denominado *Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas*, establece:

**“Artículo 88°.** - *El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.*

*Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.*

---

<sup>205</sup> <https://peru.justia.com/federales/constitucion-politica-del-peru-de-1993/titulo-i/capitulo-i/#articulo-2> (última visita 09/07/2019)

**Artículo 89°. - Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.**

*Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. **La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.***

*El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”<sup>206</sup>*

Queda claro que la protección de las comunidades indígenas es un asunto de reciente data, dado que son las constituciones de la última década las que han tomado esa variable y la han incluido en su articulado. Aun así, debemos señalar que se pueden apropiarse de “tierras abandonadas”, lo que podría ser violatorio de los derechos de los pueblos, dado que existen terrenos que son utilizadas por épocas o periodos, para realizar actividades tradicionales, por lo que dicha apropiación contiene un germen del anterior concepto integracionista y paternalista por parte de los Estados hacia algunos pueblos indígenas.

**c) CASO DE COLOMBIA**

La Constitución Política de Colombia de 1991 en forma dispersa otorga algunos elementos fundamentales para los pueblos indígenas, en ese sentido señala:

**“TITULO I DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

**Artículo 1.** *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y **pluralista**, fundada en el respeto*

---

<sup>206</sup> Ídem.

*de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

#### **CAPITULO 5 DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES**

**Artículo 246.** *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

**Artículo 247.** *La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.*

**Artículo 248.** *Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.*

...

**Artículo 286.** *Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.*

**Artículo 287.** *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. **Gobernarse por autoridades propias.** 2. **Ejercer las competencias que les correspondan.** 3. **Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.** 4. **Participar en las rentas nacionales.**"<sup>207</sup>*

Aquí también se ve un leve avance en el reconocimiento, de la jurisdicción indígena, con temor a despegarse de la concepción occidental, dado que sigue siendo el Estado quien, en última instancia, decide qué casos le corresponde y

---

<sup>207</sup> <http://www.banrep.gov.co/economia/pli/cp91.pdf> (última visita 09/07/2019)

cuáles no. Pero sí vemos un avance en el tema de autonomía, dado que les permite a las comunidades establecer y recaudar sus propios tributos, para el cumplimiento de sus funciones.

#### **d) CASO DE PARAGUAY**

Reiteramos que la Constitución Política de la República del Paraguay, del 20 de junio de 1992 en su Capítulo V, de los Pueblos Indígenas establece principalmente:

**“Artículo 62 - DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS.** Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. **Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA.** Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.”

Un instrumento importante en la protección de los DDHHFF de los pueblos y las personas indígenas paraguayas, lo es la resolución No. 2039/10, emitida por el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), en Asunción el día 11 de agosto de 2010, el cual establece:

**“Art. 1) Todo proceso de consulta en comunidades indígenas debe realizarse con la intervención del Instituto Paraguayo del Indígena, INDI.**

**Art. 2) *El INDI establecerá caso por caso las pautas a ser cumplidas en cada consulta, dependiendo dichas pautas, del tema de la consulta y la organización y cultura de la comunidad a ser afectada.***

*Art. 3) El INDI, institución rectora de la política indigenista, y autoridad de aplicación del referido Convenio No. 169 no considerará válida ninguna consulta que se haya realizado sin su fiscalización y evaluación...”*

Interesante la participación que se le otorga al INDI en los procesos de consultas, pero en el caso costarricense consideramos que es prácticamente imposible implementar dicha participación por parte del CONAI, debido al desconocimiento como órgano de representación, por parte de algunas comunidades indígenas.

Aun así, debemos ver el resultado y la eficacia de la participación del Ministerio de Justicia y Paz, designado para implementar las consultas a los pueblos indígenas, de conformidad con el Mecanismo de Consulta, Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

#### **e) CASO DE MÉXICO**

Señala Díaz Azofeifa<sup>208</sup> que, a manera de ejemplo, México reconoce constitucionalmente la consulta como mecanismo de interlocución entre los pueblos indígenas y el Estado. En este sentido el numeral 2 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, señala que la Nación Mexicana es única e indivisible, y además establece una serie de parámetros entorno a la participación ciudadana, y principalmente en cuanto al carácter pluricultural de dicho país, así como los lineamientos que se deben de respetar en la elaboración de los procesos

---

<sup>208</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) “*Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006)*”. (p. 155, npp. 119)

de consultas. En este sentido el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos afirma:

*“La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

*La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.*

***Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.***

*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico...”<sup>209</sup>*

Es claro que el desarrollo de la consulta y participación de los PPII no se puede abarcar en su totalidad en la Constitución, por lo que su desarrollo deberá ser mediante instrumentos infraconstitucionales, además de la normativa nacional e internacional que se refieren al tema. En ese sentido, bien hace la Constitución Mexicana a indicar que corresponde a la Ley ordinaria establecer dichos parámetros.

---

<sup>209</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> (última visita 09/07/2019)

**f) CASO DE PANAMÁ**

Por su parte Panamá en su Constitución establece:

**“Artículo 88.** *Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.*

(...)

**Artículo 90.** *El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.*

(...)

**Artículo 108.** *El Estado desarrollará programas de educación y promoción para los grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana.*

(...)

**Artículo 124.** *El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional.*

(...)

**Artículo 126.** *Para el cumplimiento de los fines de la política agraria, el Estado desarrollará las siguientes actividades: 1... 2... 3... 4.- Establecer medios de comunicación y transporte para unir las comunidades campesinas e indígenas con los centros de almacenamiento, distribución y consumo; 5... 6... 7...*

*La política establecida para el desarrollo de este Capítulo será aplicable a las comunidades indígenas de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural.*

**Artículo 127.** *El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.”<sup>210</sup>*

Otorga mayores derechos a los pueblos indígenas que las Constituciones antes señaladas, pero igualmente corresponde a la legislación infra constitucional ampliar sobre el asunto.

#### **g) CASO DE NICARAGUA**

Sobre el tema indígena la Constitución Política de la República de Nicaragua establece:

*“PREÁMBULO*

*(...)*

*Evocando*

*La lucha de nuestros antepasados indígenas.*

*(...)*

**Art. 5. [Principios de la Nación Nicaragüense]...** *El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de*

---

<sup>210</sup> Constitución Política de 1972 está ajustada a los Actos Reformativos de 1978, al Acto Constitucional de 1983, a los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004, tomando como referencia el Texto Único publicado en la Gaceta Oficial No. 25176 del 15 de noviembre de 2004. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf> (última visita 09/07/2019)



*organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución...*

*(...)*

**Art. 107. [Latifundios ociosos].** *La reforma agraria eliminará el latifundio ocioso y se hará prioritariamente con tierras del Estado. Cuando la expropiación de latifundios ociosos afecte a propietarios privados, se hará cumpliendo con lo estipulado en el Artículo 44 de esta Constitución. La reforma agraria eliminará cualquier forma de explotación a los campesinos, a las comunidades indígenas del país, y promoverá las formas de propiedad compatibles con los objetivos económicos y sociales de la nación establecidos en esta Constitución. El régimen de propiedad de las tierras de las comunidades indígenas se regulará de acuerdo a la ley de la materia.*

*(...)*

**Art. 121. [Acceso a la educación].** *El acceso a la educación es libre e igual para todos los nicaragüenses. La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado. La enseñanza secundaria es gratuita en los centros del Estado, sin perjuicio de las contribuciones voluntarias que puedan hacer los padres de familia. Nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas. Los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna, de acuerdo a la ley.*

*(...)*

**Art. 177. [Autonomía municipal].** *(...) La Ley de Municipios deberá incluir, entre otros aspectos, las competencias municipales, las relaciones con el gobierno central, con los pueblos indígenas de todo el país y con todos los poderes del Estado, y la coordinación interinstitucional.*

(...)

**Art. 181. [Régimen de autonomía para los pueblos indígenas y comunidades étnicas].** *El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.*

**Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.**

*Los miembros de los consejos regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.”<sup>211</sup>*

El reconocimiento de la existencia de dichos pueblos es un paso enorme con respecto a los mismos, así como a sus integrantes, de ahí que la Constitución nicaragüense, es un instrumento muy importante con el cual cuentan los pueblos indígenas de Nicaragua, para hacer valer sus derechos humanos y fundamentales.

#### **h) CASO DE GUATEMALA**

Guatemala en su Constitución Política de 1993 establece:

**“SECCIÓN TERCERA. COMUNIDADES INDÍGENAS.**

---

<sup>211</sup> Constitución Política de Nicaragua aprobada por la Asamblea Nacional con funciones constituyentes el 19 de noviembre de 1986, publicada en La Gaceta No. 94 del 30 de abril de 1987, y sus reformas. [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_nic\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf) (última visita 09/07/2019)

**Artículo 66.-** *Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.*

**Artículo 67.-** *Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.*

*Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.*

**Artículo 68.-** *Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.*

**Artículo 69.-** *Traslación de trabajadores y su protección. Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.*

**Artículo 70.-** *Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección.*

...

**Artículo 76.-** *Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizada y regionalizada.*

*En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe.”<sup>212</sup>*

De las Constituciones transcritas, es interesante ver cómo algunos países amplían más que otros en el tema de asuntos indígenas, caso distinto al de Costa Rica, el cual procedemos a desarrollar, con el fin de culminar nuestro análisis comparado.

## **5. DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PAÍS**

Al igual que las corrientes del Derecho, la visión hacia los pueblos indígenas ha tomado rumbos distintos, incluso hoy nos llevan a percibir un concepto totalmente diferente al de hace algunos siglos – *podríamos afirmar hace algunos años* –, evolución que no ha sido barata para los pueblos, y mucho menos para las personas indígenas. Sánchez Pérez afirma:

*“A partir de 1700, se promulgan leyes, no con el deseo de ayudarnos, sino de congregarnos para hacer más fácil la verdadera conquista del aborigen, ejemplos: las cofradías, las encomiendas y las reducciones, que eran grandes extensiones de terreno como lo fue Pacaca, o sea, todo lo que hoy conocemos como Ciudad Colón”.*<sup>213</sup>

Costa Rica al igual que la corriente internacional no escapa de esa conceptualización y esa evolución del derecho y su relación con los pueblos indígenas, como bien lo señaló Soto Aguilar<sup>214</sup>, en cuanto a la evolución que

---

<sup>212</sup> Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993. [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>213</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, Rose Mary. (2010)

<sup>214</sup> SOTO AGUILAR, Emilio. (2014). “*Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal*

tenido la visión del Estado con respecto al concepto de personas indígenas. En este sentido podemos afirmar que el problema principal radica en que los pueblos indígenas son un grupo vulnerable y por lo general no se les toma en cuenta a la hora de definir las políticas nacionales, como bien lo señalara anteriormente Virginia A. Leary<sup>215</sup>, en cuanto a la vulnerabilidad de los pueblos indígenas.

Dentro de los instrumentos internacionales de más reciente data la resolución No. AG/RES. 2234 (XXXVI-O/06), aprobada por la Asamblea General de la OEA, en la cuarta sesión plenaria celebrada el día 6 de junio de 2006, intitulada *“Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”*<sup>216</sup>, esta última resuelve entre otras cosas:

*“1.- Reafirmar que sigue siendo prioridad de la Organización de los Estados Americanos la adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, subrayando la importancia de la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en el proceso de elaboración del Proyecto de Declaración.*

*2.- Felicitar al Grupo de Trabajo por haber culminado la revisión de las Secciones I a VI del Texto Consolidado de la Presidencia (GT/DADIN/doc.139/03), e instarlo a que haga los mejores esfuerzos para alcanzar consensos sobre los textos pendientes del Proyecto de Declaración.*

*3.- Renovar el mandato del Grupo de Trabajo para que continúe sus Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos con el fin de culminar la redacción del Proyecto de Declaración con base en el documento “Registro del Estado Actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*

---

*costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas”. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

<sup>215</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Virginia A. Leary. *“La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas”*. San José, Costa Rica. p. 11.

<sup>216</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2234\\_XXXVI-O-06\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2234_XXXVI-O-06_esp.pdf) (última visita 09/07/2019)

*(GT/DADIN/doc.260/06 rev.1), y enfatizando la consideración de las propuestas formuladas por las delegaciones de los Estados Miembros y de los representantes de los pueblos indígenas, registradas en los documentos (GT/DADIN/doc.255/06 rev.1) y (GT/DADIN/doc.259/06 rev.1).”*

Por otra parte, la resolución No. AG/DEC. 79 (XLIV-O/14), denominada *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas*”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014, y en la que los ministros y ministras de relaciones exteriores y jefes de delegaciones de los Estados miembros de la OEA, reunidos en Asunción, Paraguay, en el cuadragésimo cuarto período ordinario de la Asamblea General, declaran:

*“1.- Que reafirman como una prioridad de la Organización de los Estados Americanos avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas.*

*2.- Que solicitan al Consejo Permanente y a la Secretaría General que realicen las acciones necesarias para promover la presente declaración.”<sup>217</sup>*

Por otra parte, la resolución No. AG/RES. 2867 (XLIV-O/14), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el día 5 de junio de 2015, por la Asamblea General de la OEA, denominada *“Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”<sup>218</sup>*, en la misma se reconoce: *“... la importancia de los aportes al Fondo Específico para Apoyar la Elaboración de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que permiten la participación efectiva de los representantes indígenas en las reuniones de negociación.”*

---

<sup>217</sup> <https://www.oas.org/en/sare/documents/dec-79-14-en.pdf> (última visita 09/07/2019)

<sup>218</sup> <https://www.oas.org/en/sare/documents/res-2867-14-en.pdf> (última visita 09/07/2019)

Por último, la resolución No. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 15 de junio del 2016, denominada “*Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”, afirma entre otras cosas:

**“Artículo I.-**

*1.- La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.*

*2.- La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.*

**Artículo II.-**

*Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades.*

**Artículo III.-**

*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”<sup>219</sup>*

Es importante indicar que Costa Rica, con respecto al tema de las poblaciones indígenas, antes de la aprobación de los Convenios de la OIT sobre la materia, ya el país había promulgado la Ley mediante la cual se crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), la Ley No. 5251 del 11 de julio de 1973, como Institución Pública con personería jurídica y patrimonio propio, con el fin de que represente a estas poblaciones ante el Gobierno y los Pueblos Indígenas (*así como la normativa señalada anteriormente, entre ellas la Ley General de Baldíos de 1939, Ley Indígena No. 6172 del 29/11/1977*). Situación que no ha sido del

---

<sup>219</sup> <http://indianlaw.org/sites/default/files/ADRIP%201-17-17.pdf> (última visita 09/07/2019)

agrado de muchos pueblos, dado que las Asociaciones de Desarrollo Integral no son consideradas como Instituciones tradicionales por algunos pueblos.

En este sentido la CONAI, mediante criterio legal No. 002-2003 de fecha 12 de mayo del 2003, en cuanto a la conformación de Asociaciones de Desarrollo Indígena señala:

*“La Sala Constitucional en su Voto No. 3515-97 se pronuncia en lo referente a la representación de las comunidades indígenas así, parte del considerando tercero de esa resolución establece: “Está fuera de cualquier duda, que CONAI es, por disposición del legislador (Ley No. 5251), la institución destinada a administrar los programas relativos a los pueblos indígenas, para usar la terminología del Convenio, de modo que, como ya se señaló supra, la utilización de otros sujetos, creados ad hoc, resultan subalternos y nunca sustitutivos de aquella, la que tiene la preferencia legal para la utilización de los recursos y otros medios aprobados, para cumplir con los altos fines establecidos en el Convenio y aun desde antes, pues el nacimiento de CONAI surge con la voluntad del Estado Costarricense de asumir un rol de protección y promoción de las culturas indígenas, con base en principios y valores constitucionales pre convencionales”.*

Situación que no es fácil conciliar en la realidad, dado que ya se indicó que existen territorios donde la CONAI y las ADII, no son reconocidos por los pueblos, como órganos tradicionales de representación.

Por otra parte, la Constitución Política de la República de Costa Rica si bien es cierto, data del año 1949, a través de reformas constitucionales ha incorporado el tema de los pueblos indígenas. En este sentido establece:



**“Artículo 1-** (\*) *Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural. (\*) Reformado el artículo 1 por la Ley n.º 9305 del 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta n.º 191 del 01 de octubre de 2015.*

(...)

**Artículo 76.-** (\*) *El español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales. (\*) Adicionado el artículo 76 por el artículo 2 de la Ley N° 5703; y posteriormente reformado en su totalidad por el artículo 1 de la Ley N° 7878 de 27 de mayo de 1999, publicada en La Gaceta N° 118 de 18 de junio de 1999.”*

Aunque han sido pocas las reformas constitucionales relacionadas con los pueblos indígenas, podemos afirmar que las mismas han sido relevantes para que el país redireccione sus decisiones con respecto a estos temas, dado que permiten hablar de un país pluricultural, situación que debe ser tomada en cuenta en todo momento, durante el proceso de consulta.

Por tal razón, la consulta a los pueblos lejos de ser un instrumento eficiente y eficaz, que permita una clara participación de sus integrantes, ha sido desarrollado mínimamente por parte del Estado costarricense, caso contrario ha sido el de la autodeterminación, el cual inclusive 20 años después el proyecto de Ley No. 14.352, denominado *Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas*<sup>220</sup>, el cual cuenta con dictamen afirmativo de mayoría desde el 24 de noviembre del 2009, aun así, fue archivado nuevamente el 30 de octubre del 2018, y está próximo a cumplir el vencimiento cuatrienal el próximo 27 de julio del 2019. Ambos derechos, son corolarios del derecho de participación de los pueblos indígenas, y prácticamente se les está denegando a los mismos su voz en la toma de decisiones que les afecten.

---

220

[http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx) (última visita 09/07/2019)

Por su parte el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, ha hecho lo que está a su alcance para lograr un proceso de consulta, ajustado a los parámetros internacionales, e incluso sus procesos, aunque resultados de la práctica y el error, han permitido tener algunos parámetros para la realización de las consultas a los pueblos indígenas, con el fin de mejorar la condición de vida de dichas comunidades, por tal razón es que consideramos necesario establecer un mecanismo que oriente al Instituto en futuros procesos de consultas de actividades, obras o proyectos que les afecte directamente a las comunidades indígenas, y que permita la acumulación de experiencia que sirva de insumos para mejorar el instrumento.

## **6. INSTRUMENTOS INTERNOS DE PROTECCIÓN DE LOS DDHHFF DE LAS PERSONAS INDÍGENAS**

Mediante Ley No. 7316 del 03 de noviembre de 1992, se aprueba el “*Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su septuagésimo sexta reunión, celebrada en Ginebra el 07 de junio de 1989, conocido también como “*Convenio 169 – OIT*”. A través del cual se busca resaltar aún más el principio de igualdad entre las personas indígenas y no indígenas. Principalmente cuando hace referencia al maltrato y discriminación de la cual durante muchas décadas habían sido objeto estos pueblos.

En este sentido el artículo 02, punto segundo, inciso a) de la supracitada ley, ordena: “*Que se aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población*”. Esto viene a reforzar aún más el principio de igualdad establecido en el numeral 33 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual establece: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”.

Pero ha sido la Sala Constitucional quien ha estirado mucha más dicha protección, dado que en su resolución No. 2005009974, de las 11:14 horas, del 29 de julio del 2005, en cuanto al contenido esencial del principio de igualdad establece:

*“El principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución Política no tiene un carácter absoluto, ya que no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, **sino más bien permite exigir que no se hagan diferencia entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse entonces un trato igual cuando las condiciones entre ambos individuos o grupos de individuos son desiguales.**”<sup>221</sup>*

Un problema para tomar en cuenta – como se mencionó antes –, es con respecto a la delimitación de los terrenos indígenas, ya que muchos de los llamados no indígenas habitaban dichas zonas antes de la creación de los mismos, lo que genera un conflicto por el hecho de que son reconocidos ante el Registro Público de la Propiedad como propietarios, aún y cuando las normas son claras en que no pueden ser propietarios de dichos terrenos. Es decir, se requiere de la aplicación del proceso de expropiación establecido en el numeral 45 de la Constitución, lo cual se ha dificultado en muchos casos, por no existir recursos económicos suficientes para cancelar el coste económico de sus propiedades. Lo que causa conflictos internos entre los propietarios registrales no indígenas y miembros de las comunidades.

En el tema de la propiedad privada y la relación con el Convenio 169 de la OIT, el cual se indicó anteriormente, es el instrumento más relevante en el tema de protección de los DDHHFF de las personas y pueblos indígenas, aun y cuando, el

---

<sup>221</sup> CÓRDOBA ORTEGA, J. y GONZÁLEZ PORRAS, A. (2010). *“Constitución Política de la República de Costa Rica: concordancias y resoluciones de la Sala Constitucional”*, p. 194.

mismo se encuentra por encima de nuestra Constitución Política, no podemos omitir el hecho de que las personas no indígenas tienen derecho a que se les restituya el coste económico justo para ser expropiados de los terrenos.

Sobre este asunto se puede indicar que el Juez John Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el año 1803 al resolver el caso “*Marbury versus Madison*” señaló la existencia del parámetro de control constitucional y de la supremacía de la Constitución, con la salvedad de que los Instrumentos Internacionales se encuentran por encima de la constitución siempre y cuando otorguen mayores derechos a las personas. En este sentido Alex Solís Fallas<sup>222</sup> hace referencia a que con dicha resolución se establece la supremacía de la Constitución, lo que ocasiona un conflicto de derechos entre los derechos colectivos de las personas indígenas y aquellas personas no indígenas que cuentan con títulos de propiedad, asunto que corresponderá a la vía jurisdiccional resolver en última instancia.

## 7. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL RELACIONADA CON ASUNTOS INDÍGENAS

Como bien lo adelantamos, aún y cuando se han emitido enorme cantidad de convenios, leyes y reglamentos en torno a la protección de los DDHHFF de las personas y pueblos indígenas, los mismos no han sido eficientes y eficaces como se esperaban, sino que han sido las resoluciones de los tribunales (*nacionales,*

---

<sup>222</sup> Alex Solís Fallas en su libro “*La dimensión política de la justicia constitucional*”, afirma: “Los aspectos fundamentales de ese fallo e inspiradores de la doctrina son los siguientes: **a)** La Constitución es la norma suprema, de ahí que las facultades del Congreso y de cualquier otro órgano gubernativo están limitadas por el texto de la Constitución; **b)** Ahora bien, ¿qué sucede cuando el Congreso aprueba leyes contrarias a la Constitución?, ¿deben los tribunales acatar y aplicar tales normas? El Juez Marshall subraya esta disyuntiva, planteando que el órgano judicial tiene dos alternativas: o aplica la Constitución, sin tener en cuenta la ley, o aplica la ley, sin tener en cuenta la Constitución. (...) **c)** Luego dice que, si la Constitución es la norma suprema, por tanto, superior a cualquier ley ordinaria, los jueces deben aplicar al caso concreto la Constitución y no la ley (...) **d)** Así las cosas, la conclusión es que una ley contraria a la Constitución es inválida y que los tribunales, como los otros departamentos del Gobierno, están obligados a aplicar la Constitución, desaplicando la ley”. 1ª Ed. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro 2008. p. 39.

*regionales e internacionales*), los que han dado una mayor apertura y protección del tema indígena. Se hace necesario en el presente trabajo realizar un análisis de las principales sentencias de algunos tribunales nacionales e internacionales, con el fin de ir delimitando los principios mínimos de los procesos de consultas.

El tema indígena no ha sido muy estudiado por el derecho al igual que sí lo ha sido por otras ciencias, como por ejemplo la Antropología. Díaz Azofeifa afirma:

*“... cabe señalar que el estudio de la situación de los pueblos indígenas en Costa Rica se ha realizado principalmente desde la disciplina de la Antropología y en menor medida desde el Derecho, de modo que representa un área de estudio poco abordado hasta el momento por la disciplina de la Ciencia Política.”*<sup>223</sup>

De ahí que los peritajes culturales, los criterios antropológicos, y otros estudios relacionados con los pueblos, sean hoy el principal instrumento en la toma de decisiones de los pueblos indígenas, y sirvan a los Tribunales como elementos básicos para la resolución de casos que le son sometidos a su jurisdicción.

En cuanto al tema de la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de grandes dimensiones, el Relator Especial de Naciones Unidas *James Anaya*, sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su informe denominado: *“La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica”*<sup>224</sup>, de fecha 30 de mayo del 2011, señaló:

***“La definición del proceso: la “consulta sobre la consulta”***

---

<sup>223</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006)*. (p. 5, párr. 2)

<sup>224</sup> <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoEIDiquis30-5-11.pdf> (última visita 09/07/2019)

**30.** *El Relator Especial toma nota con satisfacción que el ICE haya reconocido que los elementos específicos del procedimiento de consulta en sí han de ser definidos en consulta con los pueblos indígenas afectados por el proyecto. Como ha señalado anteriormente el Relator Especial, la necesidad de realizar una ‘consulta sobre la consulta’ no solo deriva de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente, sino que también es otro elemento necesario para ‘lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas’, por lo que se debe procurar que ‘el procedimiento consultivo en sí sea resultado del consenso.’*

**31.** *Se constata que el ICE y otras instituciones del Estado competentes han avanzado en un análisis sobre cuáles podrían ser los elementos específicos del procedimiento de consulta. El Relator Especial considera que el trabajo realizado al respecto ha sido importante para impulsar mayor conocimiento y una discusión entre el ICE y otros actores estatales acerca de los criterios que se deberían tener en cuenta al definir el procedimiento, y para fomentar ideas acerca de las modalidades de la consulta que eventualmente podrán ser establecidas.*

**32.** *Sin embargo, el Relator Especial advierte que, si bien puede ser útil la elaboración previa de propuestas sobre el procedimiento de consulta, se debería evitar que las propuestas elaboradas por una u otra parte sean impulsadas perjudicando un proceso verdadero de construcción de consenso. La consulta sobre la consulta debería consistir en un diálogo abierto y exhaustivo entre las partes sobre los varios aspectos del procedimiento de consulta a establecerse, inclusive la definición de las diversas etapas de la consulta, los plazos correspondientes y las modalidades específicas de participación, entre otros. No se debería iniciar este diálogo con posiciones predeterminadas sobre estos aspectos.*

**33.** *Además, el Estado no debería precipitarse en el diálogo con las partes indígenas acerca del procedimiento de consulta a realizarse. De nuevo, es*

*necesario que los actores estatales tengan paciencia para que las partes indígenas puedan definir sus modalidades de representación, y también para que puedan prepararse adecuadamente antes de iniciar el diálogo.”*

A manera de corolario el Sr. James Anaya afirma:

***“III. Conclusión.***

***49.*** *Las presentes observaciones y recomendaciones son proporcionadas por el Relator Especial con el fin de ofrecer al Gobierno de Costa Rica y a los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís orientaciones específicas sobre las medidas que el Relator Especial considera que se deberían tomar si el Estado pretende seguir impulsando el proyecto. El Relator Especial reconoce los desafíos que existen en relación con el desarrollo de proyectos de esta magnitud en los territorios de pueblos indígenas, desafíos que existen en casi todos los países del mundo donde se encuentran los pueblos indígenas. A la misma vez, no obstante, percibe que existe una oportunidad en Costa Rica para sentar un buen ejemplo para otros países del mundo y resolver esta situación de una manera que respete plenamente a los derechos humanos de los pueblos indígenas, de acuerdo con arreglos consensuados con los pueblos indígenas.”*

Sobre este particular Betsy Romero señala:

*“La jurisprudencia de la Sala Constitucional en el tema de la consulta indígena también ha ido evolucionando, pues en 1998, en la sentencia 6188-98, en relación con el tema del procedimiento a aplicar, expresó que debido a la falta de desarrollo interno en el ordenamiento jurídico costarricense de normas que reglamenten el proceso de consulta de los pueblos indígenas, había de aplicarse en forma supletoria el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública.*

*Desde esta perspectiva normativa, tenemos que las pautas en que habrá de desenvolverse el mandato contenido en el artículo 6° del "Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" y hasta tanto no se regule legal o reglamentariamente dicho punto, - puesto que el convenio da solo pautas generales -, parece de aplicación analógica el procedimiento dispuesto en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, que prevé el trámite de consulta que habrá de anteceder a la promulgación de disposiciones de carácter general, en tanto establece dicho articulado que debe concederse audiencia a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, afectados por la disposición, la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo allí dispuesto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto (Sentencia 6188-1998).*

*Dicho antecedente fue criticado en el sector indígena por no considerarlo idóneo, criterio que, por supuesto comparte esta investigadora, pues no es conforme con los derechos diferenciados de estos pueblos.*

*No obstante, como se expresó, la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional ha tenido una evolución importante. Así, mediante el voto 12975-2011, la Sala promulga una de las sentencias más relevantes en materia de consulta y derechos de los pueblos indígenas, pues incorpora dentro de su jurisprudencia el Informe del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, La Situación de los Pueblos Indígenas afectados por el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, con lo cual lo inserta dentro del bloque de constitucionalidad. Este informe del Relator Especial está basado en los criterios internacionales que conforman el derecho de consulta de los pueblos indígenas.”<sup>225</sup>*

---

<sup>225</sup> Betsy Pilar Romero Meneses. (2015, páginas 80 y 81)



Realizada el anterior análisis a modo general, procederemos al estudio de dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consideramos relevantes en el tema de la consulta a los pueblos indígenas.

**a) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES SOBRE TEMAS INDÍGENAS**

El tema de la autodeterminación de los pueblos indígenas es considerado difícil de definir, partiendo principalmente de la falta o inadecuada normativa referente a dicho tema. En este sentido Marco Aparicio Wilhelmi señala que:

*“Cuando nos referimos a los derechos de los pueblos indígenas uno de los aspectos más controvertidos es, sin duda, el relativo al derecho a la libre determinación. Ya como sabemos, se trata de una disputa de capital trascendencia que se entabla tanto en la teoría como en la práctica; tanto en espacios institucionales y académicos, como en el terreno de la realización cotidiana de la vida de los pueblos indígenas, en su continuidad y cambio, en sus reivindicaciones y luchas.”<sup>226</sup>*

Sigue afirmando Marco Aparicio Wilhelmi:

*“Debería sobrar tener que decir que el derecho a la libre determinación, por definición, puede adoptar multitud de formas distintas. Pero no es así y, entre otras cosas, sigue siendo necesario insistir en que autodeterminación no es sinónimo de secesión. Como dentro del Derecho Internacional público, está claro que la autodeterminación engloba la posibilidad de la secesión para la creación de un Estado nuevo o para la incorporación en uno ya existente.*

*Pero al hablar de la demanda indígena de libre determinación no merece la pena detenerse sólo en tal hipótesis porque, ya sea por posibilismos,*

---

<sup>226</sup> Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos. Volumen 14. Marco Aparicio Wilhelmi. *“El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación”*. p. 399.

*estratégico o claudicante, o porque la estatalidad es todavía en muchos casos un universo culturalmente ajeno, si una cosa salta a la vista en la práctica totalidad de las manifestaciones indígenas al respecto es precisamente que se refieren a la vertiente respetuosa de las fronteras estatales, como demanda de autonomía hacia el interior del Estado. Se reclama, eso sí, en términos de autonomía política real (elección de las propias autoridades con competencias y medios para legislar y administrar en los asuntos propios – incluyendo el acceso a los recursos naturales -), de demarcación de territorio propio y, desde el punto de partida, de replanteamiento de las relaciones con las instituciones estatales (y de ahí, en ocasiones, se llega a un replanteamiento de la propia estructura e institucionalidad estatal en su conjunto).”<sup>227</sup>*

Como ya se ha indicado antes el principio de autogobierno o autodeterminación establecido en el “*Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”<sup>228</sup> y en la “*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*”<sup>229</sup>, pone

---

<sup>227</sup> *Ibíd.* p. 410.

<sup>228</sup> Convenio 169 de la OIT establece: “**Artículo 1.** 1.- El presente Convenio se aplica: **a)** a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. **b)** a los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. **2.** La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. **3.** La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional... **Artículo 7.** 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

<sup>229</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece: “**Artículo 3.** Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo

limitaciones a los Estados a la hora de establecer medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos y las personas indígenas, con respecto a que se les debe tomar en cuenta en todo momento a los pueblos.

En este sentido es importante indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias ha logrado reafirmar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, su autodeterminación, entre otros. A manera de resumen haremos referencia a dos casos de la Corte:

### **(1) CASO COMUNIDAD AWAS TINGNI VERSUS NICARAGUA**

El Estado de Nicaragua elaboró un plan de manejo forestal en la Comunidad Awás Tingni, y otorgó una concesión a la empresa Sol del Caribe S. A., para extraer madera en una superficie de 62 mil hectáreas, las cuales eran propiedad ancestral de la comunidad. La comunidad presenta una queja administrativa, solicitando que no se entreguen los recursos forestales de su territorio. Posteriormente interponen un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelación, el cual fue rechazado por presentarse fuera del plazo legal de 30 días. Dicha resolución fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia.

Por último, acuden a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual eleva el caso a la Corte IDH. Ésta última acoge el caso en aplicación del numeral 21 del Pacto de San José, mismo que hace referencia al derecho de los seres humanos a la propiedad.

Concluye la Corte que no se hace necesaria la delimitación del territorio, pues la comunidad Awás Tingni es un pueblo indígena que ha ocupado

---

*económico, social y cultural. **Artículo 4.** Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas."*

ancestralmente. La sentencia fue emitida el 31 de agosto del 2001. Nicaragua en el 2006 adoptó una ley de demarcación de tierras indígenas, y en el 2008 la comunidad Awas Tingni recibió sus títulos.

En este sentido la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, emitida el 31 de agosto del 2001, señala varios aspectos relevantes. En el punto 83, denominado Prueba Testimonial y Pericial, Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo, en su peritaje concluye:

*“La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos **cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra.** Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos.”*

Por otra parte, la Corte Interamericana en sus consideraciones afirma:

*“153. La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y,*

*consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awás Tigni tienen derecho a que el Estado, 1. Delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2. Se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.”*

La autodeterminación, aunque es un concepto de difícil definición, incluye varios aspectos relevantes, por ejemplo: no es necesaria la inscripción de los terrenos indígenas, para que éstos sean reconocidos como propiedad de las personas indígenas.

## **(2) CASO PUEBLO SARAMAKA VERSUS SURINAM**

La Corte IDH en su sentencia del 28 de noviembre del 2007, con respecto al caso de Pueblo Saramaka vs. Surinam, consideró que dicho Estado se encuentra constituido, entre otros, por 12 clanes organizados. Los antepasados del Pueblo de Saramaka fueron esclavos que se llevaron forzosamente a Surinam. Uno de los argumentos del Estado eran que los Saramaka son un pueblo afrodescendiente no indígena, y que además la legislación interna no reconoce la propiedad comunal, y que Surinam no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En su primera decisión la Corte señala que el Pueblo de Saramaka es una comunidad tribal, que tiene sus propios sistemas económicos, culturales, políticos, entre otros. Pero lo relevante de la sentencia es que la Corte rescata el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Es importante indicar que además se resolvió la obligación que tienen los Estados de consultar a las comunidades según sus propias costumbres y tradiciones. Así como la modificación de su legislación interna para reconocer el territorio, el derecho a los recursos naturales y a la consulta de los pueblos indígenas. Dicha sentencia es del 28 de noviembre del 2007, y su aporte principal es que la Corte se pronuncia por primera vez sobre el consentimiento previo, libre e informado.

En este sentido señala Romero Meneses:

*“El fundamento jurídico de la interpretación evolutiva se expone en la sentencia del caso Awas Tigni en dos puntos principales:*

*a.- Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo. Dichos términos no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno de un determinado país. Además, ‘dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales’ (Corte IDH, 2001, párr. 146).*

*b.- El artículo 29.b de la Convención Americana establece la prohibición de que alguna disposición de ella, se interprete en el sentido de ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados’ (Corte IDH, 2001, párr. 147).*

*Con base en esas normas de interpretación dadas por la Convención Americana, la Corte aplica la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y considera que ‘el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las*

*comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (...)* (Corte IDH, 2001b, párr. 148).<sup>230</sup>

Romero Meneses afirma:

*“En el caso Saramaka vs. Surinam, la Corte IDH (2007) manifestó que el concepto de compartir los beneficios puede encontrarse en varios instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT. Además, es —inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención (párr. 138). Dicho artículo expresa que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”*<sup>231</sup>

Además, Romero Meneses indica que, al decir *inherente*, la Corte IDH está partiendo del supuesto de que es un derecho el cual conlleva la indemnización correspondiente. Sobre este particular La Corte en su sentencia del 28 de noviembre del 2007, con respecto al caso Saramaka vs. Surinam, señaló:

*“... considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa” conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras*

---

<sup>230</sup> Betsy Pilar Romero Meneses. (2015, pp. 40 – 41)

<sup>231</sup> *Ibíd.* p. 58, párr. 2.

*tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.*<sup>232</sup> (párr. 139)

Continuando con la resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la misma reconoce principios importantes con respecto a la protección de los pueblos indígenas y los procesos de consultas, de los cuales procedemos a señalar algunos:

- 1.- Interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras, y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia<sup>233</sup>.
- 2.- Derecho a ser consultados y la obligación de obtener el consentimiento<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>233</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: *“127. No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>122</sup>. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.”*

<sup>234</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: **“E.2.a) Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento.** 133. *Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de*



- 3.- La restricción a la propiedad comunal debe ser consultada con el pueblo afectado, y se deben compartir los beneficios razonablemente<sup>235</sup>.
- 4.- Obligación de realizar estudios de impacto ambiental y sociales previos, además, se deben poner en práctica garantía o mecanismos para evitar que las concesiones ocasionen daños irreparables<sup>236</sup>.
- 5.- Derecho de los pueblos al uso y goce de los recursos que se encuentran en sus territorios, y que sean necesarios para su supervivencia<sup>237</sup>.
- 6.- Establecimiento de medidas de satisfacción y garantías de no repetición<sup>238</sup>.

---

*que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”*

<sup>235</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: “143. Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social (supra párr. 126-129).”

<sup>236</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: “154. En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.”

<sup>237</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: “158. En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado ha el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka.”

Principios sobre los cuales volveremos más adelante, por lo que, una vez realizado el estudio jurisprudencial internacional, procederemos a analizar la jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales de algunos países y tribunales costarricenses en casos específicos de asuntos indígenas, o incluso temas que tenga una enorme relación con los mismos, con el fin de realizar un análisis comparado de la jurisprudencia.

### **b) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES JURISDICCIONALES CONTINENTE AMERICANO SOBRE TEMAS INDÍGENAS**

Los asuntos en el tema de la materia indígena, según se indicó anteriormente, ha tenido su mayor desarrollo a través de la jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales y constitucionales de los países. Siendo que nuestra propuesta de investigación se basa en países del Continente Americano, se analizarán algunas sentencias de tribunales jurisdiccionales de Colombia y Perú, principalmente.

#### **(1) Corte Constitucional de Colombia**

---

<sup>238</sup> Resolución de la Corte Interamericana, emitida el día 28 de noviembre del 2007, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, establece: “C.1) *Medidas de Satisfacción y Garantías de No Repetición. 194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: (...) d) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. El Estado debe cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable; ...”*

La Corte Constitucional de Colombia mediante resolución No. T-622 de 2016, emitida a los 10 días del mes de noviembre del dos mil dieciséis, indicó claramente que:

***“Jurisprudencia de la Corte Constitucional.***

*5.22. La jurisprudencia de esta Corporación, desde sus primeras sentencias, en desarrollo de los pilares fundantes de nuestra fórmula de Estado Social Democrático ha reconocido la importancia del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación, desde diferentes aproximaciones sentando con ello las bases para la protección de la diversidad cultural. Los casos y los temas que la jurisprudencia ha estudiado en este sentido han sido variados, pero en todos se ha reconocido invariablemente la importancia de este principio, otorgándole un lugar preponderante en la decisión de múltiples asuntos en los que se han visto involucrados los intereses del pueblo y comunidades étnicas que viven en Colombia.”*

Es así como Colombia incorpora en su fórmula de Estado Social Democrático, la variable indígena, ya habíamos visto que dicha incorporación la realizó a través de su artículo primero de su Constitución Política de 1991<sup>239</sup>, cuando afirma que es Estado pluralista, pero además por medio de su jurisprudencia, amplía aún más dicha concepción. Sobre esta particular la sentencia T-622 de 2016 citada continúa indicando:

*“5.23. Desde un primer momento, la labor de la Corte se centró en construir los fundamentos del marco teórico y conceptual que posteriormente permitiría establecer el alcance del principio de diversidad étnica y cultural de la nación en sus diferentes dimensiones. En este*

---

<sup>239</sup> Constitución Política de Colombia: **“Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y **pluralista**, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. <http://www.banrep.gov.co/economia/pli/cp91.pdf> (última visita 01/09/2016)

contexto, se han proferido una amplia serie de decisiones en las que se ha establecido – en términos generales – que dentro de una sociedad plural y democrática como la que dimensiona la Carta de 1991 los pueblos indígenas y las comunidades étnicas deben ser reconocidos como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales en atención a que representan valores étnicos y culturales ancestrales, así como formas de vida estrechamente vinculadas a la especial relación que tienen sus tradiciones, usos y costumbres – en tanto manifestaciones culturales –, con sus territorios y los recursos naturales. En este orden de ideas, la sentencia **T-188 de 1993** señaló: ‘El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. **Se trata la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.** El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas’.” [negrita corresponde al original]

En cuanto al carácter colectivo de los pueblos indígenas, dicha sentencia T-622 del 2016 señaló:

“5.24. De igual forma, la sentencia **T-380 de 1993**, reiterando algunos argumentos de la T-428 de 1992, reafirmó que las comunidades étnicas son sujetos colectivos y en este sentido, también titulares de derechos fundamentales. En esta oportunidad la Corte precisó que: ‘Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. **La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos**

***individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.*** *En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes’.*”  
[negrita corresponde al original]

En este sentido, y más importante aún, la Corte Constitucional en la sentencia aquí señalada, afirmó que es un derecho fundamental de los pueblos indígenas de ser consultados, sobre el particular afirmó:

*“5.31. Ahora bien, en la sentencia **T-62 de 1998** que reiteró la **SU-039 de 1997** la Corte tuvo la oportunidad de examinar la relación entre los proyectos extractivos y de desarrollo y el deber de consulta previa a comunidades étnicas. En efecto, la Corporación encontró que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionales habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, y por esa razón ratificó la doctrina constitucional... relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que, en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental...”* [negrita corresponde al original]

Vemos como la Corte Constitucional de Colombia, al ampliar el principio multicultural establecido en la Constitución, y principalmente en incluir una serie de elementos relevantes establecidos en Tratados Internacionales, y normas internas de dicho país, logran una efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas colombianos.

## (2) Tribunal Constitucional de Perú

Otro órgano jurisdiccional que consideramos relevante hacer referencia es el Tribunal Constitucional Peruano, el cual en su sentencia No. 0022-2009-PI/TC, emitida en Lima a los 09 días del mes de junio del 2010, sobre la identidad peruana del Estado señala:

**“§ I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico.**

*3.- Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogenizadora que no respete o amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho de igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad...”*

En cuanto al derecho a la consulta como diálogo intercultural, la sentencia citada afirma:

**“§ VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural.**

*14.- Con el Convenio No. 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollos que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas a una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos***

**fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad.** En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.” [negrita corresponde al original]

Consideramos relevante lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano, en su sentencia No. 0022-2009-PI/TC, citada, en cuanto a los elementos y características del derecho de consulta, dentro de los cuales señala: Buena Fe (26.a), Flexibilidad (26.b), Objetivo de alcanzar un acuerdo (26.c), Transparencia (26.d), Implementación previa del proceso de consulta (26.e), pero no compartimos lo señalado en el punto rotulado “**§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas**”, dado que a nuestro criterio y de conformidad con el principio de autodeterminación, si bien no podemos hablar de un derecho de veto, no es posible imponer actuaciones a los pueblos indígenas, y violentar sus derechos humanos y fundamentales a libertad de elección, por lo que un proceso de consulta que no logre el conceso o un acuerdo del pueblo, no pueden ser impuestos por otros medios, máxime si se trata de proyectos a gran escala que afectarán la cosmovisión y el buen vivir de las personas y los pueblos indígenas.

**c) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES  
JURISDICCIONALES COSTARRICENSES SOBRE TEMAS  
INDÍGENAS**

En un caso de RELACIÓN LABORAL en el proceso de recolección de café, siendo que se alegaba que no existía ningún tipo de contrato, dado que los trabajos eran por jornales, lo que consideraron los demandados, como un contrato de hecho donde no hay sujeción a la oferta y la demanda, el Juzgado de Trabajo del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, mediante resolución de las trece horas cincuenta y nueve minutos del diecinueve de diciembre del dos mil doce, ordenó el pago de vacaciones, aguinaldo, preaviso y cesantía.

Posteriormente la resolución supracitada fue apelada y resuelta por el Tribunal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, el cual mediante resolución de las quince horas treinta minutos del cinco de junio de dos mil trece resolvió: “... se rechaza el recurso de apelación interpuesto y se confirma en todos los extremos la sentencia impugnada.” Por lo que los demandados interpusieron recurso de Casación ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Mediante resolución No. 2014000146, de las nueve horas cincuenta minutos del doce de febrero del dos mil catorce, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sus considerandos:

***“IV.- De la relación laboral. ... La subordinación se ha entendido como la facultad del empleador de dar órdenes al trabajador y disciplinar sus faltas, así como dirigir las tareas que se le encomiendan, lo que limita la autonomía de éste, precisamente por la potestad patronal para dar órdenes en relación con las labores a desempeñar, a lo cual debe obedecer el empleado... El hecho de que exista cierta flexibilidad en cuanto a los horarios de entrada y salida, o en cuanto a las horas de almuerzo, no demerita, de ninguna manera, la existencia del elemento***



*subordinación, que, como se indicó líneas atrás, quedó demostrado en cuanto a las potestades del patrono de mando, organización, dirección, fiscalización y disciplina.”*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, confirmó la sentencia que le llegó en alzada. El caso es relevante, aunque no se trate de una persona indígena, dado que una de las actividades laborales que ejercen estos pueblos, es el de la recolección del café.

En cuanto a la IDENTIDAD INDÍGENA la Sala Constitucional, en su resolución de las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, voto No. 1786-93, afirmó que: “... *lo anterior con el fin de que sean las mismas comunidades autónomas las que definan quiénes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos”.*

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, también ha realizado un valioso aporte en el desarrollado del concepto de pueblos indígenas, ya en el año 1996 señaló:

*“Es claro que el Convenio al determinar que el término “Pueblos” no otorga el derecho absoluto para decidir estructuras sociopolíticas, culturales y económicas al margen de la decisión de los Estados en donde los pueblos indígenas habitan (ya que el término Pueblo no debe confundirse con el término de derecho reconocido como Nación); o sea, no implica la separación de estos pueblos de los Estados a los que pertenecen, pero sí se reconoce el derecho a decidir su futuro y de autodeterminarse conforme sus necesidades y conforme al marco jurídico nacional.”<sup>240</sup>*

---

<sup>240</sup> Defensoría de los Habitantes. Informe Final del Expediente No. 1368-22-95, del 05 de febrero de 1996.

Por último, el Convenio 169 de la OIT no exime totalmente a los indígenas de ser denunciados o demandados ante las diferentes instancias jurisdiccionales de la nación. En este sentido Rubén Chacón Castro afirma que:

*“El tema de la competencia de las instancias indígenas para resolver conflictos se ha tratado en algunos casos en sede judicial. Una sentencia del Juzgado Agrario de Limón emitida en 1993 por el entonces Juez Danilo Chaverri reivindica esa posibilidad. Otros fallos judiciales han reivindicado la necesidad de tomar en cuenta las tradiciones ancestrales. Por ejemplo, el Tribunal Superior Agrario, en resolución N°429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997 dispuso: Los tribunales agrarios no pueden negar protección jurisdiccional a los problemas de posesión indígena. Al contrario, deben tener una especial sensibilidad hacia dicho tipo de conflictos, he incluso conocer sus costumbres, para lograr de esa forma imponer el respeto que merecen los acuerdos pactados en sede administrativa. Si bien es cierto, el régimen de propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndola alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales.”<sup>241</sup>*

En otras palabras, los Pueblos Indígenas se deben a la observancia de las leyes de la República, pero principalmente se deben a la norma suprema por excelencia, que es la Constitución Política, así como a los Convenios Internacionales, igualmente para los Estados existe la obligación de cumplir con

---

<sup>241</sup> *Ibíd.*

las normas internacionales. En este sentido el Convenio 169 de la OIT establece principalmente:

**“Artículo 8.**

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

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

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

**Artículo 9.**

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

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

**Artículo 10.**

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

*2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”*

Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma:

*“Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.*

*Artículo 35. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades...*

*Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”*

El DICTAMEN ANTROPOLÓGICO CULTURAL ha demostrado ser uno de los instrumentos utilizados por los operadores de justicia, mediante los cuales toman decisiones más ajustadas a la realidad social de la comunidad. Por ejemplo, en la causa seguida contra D. por abuso sexual agravado contra persona menor de edad y violación calificada en perjuicio de Y, expediente No. 09-000982-0597-PE, Manuel Emilio Soto en lo que nos interesa señala:

*“En el caso particular el Tribunal de Instancia modificó el monto total de años de prisión que debe descontar el acusado. En lo que se refiere a la condición de indígena, no hubo ninguna omisión u error en la sentencia. En ese sentido, se tuvo por establecido que este imputado no se*

*encontraba, de ninguna manera, bajo algún condicionamiento social en razón del grupo al cual pertenece. Fue así como se hizo llegar el Dictamen Antropológico Cultural de folios 276 y 277, que el Tribunal ponderó, en el que se estableció que: “Un padre no tiene derecho ni está facultado a disponer sexualmente de sus hijas en la cultura bribri, sea la de... la de cualquier otro territorio bribri, e incluso el imputado tiene un conocimiento cultural de que acciones como las cometidas por él no se deben hacer por el medio en el que se ha desenvuelto... y tenía frecuente contacto con las personas no indígenas.”*

*Sin embargo como se ha resaltado en la presente tesis la cultura de los pueblos indígenas varia de territorio en territorio, depende de profundos procesos de transculturación, un aspecto que no se analiza por un formalismo legal, es el hecho de que la menor de edad en el caso particular había sufrido un largo proceso de transculturación lo cual pudo modificar la percepción socio-cultural del relato, pues fue trasladada a la “posada de Belén”, lo cual no permitió un abordaje adecuado del aspecto cultural, el fallo arrastra el vicio de la no participación de la autoridad propia en el proceso como perito cultural, además las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta y facilitar la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena, ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno, permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso, la indemnización de acuerdo con la cultura indígena el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad y si la víctima no tiene medios económicos recibir patrocinio gratuito por parte del Estado.”<sup>242</sup>*

En cuanto a la no participación de la autoridad propia como perito cultural, debemos señalar que los peritos como profesionales, en los dictámenes solicitados, deben dar una opinión a una pregunta específica en los casos que la

---

<sup>242</sup> SOTO AGUILAR, Manuel Emilio. (2014). pp. 135 – 136.

fiscalía o los operadores de justicia así lo requieran, en cuyo caso lo único que podrían recopilar de las “autoridades propias” son sus conocimientos de la cosmovisión, sin dejar de lado el enorme conflicto que ha generado determinar quiénes son y quiénes no son autoridades propias, salvo que un miembro de la comunidad demuestre tener estudios en el tema, o algún certificado reconocido, lo mejor es dejar el asunto en manos de verdaderos profesionales, como lo es la Escuela de Antropología de la UCR, entre otros.

Es así como concluimos que la jurisprudencia de Tribunales de Justicia costarricenses, de la Sala Constitucional de Costa Rica, criterios, dictámenes, entre otros, de diversos Entes u Organismos de dicho país, relacionados con el tema de la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas indígenas, han ido creando parámetros mínimos y necesarios para la defensa de tales derechos.

Por otra parte, la Sección Primera del Tribunal Agrario en su resolución No. 0304-F-06, de las ocho horas del veintinueve de marzo del dos mil seis, con la redacción del Juez Dr. Enrique Ulate Chacón, en lo que nos interesa resaltar señaló:

*IX.- Aunado a lo anterior, conviene realizar un análisis de la normativa nacional, a la luz de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los indígenas, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua), se señaló en lo que interesa para este caso lo siguiente: “146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, **dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida***

**actuales.** 147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que *ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.* 148. *Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.* 149. *Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...*151. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad*

*de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro...”*

*X.- De todo lo anterior, se concluye, que la propiedad y la posesión indígena, se rige por las normas consuetudinarias, siendo que deben resaltarse las características de este tipo especial de propiedad agraria: En primer lugar, debe reconocerse en el instituto un carácter originario supralegal y supraconstitucional, pues es reconocido en los Tratados Internacionales de derechos humanos, y es un carácter que le otorga la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la propiedad indígena es de carácter colectivo o comunitario, la pertenencia de ésta no es de un individuo, sino de un grupo. En tercer lugar, ella existe y es la base fundamental, de su cultura, de su vida espiritual y de su subsistencia económica. En cuarto lugar, el sentido de pertenencia de la propiedad indígena no se mide por un título –inscrito o no-, sino por la posesión de la tierra en sentido comunitario, atendiendo la comunidad a las necesidades de cada familia indígena, independientemente de su mera inscripción registral. En quinto lugar, el carácter comunitario de la propiedad hace que los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea competencia de la misma comunidad, en nuestro caso, a través de la Asociación de Desarrollo, como “estructura comunitaria”, siendo ella la competente para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, atendiendo a las necesidades de cada núcleo familiar. En sexto lugar, en los conflictos de propiedad y posesión indígena, prevalece la costumbre indígena, y en este caso, la de gozar de una propiedad agraria colectiva, sobre el derecho positivo que es incompatible con dicha tradición, siendo inaplicables las normas sobre derechos individuales consagradas en el ordenamiento jurídico positivo para la tutela de la propiedad y la posesión individuales, pues entre indígenas deberá prevalecer el interés colectivo y distributivo de la propiedad, de acuerdo a las necesidades de cada uno, sobre el interés puramente individual. Por lo anterior, si el núcleo esencial*



*de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho.*

*XI.- En los países donde existen comunidades y pueblos indígenas con identidad propia, como el nuestro, se debe establecer cuáles sistemas de autoridades, normas y procedimientos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues en principio son diferentes del orden estatal regulado por el Derecho positivo. El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos. Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la colectividad resolver los conflictos internamente, dentro del ámbito en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, con una visión global, y donde es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. Normalmente, la justicia comunitaria indígena tiene mecanismos más locales y directos, un procedimiento oral y flexible que no necesariamente es equitativo, siendo que los conflictos de carácter interno se resuelven mediante arreglos tendientes a mantener la paz en comunidad. En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.”*

Vemos así un claro diálogo jurisprudencial entre el Tribunal Agrario costarricense, con tribunales y órganos jurisdiccionales (nacionales e internacionales), a través del cual delimita claramente los derechos colectivos de

los pueblos, de su derecho especial a la propiedad, y de su relación diferenciada, cuando la misma se refiera entre indígenas y aquellas personas consideradas no indígenas.

Por otra parte, Yamileth Angulo mediante nota periodística denominada: “Sala IV anula permiso dado al ICE para desarrollar Diquís en territorios indígenas”, de fecha 02 de noviembre del 2016, señala:

*“San José, 2 nov (elmundo.cr) – La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia –conocida como la Sala IV– anuló el permiso que el entonces Presidente de la República Óscar Arias Sánchez, le entregó al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en territorios indígenas.*

*Mediante sentencia 15711-2016, redactada por el Magistrado Paul Rueda Leal y acogida por unanimidad de la Sala IV, se anuló el artículo ocho del Decreto Ejecutivo 34312-MP-MINAE. Dicho decreto, entre otras, cosas, declaraba de conveniencia nacional ese proyecto hidroeléctrico.*

*La inconstitucionalidad recayó en el artículo ocho del decreto, que establece que el ICE podría explotar materiales para la presa, casa de máquinas y obras conexas, en los lugares localizados en las Hojas Topográficas General, Buenos Aires, Changuena y Cabagra, pese a que allí existen territorios indígenas.*

*La oficina de prensa de la Sala Constitucional explicó que la norma anulada fue impugnada en una acción de inconstitucionalidad anterior. En esa ocasión, la Sala por sentencia 2011-12975 del 23 de setiembre de 2011, determinó que la norma era constitucional, siempre y cuando la consulta a los pueblos indígenas fuera realizada dentro de los seis meses siguientes luego de la notificación del fallo.*

*‘Sin embargo, este año ingresó una nueva acción de inconstitucionalidad, en la que se alegó que al haber transcurrido el plazo de 6 meses*

*establecido por la Sala IV sin que se hiciera la consulta, se había producido un vicio que implicaba la inconstitucionalidad del numeral 8 del Decreto Ejecutivo No. 34312-MP-MINAE. ‘La Sala Constitucional ha venido a tener por demostrado que, efectivamente, en el plazo establecido en la sentencia 2011-12975, la referida consulta no se efectuó ni ninguna parte acudió a esta Sala a los efectos de gestionar una ampliación del plazo conferido. De esta forma, al no haber ocurrido la condición dictada en la sentencia 2011-12975, el ordinal 8 del Decreto Ejecutivo No. 34312-MP-MINAE resultaba inconstitucional por una causa sobreviniente’, dijo la oficina de prensa.*

*Los magistrados indicaron que era necesaria la consulta a los pueblos indígenas que se vean afectados por las construcciones, ya que el proyecto se localiza en zonas declaradas como reservas indígenas. De no hacerlo, Costa Rica podría estar incumpliendo convenios internacionales en relación con la autonomía de los pueblos indígenas sobre su territorio.*

*El Proyecto Hidroeléctrico Diquís se pretende ubicar en la cuenca del río Grande de Térraba, incluye la instalación de un embalse que anegaría el 10% del territorio China Kichá (104 hectáreas) y 8% de tierras térrabas (726 hectáreas), según indicó la Defensoría de los Habitantes.*

*La megaplanta, de 650 megavatios de capacidad (MW), está varada desde el 2011.”<sup>243</sup>*

En este sentido la Sala Constitucional mediante resolución No. 12975, del 23 de septiembre de 2011, en cuanto a la obligatoriedad de la consulta a los pueblos, emitida en el caso Diquis, señaló:

**“VI. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO EJECUTIVO NÚMERO 34312.**

*[...]*

---

<sup>243</sup> <http://www.elmundo.cr/sala-iv-anula-declaratoria-conveniencia-nacional-al-ph-diquis/> (última visita 11/05/2017)

*A efectos de desarrollar lo dispuesto en el artículo 4 inciso b) del Decreto Ejecutivo número 34312, la consulta a los indígenas deberá plantearse de forma tal que estos puedan manifestar su voluntad de manera libre, previa e informada, según dispone el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, para cuyo efecto los indígenas deberán tener acceso a los estudios técnicos correspondientes, entre ellos los de factibilidad del proyecto hidroeléctrico ya realizados y los que estén en curso. Esta actitud de apertura a entregar información deberá mantenerla el ICE durante todas las fases del proceso de consulta. Además, el conocimiento informado supone que los pueblos indígenas dispongan del conocimiento y capacidad técnica requerida, para cuyo efecto resulta indispensable que estos cuenten con sus propios asesores expertos en las materias pertinentes; tales consultores serán libre y autónomamente escogidos y contratados por los indígenas, pero su costo correrá a cargo del Instituto Costarricense de Electricidad. Complementariamente, si ambas partes estuviesen de acuerdo, un equipo de expertos independientes y confiables podría facilitar el proceso de consulta, el cual podría ser auspiciado por el sistema de Naciones Unidas. En todo caso, la consulta deberá ejecutarse en el plazo de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento, todo antes de la decisión estatal que permita el inicio de las obras del proyecto. Resulta inconciliable con la buena fe en el proceso de consulta, el hecho de que cualquiera de las partes llegue a adoptar posiciones abiertamente contrarias a reglas unívocas de la ciencia o la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Ninguna de las partes, en el proceso de consulta, podrá partir del supuesto que impondrá su voluntad a la otra; por el contrario, deberá imperar un ambiente de recíproco respeto y consideración para con los criterios de cada una de ellas. Asimismo, la buena fe demanda que el Instituto Costarricense de Electricidad suspenda toda actividad de investigación o de otra índole que implique operaciones*

*en los territorios indígenas afectados hasta tanto no concluya la consulta estipulada en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo número 34312.*

*[...]*

**Por tanto:**

*Se declara sin lugar la acción respecto de los artículos 1 y 4 del Decreto Ejecutivo número 34312. Por mayoría, se interpreta conforme a la Constitución el numeral 8 del Decreto Ejecutivo número 34312, siempre y cuando la consulta establecida en el artículo 4 de ese Decreto se realice en el plazo improrrogable de 6 meses contado a partir de la notificación de este pronunciamiento. Los Magistrados Calzada, Jinesta y Cruz salvan el voto y declaran parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad, únicamente, contra el artículo 8° del Decreto Ejecutivo No. 34312-MP-MINAE, en cuanto la delimitación del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís comprende puntos de la Reserva Indígena de T. de Buenos Aires de Puntarenas y no le fue consultado a la comunidad indígena. El Magistrado Cruz pone nota.”*

Por último, Mario Peña Chacón nos recuerda, además, que el Derecho de Propiedad Comunal y su carácter demanial, han sido desarrollados por el Juzgado Agrario de Limón<sup>244</sup>, la Sala Primera<sup>245</sup>, e incluso la Procuraduría General de la República<sup>246</sup> se ha referido sobre el tema.

## **B. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

<sup>244</sup> Juzgado Agrario de Limón, resolución No. 53-1993: “*Propiedad en territorios indígenas es considerada como excepción. Se trata de un derecho de propiedad especial, creado para definir el papel del Estado frente a ese derecho, para tutelar una realidad establecida mucho antes...*”

<sup>245</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución No. 223-1990: “*En la misma no es posible reivindicar la propiedad debido a su carácter de inalienable*”

<sup>246</sup> Procuraduría General de la República de Costa Rica, criterio jurídico No. C-395-2003: “*Los ríos y caminos públicos que se ubiquen dentro de las áreas de reservas indígenas son bienes demaniales, sujetos al régimen de dominio público al cual pertenecen. Así debe constar en los planos que se inscriban ante el Catastro Nacional.*”

Como se ha desarrollado hasta el momento, las consultas a los pueblos indígenas requieren de la observancia de principios esenciales, que no pueden por ningún motivo dejar de ser respetados y aplicados por los Estados, en ese sentido la consulta debe ser previa, libre, informada, participativa, ajustada a las costumbres y tradiciones realizada a través de los órganos de representación de las comunidades, en forma general a los pueblos y a las personas en particular.

Es decir, muchos son los elementos a tomar en cuenta en un proceso de consulta, desde la participación equitativa de hombres y mujeres, niños, niñas y adolescentes, como las formas y los procedimientos de consultas, de lo cual surgen algunas preguntas relevantes que debemos realizarnos, previo al inicio de cualquier consulta, sean éstas principalmente: *¿qué?, ¿a quién?, ¿quiénes?, ¿cómo?, ¿dónde? y ¿cuándo?*, y las respuestas se pueden resumir en la siguiente afirmación: *SE DEBE CONSULTAR A TODO EL PUEBLO, SOBRE TODA MEDIDA ADMINISTRATIVA Y / O LEGISLATIVO QUE EL ESTADO PRETENDA REALIZAR EN SU TERRITORIO, O QUE LOS AFECTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, Y LA MISMA DEBE REALIZARSE EN TODO MOMENTO, HASTA LOGRAR UN ACUERDO O CONSENSO.*

De ahí que tratar de definir un único proceso de consulta, para todos los procesos es prácticamente imposible, pero sí podemos delimitar elementos mínimos de las mismas, que nos establezcan ese marco ajustado a las normas nacionales e internacionales, pero especialmente al actuar consuetudinario de los pueblos.

La consulta a los pueblos indígenas se encuentra regulada principalmente en el numeral 6) del Convenio 169 OIT, el cual establece:

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

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas,*

*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

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

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

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

De dicho artículo 6 del Convenio 169 OIT, extraeremos algunos principios que procederemos a analizar a continuación, además de aquellos principios y derechos señalados por la normativa nacional e internacional, así como los instrumentos jurídicos y resoluciones de tribunales internacionales, regionales y nacionales aquí analizados. En este sentido debemos indicar que el primer elemento a tomar en cuenta en nuestra investigación es el carácter colectivo de los territorios indígenas. Además, se puede ver la resolución de la Corte Interamericana emitida en el caso Saramaka vs. Surinam, párrafo 133 – 137, en el cual se establece la obligación de los Estados cuando pretendan realizar obras o inversiones a gran escala, en el cual establece:

*“134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La*

*Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis."*

Realizada la presente introducción, procederemos a analizar los principales elementos de la consulta a los pueblos indígenas, que deberá ser aplicados por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados en sus actividades, obras o proyectos que pretenda desarrollar en los territorios indígenas, o aquellos que sean utilizados por dichos pueblos para la realización de actividades tradicionales o culturales.

## **1. CARÁCTER COLECTIVO DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS**

En cuanto al carácter colectivo de los territorios indígenas, la Sala Constitucional de Costa Rica en su resolución No. 2013001071, de las nueve horas cinco minutos del veinticinco de enero del dos mil trece, ha reiterado la condición de inalienabilidad, imprescriptibilidad, y uso exclusivo de los pueblos sobre sus territorios, en este sentido afirma:

***"V.- Sobre la propiedad de las comunidades indígenas. Importante es indicar sobre el carácter colectivo o comunitario de la propiedad indígena, ya que la pertenencia de ésta no es personal, sino del colectivo como tal. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad."***<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> Continúa indicando la resolución No. 2013001071 de la Sala Constitucional: "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Las Asociaciones de Desarrollo Indígena, como 'estructura comunitaria', **son las competentes para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas**, y en lo que atañe a la propiedad indígena por ser de carácter colectiva, **resultan inaplicables las normas sobre**



---

**derechos individuales para la tutela de la propiedad y la posesión dispuestas en el ordenamiento jurídico al efecto.** El artículo 3 de la Ley Indígena dispone que [las Territorios sean regidos] por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan. La Ley Indígena declaró propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esa ley. Como vemos, se deben atender los mecanismos de control utilizados en las mismas poblaciones indígenas, y cuando no es posible debe tomarse siempre en consideración las costumbres de la población indígena. Es evidente que, en nuestro país, la mayor parte de poblaciones indígenas, tienen un grado de evolución cultural bastante avanzado, y por su forma de organización actual, a través de Asociaciones de Desarrollo, se busca la solución de conflictos internamente, y solo en casos extremos, se acude a la vía ordinaria de los Tribunales, que en todo caso están obligados a acatar las disposiciones de los citados convenios internacionales. De lo contrario “se estaría desconociendo el derecho fundamental de los Indígenas a tener sus propios organismos representativos y a poder actuar en forma autónoma en la defensa de sus derechos” (véase resolución de la Sala Constitucional N° 2005-06856, de las 10:02 horas del 1 de junio de 2005). **Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.** El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. ... **[Un Territorio] indígena, es una propiedad agraria originaria y de carácter colectivo, no pudiendo reclamarse sobre ella ningún derecho de propiedad o de posesión individual en perjuicio de la comunidad de pertenencia, siendo su propietario la totalidad de la comunidad, no pudiendo ser desmembrada en propiedad privada precisamente por su naturaleza jurídica destinada a la colectividad.** A la luz de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los indígenas, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dispuso que **un tratado internacional de derechos humanos tiene sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno.** Además, expuso que dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. Han mantenido que, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Ahora bien, si realizamos una INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, además tomamos en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, dicha Corte ha considerado que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua ). ... IV.- CASO CONCRETO. En el presente asunto existe un acto en ciernes de la Asociación de Desarrollo Integral Indígena Salitre, dirigido a recuperar un bien inmueble que, según aseveró su representante en el escrito de contestación de la audiencia conferida, se encuentra en posesión de una persona no indígena. El promovente plantea el recurso de amparo como una forma de oponerse a tal decisión de la entidad recurrida. Vemos que, en el fondo, existe un problema de reivindicación de tierras que no compete a esta Sala Constitucional dirimir. En efecto, determinar quién tiene un mejor derecho de posesión, es una cuestión de evidente legalidad que excede, tanto la naturaleza sumaria del amparo, como la competencia de este Tribunal, definida por la Ley y la propia Constitución Política. Tal y como se hizo constar en el precedente citado, esta materia es propia, en primera instancia, de las estructuras administrativas comunitarias y,

Por último, debemos indicar que el Tribunal Superior Agrario de Costa Rica en su resolución No. 429-97, de las 15:30 horas, del 24 de julio de 1997, señaló: *“Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena.”*

Sobre este particular, Miguel Ángel Fernández Ureña<sup>248</sup> señala:

*“Desde la promulgación de las primeras leyes que reconocían expresamente derechos específicos a los indígenas, el estado costarricense no solo estableció tutelas especiales sobre el territorio indígena, como su inalienabilidad e imprescriptibilidad, sino que, además, resguardó el carácter tradicional de exclusividad de ser habitado por la comunidad indígena.”* (p. 14)

Concluye Fernández Ureña:

*“Muchos pensarán que al hablar de discriminación o falta a los derechos humanos porque los indígenas no pueden acceder a la ‘propiedad individual’ sobre la tierra (al igual que podríamos hablar de educación y de medicina), implica un desconocimiento de la tradición que en este sentido han tenido estas poblaciones y el concepto de propiedad privada individual resultaría también imposición propia de una cultura sobre otra. Pero lo cierto es que les definimos como tenía que ser el mantenimiento de sus culturas y no hemos dejado que se auto transformara su sistema, el cual debió ser reajustado por ellos mismos, por su poder de decisión*

---

*excepcionalmente, de la jurisdicción ordinaria. Bajo este orden de consideraciones, el recurso deviene manifiestamente improcedente y así debe declararse.”*

<sup>248</sup> Miguel Ángel Fernández Ureña. (2006). *“Propiedad indígena y protección de los derechos humanos”*. Universidad Estatal a Distancia. Tesis para optar al grado de Magister en Derechos Humanos, programa Métodos y Técnicas de Investigación II, Maestría en Derechos Humanos. <http://studylib.es/doc/6980613/propiedad-indigena-y-proteccion-de-los-derechos-humanos> (última visita 09/07/2019)

*basado en la filosofía de la autodeterminación indígena que consiste precisamente en concebir el desarrollo de estos pueblos con base en sus propios ideales y necesidades, logrando el equilibrio entre los principios, los valores y el pensamiento popular.*

*Lo que se podría lograr con el proyecto de ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, pero dándoles más participación para que sean los indígenas mismos junto a expertos en la materia los que lleguen a las conclusiones que les darían una solución correcta y propia a los problemas de la propiedad indígena.” (p. 23)*

Podemos afirmar que la decisión sobre el territorio no esté en manos de una sola persona o familias indígenas y mucho menos del Estado, sino que le corresponde a la comunidad en general, tomar los acuerdos correspondientes, en todos aquellos proyectos que los afecte como unidad. Sobre este particular se hace referencia a la resolución No. 53-1993 del Juzgado Agrario de Limón, resolución No. 223-1990 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y al criterio jurídico No. C-395-2003 de la Procuraduría General de la República, sobre el carácter inalienable y el derecho de propiedad colectiva que rigen a los territorios indígenas.

## **2. AUTORECONOCIMIENTO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE LAS PERSONAS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

El auto reconocimiento o auto identificación de los pueblos indígenas es un elemento esencial, que nos permitirá determinar el sujeto de la consulta, sobre este particular la Sala Constitucional de Costa Rica, en su resolución No. 1993001786, de las dieciséis horas con veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, establece:

*“1.- En Costa Rica, nueve grupos autóctonos subsisten en diferentes "reservaciones" que suman 30,500 habitantes o cerca del 1% de la*

población nacional, aproximadamente. Estos son: a) BRIBRI: 6700 miembros. Viven en los cantones de Talamanca, provincia de Limón y de Buenos Aires provincia de Puntarenas hasta el pacífico sur. b) CABECAR: 8300 miembros. Viven en el cantón de Talamanca, de Limón: en Chirripó del cantón de Turrialba, Provincia de Cartago y en Buenos Aires de Puntarenas. c) BRUNKA (borucas: 2660 Miembros, habitan en Buenos Aires de Puntarenas. ch) HUETAR: 855 Miembros, Viven en el cantón de Mora, provincia de San José. d) MELEKU (GUATUSO): 520 personas, Habitan en Guatuso de la provincia de Alajuela. e) MATAMBU (CHOROTEGA): 793 Personas. Viven en los cantones de Hojanca y Nicoya de la provincia de Guanacaste. f) TERIBE (TERRABA): 1504 personas. Viven en Buenos Aires de Puntarenas. 8000 hectáreas. g) GUAYMI: 2036 personas. Habitan en los cantones de Corredores, Coto Brus, Golfito y Osa de la provincia de Puntarenas. **Estos pueblos ocupan 22 mal llamadas reservaciones, término que tiene para ellos una connotación de aislamiento, de encierro, cuando lo más correcto es definirlos como territorios, que abarcan más 322.000 hectáreas.**

...

IV.- Los recurrentes consideran que por su milenaria cultura indígena, que comprende costumbres nómadas y una concepción de su territorio vital radicalmente diferente de la de la mayoría de los costarricenses, en especial por la ausencia de límites o fronteras y por ende del concepto de propiedad privada propio de algunos pueblos occidentales, tienen el derecho a ser inscritos como costarricenses sin cumplir los requisitos que exige la ley para ello y además que no se les aplique la ley N° 7024 que los obliga a inscribirse como extranjeros naturalizados. Estima la Sala que los recurrentes tienen razón, por cuanto la Constitución Política, el Convenio 169 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, aprobado por la Asamblea Legislativa según ley # 7316 de 13 de octubre de 1992 y otras normas y principios del Derecho Constitucional y del Internacional de los Derechos Humanos reconocen que los indígenas son

*un grupo social diferente de la mayoría, (mayoría en algunos países), al que no pueden aplicarse pura y simplemente los artículos 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y 24 del Reglamento del Registro del Estado Civil, que exigen el requisito de la declaración de una persona mayor de edad que tenga cédula de identidad, con el fin de cumplir el trámite para la inscripción tardía de una persona mayor de diez años, nacida en el país o de padres costarricenses; es decir, que el testigo ya haya sido inscrito como costarricense. Esas normas citadas tienen sentido para circunstancias normales y casos aislados de personas que no fueron registradas en sus primeros años de vida, pero evidentemente no lo tienen para toda una población que además representa una cultura diferente que debe ser reconocida y respetada, como se dijo, y a la cual debe aplicársele la ley desde otra perspectiva completamente distinta, sobre todo a la vista del Convenio 169 de la OIT, que es una norma de rango superior a la ley según lo dispone el artículo 7º de la Constitución, y sobre el que la Sala emitió opinión consultiva favorable por sentencia N° 3051-92 y que hoy es ley de la República N° 7316.*

...

*IX.- La demostración de que estamos frente a un problema de prueba del nacimiento de la persona o incluso del de sus padres también, que no correspondía a las realidades de esas comunidades, es el hecho de que el legislador simplificó aún más esos requisitos y por reforma introducida por ley N° 7225 que deroga la N° 7024, permite la inscripción de los indígenas nacidos en Costa Rica con cumplimiento del simple requisito de aportar el testimonio de dos personas de buenas costumbres. Ello con el fin de que sean las mismas comunidades autóctonas las que definan quienes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue 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.*

*X.- Lo dicho en el punto anterior, es de vital importancia para la inscripción de un indígena como ciudadano costarricense, puesto que aun cuando una comunidad autóctona reconozca un territorio vital no concordante con las fronteras políticas hoy definidas por los Estados, la determinación que hagan los dirigentes de esta sobre la pertenencia o no de una persona al grupo, permitirá su inscripción.*

...

**Por tanto:**

*Se declara con lugar el recurso. Para la inscripción de los indígenas Guaymíes como costarricenses de origen, se deben aplicar los criterios resultantes del Convenio número ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, aprobada por Ley N°7316 de 3 de noviembre de 1982, en especial conforme a lo dispuesto en el artículo décimo de dicho convenio. Se condena al Estado al pago de las costas daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.”*

Es importante ver como ya la Sala Constitucional desde el año 1993, en aplicación de normas y principios internacionales, determina el elemento fundamental del autorreconocimiento individual y colectivo, por el carácter especial y particular de los pueblos y las personas indígenas.

### **3. IDENTIDAD CULTURAL**

Como ya vimos el autorreconocimiento individual y el reconocimiento colectivo, son parte de los elementos esenciales para determinar quiénes son personas indígenas, de ahí que exista todo un procedimiento tradicional para determinar tal condición. Sobre este particular la Sala Constitucional de Costa

Rica, en su resolución No. 2010010224, de las 10:41 horas, del 11 de junio del 2010 señaló:

*“La auto identificación es un sentimiento propio de cada individuo que se desarrolla cuando ha crecido rodeado de las tradiciones propias de determinada etnia, teniéndose que no le compete a una Asociación el determinar si se posee o no. Cuando se hace referencia a los derechos de las personas indígenas, debe destacarse que las costumbres y tradiciones de éstos son preponderantes, así lo reconoce por ejemplo el artículo 11 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que indica: ‘Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales ...’, **y es un punto clave cultural de los indígenas que son las personas mayores, es decir de más edad, los que han tenido un papel primordial en la determinación de quien es indígena o no.** Así las cosas, no puede de manera arbitraria la Asociación determinar que un solicitante no es indígena, ya que ello según sus costumbres lo determinan los ancianos de la comunidad, lo cual no se observa haya sucedido en el caso concreto, en el que no consta un dictamen rendido por una persona mayor de la comunidad para establecer bajo criterios razonables que la persona no reúne las características necesarias para ser considerado indígena. Ello nos lleva nuevamente al punto del lugar donde habitan los solicitantes, pues lo que se debe tomar en consideración para realizar el estudio pertinente que determina la pertenencia a un grupo indígena es vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieran” o vinieran al área, así, puede considerarse que si los amparados habitaron los territorios indígenas con anterioridad a que el Estado impusiera los límites, eso no se les pueden achacar a ellos para no permitirles el ingreso a la Asociación. Para poder denegar de manera legítima la afiliación a una Asociación por este punto, debe realizarse un peritaje cultural con el fin de que sean personas con la formación técnica*

*necesaria los que se pronuncien sobre si un territorio pertenece o no a una determinada comunidad étnica. Debe aclararse que esta Sala no pretende establecer que cualquier persona que resida en cualquier territorio puede integrar una Asociación, es claro que en este caso una persona que resida en San José no tendrá ningún derecho de integrar la Asociación de Desarrollo Integral Indígena Térraba; sin embargo, este no es el caso de los amparados quienes habitan en un territorio vecino al que por los límites estatales se considera el Térraba. El tercer argumento vertido por la Asociación recurrida, en el sentido de que nunca han formado parte ni cooperado con procesos de desarrollo de ese territorio indígena, considera esta Sala que no es un argumento válido habida cuenta que uno de los sentimientos que motivaron a los amparados a solicitar su afiliación es precisamente el querer participar en los procesos de desarrollo. Y debido a que las comunidades indígenas tienen el derecho de autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, y han escogido hacerlo mediante Asociaciones, éstas son el único medio que ellos tienen de participación en las decisiones de su comunidad, por lo que no se les puede denegar la afiliación de manera arbitraria como se realizó en el caso concreto, en el que no se contó con ningún estudio previo. El cuarto punto por el cual se les denegó la afiliación es por la presunción que la reunión con un grupo beligerante indígena, ya en la sentencia parcialmente transcrita, el número 2009-013994 se indicó que: “Así las cosas, el motivar el rechazo de la petición de afiliación de los amparados en su oposición a proyectos comunales resulta abiertamente contrario al Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Permitir la disidencia dentro de una agrupación es connatural a la democracia y raros – por no decir imposibles – son los conglomerados humanos de opinión y criterio homogéneos”, en mérito de ello, no se puede denegar el ingreso a una Asociación por la disidencia de opiniones que expresa la eventual reunión con otras agrupaciones.”*



Vemos así como el voto de la Sala Constitucional especifica que en última instancia, y en casos de dudas, corresponde a los mayores cualquiera que sea su denominación (consejo, grupo, entre otros), determinar mediante procedimientos tradicionales y conocimiento de la cultura, quién o quiénes son indígenas, y por consiguiente con la potestad de participar dentro de la toma de decisiones administrativas o legislativas, así como de las actividades, obras o proyectos que pretenda el AyA realizar en sus territorios, o incluso fuera de los mismos, y que les afecte directamente.

#### 4. AUTOGOBIERNO

Aspecto relevante que no se puede obviar, a la hora de elaborar un proceso de consulta, es que los pueblos indígenas en general y las comunidades indígenas en particular, son autónomas y cuentan con un derecho esencial al autogobierno. En este sentido, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria de la OEA, celebrada el 14 de junio de 2016, mediante resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), establece:

***“Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno:***

- 1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.”*

De ahí que, corresponde a los propios pueblos, establecer los parámetros mínimos de la consulta, a través de sus órganos de representación tradicional en coordinación con los Órganos Estatales.

## 5. LIBRE

El elemento de libertad se debe analizar desde varias aristas, como libertad de asociación, participación, elección, pensamiento, entre muchas otras, pero la más importantes son la de libertad de decisión y como corolario de esta se encuentra la libertad de asociación, en este sentido la Sala Constitucional en su resolución No. 2002002623 de las catorce horas cuarenta y un minutos, del trece de marzo del 2002, señala:

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

*corresponde dilucidar si la obligación contenida en el artículo 3° del Reglamento a la Ley Indígena es contraria al Derecho de la Constitución. Esta Sala en el voto N° 5486-95, transcrito en lo de interés, señaló en el considerando V que el derecho de asociación tiene dos vertientes: la positiva que se refiere a la libertad de fundar y participar en asociaciones y de adherirse a ellas y, la negativa, que implica la prohibición de obligar a una persona a ser miembro de una determinada agrupación de naturaleza privada, así como de permanecer en ella. El recurrente alega vulnerada la vertiente negativa de su derecho, en tanto considera que la disposición del numeral 3 del Decreto Ejecutivo N° 848-G de 26 de abril de 1978 le obliga a pertenecer a una Asociación de Desarrollo Comunal como condición necesaria para el ejercicio de derechos y obligaciones; sin embargo, esta Sala estima que no lleva razón el recurrente en su argumentación, tal y como se expresará a continuación.”*

Es importante dejar constando en el acta la participación, la presencia de personas que no firmen el listado de asistencia, con el fin de evitar futuros inconvenientes que puedan dar al traste con el proceso de consulta.

## **6. PREVIA**

Importante para un proceso de consulta, es realizar las mismas durante toda la actividad, obra o proyecto, desde la fase inicial hasta la conclusión y entrega del mismo, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 28 de noviembre del 2007, dictada en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, indicó:

*“134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento*

libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto requiere de mayor análisis.

135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: ‘... **siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.**’ En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que ‘es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo’.

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.”

De ahí que lo relevante para obtener el consentimiento o lograr un acuerdo con la comunidad consultada, es otorgar información previa, con el fin de que se analice y se tome conciencia de la actividad, obra o proyecto a realizar en su

territorio. Información que debe ser ajustada a su lengua o dialecto, y de ser necesario que la misma sea analizada por un profesional en el campo correspondiente, que logre transmitir las ideas generales a la comunidad.

## 7. INFORMADA

Sobre el aspecto de la información la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 27 de junio del 2012, dictada en el proceso *Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador*, señaló:

*“177. La Corte ha establecido que, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.”*

La comunicación debe ser constante entre los actores de la consulta, y deben ser informados en un modo que se entienda el objeto de la propuesta, que se puedan crear canales fluidos de comunicación, para lo cual deben – en caso de ser necesario – contratar por parte del Estado expertos en el tema y que además hablen la lengua, dialecto o idioma de las personas a consultar.

## 8. BUENA FE

La “buena fe” se puede ver desde un **enfoque comunal**, en el sentido de no entrabar injustificadamente un proceso de consulta, y desde el **enfoque estatal**, de permitir a las comunidades el acceso a toda la información, con respecto al objeto de la consulta. Sobre este particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 19 de setiembre del 2006, dictada en el *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, aún y cuando no es un asunto específico sobre pueblos indígenas, sí estableció parámetros mínimos en materia de protección ambiental y acceso a la información, en lo que nos interesa señaló:

*“73. El Tribunal encuentra claro que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública (supra párr. 57.7). Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras.*

*(...)*

*77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del*

*Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.*

*(...)*

*137. El Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo.”*

Lo ideal es que el Instituto cree canales de comunicación efectivos, que le permitan a las comunidades acceso a la información, ajustados a sus tradiciones,

pudiendo hacer uso de los recursos tecnológicos, siempre y cuando se tomen en cuenta las limitaciones de dichos pueblos, para lo cual podrá hacer uso de otros instrumentos que permitan filtrar la información a las personas y comunidades, uso de radio y televisión, carteles informativos, exposiciones escolares, talleres, o cualquier otro medio eficiente y eficaz que mantenga un claro diálogo entre el AyA y las comunidades a consultar.

## 9. PLENAMENTE PARTICIPATIVA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 28 de noviembre del 2007, dictada en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, indicó:

*“122. Como se mencionó anteriormente (supra párr. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que, a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son*



*necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.*

*129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramaka respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.*

Por lo general, se indica que la consulta se hace a través de sus órganos de representación tradicional, pero no se debe perder de vista que el objeto de la consulta es el pueblo en general. Por lo que el Instituto procurará el establecimiento de instrumentos que puedan servir de enlace, para crear los canales de comunicación necesarios, que permitan una información veraz y actualizada a la comunidad.

## 10. AJUSTADA A LAS COSTUMBRES Y TRADICIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Otro elemento esencial es que la consulta debe ajustarse a las costumbres y tradiciones de la comunidad, en este sentido la Sala Constitucional de Costa Rica, en su resolución No. 2010010224 supracitada, también determinó:

*“... El catorce de octubre de dos mil nueve, la Asociación recurrida dio respuesta a la solicitud planteada por los recurrentes, denegándoselas por no habitar dentro de la jurisdicción del territorio indígena de Térraba, por no existir certeza de su condición indígena de la etnia Térraba ni Teribe, por nunca haber formado parte ni cooperado con procesos de desarrollo de ese territorio indígena. Sobre el alegato de no habitar dentro de la jurisdicción del territorio indígena, debe tenerse presente que los territorios indígenas se establecieron con anterioridad a la formación del Estado, el cual fue el que impuso los límites territoriales. Debido a ello, es que no puede considerarse que solamente por el hecho de haber quedado por fuera de los límites estatales a [los territorios] indígenas, quienes habitan fuera de éstos, pero son a su vez vecinos, no sean indígenas de una determinada comunidad.”*

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 28 de noviembre del 2007, dictada en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, afirmó:

*“133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y*

*brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”*

En este sentido es importante tener en cuenta lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, en su informe *“La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica”*, del 30 de mayo de 2011, señala:

*“25. Los instrumentos internacionales aplicables requieren que las consultas con los pueblos indígenas se ajusten a sus propias formas de representatividad y organización relativas a la toma de decisiones. Por lo tanto, no corresponde al Estado costarricense ni a ninguna de sus agencias definir las modalidades de representación de los pueblos indígenas a ser consultados sobre el proyecto El Diquís. La asignación de sus representantes ha de ser definida por los propios pueblos indígenas. En este sentido, la consulta debería ser realizada mediante los mecanismos de representación definidos por el propio pueblo Teribe y los otros pueblos afectados por el proyecto, de acuerdo con sus costumbres y*

*tradiciones.*<sup>249</sup>

Este elemento *espacio-temporal* es fundamental, debido a que existen comunidades que no cuentan con una delimitación clara de sus territorios, e incluso se trasladan de un lugar a otro, de un país a otro, y, además, se debe tener en cuenta que existen territorios tradicionales, en los cuales ejercen algunos actos o actividades espirituales o de subsistencia y que no necesariamente se encuentran delimitados por los Estados.

## **11. A TRAVÉS DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN TRADICIONALES O CONSUECUDINARIOS**

Determinar los órganos de representación tradicionales actualmente es un elemento casuístico, debido a que no todos los pueblos o comunidades indígenas cuentan con los mismos organismos de representación, en algunos casos han aceptado la representación establecida por los Estados como son: - Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas, - CONAI, - ASADAS, entre otros. Mientras que por otro lado no reconocen tales organismos, aún y cuando estos están funcionando y son reconocidos por los propios gobiernos.

En este sentido es importante tener en cuenta lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, en su informe *“La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica”*, supracitado, recomienda para que no se convierta en un tema casuístico el asunto de la consulta, lo siguiente:

*“2. Medidas para establecer un ambiente de confianza*

...

*24. Tal como se explica en los párrafos 42-44, un problema latente en*

---

<sup>249</sup> <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoEIDiquis30-5-11.pdf>  
(última visita 09/07/2019)

*Costa Rica es la posesión de grandes extensiones de territorios indígenas por no-indígenas, un problema que debería ser tratado por el Estado de manera prioritaria. En el caso particular de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís, el Relator Especial considera que se debería avanzar en un mecanismo para la recuperación de tierras, lo que podría ayudar a establecer las condiciones que pudieran llevar a un consenso sobre el proyecto.*

### *3. La participación y representación en el proceso de consulta*

...

*26. El Relator Especial ha observado que no existe en la actualidad una clara definición de los mecanismos o instituciones que podrían legítimamente ser la vía de representación del pueblo Teribe en consultas con el Estado sobre un proyecto que afecta a sus derechos colectivos. Es evidente que lo mismo ocurre en relación con los otros pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís. Existe en cada uno de los territorios indígenas dentro del área de impacto del proyecto una Asociación de Desarrollo Integral (ADI), que es una institución con atributos de representación y gestión creada y regulada por el Reglamento a la Ley Indígena, Decreto Ejecutivo 8487 de 1978. Pero según información recibida de varias fuentes, 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.*

*27. Para que se efectúe un proceso de consulta adecuado sobre el proyecto hidroeléctrico, será necesario que los pueblos indígenas*

*afectados tomen los pasos que les permitan definir ellos mismos sus modalidades de representación y participación en el proceso. Para ello, deberá prevalecer el mismo espíritu de solidaridad y cooperación que el Relator Especial encontró entre las varias organizaciones indígenas cuando visitó Térraba.*

*28. Por su parte, el Estado debería abstenerse de intentar influir en la definición de las modalidades de representación indígena, mientras que debería estar dispuesto a apoyar logísticamente a los pueblos indígenas en el proceso de esa definición, si estos así lo desean. El Relator Especial exhorta al Estado a disponer de paciencia y permitir a los pueblos indígenas afectados por el proyecto que dispongan del tiempo que ellos consideran necesario para estos efectos.*

...

#### *4. La definición del proceso: la “consulta sobre la consulta”*

*33. Además, el Estado no debería precipitarse en el diálogo con las partes indígenas acerca del procedimiento de consulta a realizarse. De nuevo, es necesario que los actores estatales tengan paciencia para que las partes indígenas puedan definir sus modalidades de representación, y también para que puedan prepararse adecuadamente antes de iniciar el diálogo.”<sup>250</sup>*

Por su parte el Decreto No. 042-MP denominado “*Construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas*”, también establece ciertos elementos para evitar que el asunto de la consulta deje de ser casuística y se establezca un proceso único de consulta que genere obligaciones a los pueblos y las personas indígenas, así como al Estado, en este sentido dicha directriz señala:

**“Artículo 3º-*Construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas.* Es el proceso mediante el cual se construirá, de forma**

---

<sup>250</sup> Ídem.

*conjunta y exclusiva entre el Gobierno de la República y los pueblos de los veinticuatro territorios indígenas, el Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas.*

...

**Artículo 5º-Convocatoria a pueblos indígenas.** *La construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas se realizará mediante un proceso conjunto entre la Comisión y los pueblos de los veinticuatro territorios indígenas. Para dicho proceso, la Comisión realizará una convocatoria pública y de amplio alcance dentro de los territorios indígenas, valiéndose de diversas formas y medios de comunicación y tomando en cuenta la diversidad lingüística en cada pueblo y factores geográficos. La convocatoria será dirigida a personas indígenas y organizaciones de los pueblos indígenas, que podrán comprender, entre otras, las veinticuatro Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena, colectivos u organizaciones culturales, productivas, de mujeres, personas adultas mayores, personas con discapacidad, jóvenes y gobiernos estudiantiles. La convocatoria será hecha con un plazo prudencial que garantice su amplia difusión.*

...

**Artículo 13.-Objetivos de los primeros encuentros territoriales.** *Los objetivos de los encuentros territoriales son:*

- a. Dar inicio al proceso de construcción del Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas;*
- b. Presentar la presente Directriz, su objetivo y alcances;*
- c. Presentar a los actores del proceso, a saber, las instituciones públicas participantes y los pueblos indígenas;*
- d. Acordar con los pueblos indígenas la metodología que será utilizada;***
- e. Acordar con los pueblos indígenas la invitación de los observadores al proceso;*
- f. Acordar con los pueblos indígenas los asesores técnicos que les*

*brindarán acompañamiento durante el proceso;*

*g. Identificar los intérpretes oficiales del proceso;*

***h. Acordar con los pueblos indígenas la definición y el contenido de los principios rectores del proceso;***

*i. Fijar el cronograma de realización de los siguientes encuentros territoriales.*

*La Comisión procurará, al final de los encuentros territoriales, generar acuerdos en torno a los elementos planteados previamente.”*

Como bien lo señala Anaya, así como los objetivos que busca la Directriz de Construcción del Mecanismo de Consulta citados, se hace necesario establecer un proceso de consulta que permita, una mayor fluidez y seguridad a la hora de realizar este tipo de consultas con los pueblos y las personas indígenas.

Por su parte, ya la Sala Constitucional de Costa Rica, establecía ciertos elementos de la consulta, con base en instrumentos internacionales, por lo que no debemos obviar que los mismos son fuente de Derecho, y que han permeado en gran medida la legislación de reciente data. En este sentido, con respecto a la consulta de constitucionalidad sobre el Convenio 169 de la OIT, en su resolución No. **1992003003**, de las once horas y treinta minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y dos, afirma:

*“... 5. Ahora bien, en cuanto a los indígenas como minorías, -aunque en algunos países superan el 50% de la población- es importante resaltar el aporte de la Organización de los Estados Americanos, cuya VII Conferencia, celebrada en Lima, Perú, en 1938, convocó al Primer Congreso Indigenista Americano, que se reunió en Pátzcuaro, México, en 1940. El Congreso inició un movimiento hacia una política indigenista continental, tendente a garantizar el respeto a la personalidad y cultura de los pueblos autóctonos, rechazar la discriminación en su contra y elevar sus condiciones económicas y sociales. Además, fundó el Instituto*



*Indigenista Panamericano con sede en México, que se constituyó por medio de la 'Convención Internacional Relativa a los Congresos Indigenistas Americanos y al Instituto Indigenista Panamericano' conocida como 'Convención Indigenista'.*

**6. Costa Rica ha suscrito gran número de instrumentos internacionales que directa o indirectamente protegen los derechos de las minorías en general y en especial los de los pueblos indígenas.** *En cuanto a esto último, nuestro país suscribió el Convenio 107 de la O.I.T. denominado "Convenio Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", adoptado en 1957 y aprobado en 1959 por la Asamblea Legislativa de nuestro país, por Ley N°2330, primer paso hacia la protección de las poblaciones indígenas, colocando al Gobierno como principal responsable del proceso. Ese Convenio, modificado ahora por el 169 que se ha enviado, en consulta por la Asamblea Legislativa, fortalece aquella protección y respeto, con una concepción más universal de igualdad material y jurídica.*

*7. De la misma forma, la Ley Indígena, 6172 de 29 de noviembre de 1977, desarrolló, y en algunos aspectos superó las obligaciones internacionales contraídas por Costa Rica; pues reservó importantes porciones de su territorio para los indígenas, tratando de evitar que se inscribieran como propiedad privada de otros. Otorgó plena personería y capacidad jurídica a sus comunidades para dirigir sus actividades y decidir sobre sus bienes; les permitió explotar las reservas naturales dentro de sus territorios y prohibió la extracción de objetos arqueológicos de sus cementerios. La Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) se creó por Ley 5251 de junio de 1973, como el organismo aglutinador de las comunidades indígenas, integrado además con representantes de varias instituciones del Estado, legislación que es pionera en nuestro continente.*

*8. En el articulado del Convenio no parece hacer nada que, correctamente interpretado y aplicado, puede contravenir el Derecho de la Constitución. En este sentido merecen algún comentario las disposiciones de los*

*artículos 6.1.a), 16 y 25.2, como únicos que pudiesen suscitar alguna duda: a) En cuanto al artículo 6.1. a) entenderse que la obligación de ‘consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’, lo mismo que las siguientes de establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, aquí únicamente se señalan **objetivos que coinciden por cierto, con los principios y valores democráticos correctamente entendidos**, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen...”*

Como se indicaba anteriormente el sujeto de la consulta es el pueblo indígena en general, y la participación de órganos tradicionales de representación, es con el fin de abaratar costos, y permitir que la información fluya más rápido hacia y desde las comunidades. Desde el punto de vista personal y la experiencia institucional, el abaratar costes, es en cuanto a la convocatoria general de la comunidad, existen elementos y etapas que podrían ser en coordinación con un grupo reducido de representantes, mediante los cuales se logren filtrar la información a las personas, a través de reuniones, talleres, visitas específicas, y muchas más acciones, previas a las convocatorias generales, en las cuales se tomarán los acuerdos o consensos sobre las actividades, obras o proyectos a realizar por el Instituto.

No debemos olvidar que hay elementos de la consulta, que únicamente esos órganos nos pueden aclarar, y en las cuáles no se pueden dejar de consultar, y que sí nos pueden ayudar a acelerar los procesos, como cuáles son los criterios que con se reconocen a los miembros de las comunidades, cuáles son sus métodos tradicionales, entre otros, que sí sería más difícil estar convocando a toda la comunidad para estar definiendo estos criterios.

## 12. DE LOS ÓRGANOS ESTATALES ENCARGADOS DE REALIZAR LA CONSULTA A LOS PUEBLOS

En aquellas, obras, proyectos o actividades de personas particulares, en teoría no se requiere del proceso de consulta, dado que los únicos procesos a consultar son aquellos en los cuales las medidas administrativas o legislativas emanen por parte del Estado, lo que podría ocasionar que un proyecto estatal se realice a través de una empresa privada, escondiendo la verdadera intención de los gobiernos.

De ahí que, consideramos necesario que el Estado deberá participar obligatoriamente como fiscalizador del proceso, y que al menos se exija a dichos pueblos una certificación o aval del gobierno, para realizar tales o cuales proyectos dentro de los territorios indígenas. Con mucha más razón cuando éstos puedan ser considerados de gran envergadura, con un enorme riesgo para la población, su cosmovisión, costumbres, tradiciones y el entorno que los rodea. Se debe exigir a los desarrolladores el cumplimiento de la normativa medio ambiental existente, y los permisos de las organizaciones estatales correspondientes.

En el caso de Paraguay, ya habíamos indicado que el Instituto de Derechos Indígenas de Paraguay (INDI), mediante resolución No. **2039/10**, del 11 de agosto del 2010, denominada: *“Por la cual se establece la obligación de solicitar la intervención del Instituto Paraguayo del Indígena para todos los procesos de consulta en las comunidades indígenas”*, había establecido entre otras cosas:

*“Art. 1º) Todo proceso de consulta en comunidades indígenas debe realizarse con la intervención del Instituto Paraguayo del Indígenas, INDI.*

*(...)*

*Art. 3º) El INDI, institución rectora de la política indigenista, y autoridad de aplicación del referido Convenio No. 169 no considerará válida ninguna consulta que se haya realizado sin su fiscalización y evaluación.”*

Por otra parte, la Sala Constitucional de Costa Rica, mediante resolución 1997003886, de las once horas treinta y tres minutos del cuatro de julio de mil novecientos noventa y siete, referente a la omisión de consulta a los pueblos indígenas establecida en el artículo 6 del Convenio 169 dispuso lo siguiente:

*“III.- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por Ley No. 7316 de 3 de noviembre de 1992, complementa, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, un régimen especial de protección en favor de los derechos e integridad de los pueblos tribales, que son aquellos grupos humanos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les hacen distinguirse de otros sectores de la colectividad nacional. La normativa en cuestión, en su artículo 4, exige a los gobiernos adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. En varias oportunidades, la Sala ha reconocido la necesidad de tomar en consideración las características propias de los grupos indígenas que se mantienen en sus propios territorios, a la hora de interpretar y aplicar las distintas normas que conforman el ordenamiento jurídico.*

*(...)*

*V.- Lo anterior implica que, para la resolución del caso en examen, habría que definir en primera instancia si el acto impugnado afectó directamente a los habitantes de dichos territorios. Existen al respecto dos elementos que son determinantes para llegar a una conclusión sobre este cuestionamiento. Por un lado, está el hecho de que la totalidad de los guarda-reservas son, a su vez, miembros de las comunidades indígenas que habitan las reservas. Por otro, que la actividad que llevan a cabo esos*

*funcionarios, que es fundamentalmente la protección de los bosques y la vigilancia de las reservas, tiene una incidencia directa en el ámbito de la seguridad de los habitantes, los bienes, el medio ambiente y el territorio de la reserva indígena. De lo anterior se infiere que, en efecto, la adopción de esta medida por parte del Instituto de Desarrollo Agrario trajo aparejada una afectación directa a los pobladores indígenas de las reservas, afectación que infringe el ámbito de protección del régimen especial que se les aplica a estas comunidades.*

*VI.- El artículo 6 del Convenio también establece que la consulta a los pueblos interesados debe hacerse mediante los procedimientos apropiados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas. A pesar de esto, del informe que rinde el Instituto de Desarrollo Agrario se desprende que esa consulta no sólo no se hizo, sino que ni siquiera se procuró contactar a las comunidades indígenas que podían verse afectadas. Obsérvese que, en el caso concreto en estudio, existía el deber de consulta porque se trataba de una medida de carácter general, que afectaba a las comunidades indígenas y que era susceptible de menoscabar el régimen especial de protección que se les aplica. En ese sentido, si la medida administrativa no hubiese afectado a la comunidad como un todo, sino a alguno o algunos de sus miembros individualmente y en razón de circunstancias muy particulares y personales, no necesariamente hubiese requerido ser objeto de consulta. Sin embargo, en este caso la actuación impugnada, por implicar de hecho la eliminación de todo el cuerpo de guardas de las reservas, es una medida que afecta a las comunidades en su conjunto, incidiendo negativamente en el ámbito de protección de los pobladores, bienes, medio ambiente y territorio de las reservas indígenas y, por ello, estaba sujeta al régimen especial de protección. Al producirse la medida de manera inconsulta, el procedimiento seguido para el despido de los guardas de reservas indígenas -de la totalidad de ellos- lesiona el artículo 6 del Convenio No. 169 y, hecha abstracción del perjuicio que ello causa en el ámbito de los*

*derechos de las comunidades indígenas -de las que son miembros, en cuanto indígenas ellos mismos, los guarda reservas-, aquella lesión del Convenio significa que el vicio en el procedimiento hace a este incapaz de surtir un efecto válido con respecto a la relación de empleo que los guarda reservas han mantenido con el Instituto accionado. Es más, el Instituto ignoró lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, que es un requisito esencial para la validez del acto de despido en la situación concreta del servicio que prestaban los guarda reservas, con lo cual no sólo causó quebranto del régimen acordado para las comunidades indígenas, sino que, como efecto reflejo, desconoció el derecho de los guarda reservas - en conjunto y particularmente- a que la supresión del cuerpo de que formaban parte pasase por el trámite de la consulta establecido en aquel artículo.*

*VII.- La consulta en cuestión debió realizarse, en principio, a través de las Asociaciones de Desarrollo Integral correspondientes, ya que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 8487-G de 26 de abril de 1978 (cuyo artículo 3 se encuentra actualmente cuestionado por razones de inconstitucionalidad), estas entidades son las encargadas de representar judicial y extrajudicialmente a las comunidades indígenas, de modo que, en el estado actual del ordenamiento, califican como "instituciones representativas" de los habitantes de las reservas. Lo anterior se manifiesta sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva en la acción de inconstitucionalidad No. 6433-96, en la que se cuestiona precisamente el que las asociaciones de desarrollo integral constituyan la única forma de representación que permita a los habitantes de las reservas indígenas ejercer derechos fundamentales individuales o colectivos."*

La Sala Constitucional de Costa Rica, en su resolución No. 2007016213, de las once horas y cincuenta y dos minutos del nueve de noviembre del dos mil siete, establece:

*“II.- En este caso el accionante acusa lesión al artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989, ya que, las autoridades recurridas constituyeron un acuerdo para suministrar viviendas a indígenas situación que no ha sido consultada a la comunidad. Asimismo, acusa que se ha otorgado bono para la construcción de vivienda dentro del territorio indígena a personas no indígenas. En el caso en cuestión la Sala verifica que el CONAI y la Cooperativa Nacional de Educadores R.L. han dispuesto el otorgamiento de bonos para la vivienda a indígenas, situación que no puede verse lesiva o perjudicial a los pueblos indígenas. En consecuencia, la Sala descarta que en este caso sea necesario efectuar la consulta dispuesta en el artículo 6 del convenio de cita. Asimismo, bajo la fe de juramento el representante del CONAI establece que el bono para la vivienda ha sido otorgado sólo a personas indígenas. De ahí que, este Tribunal rechaza los derechos constitucionales del promovente. Por lo anterior, lo procedente es declarar sin lugar el recurso. Por tanto: Se declara sin lugar el recurso.”*

Consideramos errado el criterio de la Sala Constitucional en la resolución No. 2007016213 aquí transcrita, debido a que por el hecho de otorgar casas y bonos de vivienda a las personas indígenas, considera que no es un acto lesivo o perjudicial, por tal razón se puede omitir el proceso de consulta que establece el artículo 6.1.a) del Convenio 169 de la OIT, lo que contradice totalmente con lo señalado en dicha norma, la cual establece que al aplicar las disposiciones del convenio los gobiernos deberán: *“... a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.**”* Como vemos la norma no hace distinción entre acciones positivas o negativas, sino que hace énfasis en afectaciones directas, de ahí que cualquier medida debe ser consultada a las

comunidades. En todo caso, bastaría con afirmar que un proyecto genera una afectación directa a la comunidad para omitir el proceso de consulta.

Es importante reiterar que en el caso costarricense corresponderá al Ministerio de Justicia y Paz desarrollar todos los procesos de consultas, de conformidad con lo establecido en el Mecanismo de Consulta, el cual es Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

Por otra parte, reiteramos que los procesos de consultas son realizados por los Estados, y en los casos de actividades, obras o proyectos privados, e incluso acciones realizadas directamente por las mismas comunidades, supuestamente no es necesario realizar consulta a las personas indígenas, situación que podría ser utilizada por los Estados, para evadir el cumplimiento de los estándares internacionales en materia ambiental y asuntos indígenas, aún y cuando somos consciente del principio de legalidad que los rige, podemos señalar ejemplos como contrato bipartitas (o de más partes), para la elaboración de un proyecto hidroeléctrico “privado”.

### **13. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS BENEFICIOS**

El asunto de la participación de los pueblos indígenas en cuanto a los beneficios es un tema muy discutido, en este sentido Betsy Pilar Romero Meneses haciendo referencia la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Sarayaku, señala:

*“Respecto a quiénes serán los beneficiarios, situación sobre la que puede prevalecer alguna duda, **la misma Corte Interamericana en el caso Sarayaku dejó claro que ese punto lo determina la misma comunidad***



**según sus costumbres y tradiciones**, al expresar ‘según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones’ (Sarayaku, 2012, párr. 157).<sup>251</sup>

El tema es complejo cuando los desarrolladores se apoderan de los beneficios, de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sin compartir las ganancias, en este caso señala Betsy Romero Meneses que: “... para que esa exploración o extracción, no impida la supervivencia del pueblo indígena, el Estado debe cumplir las salvaguardas indicadas, una de estas el compartir razonablemente los beneficios de la explotación.”<sup>252</sup>

#### **14. EXCLUSIÓN CONSENSUADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CON RESPECTO A LOS BENEFICIOS ECONÓMICOS DEL PROYECTO**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 28 de noviembre del 2007, dictada en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, estableció:

“138. La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de

---

<sup>251</sup> Betsy Pilar Romero Meneses. “La normativa costarricense frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de recursos naturales en territorios indígenas.” (2015, p. 59, párr. 3)

<sup>252</sup> Continúa afirmando Romero Meneses: “La actual Relatora de los Derechos de los Pueblos Indígenas Victoria Tauli-Corpuz, en su condición de Directora Ejecutiva de la Fundación ‘Tebtebba Foundation’, se ha referido también al tema de la participación en los beneficios y cómo compañías transnacionales se han apropiado de los beneficios económicos de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, como sucedió por ejemplo con el emblemático caso del pueblo de ‘San’, del sur de África, con el caso ‘Hoodia’... La hierba de Hoodia es conocida popularmente hoy día por sus efectos supresores del apetito y la sed. Pero el pueblo San la usaba desde tiempos inmemoriales como parte de su conocimiento tradicional. Dicha planta fue registrada en 1996 por el ‘South African Council for Scientific and Industrial Research (CSIR)’ como parte de una familia de patentes bajo el nombre ‘P57’. Los derechos para futuras investigaciones y la explotación comercial de la patente son licencia de Phytopharm en el Reino Unido y de la Pfizer Inc. en los Estados Unidos.” *Ibíd.* p. 60.

*compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece que: ‘ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.’*

*139. La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.*

*140. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”. Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]”. En este contexto, de conformidad con el*

*artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.”*

En este sentido con la publicación en el Diario Oficial El Peruano, en Lima, el día martes 3 de abril de 2012, del DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley No. 29785., denominado “*Reglamento de la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*”<sup>253</sup>, el cual dentro de sus disposiciones establece:

*“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES*

*(...)*

***Décima. - Participación en los beneficios.*** *Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.”*

La participación económica de los pueblos indígenas, podría ser un elemento que no atraiga mucho a la inversión privada y/o Estatal a dichos territorios, dado que se considera que en todo proyecto se deben compartir los beneficios, aún y cuando consideramos que no es necesario que se otorgue un porcentaje de las ganancias a los pueblos, dado que en su mayoría el propio proyecto es un beneficio *per se*. De ahí que, es importante dejar sumamente claro en el protocolo, en las resoluciones o acuerdos finales, el tema de los beneficios económicos que van o no a compartirse con las comunidades indígenas.

<sup>253</sup> <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Reglamento-de-la-Ley-N---29785-Decreto-Supremo-N---001-2012-MC.pdf> (última visita 09/07/2019)

Además, dicho Reglamento de la Ley No. 29785 supracitado, en cuanto a la coordinación en procesos de promoción de la inversión privada, señala:

***“Décimo Tercera. - Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada. En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.”***

## **15. LENGUAJE, IDIOMA O DIALECTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COSTARRICENSES**

Como elemento esencial de la consulta encontramos el lenguaje, idioma, dialecto, entre otros, siendo que el mismo define a una comunidad o sociedad, y otorga rasgos muy particulares a las mismas. En este sentido señala Díaz Azofeifa: *“La permanencia de una lengua autóctona es fundamental para la transmisión de la cultura indígena y para mantener la identidad del grupo.”*<sup>254</sup> Consideramos que dicha afirmación es un poco alejada de la realidad, si bien es cierto, algunas lenguas se pierden día a día en el mundo, no es el elemento *per se* que determina dichos pueblos, sino un aspecto de su identidad dentro de muchos otros más que existen.

Por su parte el informe Desarrollo y Salud de los Pueblos Indígenas en Costa Rica afirma:

*“Las poblaciones indígenas actuales, herederas de ricas tradiciones culturales, mantienen diversos grados de conservación de las respectivas culturas, la cosmovisión, tradiciones e idioma. Los datos del censo del año*

---

<sup>254</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006). (p. 96, párr. 1)*

*2000 indican que, en promedio, el 58% de los indígenas dentro de los territorios indígenas hablan la lengua indígena; y los que mejor conservan su lengua son los ngöbes, cabécares, malekus y bribris. Los teribes y borucas tienen una proporción mínima de hablantes, entre tanto, entre los Chorotegas y huetares (que fueron aniquilados física y culturalmente durante las primeras etapas de la conquista) no registran hablantes del idioma y están muy incorporados al campesinado nacional.” (p. 14, párr. 4)*

Díaz Azofeifa llega a una conclusión con respecto a la consulta, al afirmar:

*“Finalmente, las y los representantes indígenas consultados en Térraba identifican el derecho de consulta como uno de los derechos **menos efectivos** dada la ausencia de procesos de consulta participativos y representativos de la diversidad de la comunidad indígena.”<sup>255</sup>*

Siendo que el Instituto Costarricense de Electricidad, el Ministerio de Educación Pública, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Asamblea Legislativa, entre otros, han realizado procesos, y algunos de ellos han pasado el filtro de constitucionalidad de la Sala. También podemos afirmar que el AyA, aún y cuando no cuenta con un proceso de consulta, ha realizado en forma empírica ciertos procesos, mismos que en igual sentido han pasado algunos por el filtro de constitucionalidad, otros por el contrario no han pasado dicho filtro.

Estos aspectos deberán ser tomados en cuenta en la elaboración de proyectos, principalmente el de la lengua o idioma, dado que es un derecho humano y fundamental de las personas indígenas y de los pueblos, tener conocimiento real de la situación de las actividades, obras o proyectos que pretenda el AyA implementar en sus territorios.

---

<sup>255</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006). (p. 109, párr. 3)*

## 16. PRINCIPIOS DE BUENA GOBERNANZA O BIEN VIVIR

Dentro del marco de la consulta a los pueblos indígenas los principios de “buena gobernanza” o “bien vivir”, deben ser tomados en cuenta en todo momento, para la UICN los mismos son relevantes para reafirmar el apoyo a dichos pueblos en las áreas protegidas. De ahí que la buena gobernanza, se relaciona directamente con la justa distribución de la riqueza natural que se ubica en estos territorios, o incluso aquellos que no se encuentren dentro de los mismos pero que sean utilizados por las personas para actividades tradicionales.

No entraremos a analizar los mismos, dado que ya han sido desarrollados en el presente trabajo, con similares o distintas denominaciones, lo importante es resaltar que para la UICN:

*“La gobernanza no es algo ‘nuevo’: alguien, en alguna parte, siempre ha tomado las decisiones sobre las áreas protegidas y las áreas conservadas. Lo que es nuevo es que ahora estamos prestando más atención a la gobernanza, sumándole visibilidad, articulando conceptos y monitoreando y evaluando la práctica. No hay un escenario ideal de gobernanza para las áreas protegidas o conservadas, pero siempre puede tenerse en cuenta un conjunto de principios de ‘buena gobernanza’.”<sup>256</sup>*

Dentro de los principios considerados por la UICN se encuentran:

**“Legitimidad y voz** —esto es, disfrutar de buena aceptación y aprecio dentro de la sociedad; garantizar los derechos procedimentales a la información, la participación y el acceso a la justicia; promover el compromiso y la diversidad; prevenir la discriminación; promover la

---

<sup>256</sup> Borrini-Feyerabend, G., P. Bueno, T. Hay-Edie, B. Lang, A. Rastogi and T. Sandwith (2014), Cartilla sobre gobernanza para áreas protegidas. Línea temática sobre Gobernanza del Congreso Mundial de Parques 2014 de la IUCN, Gland (Suiza): UICN. ISBN: 978-2-8317-1683-1 p. 4

*subsidiaridad, el respeto mutuo, el diálogo, el consenso y las normas acordadas...*

**Dirección** —esto es, desarrollar y seguir una visión congruente e inspiradora fundamentada en valores acordados y en el reconocimiento de las complejidades; garantizar congruencia entre las políticas y la práctica en varios niveles; garantizar respuestas claras a las preguntas controversiales; garantizar gestión adaptativa adecuada y favorecer el surgimiento de líderes y de innovaciones probadas...

**Desempeño** —esto es, lograr la conservación y otros objetivos según lo planeado; promover una cultura del aprendizaje; comprometerse con la defensa de las áreas protegidas y la comunicación en su favor; responder a las necesidades de los titulares de derechos e interesados; garantizar recursos y capacidades y que su uso sea eficaz; promover la sostenibilidad y resiliencia...

**Responsabilidad y rendición de cuentas** —esto es, apoyar la integridad y el compromiso; garantizar la transparencia y el acceso oportuno a la información, incluyendo líneas de responsabilidad, asignación de recursos y evaluación del desempeño; establecer vías de comunicación y alentar la retroalimentación y la supervisión independiente...

**Justicia y derechos** —esto es, luchar por la distribución equitativa de los costos y beneficios, evitando los impactos adversos contra personas vulnerables; defender la decencia y la dignidad de todos; promover la justicia, la imparcialidad, la congruencia, la no discriminación, el respeto por los derechos procedimentales así como los derechos sustantivos, el respeto por los derechos humanos individuales y colectivos, la equidad de género y los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo su consentimiento libre, previo e informado; promover el empoderamiento local en la conservación...

*Por tanto, una situación de «buena gobernanza» es aquella en la que las decisiones se toman de manera legítima, competente, justa, con sentido de visión, con responsabilidad y respetando los derechos.»<sup>257</sup>*

Además, podemos encontrar principios de Equidad; Acceso a la información; Participación; Vigencia de la ley; Subsidiariedad; No hacer daño; Rendimiento; Transparencia; Acceso a la justicia; Coherencia, y Derechos humanos, entre muchos otros.

En igual sentido la WWF señala:

*“El programa de Áreas Protegidas de la WWF, combina:*

- Estrategias diversas de conservación para salvaguardar los sitios y sus especies, sean marinas, costeras y terrestres, más importantes del mundo.*
- El desarrollo de proyectos en más de 100 países para crear, restaurar y gestionar de forma efectiva redes de áreas protegidas que conlleve a la protección de amenazas y la oferta sostenible de beneficios a las comunidades locales y la sociedad en general.*
- Soporte en la gestión política y legislativa.*
- La participación integral de los socios de la conservación, incluidos los pueblos indígenas, las comunidades locales, los administradores de parques, ONG locales e internacionales, propietarios de tierras, los gobiernos, las universidades y los institutos de investigación, organizaciones internacionales, agencias de desarrollo, grupos de negocios y la industria.»<sup>258</sup>*

---

<sup>257</sup> MOLINA, Jaime y PAVEZ, Cecilia. (2012). TERRITORIOS INDÍGENAS DE CONSERVACIÓN. Aprendizajes desde la práctica en el sur de Chile. Valdivia, Chile: WWF. pp. 17, 18. ISBN: 978-956-351-818-4.

[https://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/guia\\_de\\_territorios\\_indigenas\\_de\\_conservacion\\_aprendizajes\\_desde\\_la\\_practica\\_en\\_el\\_sur\\_.pdf](https://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/guia_de_territorios_indigenas_de_conservacion_aprendizajes_desde_la_practica_en_el_sur_.pdf) (última visita 09/07/2019)

<sup>258</sup> MOLINA, Jaime y PAVEZ, Cecilia. (2012). TERRITORIOS INDÍGENAS DE CONSERVACIÓN. Aprendizajes desde la práctica en el sur de Chile. Valdivia, Chile: WWF. p. 11.



Dado que dichos principios han sido desarrollados en el presente trabajo, no procederemos a analizar los mismos.

## **17. EDUCACIÓN AJUSTADA A LA CULTURA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

En el área de educación también se encuentran muy rezagados con respecto al resto de la población nacional, algunas de las dificultades es que no se toman en cuenta sus características particulares. En este sentido el informe de Desarrollo y Salud de los Pueblos Indígenas en Costa Rica señala:

*“El sistema educativo no siempre considera que los estudiantes indígenas están desnutridos, hablan poco español, necesitan hablar su idioma, recorren largos trechos, cruzan ríos, recorren trillos a pie para llegar a la escuela, carecen de medios económicos para los útiles, uniforme, y que deben sujetarse a períodos estacionales de trabajo familiar en los que jornalean junto a sus padres en labores agrícolas o en el chapeo de fincas y cosecha de café.” (p. 21, párr. 3)*

La educación en todos sus niveles (primaria, secundaria y universitaria) es un aspecto relevante en la toma de decisiones de los pueblos, personas indígenas preparadas para afrontar los embates del futuro, que conozcan de sus derechos y obligaciones, en primer lugar, como ciudadanos del Estado costarricense, y en segundo lugar, como miembros de un pueblo indígena particular, que puedan frenar el desarrollo sin conciencia social ni apegado a la cosmovisión y tradiciones de los pueblos, es un aspecto que no ha sido tomado en cuenta, por el contrario como se ha visto anteriormente, el lenguaje fue una forma de unificar las sociedades, incluso que al día de hoy el “español” es el idioma oficial de Costa Rica, y no se reconocen otras lenguas o idiomas como sí lo han hecho países como Paraguay y Perú.

Debemos dar un paso más adelante dado que el reconocimiento de un Estado Pluricultural no es más que una simple declaración de “buena fe”, si no cuenta con los instrumentos que lo ejecute y lo pongan en práctica. Debemos recordar que en Costa Rica contamos con lenguas indígenas y afrocaribeñas que enriquecen nuestro lenguaje, entre ellas: malécujaica, malecu, cabécar, bribi, ngäbere, bocotá, mekatelyu y patois<sup>259</sup>.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su resolución No. 2014003859, de las catorce horas cinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil catorce, establece:

***“Sobre la educación especial de las poblaciones indígenas. - El Estado costarricense ha reconocido en forma amplia los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país, como medio para preservar sus costumbres, tradiciones y cultura. Un aspecto fundamental para lograr dicho fin es la implementación de un sistema educativo que, además del plan de estudios básicos, promueva el aprendizaje de las lenguas autóctonas y los valores históricos de las poblaciones indígenas. El artículo 76 de la Constitución Política establece la obligación del Estado costarricense de mantener y cultivar las lenguas indígenas nacionales, lo que sin duda habla de una especificidad educativa que involucra el tema cultural. De manera coincidente con el citado mandato constitucional, el artículo 27.1 del Convenio 169 de la OIT estipula que los programas y servicios de educación destinados a la población indígena deben responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Conforme a tal objetivo, el numeral 28.1 de ese instrumento de derechos humanos señala que siempre que sea viable, se le deberá enseñar a los niños indígenas a leer y escribir en su propia lengua***

---

<sup>259</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Lenguas\\_de\\_Costa\\_Rica](https://es.wikipedia.org/wiki/Lenguas_de_Costa_Rica) (última visita 09/07/2019)

*indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. En el mismo sentido, el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 37801-MEP “Reforma del Sistema de Educación Indígena” destaca el derecho de los estudiantes indígenas a aprender a leer y escribir en su idioma materno, mientras que el numeral 5 reafirma su derecho a que en los centros educativos se produzca la integración de conocimientos locales propios de su cultura, cosmovisión, organización política, social, económica, etc. Conforme al enfoque anterior, mediante acuerdo No. 34-97 del 8 de mayo de 1997, el Consejo Superior de Educación estableció la lengua materna y la cultura indígena como componentes del programa de estudios indígena, aparte del curriculum nacional básico aplicado en todo el territorio nacional. De lo dicho se concluye que las materias de Lengua y Cultura forman parte del contenido del derecho a la educación de la población indígena y como tal, es obligación de las autoridades del Ministerio llevar a cabo los esfuerzos necesarios para que la población indígena estudiantil tenga acceso a dichas asignaturas.”*

Por lo que la Sala Constitucional consideró que el Ministerio de Educación Pública incumplió las disposiciones de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la legislación interna en cuanto al acceso de la población indígena, a un sistema educativo público ajustados a su realidad social, en este sentido señala en dicha sentencia:

*“Así las cosas, si bien la Sala reconoce que no le corresponde sustituir a las instancias ministeriales respecto a criterios técnicos para la apertura de códigos presupuestarios, se encuentra plenamente acreditado el incumplimiento de las autoridades del Ministerio de Educación Pública a las disposiciones de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la legislación interna que garantizan el acceso de la población indígena a un sistema educativo público que vele por el aprendizaje de las lenguas autóctonas y los valores históricos de sus poblaciones, de ahí que procede*

*declarar con lugar el recurso, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva de la sentencia.*

*Por tanto:*

*Se declara con lugar el recurso. Se ordena a JVET y a RRB, por su orden, Jefe del Departamento de Educación Intercultural y Jefe del Departamento de Formulación Presupuestaria del Ministerio de Educación Pública, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, que inmediatamente adopten las medidas que sean necesarias dentro del ejercicio de sus competencias para garantizar que los estudiantes de las Escuelas indígenas Viento Fresco y Palenque el Sol de la Dirección Regional Zona Norte, reciban las materias de Lengua Materna y Cultura Indígena que requieren...”*

Lamentablemente también tenemos lenguas que se están extinguiendo como el nasore, de ahí que nuestros esfuerzos deben ir encaminados a recuperar nuestra identidad indígena, tanto fonética como gramáticamente, principalmente aquellas que se encuentran en peligro de desaparecer.

## **18. RESULTADOS FINALES DE LA CONSULTA**

El fin y objetivo principal de la consulta a los pueblos indígenas, es lograr un consentimiento o acuerdo, con respecto a la medida legislativa o administrativa que se pretenda implementar, y que les afecte en forma directa. Como todo proceso de consulta (indígena o no) sus resultados deben ser registrados y debidamente documentados, para lo cual bastaría con llenar un libro de actas, o simplemente filmar una votación, e incluso y no es necesario, para darle un poco más de formalismo al asunto, se puede firmar un acuerdo entre los representantes de la comunidad y del Estado.

Los resultados son muchos y los procesos de consultas aún lo son más, sobre este particular Díaz Azofeifa señala:

*“Así las cosas, en cuanto a los aspectos procedimentales de las consultas hemos podido constatar a partir de la información recopilada que las consultas implementadas en Térraba **difieren notablemente en cuanto a su metodología y modo de ejecución.** Por un lado, es preciso mencionar que una de las causas que explica esta situación es la **ausencia de un instrumento de consulta a nivel nacional,** y por otro lado, por un afán de los promotores de la consulta de adaptarse a las situaciones y contextos específicos de los pueblos indígenas.”<sup>260</sup>*

Como hemos visto existen elementos distintos, que hacen de cada proceso un proceso único y particular, y que el mismo se construye con la propia comunidad, no en forma separada ni individual por parte del Estado. En este sentido actualmente sí se cuenta con un proceso de consulta, denominado *“Mecanismos general de Consulta a Pueblos indígenas”*, Decreto Ejecutivo No. 40932-MP-MJP, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, el cual establece entre otras cosas:

*“Artículo 7.- Carácter vinculante dentro del proceso de consulta. Serán plenamente vinculantes para todas las partes involucradas, todos aquellos acuerdos que hayan sido alcanzados entre los pueblos indígenas, las instituciones públicas y las empresas privadas, sean acuerdos preparatorios para la consulta, acuerdos finales, acuerdos de monitoreo y fiscalización o cualquier acuerdo alcanzado a lo largo del proceso.”*

De ahí que se hace necesario establecer esos parámetros mínimos esenciales de los procesos de consultas, que nos permitan establecer no un único proceso de consulta, sino lineamientos generales que determinarán el desarrollo de dichos procesos, aplicados a los proyectos, obras o actividades del AyA, que se ajusten a lo establecido en proceso de consulta transcrito.

---

<sup>260</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006).* (p. 142, párr. 1)

## 19. DEL VETO DE LAS COMUNIDADES A LOS PROYECTOS CONSULTADOS

La corriente internacional y por consiguiente el pensamiento del Estado costarricense, no han aceptado la posibilidad de veto de los pueblos indígenas, bajo la excusa de que el mismo no se encuentra regulado en el Convenio 169 de la OIT. Como bien lo señalamos en el punto anterior, los resultados de las consultas son muchos, entre ellos podríamos hablar de que no siempre se logran los acuerdos, ni mucho menos el consentimiento, de ahí que podría darse la opción de que la comunidad rechace totalmente la propuesta del Estado, por no ajustarse a sus costumbres o tradiciones. Como bien lo señala Díaz Azofeifa:

*“No obstante, la consulta o mejor dicho sus resultados, **no son vinculantes** y por ello, las autoridades decisionales tienen la potestad de tomar en cuenta la voluntad expresada por medio de la consulta, **pero no la obligación de acatarla. Aunado a esto, los Pueblos Indígenas no tienen capacidad de veto sobre los temas consultados...**”<sup>261</sup>*

No compartimos lo que afirma Díaz Azofeifa en cuanto a la no obligatoriedad de la consulta, siendo que la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece la obligatoriedad de los Estados de realizar procesos de consultas (art. 19), asimismo el Decreto Ejecutivo: 40932-MP-MJP, denominado *“Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas”*, supracitado, establece obligaciones a las personas y pueblos indígenas de respetar los acuerdos tomados en los procesos de consultas, en este sentido afirma:

*“Artículo 37. Cumplimiento y monitoreo de los acuerdos. El Estado, los pueblos indígenas, la UTCl y las Instancias territoriales de Consulta Indígena, así como los observadores y garantes, monitorearán el*

---

<sup>261</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006).* (p. 117, párr. 2)

*cumplimiento de los acuerdos. Las instituciones públicas, los sujetos de Derecho Privado y pueblos indígenas deben remitir información periódica sobre el estado del cumplimiento de los acuerdos.*

*Las instituciones públicas y los sujetos de Derecho Privado presentarán informes a la UTCl de acuerdo con lo convenido durante el proceso de consulta, estos informes sobre los acuerdos alcanzados, independientemente de si se presentan avances en los mismos o no. En caso de no reportarse avances, se deberá presentar informes que hagan constar la justificación para dicha situación.”<sup>262</sup>*

Si bien los Estados se excusan en el pretexto de que el veto es un instrumento utilizado entre Poderes, principalmente entre el Ejecutivo y el Legislativo, tal instrumento debería ser aplicado a las consultas, ya sea que se les llame: “veto”, “rechazo” o “desacuerdo”. El tema es que los pueblos indígenas tienen el derecho de autodeterminarse y autogobernarse, y decidir sobre sus territorios y los asuntos que los afectan. No se pone en tela de duda el hecho de que, una vez completado el proceso de consulta a los pueblos indígenas, tomados los consensos, aprobados los acuerdos y firmadas las actas respectivas, inmediatamente los mismos toman fuerza y comprometen a las partes, de ahí que no es posible hablar de un veto posterior.

El fin último de la consulta es lograr un acuerdo o consentimiento de la obra, proyecto o actividad, por lo que un proceso de consulta ajustado a la realidad comunal, y a la cosmovisión de los pueblos, no tendría por qué ser infructuoso, pero sí es necesario que se tomen en cuenta las observaciones de los representantes de la comunidad indígena, o incluso del mismo pueblo, y que los proyectos sean ajustados de conformidad que se logren los objetivos propuestos, en beneficio de todas las partes involucradas.

---

<sup>262</sup> <https://app.box.com/s/h6gghr24epszdr2pph08lidd8etr649k5> (última visita 09/07/2019)

No es lo mismo trasladar a un grupo de campesinos que dependen de la tierra (*sin menospreciar a dicho gremio*), dado que tendrán el mismo idioma y la misma metodología para el cultivo, que puede ser útil en un terreno u otro de similares características. A trasladar un pueblo indígena, para quienes la tierra y el territorio tienen connotaciones distintas, más que de cultivo, de relación espiritual con la naturaleza.

## 20. CRÍTICA A TÉCNICAS LEGISLATIVAS PARA EVADIR LA CONSULTA A LOS PUEBLOS

Algunas de las técnicas legislativas utilizadas es la eliminación de párrafos o artículos que se refieran directamente a los pueblos indígenas, con el fin de pasar el filtro de constitucionalidad. En este sentido tenemos dos ejemplos claros en las sentencias de la Sala Constitucional números 2008013832<sup>263</sup> y 2008016221<sup>264</sup>, ambas referentes al proyecto de Ley # 16955, sobre las modificaciones a la Propiedad Intelectual. Sobre este particular Díaz Azofeifa señala: “... *En ese mismo mes, la Comisión de Consultas Constitucionales propuso eliminar el inciso 6 del artículo 78 de la Ley de Biodiversidad para de esta forma evadir la consulta indígena...*”<sup>265</sup>

Tal parece que el proceso de consulta se ha convertido en una espinita en el talón de nuestros gobernantes, y que algunos con el fin de no asumir sus responsabilidades, simplemente la evaden, a sabiendas que el filtro de constitucionalidad estará superado. Consideramos que tal posición deja en clara indefensión a los pueblos indígenas, dado que no permite que se emitan leyes y regulaciones, así como proyectos, o cualquier otro asunto administrativo y/o legislativo que les beneficien, y por el contrario día a día se les invisibiliza más, y

<sup>263</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución No. 2008013832, de las ocho horas y treinta y ocho minutos del once de septiembre del dos mil ocho.

<sup>264</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución No. 2008016221, de las dieciséis horas y cero minutos del treinta de octubre del dos mil ocho.

<sup>265</sup> DÍAZ AZOFEIFA, G. (2008) *Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004 – 2006)*. (p. 151, párr. 3)



se le deniega el acceso al derecho humano y fundamental, de equipararlos o incluso otorgarles mayores garantías que el resto de la ciudadanía, por su condición especial y particular.

Por otra parte, la Sala Constitucional de Costa Rica, en su resolución No. 2012017058, de las dieciséis horas y cero minutos del cinco de diciembre del dos mil doce, referente al Reglamento al artículo 80 de la Ley de Biodiversidad, señaló:

***“IX.- Otros aspectos de constitucionalidad. Tal como se explicó en el considerando anterior, el Poder Ejecutivo no observó una de las exigencias internacionales en materia de derechos humanos en relación con las comunidades y pueblos indígenas. El Decreto Ejecutivo afecta directamente los intereses de estas personas sin garantizarles, de previo, la participación en ese proceso de creación normativa. Dicha omisión, como tal, vicia de inconstitucionalidad, todo el Decreto Ejecutivo No. 34958-MINAET-COMEX, publicado en el Alcance No. 53 de La Gaceta No. 242 del 15 de diciembre de 2008. Así las cosas, procede declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad y anular en su totalidad el mismo. En vista que se ha comprobado el vicio de inconstitucionalidad apuntado, que acarrea la anulación de la totalidad del Decreto Ejecutivo señalado, por innecesario, se omite cualquier análisis de fondo sobre los otros alegatos de inconstitucionalidad.”***

Concluye dicha Sala en la resolución No. 2012017058 citada:

***“X.- Conclusión. El Decreto Ejecutivo No. 34958-MINAET-COMEZ, denominado ‘Reglamento al artículo 80 de la Ley de Biodiversidad’ vulneró el derecho de participación de los pueblos indígenas, en detrimento del Derecho de la Constitución y más específicamente del Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre Diversidad Biológica. Tal vicio acarrea la anulación de la totalidad del Decreto Ejecutivo señalado.”***

*¿Logro para los pueblos indígenas?* No sabemos si afirmar o negar tal expresión. Veamos el artículo 80 de la Ley de Biodiversidad, y después podemos tomar partido en un bando o en el otro.

La Ley No. 7788 denominada *Ley de Biodiversidad*, publicada en La Gaceta No. 101 del 27 de mayo de 1998, establece en su artículo 80:

*“Consulta previa obligada Tanto la Oficina Nacional de Semillas como los Registros de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial, obligatoriamente deberán consultar a la Oficina Técnica de la Comisión, antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre aportarán el certificado de origen emitido por la Oficina Técnica de la Comisión y el consentimiento previo.*

*La oposición fundada de la Oficina Técnica impedirá registrar la patente o protección de la innovación.”*

Lo que nos lleva a concluir que la propiedad intelectual o industrial del conocimiento tradicional indígena quedó sin ninguna protección. De ahí que no podemos señalar que existe un logro para los pueblos indígenas.

Tal parece que no es grave el asunto, pero hoy en día vemos como en Francia se produjo un tipo de vestimenta con los rasgos de la comunidad guatemalteca denominado mixe, para los cuales los elementos y patrones gráficos que componen y representan la identidad de su comunidad, pero lo más importante es que la blusa de Tlahuitoltepec, incorpora figuras que hacen referencia al equilibrio de la lengua ayuuik y recoge *“como un mapa, una forma de relacionarse con el mundo, recrea lo cotidiano, preside lo colectivo, inaugura la*

*comunidad, salvaguarda el patrimonio material e inmaterial, en síntesis, es una prenda de identidad*<sup>266</sup>.

Evidentemente podrían darse ese tipo de litigios, en los que las comunidades indígenas costarricenses sean parte del proceso, pero los mismos serían más expeditos si existiera un registro regional o internacional de sus aspectos culturales, por ejemplo, del bordado Poroy de Paraguay o del Tlahuitoltepec guatemalteco.

## **21. INSTRUMENTOS DEL AyA PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Toda actividad, obra o proyecto que pretenda realizar el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados dentro de los territorios indígenas, deberá ser consultado a las comunidades de conformidad con los procedimientos y ajustados a los principios aquí desarrollados. El derecho de consulta de las personas indígenas no violenta el principio de igualdad con respecto al resto de la población no indígena, por el contrario, fortalece los derechos humanos y fundamentales de las personas indígenas, es un derecho humano individual y colectivo de dichos pueblos, debido a sus características particulares, y principalmente a sus antecedentes con proyectos que les han afectado enormemente, y al irrespeto de sus derechos como miembros del Estado costarricense.

Según los principios arriba señalados, debemos tener claro que la participación de las personas indígenas en dichos procesos de consultas, no debe ser forzada ni obligada, por lo que en igual sentido no se debe de exigir la firma de actas de participación, situación que podría poner en riesgo el proceso y la culminación del proyecto, por lo que es responsabilidad de la Institución, lograr documentar de la mejor manera el proceso en general, desde su ideación hasta su

---

<sup>266</sup> <http://www.proceso.com.mx/421161/impugnarán-juicio-iniciado-por-firma-francesa-para-despojar-a-mixes-de-derechos-sobre-su-vestimenta> (última visita 09/07/2019)

culminación y posterior entrega de las obras, proyectos o de la realización de actividades.

Por tal razón el proceso de consulta es un proceso participativo, no obligatorio, en el cual el sujeto consultante deberá tener en cuenta que su función principal, es tratar de comunicar al mayor número posible de personas, su intención de realizar el proceso de consulta, a través de medios idóneos utilizados por las comunidades, máxime si los mismos se realizan mediante procedimientos tradicionales.

De ahí que el proceso mismo deberá quedar bien documentado, aun así, difícilmente pueda cubrir todos esos extremos, por lo que la administración deberá hacer su máximo esfuerzo para demostrar que realizó todo lo que estaba a su alcance, con el fin de lograr el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad.

Por lo que el AyA, si bien no cuenta con un proceso de consulta reglamentado, sino que ha elaborado procesos en forma casuística, sí ha tenido el cuidado de incluir mejoras en los expedientes de consultas y en los procesos, como por ejemplo en la convocatoria, la comunicación del proyecto y la consulta, entre otros procesos.

## **22. GRADUALIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Los instrumentos internacionales como son las Convenciones, Acuerdos Regionales, Jurisprudencias de Tribunales regionales e internacionales, así como los mecanismos internos entre ellos las leyes, reglamentos, decretos, y jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales, resoluciones administrativas, entre muchos otros, nos permiten señalar una propuesta de gradualidad del proceso de consulta.

En forma general La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución del 28 de noviembre del 2007, dictada en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, estableció:

*“137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el "nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión". La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”*

En cuanto a los pueblos en aislamiento y en contacto inicial el DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC, Reglamento de la Ley No. 29785, emitido por el Estado Peruano, y denominado *“Reglamento de la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”*<sup>267</sup>, establece:

**“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES**

**Novena. - Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial.**

*Modifíquese el artículo 35º del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto: “Artículo 35º.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública. - Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de*

<sup>267</sup> <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Reglamento-de-la-Ley-N---29785-Decreto-Supremo-N---001-2012-MC.pdf> (última visita 09/08/2019)

*necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.*

*La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.*

*Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.”*

Como vemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla de niveles en términos generales, sin hacer ninguna clasificación sobre los mismos. Únicamente toma en cuenta situaciones de emergencia, particularidades de las comunidades, y consultas dirigidas a asuntos específicos, sin ahondar sobre el asunto, en igual sentido el Decreto Supremo 001-2012-MC, hace diferencia entre ciertos grupos de poblaciones indígenas, dándoles mayor protección a unos que otros, por sus condiciones particulares, de ahí que consideramos necesario realizar una propuesta de gradualidad de los procesos que se pueda aplicar en Costa Rica por parte del Instituto, siempre y cuando dicha graduación se ajuste a la realidad nacional.

## CAPÍTULO III

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### A. CONCLUSIONES

La consulta a los pueblos indígenas ha demostrado ser un instrumento ineficiente e ineficaz, aun y cuando existen una enorme cantidad de instrumentos nacionales e internacionales que regulan la materia, no es sino a través de la jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales nacionales, regionales e internacionales, que se otorgan mayores resultados en cuanto la protección de los derechos humanos y fundamentales, de los pueblos y las personas indígenas. Debido a que los Estados por inercia o desinterés, no establecen protocolos de consultas, sino que realizan dichos procesos *dando palos de ciego*, por lo que los mismos se complican en mayor medida, cuando se requiere de la utilización y/o aprovechamiento de los recursos que se encuentran en sus territorios, o cuando se toman medidas administrativas o legislativas que les afecten directamente, por lo que no se logra llegar a un acuerdo con estas comunidades, en ocasiones ni siquiera se les consulta del todo.

Es esa falta de políticas de coordinación entre los Estados y los pueblos, que ocasionan hoy en día conflictos ambientales y sociales, que algunas veces es difícil conciliar, más si el mismo se inicia sin *buena fe*, ocasionando grandes costes económicos a las Instituciones, ejemplo claro de los mismos es el Proyecto Hidroeléctrico Diquis, en el cual se había invertido una enorme cantidad de recursos económicos, para realizar obras previas que actualmente no son utilizadas, debido a que no se ha logrado superar la etapa de consultas. Otro ejemplo, es la construcción de la primera etapa del sistema de acueducto de Térraba, el cual se ordenó por la Sala Constitucional, suspender la prestación de servicios por parte de la ASADA de Térraba, mientras no se realiza el proceso de consulta al pueblo, para determinar el operador, aún y cuando se había realizado

la consulta, la Sala Constitucional consideró que no se ajustaba a los parámetros internacionales, ocasionando que a la fecha el sistema sea administrado por un Comité de Aguas, sin ninguna regulación ni fiscalización, y más grave aún, el hecho de que la construcción de posteriores etapas del proyecto necesarias para la comunidad, fueran suspendidas por parte el Instituto debido a la inseguridad actual del proceso.

La jurisprudencia, normativa interna y convenios internacionales aquí analizadas, a través del *tertium comparationis* realizado, nos permiten establecer ese *mínimum minimorum* que requieren dichos procesos de consultas, mediante los cuales se logra desarrollar aspectos básicos de la misma. Parámetros que permitan establecer un verdadero diálogo intercultural, que respeta la identidad cultural y socioambiental de los pueblos y las personas indígenas, sus tradiciones y cosmovisión, sin violentar el orden social y democrático de derecho del Estado costarricense. En el cual la decisión del pueblo y el resultado de la consulta son respetados, y ajustados en estricto apego a las políticas del desarrollo sostenible, culturalmente adecuado a la realidad social y al sentido del buen vivir de los pueblos indígenas, que llamamos *desarrollo sostenible consuetudinario*. Máxime si partimos que un recurso natural relevante, por la importancia que tiene para la subsistencia humana, así como de la flora y fauna del planeta, lo es el RECURSO HÍDRICO, siendo, que le corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, ser el Ente rector en la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento del país, el cual, por sus características particulares en los territorios indígenas, debe ajustar su actuación a la visión de los pueblos.

Aun y cuando en Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo No. 40932-MP-MJP, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, se promulgó el “*Mecanismo General de Consulta a pueblos indígenas*”, en el que se definen lineamientos generales de los procesos de consultas, con los cuales se pretende establecer derechos y obligaciones de las poblaciones indígenas, consideramos que nuestro protocolo no rosa con tal



procedimiento, dado que únicamente se establecen lineamientos y obligaciones para el Instituto, que orienten su actuar en las consultas de actividades, obras o proyectos que pretenda desarrollar en los territorios indígenas. Siendo que a la fecha su actuación ha sido a través de experiencias adquiridas, pero que no otorgan seguridad a los resultados de los procesos, debido a que no todos los procesos son iguales, ni todas las consultas van a tener los mismos resultados o procedimientos, por las características particulares de las comunidades indígenas. De ahí que, con el *“Protocolo de Consulta de Actividades, obras o proyectos que realiza el AyA en Territorios Indígenas”*, se logra que el Instituto actúe de manera uniforme en todos los procesos de consultas señalados, y otorgue una mayor seguridad a los resultados obtenidos, dando así, uniformidad a sus procesos, además, deberán ser elementos fundamentales a tomar en cuenta en todas las futuras actividades, obras o proyectos que pretenda realizar el AyA que afecten directa o indirectamente a los pueblos y personas indígenas.

En este sentido consideramos que la Gestión Integrada del Recurso Hídrico, como elemento fundamental en la toma de decisiones administrativas o legislativas que giran sobre dicho recurso, es de vital relevancia por su relación intrínseca con la vida de las personas y el medio ambiente. Máxime si nos referimos a los territorios indígenas, debido a la visión que tienen dichos pueblos y personas con relación al ambiente que los rodea, desde el punto de vista de su cosmovisión y relación con la naturaleza. Es así, como al igual que el derecho ambiental, el derecho de consulta es un derecho transversal, pero a la vez especial, debido a que existen situaciones particulares de los pueblos que no es posible encasillar en normas y tratados internacionales, de ahí que ha sido vía jurisprudencial, que los mismos se han ido delimitando. Aún y cuando indicamos que la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, se ubica dentro de los DDHH de tercera generación<sup>268</sup>, advertimos que

---

<sup>268</sup> Como bien lo indica el M.Sc. Mario Peña Chacón: *“... el Estado no solo debe asegurar un mínimo adecuado de protección de los derechos fundamentales, sino que, además, tratándose de derechos ambientales, está obligado a **salvaguardar un mínimo existencial socio-ambiental**, el cual actúa como una especie de **garantía del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales**. En virtud de lo anterior, el Estado socio-*

tal clasificación, se hace únicamente desde el punto de vista pedagógico, teniendo en cuenta su carácter *supranormativo*.

Está de más recordar que existe un Derecho Humano y Fundamental de Acceso al Agua Potable, y un Derecho Humano y Fundamental de Acceso al Saneamiento, mismos que también cuentan con esa condición de transversales<sup>269</sup>, y que existe una obligación de los Estados de lograr la protección de ese mínimo esencial de dichos derechos. Tratándose de los pueblos indígenas, esa condición se vuelve aún más relevante, dado que los mismos se han encontrado en total abandono, de ahí que debemos afirmar con respecto a los territorios indígenas, que esa universalidad, indivisibilidad e interdependencia, cobra mayor fuerza y requiere la máxima protección estatal, dado que las mismas históricamente se han encontrado en desigualdad de acceso que el resto de la población.

Debemos recordar que de conformidad con el numeral 7 de la Carta Magna, el *Convenio 169-OIT*, la *“Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*<sup>270</sup>, *“Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas”*<sup>271</sup> y la *“Declaración Americana sobre los Derechos de*

---

*ambiental de derecho está obligado a cumplir una serie de obligaciones procedimentales y sustantivas inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.”* <http://www.crhoy.com/archivo/opinion-los-derechos-humanos-en-el-estado-socioambiental-de-derecho/> (última visita 05/01/2017)

<sup>269</sup> En este sentido Mario Peña Chacón firma: *“El carácter transversal, finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión, objetivación y precautorio, obligan un nuevo enfoque interpretativo de muchos de los institutos clásicos del derecho, entre ellos el del interés público. El criterio clásico del interés público contenido en la Ley General de Administración Pública, considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser interpretado a la luz del nuevo orden público ambiental, especialmente tomando en consideración el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado contenido en el artículo 50 constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental y la normativa ambiental de rango inferior.”* <http://www.crhoy.com/archivo/opinion-interes-publico-ambiental/> (última visita 05/01/2017)

<sup>270</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Aprobada el 13/09/2007. [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf) (última visita 15/07/2017)

<sup>271</sup> Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en las Américas Aprobada el 05/06/2014. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10535.pdf> (última visita 15/07/2017)

*los Pueblos Indígenas*<sup>272</sup>, entre otros, son parámetros de supraconstitucionalidad, en igual sentido se debe recordar la Resolución No. A/64/L.63/Rev.1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual reconoce un derecho humano al acceso al agua potable, y lo declara como “... *un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*”, así como la Resolución No. 70/169 del 17 de diciembre del 2015, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual reconoce un derecho humano de todas las personas, al acceso desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable, y que proporcione intimidad y garantice su dignidad, por lo que el Estado Costarricense no puede desconocer los principios y elementos esenciales que rigen el proceso de consulta, pero más importante aún, el Derecho Humano y Fundamental de los pueblos y las personas indígenas de contar con un sistema adecuado de acueducto y saneamiento, ajustado a su sentido del buen vivir y a su cosmovisión.

También se logró determinar que los países analizados al igual que Costa Rica, cuentan con normativa relacionada con los pueblos indígenas, algunos otorgan mayor protección que otros, algunos podrían ser más efectivos que otros en cuanto a su cumplimiento sostenido y recurrente, o que logren sus objetivos propuestos, se debe aclarar que la efectividad o ineffectividad de los mismos no se encuentra en estudio en el presente trabajo, pero son fundamentales para la investigación como antecedentes de la protección de los derechos humanos de los pueblos y las personas indígenas, se demuestra además que dichas normativas, no impiden que se violenten en ciertas ocasiones los derechos de las personas y los pueblos indígenas, por lo que ha sido a través de la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales (*nacionales e internacionales*) que se ha logrado una mayor protección. Con el inconveniente del periodo de resolución que es muy variado, y que en ocasiones se vuelven meras sentencias morales. Aun así, no podemos desconocer la importante labor de órganos jurisdiccionales en la protección de los

---

<sup>272</sup> Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas Aprobada el 14/06/2016. <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf> (última visita 15/07/2017)

derechos de los pueblos indígenas, particularmente de los Tribunales Constitucionales. En el caso costarricense también la Sección Primera del Tribunal Agrario, ha permitido ampliar la protección de las personas y pueblos indígenas, en este sentido mediante su resolución No. 0304-F-06, de las ocho horas del veintinueve de marzo del dos mil seis, con la redacción del Juez Dr. Enrique Ulate Chacón, en lo que nos interesa señaló: **“XI.- ... *En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.*”**

Por lo que consideramos la jurisprudencia de Tribunales jurisdiccionales costarricenses, criterios, dictámenes, entre otros, de diversos Entes u Organismos de nuestro país, relacionados con el tema de la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas indígenas, han ido creando parámetros mínimos y necesarios para la defensa de tales derechos.

Por último, debemos indicar que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados no cuenta con un protocolo de consulta a los pueblos indígenas, aplicable a sus actividades, obras o proyectos a realizar en dichas comunidades y territorios, de conformidad con los parámetros nacionales e internacionales del derecho a la consulta previa, libre e informada, como verdadero diálogo intra e intercultural, ajustado a su cosmovisión y a través de sus órganos de representación, lo que ha ocasionado una enorme brecha entre las personas y pueblos indígenas y no indígenas, en cuanto a los derechos humanos de acceso al agua potable y saneamiento, violentando flagrantemente el derecho de dichas personas a contar con tan vitales servicios públicos. Generando una política institucional de invisibilización, dado que no se están destinando los recursos necesarios para la construcción de proyectos que los benefician, y siendo prácticamente la Sala Constitucional, a través de sus resoluciones la que obliga al AyA a invertir y mejorar la calidad de vida de dichas poblaciones.

Reiterar que, aunque existe un proceso de Mecanismo General de Consulta promulgado por el Estado costarricense, hoy en día dicho procedimiento está en sus primeras etapas de aplicación, por lo que no se cuentan con experiencias de actividades, obras o proyectos realizados a través de dicho mecanismo por parte del Instituto. De ahí que, nuestra propuesta es un instrumento necesario para la toma de decisiones institucionales, que viene a complementar el proceso aprobado actualmente. Aunque no está de más recordar que el mecanismo del Estado ha dejado por fuera algunas comunidades y poblaciones, situación que no afecta en nada el protocolo que se propone en la investigación, dado que es posible su aplicación incluso sin contar con un mecanismo general. En dichos casos tampoco se hace necesario lograr el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos para la aprobación de nuestro mecanismo, siendo que como se ha desarrollado el resultado final de la investigación, no genera ninguna obligación para las comunidades y pueblos, y que por el contrario busca una implementación más uniforme de los derechos y obligaciones establecidos en el procedimiento de consulta desarrollado por el Convenio 169 de la OIT, lo que permite que sea un verdadero instrumento de participación ciudadana, y que como tecnología social solvente el déficit actual del Estado con respecto a un mecanismo mediante el cual se logren acuerdos o consensos de las personas indígenas, a través del consentimiento previo, libre e informado.

Como corolario de lo anterior, y a manera de conclusión general, consideramos que existen principios esenciales de la consulta a los pueblos indígenas que no pueden ser omitidos por el Estado, mucho menos por el Instituto, cuando se realicen procesos de consultas sobre proyectos, obras o actividades que pretenda desarrollar en territorios indígenas.

## **B. RECOMENDACIONES**

Recordando al principio de nuestra investigación nos planteamos algunas preguntas con respecto a la consulta a los pueblos indígenas, principalmente:

*¿qué?, ¿a quién?, ¿quiénes?, ¿cómo?, ¿dónde? y ¿cuándo?*, quedó demostrado que la respuesta en forma general a esas interrogantes es que: *SE DEBE CONSULTAR A TODO EL PUEBLO, SOBRE TODA MEDIDA ADMINISTRATIVA Y / O LEGISLATIVO QUE EL ESTADO PRETENDA REALIZAR EN SU TERRITORIO, O QUE LOS AFECTE DIRECTAMENTE, Y LA MISMA DEBE REALIZARSE EN TODO MOMENTO, HASTA LOGRAR UN ACUERDO O CONSENSO.* Siendo que por ser distintos todos y cada uno de los procesos, y por contar con una infinidad de elementos, es que se debe contar con un protocolo *único* de consulta a los pueblos indígenas, que establezca parámetros de actuación al Instituto, pero que no generen obligaciones ni derechos a los pueblos ni a las personas, pero sí al AyA, así como responsabilidades a funcionarios que no se ajusten en sus actuaciones a las normas internacionales.

Por lo que, nuestra recomendación general es la promulgación de un *“Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas”*, ajustado a los parámetros establecidos por la teoría de la hipermodernidad, y los principios internacionales del derecho ambiental, así como los principios y valores de la cosmovisión indígena, que permitan una mayor participación de los pueblos indígenas en general, y de sus miembros en particular, en cuanto a la definición de políticas que los afecten como grupos, además del establecimiento de instrumentos más efectivos y eficaces con respecto a la protección de sus derechos humanos y fundamentales, a través del cual se habla de un verdadero desarrollo económico, social y cultural, y de una real autodeterminación y participación de las comunidades indígenas y tribales de Costa Rica, así como de un diálogo intercultural, entre los pueblos indígenas y el Estado.

Por último, como se ha desarrollado hasta el momento, las consultas a los pueblos indígenas, requieren de la observancia de principios esenciales, que no pueden por ningún motivo dejar de ser respetados y aplicados por los Estados, en ese sentido la consulta debe ser – *entre otras cosas* – previa, libre, informada, participativa, ajustada a las costumbres y tradiciones, realizada a través de los

órganos de representación de las comunidades y de los Estatales, en forma general a los pueblos indígenas por su carácter colectivo. Es decir, muchos son los elementos a tomar en cuenta en un proceso de consulta, desde la participación equitativa de hombres y mujeres, niños, niñas y adolescentes, como las formas y los procedimientos de consultas, de lo cual surgen algunas preguntas relevantes que debemos realizarnos, previo al inicio de cualquier consulta, de ahí que se debe tener en cuenta que, tratar de definir un único proceso de consulta, para todos los procesos es prácticamente imposible, pero sí podemos delimitar elementos mínimos de los mismos, que nos establezcan ese marco ajustado a las normas nacionales e internacionales, pero especialmente al actuar consuetudinario de los pueblos. Por lo que, analizados los instrumentos internacionales, así como las jurisprudencias señaladas, podemos recomendar que, dependiendo del tipo de consulta a realizar en los pueblos indígenas, podrían existir CINCO NIVELES de consulta, los cuales a nuestro criterio serían:

- 1. PUEBLOS NO CONTACTADOS:** Grado máximo de protección, nivel 1, los pueblos no pueden ser contactados y las políticas públicas del Estado deben estar orientadas a su protección y conservación en aislamiento, así como sus territorios tradicionales y de subsistencia no pueden ser objeto de ningún tipo de proyecto.
- 2. TRASLADO DE PUEBLOS:** Grado nivel 2, los pueblos previamente a ser trasladados deberán ser consultados, de ahí que las políticas públicas deban ir orientadas a no perturbar las costumbres y tradiciones de los pueblos, salvo que sea estrictamente necesario.
- 3. CONSULTA A LOS PUEBLOS:** Nivel 3, la consulta debe ser previa, libre e informada, la cual se debe realizar de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 6 del Convenio 169-OIT.
- 4. CONSULTA POSTERIOR:** Nivel 4, en caso de extrema urgencia el Estado deberá actuar para proteger la salud y la vida de las personas indígenas, en dichos casos las intervenciones deberán

ser inmediatas, y la consulta de ser necesaria, podrá realizarse en forma posterior. Principalmente en aquellos casos en que los mismos se inicien por mandato expreso de la Sala Constitucional.

**5. CONSULTAS ESPECÍFICAS:** Nivel 5, otra consulta particular, no es necesario consultar al territorio en general, sino a un grupo particular, como son los procesos de licitación, contratación de personal para la construcción, utilización de vehículos y transporte de materiales, que requiera la Institución para lograr la culminación de la actividad, obra o proyecto, dentro el Territorio Indígena.

En la medida en que se ajusten los instrumentos a las normas y a la jurisprudencia (*nacional e internacional*), el instrumento de consulta permitirá lograr un mejor resultado en pro y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, y el Estado perderá ese temor de invertir en los territorios, y lograr un mejor acceso de las personas indígenas a la salud, la vida, la educación, y muchos derechos más, que actualmente no son satisfechos como se requieren.




## CAPÍTULO IV

### REGLAMENTO DE CONSULTA

Ajustándonos a los parámetros establecidos por la teoría de la hipermodernidad y los principios internacionales del derecho ambiental, así como los principios y valores señalados en el trabajo, realizamos la siguiente propuesta de *“Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas”*, con el que pretendemos otorgar una herramienta, que permita una mayor participación de los pueblos indígenas en general y de sus miembros en particular, el cual establecerá obligaciones únicamente al Instituto y no a las comunidades, dado que dichas obligaciones serán definidas y determinadas por medio del mecanismo de consulta establecido mediante el Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado *“Mecanismo general de Consulta a pueblos indígenas”*, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

De ahí que podamos afirmar que el caso de Costa Rica (principalmente en el caso del AyA), al igual que en la mayoría de los países del Continente Americano, las relaciones con dichos pueblos y territorios, ha sido asunto de prueba y error por parte de las Instituciones del Estado, que ha permitido establecer ciertos parámetros, siendo en algunos casos la Sala Constitucional de Costa Rica, la que mayor validez le ha otorgado a dichos procesos, mismos que hoy pretendemos delimitar con nuestra propuesta, que como ha quedado aquí demostrado se basa principalmente en esa prueba y error, que ya es justo y necesario para los pueblos que no se continúe con la dicha inseguridad jurídica, dado que están de por medio sus DDHHFF.

 <b>COMUNICACIÓN INTERNA DE ACUERDOS DE JUNTA DIRECTIVA</b>				
<b>SESIÓN N °</b>	<b>FECHA</b>	<b>ARTÍCULO</b>	<b>INCISO</b>	<b>FECHA COMUNICACIÓN</b>
<b>2019-000 ORDINARIA</b>	<b>12-10-2019</b>	<b>10</b>	<b>a</b>	<b>12 de octubre del 2019</b>
<b>ATENCIÓN: PRESIDENCIA EJECUTIVA, GERENCIA Y SUBGERENCIA GENERAL, SUBGERENCIA DE GESTIÓN DE SISTEMAS COMUNALES, AUDITORÍA INTERNA, DIRECCIÓN JURÍDICA.</b>				
<b>ASUNTO: PROTOCOLO PARA LA CONSULTA DE ACTIVIDADES, OBRAS O PROYECTOS DEL AyA DENTRO DE TERRITORIOS INDÍGENAS.</b>				<b>ACUERDO N° 2019-000</b>
<b>RESULTANDO</b>				
<p>En uso de las facultades conferidas en los artículos 1º, 9º, 50, 140, incisos 3) y 18) de la Constitución Política; 1, 2, 264, 268 de la Ley General de Salud N° 5395 del 30 de octubre de 1973; numeral 6) del Convenio 169 – OIT, siguientes y concordantes; artículos 17, 33 y concordantes de la Ley de Aguas N° 276 del 27 de agosto de 1942, Ley General de Agua Potable N° 1634 del 18 de setiembre de 1953, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 18, 21, 22, 23 y 26 de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, N° 2726 y sus reformas.</p> <p><i>Considerando:</i></p> <p>Que el artículo 1) de la Constitución Política de Costa Rica reconoce el carácter pluricultural y multiétnico del Estado costarricense.</p> <p>Que de conformidad con el numeral 7 de la Carta Magna se establece que los</p>				

Tratados Internacionales se encuentran en mismo nivel de la Constitución e incluso mediante su jurisprudencia la Sala Constitucional les otorga un rango supraconstitucional, siempre y cuando otorgue mayores garantías a las personas.

Que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 2726, Ley Constitutiva de AyA, corresponde al Instituto todo lo correspondiente con la prestación de los servicios públicos de acueductos y alcantarillados sanitario a nivel nacional.

Que el numeral 6 del Convenio 169 de la OIT establece que el Estado debe realizar la consulta a los pueblos en todos los actos administrativos o legislativos que los afecten, en forma previa, libre e informada para lograr su consentimiento o llegar a un acuerdo con las comunidades.

Que la *“Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*, resolución No. 61/295, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la 107ª sesión plenaria el día 13 de setiembre de 2007, establece: *“Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”* Además, afirma: *“Artículo 26. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.”* Por otra parte, señala: *“Artículo 32. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o*

territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.” Por último, la Declaración ordena: “Artículo 46. 1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. 2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. 3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.”

Que la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas, aprobada mediante resolución No. AG/DEC. 79 (XLIV-O/14), en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2014, declara: “1.- Que reafirman como una

*prioridad de la Organización de los Estados Americanos avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas. 2.- Que solicitan al Consejo Permanente y a la Secretaría General que realicen las acciones necesarias para promover la presente declaración.”*

Que la “*Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”, aprobada mediante la resolución No. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), resuelve principalmente: “**Artículo I.- 1.-** *La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas. 2.- La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena. Artículo II.-* Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades. **Artículo III.-** *Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”*

Que la Resolución No. A/64/L.63/Rev.1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoce un derecho humano al acceso al agua potable, y lo declara principalmente: “*1.-... como un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.*

Que la Resolución No. 70/169 del 17 de diciembre del 2015, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que todas las personas tienen derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice su dignidad.

Que respecto al derecho fundamental de acceso al agua potable, la Sala

Constitucional, mediante resolución No. 5818-96, de las diecisiete horas cuarenta y ocho minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis, afirmó: **“Considerando. I. El derecho a la Salud, derecho fundamental del ser humano, - en la medida que la vida humana depende en gran parte de su respeto- dentro del que se encuentra la posibilidad de tener acceso a agua potable. Al respecto la Sala, en reiteradas ocasiones, ha manifestado que no se le puede negar a persona alguna este preciado líquido, por lo que, de ser necesario, se deben instalar tomas de agua pública...”**

Que mediante resolución No. 4654 del 27 de mayo de 2003, la Sala Constitucional señaló: *“...La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, tal y como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica...”*

Que el presente Reglamento será de aplicación obligatoria única y exclusivamente a la Institución.

Que el Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado *“Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas”*, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, establece procedimientos de aplicación obligatoria para los pueblos indígenas y el Estado costarricense, por lo que su aplicación en el tema de las consulta a los pueblos indígenas en las actividades, obras o proyectos del AyA en territorios indígenas debe ser respetado y ajustados a los principios ahí establecidos.

Que la experiencia institucional en los procesos de consulta se ha realizado en forma casuística, y que se determina la necesidad de contar con un proceso único de consulta ajustado a los parámetros internacionales, siendo que se cuenta con la suficiente experiencia y jurisprudencia administrativa y constitucional para emitir

un procedimiento único de consulta a los pueblos indígenas que será de aplicación a lo interno de toda la estructura institucional del AyA, que obliga a todas las subgerencias y sus dependencias a brindar apoyo económico, personal y cualquier otro que requiera la aplicación del presente Reglamento.

La Junta Directiva del Instituto costarricense de Acueductos y Alcantarillados, emite el siguiente *“Protocolo para la consulta de actividades, obras o proyectos del AyA dentro de territorios indígenas” – en adelante Reglamento –*, el cual se regirá por las siguientes cláusulas:

## **CAPÍTULO I**

### **OBJETIVO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ALCANCE**

**Artículo 1.- Objetivo.** Reglamentar a lo interno de la Institución los procesos de consultas a los pueblos indígenas, el cual será de aplicación obligatoria en todos los actividades, obras o proyectos que el AyA pretenda implementar en sus territorios, ya sea para beneficiar dichas comunidades, o para hacer uso de sus recursos naturales en procura de cumplir con su mandato legal y constitucional de abastecimiento y saneamiento con respecto al resto de la población nacional. Lo anterior a los efectos de establecer un protocolo de actuaciones para el AyA en territorios indígenas, con el fin de llevar a cabo sus funciones de forma efectiva.

**Artículo 2.- Marco Supletorio.** Este Reglamento no crea obligaciones ni derechos para los pueblos indígenas, sino que únicamente establece parámetros para el actuar institucional; las situaciones que pudieran crear derechos u obligaciones para los citados pueblos se regirán de conformidad con lo establecido el Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado *“Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas”*, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, por lo que el presente reglamento en dichos casos deberá ajustarse a los principios, normas y procedimientos que ahí se establezcan, siempre y cuando el mismo haya sido aprobado por la comunidad a

consultar, en caso de no haber sido aprobado, se estará a lo que establece el numeral 06 del Convenio 169 de la OIT.

**Artículo 3.- Ámbito de aplicación.** Este Reglamento es aplicable a los servicios públicos de acueducto y saneamiento en cuanto a sus etapas de diseño, construcción, operación, disponibilidad y prestación efectiva del servicio, en sus actividades de distribución, recolección, comercialización y operación dentro de los territorios indígenas. Así como el aprovechamiento que se requiera del recurso hídrico que se ubique en los mismos.

**Artículo 4.- Alcance.** Este Reglamento es de aplicación obligatoria por parte del entramado institucional del AyA, que será de aplicación obligatoria por todas las dependencias a nivel nacional, para todos aquellos territorios indígenas creados con anterioridad a esta normativa y aquellos que se creen a futuro, así como para los usuarios que estén dentro de la zona de cobertura de los sistemas de acueducto y saneamiento del AyA, o ente operador debidamente acordado con las comunidades. En caso de que se tenga duda con respecto a que la propiedad ubicada dentro del territorio es considerada como tradicional para ciertas actividades de la población indígena, se solicitarán las certificaciones correspondientes con el fin de aplicar o no el presente convenio a las actividades, obras o proyectos a desarrollar por el Instituto, sean en beneficio directo o no de dichos pueblos.

## **CAPÍTULO II**

### **SIGLAS Y DEFINICIONES**

**Artículo 5.- Siglas y definiciones.** El presente reglamento se ajusta a la normativa internacional que regula a los pueblos indígenas, principalmente en cuanto al Convenio 169 de la OIT, aprobado en Costa Rica mediante Ley No. 7316 del 03 de noviembre de 1992, denominado “*Aprobación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”; la Declaración



Universal de las personas indígenas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, principalmente. Sin perjuicio de lo cual se tomarán en cuenta las siguientes siglas y definiciones:

**Artículo 6.- Siglas.** Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

**ARESEP:** Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

**ASADAS:** Asociaciones Administradoras de Sistemas de Agua Potable y Alcantarillados Comunales.

**AyA o Instituto:** Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Institución Pública Autónoma, creado mediante Ley Constitutiva No. 2726 del 14 de abril de 1961, publicada en *La Gaceta* del 20 de abril de 1961.

**Convenio 169-OIT:** Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, en la 76ª reunión CIT, el 27 de junio de 1989, y aprobada por Costa Rica mediante la Ley No. 7316 del 03 de noviembre de 1992.

**Declaración:** *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, resolución No. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio del 2016.

**Artículo 7.- Definiciones.** Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

**Acta de consulta:** Es el acta mediante la cual se deja constando el resultado final de la consulta, deberá ser firmada por el representante de la Institución y la persona física, jurídica o tradicional que el pueblo defina previamente para tal fin,

así como por el representante del Estado en los casos en que se requiera.

**Afectación directa.** Existe afectación directa cuando el Instituto, realice proyectos de abastecimiento poblacional o alcantarillado sanitario en los territorios indígenas, o cuando pretenda hacer uso de los recursos hídricos que ahí se encuentran, para abastecer poblaciones no indígenas, e incluso cuando pretenda realizar sistemas de tratamiento y potabilización en beneficio de comunidades ubicadas dentro o fuera de dichos territorios.

**Autodeterminación.** Libertad de los pueblos indígenas para determinar su condición política, definir su desarrollo económico, social y cultural, sin intervención del Estado o ningún otro agente externo al territorio y a la comunidad.

**Buena fe.** Los procesos de consultas se realizarán de conformidad con el principio de buena fe, tanto por parte del Instituto como de los pueblos, por lo que no debe obligar a las personas a participar de dichos procesos, y por su parte los pueblos no pueden atrasar los proyectos en forma injustificada.

**Comunidad Indígena.** Asentamiento, urbanización, barrio o comunidad indígena ubicada dentro de un territorio indígena o en su periferia, y que se beneficia directamente de los servicios brindados por el AyA u operador autorizado.

**Decreto de consulta.** Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo General de consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

**Delegación.** Convenio suscrito entre el Instituto y la persona jurídica o tradicional que el pueblo defina para administrar, operar, mantener los sistemas de acueductos y alcantarillados comunales.

**Derechos colectivos.** Derecho que tienen los pueblos como unidad con respecto

a sus tierras y territorios, así como a los recursos naturales que en ellos se encuentran.

**Derechos individuales.** Todos aquellos derechos humanos y fundamentales reconocidos a las personas en el país por parte del Estado, tanto para la ciudadanía general, como para las poblaciones indígenas en particular.

**Igualdad y equidad de género.** De conformidad con la Ley No. 7142, denominada “*Ley de promoción de igualdad social de la mujer*”, en la medida de lo posible se deberá respetarse la participación equitativa de las mujeres, siempre y cuando no roce con las costumbres del pueblo consultado.

**Norma Técnica ARESEP:** Norma Técnica de la Autoridad Reguladora de los servicios públicos denominado “Reglamento Técnico: *Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes (AR-PSAyA-2018)*”

**Pueblo Indígena.** Pueblo reconocido como tal por el Estado, que cumple ciertas características únicas o particulares, que lo diferencian de otros pueblos o del propio Estado, además se autoreconoce como de descendencia directa de los primeros pobladores del continente americano, y al cual se le ha asignado un territorio particular específico para su uso, goce y disfrute.

**Persona indígena.** Persona que se autoreconoce como indígena y es aceptado por la comunidad como miembro de su territorio, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

**Personalidad jurídica.** Reconocimiento del Estado para las instituciones tradicionales o jurídicas que representan a los pueblos indígenas.

**Reglamento de ASADAS:** Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales (ASADAS), Decreto

Ejecutivo No. 32529-S-MINAE, publicado en La Gaceta No. 150 del 05 de agosto del 2005.

**Representante del pueblo indígena.** Persona o personas físicas, jurídicas, o tradicionales, que sean electas por el pueblo indígena, o reconocidas de conformidad con su procedimiento ancestral, con el fin de que los represente en el proceso de consulta y que firmará el acta final de la misma.

**Territorio Indígena.** Territorio delimitado por el Estado a través de leyes o reglamentos, para cierto grupo indígena particular, que además incluye las áreas no circunscritas que sean utilizadas tradicionalmente por los pueblos para realizar actividades de sobrevivencia, culto y relación con la naturaleza u otros pueblos.

### **CAPITULO III**

#### **DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCESO DE CONSULTA**

**Artículo 8. Aspectos generales.** El Presente Reglamento obliga a todas las Subgerencias del Instituto y sus dependencias, a brindar el apoyo económico, personal y cualquier otro que requiera la Institución, para llevar a cabo los procesos de consultas para actividades, obras o proyectos que pretenda realizar y que afecte directamente a los pueblos y las personas indígenas ubicadas en los Territorios Indígenas o sus periferias.

**Artículo 9. Obligación de consultar.** El Instituto se encuentra en la obligación de consultar a los pueblos indígenas, cuando pretenda realizar proyectos de abastecimiento poblacional o de alcantarillado sanitario en los territorios indígenas, o requiera utilizar el recurso hídrico ubicado en los territorios para abastecer el resto de la población nacional ubicada fuera de los mismos, de conformidad con el proceso establecido en el Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance

70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018, o del artículo 06 del Convenio 169 de la OIT.

**Artículo 10. Características de la consulta.** La consulta deberá realizarse de conformidad con las siguientes características:

**Inciso 1.- De buena fe.** De acuerdo con el principio de buena fe que debe permear todo el proceso, el Instituto deberá hacer partícipe a las comunidades y sus representantes, de los planes que pretenda realizar en los territorios indígenas, ya sea para autoabastecer a dichas poblaciones o para aprovechar los recursos que se ubican en sus territorios.

**Inciso 2.- Debe ser previa.** El Instituto deberá tener en cuenta el objeto de la consulta en toda etapa del proyecto, obra o actividad, desde su ideación hasta su finalización. Siendo obligatoria la consulta a los pueblos indígenas para obtener su consentimiento o llegar a un acuerdo con los mismos.

**Inciso 3.- Debe ser libre.** De conformidad con el principio de libertad, no se les puede obligar a las personas a participar del proceso de consulta, por lo que el Instituto deberá hacer lo posible para demostrar que el mismo fue debidamente convocado y notificado, por los medios tradicionales y legales que se ajusten a las costumbres de los pueblos.

**Inciso 4.- Debe ser informada.** Las partes interesadas deberán tener acceso a la información en todo momento del proceso, así como una vez finalizada la consulta, por lo que el Instituto deberá poner a disposición de cualquier interesado aquellos aspectos públicos del expediente del proceso de consulta.

#### **CAPÍTULO IV**

#### **DEL CONSENTIMIENTO Y LOS ACUERDOS**

**Artículo 11. Responsabilidades de la Administración.** El AyA es el responsable de realizar la consulta a través de sus órganos correspondientes, en todos los procesos administrativos y propuestas legislativas que se refieren a los servicios de acueductos y alcantarillados comunales que se brinden en territorios indígenas, o que en aquellos casos en que se requiere de la captación, conducción y/o utilización del recurso hídrico desde o a través de dichos territorios. Por lo cual deberá de tomar todas las medidas necesarias para lograr el consentimiento o llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas afectados.

**Artículo 12. Planes de proyectos.** Una vez que se determine por interés institucional, y en beneficio de la comunidad nacional, un proyecto que en todo o en parte de sus componentes, requiera de la afectación directa o indirecta a los pueblos indígenas, se deberán de tomar las medidas necesarias para iniciar un diálogo con los representantes de las comunidades procurando orientar el proceso a la culminación con el acta de consulta.

**Artículo 13. Plazos para realizar la consulta.** Siendo que los plazos de consultas podrían no ajustarse a los periodos del presupuesto institucional, el AyA deberá tomar las previsiones necesarias para salvaguardar los recursos destinados a dichos proyectos, obras o actividades y garantizar que los mismos no se destinen para otros fines. En la medida de lo posible una consulta a los pueblos indígenas deberá culminar en un plazo máximo de 12 meses. Pasado dicho periodo deberá de revalorarse el interés institucional de continuar con el proyecto, obra o actividad, siempre y cuando se determine que el proceso de consulta no se realizó debido a causas ajenas al control institucional. Cumplido el plazo establecido en el presente artículo, podrá la institución mediante un análisis social, legal y de ingeniería determinar el interés de continuar con el proceso de consulta o postergar el mismo para futuros periodos presupuestarios. Situación en la cual se le dará prioridad a dichos proyectos antes de cualquier otro que pretenda iniciar el AyA.

**Artículo 14. Responsabilidad de funcionarios.** Aquellos funcionarios de la Institución asignados para un determinado proyecto, obra o actividad, que deban realizar un proceso de consulta, tienen la responsabilidad de brindar informes mensuales a sus superiores, con el fin de determinar el interés institucional. En caso de demostrarse que éstos no avanzan por sus responsabilidades, se iniciará un proceso de investigación y se determinará si se aparta o se mantiene en el mismo, sin perjuicio de cualquiera otra sanción que la Administración Superior considere adecuada. Dichos funcionarios deberán actuar en todo momento apegados a los principios de buena fe, imparcialidad, transparencia, y demás principios que rigen el proceso de consulta, además que deberán apegarse en todo momento a la normativa nacional e internacional y los estándares universales de la consulta a los pueblos indígenas, principalmente a los parámetros que establecidos en el mecanismo de consulta a los pueblos indígenas establecidos en el Decreto.

**Artículo 15. Presupuestos extraordinarios.** Cuando el proceso de consulta no se haya logrado culminar dentro de un periodo presupuestario, y por las razones aquí señaladas (en cuanto a los atrasos en el proceso) se deberá de valorar la opción de realizar un presupuesto extraordinario para lograr la culminación de la consulta.

**Artículo 16. Certificación de acuerdos.** El proceso de consulta deberá culminar con un acta de acuerdos, en la que se plasmarán las decisiones tomadas por las comunidades, mediante la firma de los respectivos acuerdos por parte representantes del Estado, de las comunidades y del Instituto, por lo que el AyA única y exclusivamente se obliga a lo que ahí se establezca.

**Artículo 17. Invariabilidad de acuerdos.** Los acuerdos logrados entre el Instituto y las Comunidades Indígenas serán invariables para el AyA, salvo que por casos fortuitos o fuerza mayor se ocasionen cambios a los componentes del proyecto, obra o actividad, que requieran modificaciones considerables, en los cuales se

requerirá aplicar de nuevo el proceso de consulta a dicha modificación, con el fin de lograr un nuevo acuerdo o el consenso sobre las modificaciones sin necesidad de consultar lo ya aprobado. Aquellas modificaciones menores que no afecten el proyecto, obra o actividad no serán necesarias consultarlos nuevamente, por lo que bastará una comunicación oficial por parte del AyA a los representantes de los pueblos, mismo que será definido entre los representantes de la comunidad y el Instituto.

## **CAPÍTULO V**

### **MEDIDAS ESPECIALES**

**Artículo 18. Bases de datos.** Con el fin de acelerar las etapas previas de los procesos de consultas, el Instituto podrá hacer uso de bases de datos propias, o de otras Instituciones del Estado que sean debidamente reconocidas por los Pueblos Indígenas, con el fin de determinar territorios, poblaciones, comunidades, lenguas, idiomas, entre otros elementos particulares de dichos sectores, y ajustar sus procesos en la medida de lo posible a la realidad actual de la comunidad. En caso de que lo requiera el Instituto y mediante justificación técnica de ingeniería o jurídica debidamente fundamentada, podrá solicitar a las Universidades Públicas o Privadas costarricenses principalmente, así como organismos nacionales o internacionales (según el tipo de criterio técnico requerido), las bases de datos que con la que puedan contar sobre las comunidades y pueblos que se verán afectados con las actividades, obras o proyectos, e incluso podrá levantar nueva información en el campo, misma que servirá para actualizar la base de datos del AyA. En todo momento se deberá tener dicha base de datos a disposición de la comunidad a través de los medios electrónicos o tradicionales, de conformidad con lo establecido por la Ley No. 8968, del 07 de julio del 2011, denominada *“Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales”*, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, No. 170 del 05 de setiembre del 2011, y su Reglamento No. 37554, del 30 de octubre del 2012, publicado en el Alcance 42 de La Gaceta No. 45, del 05 de marzo del 2013.



**Artículo 19. Publicidad de la información.** La Institución velará por que la información obtenida, así como el proceso de consulta y sus etapas preliminares, se encuentren a disposición de la población general, y principalmente de la comunidad a consultar. De ahí que la base de datos, los estudios preliminares, el proyecto en todas sus etapas, los acuerdos, y el consentimiento de la población deberán incluirse en la misma obligatoriamente, sin ningún perjuicio para la Institución en caso de omitir dicha actualización, siempre y cuando se justifique debidamente tal omisión y se proceda en forma inmediata a su inclusión, de conformidad con lo establecido en artículo anterior.

**Artículo 20. Excepción para publicar.** Aquellos elementos o datos sensibles que sean justificados oportunamente no serán incluidos en la base de datos, con el fin de proteger el carácter fundamental de los mismos. Tampoco será necesario incluir datos que hayan sido señalados por las comunidades, y que considerarían que no son necesarios para su publicación, por lo que en la medida de lo posible el parámetro a utilizar es el concepto de “*carácter sensible*” utilizado por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, así como lo establecido en la Ley No. 8968 y su Reglamento No. 37554, previamente citados.

**Artículo 21. Estudios sociales y culturales.** El Instituto podrá realizar convenios con Universidades Públicas o Privadas costarricenses, así como organismos nacionales o internacionales, según el tipo de criterio técnico requerido, con el fin de cubrir los costos económicos de traslado y alimentación de sus funcionarios y estudiantes, o de aquellas personas autorizadas por las mismas, para recolectar información en aquellos casos en que no se cuente con documentación suficiente sobre un territorio, comunidad o pueblo indígena, o que la misma requiera de actualización.

**Artículo 22. De los informes sociales y culturales.** Se coordinarán las giras que sean necesarias con el fin de lograr un informe ajustado a la normativa nacional e

internacional, y que permita esclarecer aquellos aspectos en que la Institución no tenga el suficiente conocimiento sobre el asunto, o incluso para actualizar la base de datos con que se cuente. Siempre que se justifique la necesidad de realizar la misma, para determinado proyecto o propuesta. Los informes emitidos serán incluidos dentro del expediente del proyecto, y podrán ser solicitados por cualquier interesado.

**Artículo 23. Certificaciones especiales.** Será necesario tomar en cuenta certificaciones de Patrimonio Natural del Estado, Áreas Silvestres Protegidas, Patrimonio Cultural, así como la utilización de instrumentos que permitan una mayor certeza científica y técnica en la determinación de la sensibilidad del ambiente, con el fin de evitar una afectación al mismo que repercuta en las comunidades en general, y en las personas indígenas en particular, por lo que los proyectos a realizar deberán ajustarse a los instrumentos de mayor protección que defina la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), sin ninguna excepción a la aplicación de tales instrumentos.

**Artículo 24. Urgencias, emergencias o necesidades.** Siendo que en caso de urgencias, emergencias o necesidades se deberá actuar de forma inmediata, con el fin de evitar una afectación grave o de difícil reparación al pueblo o su territorio, una vez concluidas las situaciones acaecidas y solucionados los mismos, se deberá coordinar con los representantes de la comunidad, para determinar qué aspectos deben ser presentados a la comunidad en una consulta posterior, para determinar su aceptación o variación, de conformidad con el procedimiento aquí establecido.

**Artículo 25. Proyecto u obras a realizar por personas privadas.** Los proyectos y obras de abastecimiento población y/o alcantarillado sanitario, a realizar por personas privadas deberán ajustarse a la normativa establecida por el AyA, y es de aplicación obligatoria el presente reglamento de consultas. En dichos proyectos el AyA acompañará como observador y garante del debido proceso en

todas las etapas, sin perjuicio de que participen otras organizaciones del Estado. Todos los costos en que se incurran correrán por cuenta del proponente, así como los costos en que incurra la Institución por asesoría o participación dentro del proceso.

## **CAPÍTULO VI**

### **NORMAS SUPLETORIAS**

**Artículo 26. Normas complementarias.** Aplican en forma complementaria al presente Reglamento: El Convenio 169-OIT, la Declaración Americana sobre los Derechos de las Personas Indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Ley Constitutiva de AyA, la Ley General de la Administración Pública, el Reglamento para la Prestación de los Servicios de AyA, el Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes, y Decreto Ejecutivo número 40932-MP-MJP, denominado “*Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas*”, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.

**Artículo 27. Vigencia.** El presente Reglamento rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*.

## **CAPÍTULO VII**

### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Artículo 28. Transitorio único.** Cualquier consulta que se encuentre en trámite por parte del Instituto, antes de la aprobación y publicación del presente Reglamento, deberá ajustarse en lo consiguiente al mismo, realizando un análisis de las etapas pre concluidas y ajustándolas a las aquí señaladas. En caso de que el proceso se encuentre en la etapa de convocatoria a la consulta, y ya se hayan realizado las respectivas invitaciones y el señalamiento de fecha de la asamblea,

podrá omitirse tal adecuación, siempre y cuando así lo estableciera la representación tanto de la comunidad como del AyA en conjunto.

### **POR TANTO**

La Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con fundamento en los artículos 1), 2), 18), 21) de la Ley No. 2726, Ley Constitutiva del AyA; artículo 1) siguientes y concordantes del Decreto Ejecutivo número 32529-S-MINAE y sus disposiciones transitorias, el cual es *“Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes”*, publicado en La Gaceta No. 150 del 05 de agosto del 2005, y conforme a las potestades de imperio del AyA, en calidad de titular de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado; **APRUEBA EL PROTOCOLO PARA LA CONSULTA DE ACTIVIDADES, OBRAS O PROYECTOS DEL AyA DENTRO DE TERRITORIOS INDÍGENAS.**

**ACUERDO FIRME**

**NOTIFÍQUESE**

**A la comunidad en general a través de publicación en el Diario Oficial La Gaceta.**

**M. SC. YAMILETTE ASTORGA ESPELETA  
PRESIDENTA EJECUTIVA**

## BIBLIOGRAFÍA

### ➤ DOCTRINA

#### A

- ABRAMOVICH, Víctor & COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. 2ª edición. Editorial Trotta, S. A. Madrid, España, 2004.
- ANAYA, S. James. (2005). “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”. Editorial Trotta, S. A. Ferraz, 55. 28008 Madrid. Título original: Indigenous People in Internacional Law. Traducción Bartolomé Clavero Salvador; Luis Rodríguez – Piero Royo, y Pablo Gutiérrez Vega. 493 páginas.
- ASÍS, Rafael de; BONDÍA, David, & MAZA, Elena. (Coordinadores). “Los desafíos de los derechos humanos hoy”. Madrid 2007. Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 – 28012 Madrid.

#### B

- BACIGALUPO, Enrique. (1994). “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Tercera Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.
- BACIGALUPO, Enrique. (2000). “Derecho Penal Económico”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.
- Banco Mundial. “Ciudadanos, políticos y proveedores: La experiencia de América Latina con la reforma de la prestación de los servicios”. Edición semanal. Editor Ariel Fiszbein.
- BARAHONA SEGNINI, Kattia, & RODRÍGUEZ ARIAS, Senia. (2003). “Los principios generales del derecho ambiental en Costa Rica”. San José Costa Rica.

- BARLOW, Maude & CLARKE, Tony. (2004) “Oro azul: Las multinacionales y el robo organizado de agua en el mundo”. Ediciones Paidós Ibérica, S. A. Mariano Cubí, 92 – 08021 Barcelona.
- BELLO, Álvaro. (2004). “Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción de los pueblos indígenas”. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile. ISBN: 92-1-322581-4. <https://www.cepal.org/mujer/noticias/noticias/9/26089/libroetnicidadciudadania.pdf> (última visita 07/10/2017)
- BERTOLINI, A. & FERNÁNDEZ, H. (1999). “La jurisdicción constitucional y su influencia en el estado de derecho”. Primera reimpression. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José.
- BIBILONI Héctor Jorge. (2005). “El Proceso Ambiental”. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- BORGE CARVAJAL, Carlos. (2007). “Consulta en los territorios indígenas del Pacífico de Costa Rica”. 1 ed. San José, Costa Rica. Unidad Ejecutora Programa de Regularización del Catastro y Registro. 53 páginas.
- BRENES MONTOYA, María Marta. (2005). “El incumplimiento de las resoluciones de amparo”. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

## C

- CABRERA MEDAGLIA, Jorge. (2006). “Manual de derecho ambiental”. 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. ISBN: 9968-784-76-1.
- CAFFERATTA, Néstor. (2003). “Daño Ambiental Jurisprudencia”. Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires.
- CASSAGNE, Juan Carlos & ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Servicios públicos, regulación y renegociación”. Lexis Nexis. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina.

- CASSAGNE, Juan Carlos. (1993) “La huelga en los servicios esenciales”. Editorial Civitas, S. A. Madrid, España.
- CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. (2008). “La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y sus vicisitudes”. 1º Edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica.
- CASTRO KAHLE, Carmen María. “Alianzas público – privadas: la seguridad jurídica de los aspectos tarifarios y la responsabilidad administrativa”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho. San José, enero 2006.
- CASTRO LUCIC, Milka. (2014). “Los puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica”. 1ª ed. Impresión Gráfica LOM, Concha y Toro 25, Santiago, Chile. Edita: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ISBN: 978-956-353-756-7. <http://web.derecho.uchile.cl/documentos/LibroAntropologiaJuridica.PDF> (última visita 11/10/2017)
- Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. (CEDARENA). (2009). Programa de Gestión Integrada del Recurso Hídrico. “Aportes para la discusión sobre el derecho humano de acceso al agua en Costa Rica”. Edición Andrea Ballestero Salaverry. Impresión diseño editorial S. A.
- CHACÓN CASTRO, Rubén. (2001). “Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional. Análisis”. 1ª Edición. San José Costa Rica. Impresora Gossestra Intl. 288 páginas.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés (coordinador). (2010). “Nueva constitución política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo”. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. Páginas 269.
- CICERO, Nidia Karina. (1996). “Servicios Públicos control y protección. Prólogo del Dr. Agustín Gordillo”. Facultad de Derecho y

Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. CO-Edición. Buenos Aires.

- Comisión Andina de Juristas. (1991). "Lecturas sobre temas constitucionales". 1ª ed. Impreso en Perú. Octubre de 1991.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). "Participación privada en la prestación de los servicios de agua: Modalidades para la participación privada en la prestación de los servicios de agua". Volumen I.
- Consumer International. "América Latina: Electricidad, telecomunicaciones y agua potable. La perspectiva de los consumidores". Programa consumidores y servicios públicos en América Latina (CONSUPAL), Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Las Hortensias 2371, Providencia. Casilla 9635. Santiago de Chile, marzo de 1998.
- CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. (2008). "Ley General de la Administración Pública con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, contencioso administrativa". 4ª edición. San José, Costa Rica. IJSA
- CÓRDOBA ORTEGA, Jorge & GONZÁLEZ PORRAS, Andrés. (2010) "Constitución Política de la República de Costa Rica: con concordancias y resoluciones de la sala constitucional". 1ª ed. San José, Costa Rica. IJSA, setiembre del 2010.
- CREUS, Carlos. (1992). Derecho Penal Parte General. Tercera Edición. Editorial Astrea. Argentina.

## D

- DEHUIDELA. (2008). "Derechos Humanos IDELA". Vol. 17. Año 9. Heredia, Costa Rica. Universidad Nacional, Instituto de Estudios Latinoamericanos.
- DEHUIDELA. (2009). "Derechos Humanos IDELA". Vol. 18. Año 9.



Heredia, Costa Rica. Universidad Nacional, Instituto de Estudios Latinoamericanos.

- DEHUIDELA. (2009). "Derechos Humanos IDELA". Vol. 20. Año 10. Heredia, Costa Rica. Universidad Nacional, Instituto de Estudios Latinoamericanos.
- DE JULIOS – CAMPUZANO, Alfonso (Editor). (2007) "Ciudadanía y derecho en la era de la globalización". Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.
- De VILLERS, Marq. (2001). "Agua: El destino de nuestra fuente de vida más preciada". Traducción de Juan Pedro Campos Gómez. Ediciones Península S.A. Barcelona. Primera Edición noviembre del 2001. ISBN: 84-8307-397-8.
- Del VAL, José; RODRÍGUEZ, Nemesio J.; RUBIO, Miguel Ángel; SÁNCHEZ GARCÍA, Carolina; ZOLLA, Carlos; & CUNNINGHAM, Myrna. (2008). "Los Pueblos Indígenas y los indicadores de bienestar y desarrollo. 'Pacto del Pedregal'. Informe Preliminar". VII Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Organización de las Naciones Unidas. Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva York, Estados Unidos, 23 de abril del 2008. pp. 188.
- Due Process of Law Foundation. (Fundación para el Debido Proceso). (2011). "El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú". 1 ed. 1779 Massachusetts Ave. Depósito Legal Biblioteca Nacional del Perú # 2011-3438. Washington D. C. 20036.
- DÍAZ ANCHÍA, Ricardo. "Régimen jurídico de los comités administradores de acueductos rurales". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1992.

## E

- ESPARZA LEIBAR, Iñaki. (1995). "El principio del proceso debido."

José María Bosch Editor, S. A. Barcelona. Primera edición. Barcelona.

- ESPINOZA RAUSSEO, Alexander. (1997). “Derecho constitucional en Alemania y Austria: principios de la constitución, derechos ambientales”

## F

- FAUNDES SÁNCHEZ, Cristián. “El agua como factor estratégico en la relación entre Chile y los países vecinos”. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Edita ANEPE. Impreso en Chile. Noviembre del 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. (1998). “Liber Amicorum”. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, Volumen I. ISBN 9977-36-052-9
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. (1998). “Liber Amicorum”. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, Volumen II. ISBN 9977-36-052-9
- Fundación Komrad Adenauer. (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”. Editores Christian Steiner & Patricia Uribe. Impreso en El Salvador por Talleres Gráficos. 1040 páginas. ISBN: 978-99961-0-484-8.

## G

- GARCÍA SAURA, Pilar Juana. (2007) “Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio – ambiental de la legislación turística española”. Editorial Aranzadi, S. A. Camino de Galar, 15 31190 Cizur Menor (Navarra). Pamplona.
- GIAMMATTEI, AVILÉS, Jorge Antonio. (1995). “Fundamentos constitucionales centroamericanos del derecho ambiental y agrario”.

Biblioteca de la UCR.

- GÓMEZ GALVÁN, José Alberto. (2010). “El Estado, los indígenas y el derecho”. Universidad Autónoma de México. Ciudad Universitaria, 04510, México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª ed. 10 de octubre del 2010. Editorial Color S. A. de C. V. Naranjo 96 bis, col. Sta. María la Ribera, delegación Cuauhtémoc, 06400 México, D. F. ISBN: 978-607-02-1769-2.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). “El ius cogens internacional: estudio histórico – crítico”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, D. F. Primera reimpresión.
- GONZALEZ BALLAR, Rafael. “Comentario a la Sentencia 1993-3705. Una Sentencia que dio vuelta al mundo. (Nacimiento del derecho ambiental jurisprudencial)”. Pág. 747.
- GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. “Verdades Incomodas sobre la Justicia y la Gobernabilidad Ambiental en Costa Rica”. Impresión “Chico”. ISBN 978-9968-784-90-0. Biblioteca de la U.C.R.
- GONZÁLEZ – VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador). “Nuevo derecho de aguas”. Editorial Aranzadi S. A. Camino Galar, 15 31190 Cizur Menor (Navarra). 2007.

## H

- HABA MÜLLER, Enrique Pedro. (2012) “*Metodología (realista) del derecho: claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica.*” 1 ed. San José, Costa Rica. Editorial UCR. Volumen 1. ISBN: 978-9968-46-307-2.
- HABA MÜLLER, Enrique Pedro. (2012) “*Metodología (realista) del derecho: claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica.*” 1 ed. San José, Costa Rica. Editorial UCR. Volumen 2. ISBN: 978-9968-46-308-9.

- HERRERA, Enrique. (1998) *“Práctica metodológica de la investigación científica.”* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL. Lavalle 1208 – (1048) Ciudad de Buenos Aires, Argentina. ISBN: 950-508-508-7
- HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. (1978). “El Control de Constitucionalidad de las Leyes”. Editorial Juricentro, San José Costa Rica. 143 páginas.
- HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. (1993). “El Derecho de la Constitución”. Vol. 1, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, primera edición.
- HERNANDEZ VALLE, (Rubén). (2001). “Derecho Procesal Constitucional”. 2º Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.
- HERNANDEZ VALLE, Rubén. (2008). “Derecho procesal constitucional: Homenaje Fix Zamudio”. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro. 228 páginas.
- HESS HERRERA, Ingrid. (2009). “El control jurisdiccional de los límites de la constitución (la interpretación del juez)”. 1ª ed. San José, Costa Rica. IJSA, setiembre del 2009.

## I

- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. “Abastecimiento de agua potable y recolección, tratamiento y disposición de aguas residuales en Costa Rica”. Documento compilado por la Ingeniera Zaida Ulate Gutiérrez, M. Sc. Informe de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 15 de junio del 2005. Informe Final 1989 – 2003.
- Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos. Volumen 14. Marco Aparicio Wilhelmi. “El derecho de los pueblos indígenas a

la Libre Determinación". Publicaciones de la Universidad de Deusto. Apartado 1 – 48080 Bilbao. España. 2006.

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Rodolfo Stavenhagen. (1988). "Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina". El Colegio de México. Camino al Ajusco 20. Pedregal de Santa Teresa. 10740 México D. F. 1 ed.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Virginia A. Leary. (1999). "La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas". Editado por IIDH. San José, Costa Rica. 104 páginas.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry / CHRINO SÁNCHEZ, Alfredo. (1991). "Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal", San José, ILANUD.

## J

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (2002). Introducción al Derecho Penal. Vol. 01, Editorial Jurídica Universitaria S. A. San José Costa Rica.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2005). "Derecho Constitucional y Administrativo". Editorial Jurídica Continental.
- JURADO FERNÁNDEZ, Julio. (2003). "Jueces y constitución en Costa Rica". 1ª ed. Editorial Juricentro. 260 páginas.

## L

- LATORRE, Ángel. (1994). "Introducción al derecho". Editorial Ariel, S. A. Córcega, Barcelona, España. Onceava edición puesta al día.
- LINARES, Juan Francisco. (1989). "Razonabilidad de las leyes". Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S. R. L. Buenos Aires.

## M

- MÉNDEZ RAMÍREZ, Odilón. (2010). "La investigación científica" 3ª ed. San José, Costa Rica. ISBN. 978-9977-14-073-5.
- MILANO SÁNCHEZ, Aldo. (2005) "El principio precautorio fuente del derecho constitucional ambiental". San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- MURILLO VÍQUEZ, Jaime. (1994). "La Sala Constitucional. Una revolución político-jurídica en Costa Rica". 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Guayacán. 139 páginas. Cuadernos para la Enseñanza de los Estudios Sociales.

## **N**

- NACIONES UNIDAS. (1981). "El debido proceso penal y otros temas." ILANUD – Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- NATIONAL GEOGRAPHIC En español. Abril del 2010. "Reporte especial: Agua, un mundo sediento".
- NATIONAL GEOGRAPHIC en español. Enero del 2011. "Población 7000 millones".

## **O**

- OBREGÓN QUESADA, Clotilde. (2009). "La constitución política de 1949 etapa entre el 7 de noviembre de 1949 y el presente". 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial UCR.
- Organización Panamericana de la Salud & Ministerio de Salud. (2003). "Desarrollo y salud de los pueblos indígenas de Costa Rica". San José, Costa Rica. OPS, 2003. 64 páginas.
- OROZCO SOLANO, Víctor. (2008). "La fuerza normativa de la Constitución". 1ª ed. San José, Costa Rica. IJSA, noviembre del 2008. 339 páginas.

- ORTIZ ZAMORA, Luis A. (Coordinador); BARQUERO CÓRDOBA, Ricardo; GARRO ZÚÑIGA, Neftalí; UBICO DURÁN, Carlos & VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel. “Derecho público económico: Servicio público, entidades reguladoras, empresas públicas, banca, seguro, telecomunicaciones”. Biblioteca del AyA.

## P

- PALOMAR OLMEDA, Alberto. (1997) “Derecho de la función pública: Régimen jurídico de los funcionarios públicos”. 4ª edición. Editorial DYKINSON S. L. Madrid, 1997.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio & otros. “Historia de los derechos fundamentales”. Tomo III: Siglo XIX. Volumen II. La Filosofía de los Derechos Humanos. Libro I. Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid. p. 573.
- PEÑA CHACÓN, Mario. (2003). “La Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental”. Publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, Editora Laguna, México y en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Editorial Dos Tribunais, Brasil.
- PEÑA CHACÓN, Mario. (2006). “Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición, agosto 2006, Costa Rica.
- PEÑA CHACÓN, Mario (marzo 2008). “Gestión integrada del recurso hídrico en la legislación costarricense”. 1 ed. San José, Costa Rica. Editorial IJSA. Marzo del 2008. Páginas 269. ISBN: 978-9977-13-469-7.
- PEÑA CHACON, Mario. (2008) “Tesis de Derecho Ambiental”, 1ª edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental. ISBN: 978-9968-561-05-1.

- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. (2010) *“Metodología y técnica de la investigación científica”*. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis S. A. Bogotá, Calle 17, número 680 – 46, Colombia. ISBN: 958-35-0222-7.
- PIZA, R. & TREJOS, G. (1989). Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana. Editorial Juricentro. San José. 360 p.; 21 cm. ISBN 99-77-31-023-8
- PORRAS VILLALTA, Mario & SANABRIA ROJAS, Rafael. (2002) “La prueba ilícita en la Jurisprudencia Constitucional y Penal”. 1ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 56 páginas.
- Programa de Gestión Integrada del Recurso Hídrico. “Aportes para la discusión sobre el derecho humano de acceso al agua en Costa Rica” Edición Andrea Ballester Salaverry. Impresión diseño editorial S. A.

## R

- RAMÍREZ CARO, Jorge. (1964) *“Cómo diseñar una investigación académica”*. 1ª edición. Heredia, Costa Rica: Montes de María Editores, 2011. ISBN: 978-9968-47-352-1.
- ROJAS ARAVENA, Francisco. (2005). La Gobernabilidad en América Latina Balance reciente y tendencias a futuro. Costa Rica.

## S

- SAGOT, Álvaro. (2000). “Los principios del derecho ambiental en las resoluciones de la Sala Constitucional”. San José Costa Rica.
- SAGOT RODRÍGUEZ, Álvaro & GONZÁLEZ BARAHONA, Luis Carlos. (2002). “La conceptualización del derecho ambiental”. 1 ed. San José, Costa Rica. Corporación Litográfica Internacional.
- SAGREBELSKI, Gustavo. (1997). “El Derecho Dúctil”. Editorial Trotta,



Madrid.

- SALA CONSTITUCIONAL & UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA. “20 años de justicia constitucional: 1989 – 2009. Historia, memorias y derechos fundamentales”. Primera Coedición. San José, Costa Rica. UNED. 2009. 920 páginas.
- SALAZAR TETZAGÜIC, Manuel de Jesús. (2009). “Multiculturalidad e interculturalidad en el ámbito educativo: experiencia de países latinoamericanos, módulo 1, Enfoque teórico”. Instituto interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R. ISBN: 978-9968-611-30-5 [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1520/multiculturalidad\\_interculturalidad-2009.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1520/multiculturalidad_interculturalidad-2009.pdf) (última visita 09/07/2019)
- SANTANA VEGA, Dulce María. (2000). “El concepto de Ley Penal en Blanco”. Dirección Editorial Dr. Rubén O. Villela. Buenos Aires, República Argentina. Primera Edición: septiembre 2000.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. “Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. sp. [https://archive.org/stream/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL_djvu.txt) (última visita 09/07/2019)
- SILVA, O. (1965). “Desarrollo económico y derecho internacional”. 1ª Edición. Caracas. Propiedad de la Biblioteca de la Asamblea Legislativa.
- SILVERIO GUSMAN, Alfredo. “Análisis de derecho constitucional económico”. 1ª edición. Buenos Aires, Ad – Hoc. 2011. 208 páginas.
- SOLER, Sebastián. (1992). “Derecho Penal Argentino”. Parte General: Tomo I-II, Parte Especial: Tomo III-V, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires.
- SOLIS FALLAS, Alex. (2008). “La dimensión política de la justicia constitucional”. 1 ed. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro. 337 páginas.

- Universidad Externado de Colombia. “Derecho de aguas”. Tomo III. Primera edición agosto de 2007. Impreso en Colombia. Calle 12 No. 1 – 17 Este, Bogotá.

## V

- VELASQUEZ VELAZQUEZ, Fernando. (2004). Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.ª edición.
- VILLANUEVA MONGE, Zarela & BOGANTES RODRÍGUEZ, Alexandra. (1996). “Principio de igualdad y jurisprudencia constitucional”. Litografía e imprenta LIL, S. A. Editada por Escuela del Poder Judicial. San José.
- VILLAR CAÑADA, Isabel María. “Público y privado en la gestión de la seguridad social en España. Dimensión Jurídica”. Editorial COMARES S. L. Polígono Juncaril, parcela 208. Granada 2007.

## Z

- ZAMOSC, León. (2008). “*Ciudadanía indígena y cohesión social en América Latina*”. CEPLAN (Corporación de Estudios Para Latinoamérica). Instituto Fernando Henrique Cardoso. San Pablo, Brasil, y Santiago de Chile, PP. 33. ISBN: 978-85-99588-26-0  
<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/ciudadaniaindigenaycohesionsocialenamericalatineonzamosc.pdf> (última visita 09/07/2019)

### ➤ TESIS Y ENSAYOS

- ALCÓN SOLER, Eva. (2002). “*Bases lingüísticas para la enseñanza de la lengua inglesa*”. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat

Jaume I, D. L. (1. *Anglès-Ensayament-Metodologia. I Universitat Jaume I (Castelló)*. *Publicacions de la Universitat Jaume I, ed. II. Títol. 811.111:31.02*) ISBN: 84-8021-405-8. Depósito legal. Z-2539-2002.

- ARGÜELLO GONZÁLEZ, José Enrique; RIVAS QUIRÓS, Luis Alfonso; VEGA ZÚÑIGA, Javier Francisco & VILLALOBOS MORALES, Adalberto. (1994). *“Diagnóstico sobre la gestión de los servicios públicos municipales en el área metropolitana de San José. Estudio de caso: Recolección y transporte para la disposición final de los desechos sólidos en las Municipalidades de Desamparados, Goicoechea y Santa Ana”*. Memorias de seminario de graduación presentada para optar al grado de Licenciado en Administración Pública. Universidad de Costa Rica. 1994.
- BRENES MONTOYA, María Marta. (2005). *“El incumplimiento de las resoluciones de amparo”*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
- CAMPOS MARTÍNEZ, Fernando. (1996) *“Lo mítico y lo verde hacia una metacrítica filosófica de los conceptos ambientales empleados por la Sala Constitucional”*. San José, CR. Tesis Facultad Derecho Licenciatura UCR.
- CONEJO AGUILAR, Victoriano. (2003) *“Naturaleza jurídica del pago por servicios ambientales: ¿Impuesto, canon, tasa o precio?”*. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho.
- DIAZ ASOFEIFA, Gisella. (2008), *“Implementación del derecho de consulta indígena en la comunidad de Térraba (2004-2006)”*. Tesis para optar al grado de licenciatura en Ciencias Políticas. Universidad de Costa Rica. Facultad de Ciencias Sociales. Escuela de Ciencias Políticas.
- FÁBREGAS PUIG, Andrés. (2012). *“De la Teoría de la Aculturación a la Teoría de la Interculturalidad. Educación y Asimilación: El caso mexicano.”* Intercultural Communication Studies XXI.

<http://web.uri.edu/iaics/files/03AndresFabregasPuig.pdf> (última visita 09/07/2019)

- FERNÁNDEZ UREÑA, Miguel Ángel. (2006). *“Propiedad indígena y protección de los derechos humanos”*. Tesis para optar por el grado de Magister en Derechos Humanos, programa Métodos y Técnicas de Investigación II, Maestría en Derechos Humanos. Universidad Estatal a Distancia. <http://studylib.es/doc/6980613/propiedad-indigena-y-proteccion-de-los-derechos-humanos> (última visita 09/07/2019)
- HERNÁNDEZ WONG, Omar Javier. *“La potestad contralora de AyA sobre los Comités Administradores de Acueductos Rurales.”* Tesis para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho. Universidad Panamericana. Colegio Justiniano. Enero, 1995.
- GUEVARA BERGER, Marcos. (octubre 2014) *“Legitimidad y gobernabilidad indígena”*. Congreso “Inclusividad, no discriminación y acceso a la justicia Corte Suprema de Justicia”, 7 – 9 de octubre del 2014. Panel: “Tierra, territorio, recursos y gobernabilidad indígena en Costa Rica”.
- MADRIGAL JIMÉNEZ, Ricardo Antonio. (2007). *“Jurisdicción Constitucional pronta en Costa Rica: Un análisis de las posibles opciones para permitir un proceso más ágil”*. Tesis de graduación para optar por grado de Doctor en Derecho. Universidad Estatal a Distancia.
- ROMERO MENESES, Betsy Pilar. (2015). *“La normativa costarricense frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de recursos naturales en territorios indígenas”*. Trabajo final de graduación para optar por grado de Magíster en Derechos Humanos. Sistema de Estudios en Posgrado de la Universidad Estatal a Distancia.
- SÁNCHEZ PÉREZ, Rose Mary. (2010). *“Análisis y propuesta para la aplicación de un plan de capacitación en el área de servicios al turismo nacional y extranjero de Rancho Biriteca S. A.”*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Gerencia de Recursos Humanos. Universidad

Metropolitana Castro Carazo. Facultad de Ciencias Empresariales.

- SOLIS FALLAS, Alex. (1998). *“Dimensión política de la justicia constitucional: el caso de Costa Rica”*. Tesis presentada para optar por el grado de doctor en derecho. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Programa latinoamericano de doctorado en derecho. San José, Costa Rica. Diciembre de 1998.
- SOTO AGUILAR, Emilio. (2014). *“Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas”*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- VALDÉS, Marcos. (S/F). *“La vigencia del concepto de la Aculturación: alcances y limitaciones”*. <http://www.mapunet.org/documentos/mapuches/aculturacion.pdf> (última visita 09/07/2019)
- VALERIO VILLAVICENCIO, Rebecca. (2003). *“Instrumentos para garantizar el derecho ambiental: análisis de la adición del título de derechos y garantías ambientales en la constitución política de Costa Rica”* San José, Costa Rica. Trabajo Final de Graduación licenciatura Derecho UCR.
- VILLALOBOS FALLAS, Natalia. (2009). *“Reforma a la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica”*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
- ZAMORA AMADOR, Adriana & DELGADO AGUILAR, William. *“La regulación en el sector agua potable y saneamiento en Costa Rica: Sus efectos y alternativas de mejora”*. Tesis para optar por el grado de maestría en economía de la regulación. Universidad de Costa Rica. Enero 2000.

➤ **REVISTAS**

- CAFFERATTA, Néstor. (2003). “Daño Ambiental Jurisprudencia”. Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires.
- MONGE, Esteban. (2010) “Gestión Integrada del Recurso Hídrico. Resumen del Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Legislativa mediante el mecanismo de la Iniciativa Popular.” Una publicación del Centro de Comunicación VOCES NUESTRAS. Imprenta Lara, San José, Costa Rica. Mayo 2010.
- Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Año 3, Número 3, 2003.
- Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Nº 37, Enero – Junio, 2004.
- Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No. 41, Enero – Junio, 2005. Edición especial sobre derecho indígena. ISSN 1015-5074 <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1411/revista-iidh41.pdf> (última visita 09/07/2019)
- Revista Ivstitia. Año 17, Nº 203-204, Noviembre – Diciembre, 2003.
- Sonia Guevara Rodríguez. Relación Jurídica AyA-ASADAS: Rectoría. Revista del AyA. Hidrogénesis. Vol. 7, No. 2, 2009.

➤ **TRATADOS INTERNACIONALES**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10ª ed. San José, Costa Rica. IJSA, julio del 2008.
- Comité de los Derechos del Niño: Organismo que supervisa el grado con que los estados cumplen las obligaciones que les impone la Convención.
- Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas sobre la Educación.

- Convenio 107 OIT. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas. (1957)
- Convenio 138 OIT. Erradicación del Trabajo Infantil. Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (1973).
- Convenio 169 OIT. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas. (1989). Hace referencia a los niños indígenas en sus artículos 28 y 29, que reconocen los derechos de los niños indígenas a la lengua indígena y a la educación. Los otros derechos generales civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños están plasmados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (CDN) ratificada por 192 países.
- Convenio 182 OIT. Erradicación del Trabajo Infantil. Convenio sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su eliminación (1999).
- Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. "Protege implícitamente a todos los niños, y por consiguiente a los niños indígenas, y expone el principio de no discriminación (artículo 2). Pero también disposiciones específicas sobre los niños indígenas, que hacen énfasis particular en la necesidad de atender a las necesidades lingüísticas de estos niños en los medios de comunicación (artículo 17, d) y de respetar su identidad cultural, su lenguaje y sus valores (artículo 29, c) d) y artículo 30). Sobre el trabajo infantil el artículo 32 de la CDN..." (p. 12, párr. 1 y 2, Directrices combate trabajo infantil OIT)
- Declaración de Coolangatta sobre los derechos de los pueblos indígenas a la educación.
  
- **RESOLUCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

- Número 50 adoptado en 1936, con respecto a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas;
- Número 64 adoptado en 1939, en cuanto a contratos escritos de trabajo para los indígenas;
- Número 65 adoptado en 1939, que establecía sanciones penales a los trabajadores indígenas por incumplimiento de contrato;
- Número 86 adoptado en 1947, en cuanto a la duración máxima de los contratos de trabajo;
- Número 104 adoptado en 1955, abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas;
- Número 107 adoptado en 1957, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.
- Resoluciones Nos. 146 y 190 de la OIT. Suplementarias de los convenios 138 y 182 de la OIT.
- Número 169 adoptado en Ginebra, en la 76ª reunión CIT (27 de junio de 1989).
  
- **NORMATIVA NACIONAL**
  - Constitución Política de Costa Rica, 1949.
  - Ley No. 218 del 08 de agosto de 1939. Ley de Asociaciones.
  - Ley No. 276 del 27 de agosto de 1942. Ley de Aguas.
  - Ley No. 1634 del 18 de setiembre de 1953. Ley General de Agua Potable.
  - Ley No. 2726 y sus reformas del 14 de junio de 1961. Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueducto y Alcantarillados (ICAA) y sus reformas.



- Ley No. 3859 del 7 de abril de 1967, publicada en La Gaceta No. 88 de 19 de abril de 1967, denominada “Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad” (DINADECO)
- Ley No. 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas. Ley General de Salud y sus reformas.
- Ley No. 5651 del 13/12/1974; Reforma Creación de CONAI Comisión Nacional Asuntos Indígenas.
- Ley: 6172 del 29/11/1977; Ley Indígena.
- Ley No. 6227 del dos de mayo de 1978. Ley General de la Administración Pública. Publicada en Alcance No. 90 a La Gaceta No. 102 del 30 de mayo de 1978.
- Ley No. 6797 del 04 de octubre de 1982 y sus reformas. Código de Minería.
- Ley No. 7135. Ley de la Jurisdicción Constitucional.
- Ley No. 7316 del 03 de noviembre de 1992. Aprobación del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley No. 7316 – 1 del 03 de noviembre de 1992. Aprobación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley No. 7333. Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Ley 7426. Ley del día de las Culturas (12 de octubre), del 23 de agosto de 1994.
- Ley No. 7554 del 04 de octubre de 1995. Ley Orgánica del Ambiente.
- Ley No. 7593 del 09 de agosto de 1996. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).
- Ley No. 7623 del 11/09/1996; Defensa del Idioma Español y Lenguas Aborígenes Costarricenses.
- Ley No.8054 del 04/12/2000; Ley de la Diversidad Étnica y Lingüística.

- Ley No. 8154 del 27 de noviembre del 2001, denominada: *“Aprobación del Convenio de Préstamo No. 1284/OC-CR ‘Programa de Regularización del Catastro y Registro’, entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo”*.
- Ley No. 8776 del 14 de octubre del 2009. Exoneración a las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes (Asadas).
- Ley No. 9710 del 10 de octubre del 2019. Protección del Derecho a la Nacionalidad costarricense de la persona indígena transfronteriza y garantía de integración de la persona indígena transfronteriza.
  
- **DECRETOS EJECUTIVOS**
  
- Decreto Ejecutivo: 40932-MP-MJP, denominado *“Mecanismo general de Consulta a Pueblos Indígenas”*, publicado en el Alcance 70 del Diario Oficial La Gaceta número 59, del 05 de abril del 2018.