

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Licenciatura en Derecho

Multiculturalidad en lo Penal

Karen Vanessa Martínez Gómez

NOVIEMBRE, 2019

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DE LOS TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN**

San José, 20/Noviembre /2019

Señores:
Universidad
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito (a) Karen Vanessa Martínez Gómez, con número de identificación 901150599 autor (a) del trabajo de graduación titulado *MULTICULTURALIDAD EN LO PENAL*, como requisito para optar por el grado de Licenciatura en Derecho,; *Sí* autorizo a la Biblioteca de la Universidad Hispanoamericana para que con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 8883, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,

901150599

Firma y Cédula de Identidad

CARTA DEL TUTOR

San José, 03 de setiembre de 2019

Destinatario
Carrera *Derecho*
Universidad *Hispanoamericana*

Estimado señor:

La estudiante Karen Vanessa Martínez Gómez, cédula de identidad número 9-0115-0599, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado **Multiculturalidad en lo Penal**, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20
c)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20
	TOTAL		100

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,

Nombre *Alberto García Chaves*
Cédula identidad N. *111250346*
Carné Colegio Profesional N. *16649*



San José, 27 de setiembre 2019

Señores

Departamento de Registro

Sede de Heredia

Universidad Hispanoamericana

Presente.

El suscrito, **LICENCIADO PIERO VIGNOLI CHESSLER**, en mi condición de lector de la tesis denominada **Multiculturalidad en lo Penal**, realizado por la egresada en derecho **Karen Vanessa Martínez Gómez** manifiesto:

Dicho trabajo reúne los requisitos de fondo y forma exigidos por la Universidad y en sí por la Facultad, por lo que doy por aprobado el mismo en todo su contenido, por tanto doy mi aprobación académica para que dicha egresada realice su defensa de tesis.

Sin otro particular,



Lic. Piero Vignoli Chessler

Lector.

San José, 9 de octubre del 2019

Señores
UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Estimados señores:

La estudiante KAREN VANESSA MARTÍNEZ GÓMEZ, cédula número 901150599 me ha presentado para efectos de corrección de estilo, el trabajo de investigación denominado Multiculturalidad en lo Penal, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en la Carrera de Derecho.

He revisado, de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo señalados por la Universidad, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción que se traducen al escrito y he verificado que se han realizado todas las correcciones indicadas en el documento.

Por consiguiente, doy fe que este trabajo se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad.

Atentamente



Prof. Mario Boza Chacón
Filólogo. Cédula 103580444
Carné Colegio de Licenciados y
Profesores Número 5034

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Entregado por: _____

Recibido por: Maria Chk.

Fecha: 10/10/19.

DECLARACIÓN JURADA

Yo Karen Vanessa Martínez Gómez, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 9 0115 0599 egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercebido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: Multiculturalidad en lo penal.

_____ es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los 03 días del mes de setiembre del año dos mil diecinueve.



Firma del estudiante

Cédula: 9 0115 0599

Dedicatoria

A la Comunidad Indígena Costarricense que necesita ser protegida dentro de los procesos penales y que día con día trabaja por alcanzar la equidad para su pueblo.

Agradecimientos

En primer lugar a Dios, quien me ha dado la oportunidad de emprender este camino hacia la meta que es obtener el triunfo en esta carrera.

A mi familia, por el apoyo incondicional en todo momento a lo largo de la carrera y del proceso de creación de esta tesis.

A mi mamá, por revisar la tesis para presentarla de la mejor manera posible.

A mi tutor de tesis, el Profesor Alberto García, quien me ha guiado, apoyado y proporcionado material a lo largo de este proceso.

A los profesores que fueron parte de mi proceso académico en la Licenciatura de Derecho en la Universidad Hispanoamericana.

Tabla de Contenidos	
Objetivo General	11
Objetivos Específicos	11
Hipótesis	13
Justificación	14
CAPÍTULO I	16
EXPOSICIÓN HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS COSTARRICENSES	16
Análisis General	16
Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas Dentro de la Constitución a través de la Historia	20
Principios que Contemplan los Derechos Indígenas	37
1. Principio de Igualdad	38
2. Principio de Inviolabilidad de la Defensa	43
Derechos Determinados de la Comunidad Indígena	46
1. Propiedad y Tenencia de la Tierra	47
2. Derecho al Territorio	47
3. Derecho a la Protección de los Recursos Naturales	48
4. Derecho a Conservar la Lengua Concerniente	49
5. Derecho a la Consulta en la Toma de Decisiones que Afectan a los Pueblos Indígenas	50

	11
6. Derecho a la Identidad de la Cultura Indígena	50
7. Derecho de los Pueblos Indígenas a tener su propio derecho o derecho consuetudinario	51
8. Derecho de Intérprete y Traductor	52
Comentario	54
CAPÍTULO II	57
DERECHO INDÍGENA A NIVEL COMPARADO	57
Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	61
Contenido	61
Responsabilidades a las que se obligan los gobiernos suscritos al convenio	62
Trato de los Pueblos Indígenas durante el Proceso Penal	63
Relación entre los Pueblos Originarios y la Tierra	66
Derecho Indígena en Guatemala	68
Actualmente	69
Inadecuación	69
Inaccesibilidad	70
Avances	72
Estado Pluricultural en los Acuerdos de Paz	72
Propuestas aprobadas	75
Aplicación del Convenio 169 en Guatemala	80

	12
Papel de las Poblaciones Indígenas Frente al Convenio 169	82
Derecho Indígena en Nicaragua	86
Derecho Indígena en Canadá	95
Derecho Indígena en Perú	105
Comentario	111
CAPÍTULO III	114
NORMATIVA PENAL COSTARRICENSE REFERENTE A LA POBLACIÓN INDÍGENA	114
Cultura Indígena Jurídica y Sistema Jurídico Costarricense	117
Normativa Penal Costarricense Respectiva de la Población Indígena	120
Principio de Igualdad	120
Ley 9593	121
Derecho a Intérprete	125
Error de Hecho y Error de Prohibición	127
Traslado del Tribunal	130
CAPÍTULO IV	132
RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS	132
Recomendaciones	132
Propuestas	133
Ventajas	138
CONCLUSIONES	140

BIBLIOGRAFÍA

144

Objetivo General

Promover, mediante el análisis de las normas procesales existentes y las políticas institucionales del Poder Judicial, la conexión entre el Sistema Penal Costarricense y las culturas indígenas con el fin de fomentar el respeto hacia las garantías de estos grupos.

Objetivos Específicos

- Conocer la historia jurídica costarricense en relación con el reconocimiento de los derechos indígenas.

- Realizar un estudio de derecho comparado en relación con el tratamiento procesal penal y penal de fondo de las personas indígenas.
- Estudiar la normativa penal de fondo para determinar si existen estatutos que protejan la población indígena de manera específica y si es así, de qué manera lo hace.
- Estudiar la normativa Procesal Penal Costarricense para determinar si existen institutos procesales específicos para los grupos indígenas.
- Determinar si se dan o no situaciones inadecuadas en la normativa procesal penal desde el punto de vista formal, en relación con las personas indígenas costarricenses.
- Realizar una propuesta de la *lege ferenda* para mejorar el Sistema Procesal Penal Costarricense en relación con los indígenas de nuestro país.

Hipótesis

El Sistema Procesal Penal Costarricense no brinda las garantías suficientes a las personas indígenas costarricenses en comparación con los que no lo son.

.

Justificación

Costa Rica posee una población de 5,005,613 habitantes, según el Instituto Nacional de Estadística y Censo de Costa Rica en su último registro de Censo del 2011. (INEC. (2011). Censo 2011. Febrero 25, 2019, de INEC Sitio web: <http://www.inec.go.cr/censos/censos-2011>). De esa población, un aproximado de 104,143 personas corresponden a una etnia indígena, quiere decir que, esa cifra representa el 2,5% de la población. Aunque el porcentaje sea muy bajo, no deja de ser población costarricense, sin embargo, la cultura costarricense actual está acostumbrada a una existencia casi nula de la población nativa lo que influye en las garantías procesales y el acceso a ellas, lo que repercute, de manera definitiva, en el acceso a la justicia de los indígenas.

Precisamente, eso es lo que se pretende saber aquí; cómo ha perjudicado la ignorancia de la ley, en el caso de los indígenas, y la poca atención en las garantías del proceso a esta población, en el momento en que una persona indígena se enfrenta al ordenamiento jurídico, dándose muchas veces, la confrontación entre la normativa costarricense y su consideración de lo que es un delito, y lo conocido y comprendido por el indígena.

El indígena costarricense pese a que pertenezca a una etnia, viva retirado, su escolaridad sea diferente y sus costumbres también, sigue siendo un costarricense cuyas garantías deben seguir siendo protegidas, su acceso a la justicia, promovido y su tradición respetada, es decir, las afecciones mencionadas anteriormente, deben disminuir y en su momento, erradicarse ¿cómo se puede lograr esto?

La evolución del ordenamiento jurídico en general es constante, las reformas son presentes en todo momento, sin embargo, ¿por qué no crear una constante de cambio que involucre una mejora para la protección de las garantías procesales aunado a esta reforma normativa que sustente la protección a esas garantías? Es decir, crear lege ferenda que pueda cumplir asertivamente con lo que en realidad necesita la comunidad indígena, una protección efectiva.

CAPÍTULO I

EXPOSICIÓN HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS COSTARRICENSES

Análisis General

La conquista en América trajo muchas consecuencias en general, sin embargo, para lo que es competente de esta tesis, se debe destacar que las consecuencias jurídicas que dejó ese proceso de colonización fueron drásticas.

El sistema jurídico pasó de un sistema jurídico consuetudinario basado en costumbres, tradiciones y creencias de los nativos de los países colonizados, a un sistema jurídico escrito y moderno proveniente de España por medio de los colonizadores construyendo de esta manera un marco jurídico basado en una nueva realidad al excluir el sistema que ya existía y suprimir intrínsecamente la existencia primaria de un sistema jurídico anterior dado que no compartía los criterios del nuevo sistema pero, más que todo, no era de conveniencia para los colonizadores quienes

tenían otros planes en mente y para ello, otras estrategias que siguen teniendo alcances en la normativa hasta estos días.

El nuevo marco jurídico le da forma, confirma e instauro los derechos y las relaciones entre los habitantes de una realidad llamada Estado - Nación que regula el presente por ello, es lógico que no se contemplen o al menos no en su totalidad, los derechos de aquellos pobladores primarios que fueron “conquistados” y que quieren continuar viviendo en un “pasado jurídico”.

Poco a poco se ha intentado revisar acuerdos, convenios o laudos firmados durante el proceso de la colonización además de mecanismos de presión (marchas, caminatas, levantamientos y acciones políticas de negociación), todo esto ha significado en algunos casos, pasos para llegar a acuerdos importantes en muchos países, al alcanzar, incluso, legislaciones nacionales.

Dentro del panorama de gestión internacional por medio de foros internacionales como la ONU, la OEA, la OIT, la OPS, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo entre otros; uno de los objetivos ha sido lograr recomendaciones políticas a los Estados e intercesiones en favor de los Pueblos

Indígenas, o incluso discusiones de proclamación para que se reconozcan los verdaderos derechos de los Pueblos Indígenas.

Se establece el “indigenismo” en América Latina a partir de la década de los años 40. Este término marca una nueva norma de relación entre los Estados con los Pueblos Nativos, buscando la integración de ambos, aunque desconociendo los derechos fundamentales.

El intento de buscar la integración por medio de un término y sus implicaciones, fue fallido. Lejos de mejorar las condiciones legales y las condiciones de vida de las comunidades indígenas, en algunos Estados se dio desaparición de Pueblos Indígenas en forma parcial o incluso total, de manera irrecuperable por el genocidio y etnocidio.

En vista que para las décadas de los 80 y 90 los gobiernos no creaban un cambio favorable para las comunidades indígenas, los foros internacionales volvieron a presionar a los Estados mediante denuncias y movimientos internos, en algunas ocasiones hasta con acciones armadas, en escasos casos, los Estados fueron los que

dieron los pasos para llegar a acuerdos que tuvieran como fin el reconocimiento de los derechos indígenas.

Se debe resaltar que todavía no se llega a un punto procesal penal, sin embargo, para lograr una perspectiva específica, se debe lograr una perspectiva general, desde ese punto, se puede notar que a lo largo de la historia se ha intentado imponer el sistema jurídico de la “realidad presente” a la población indígena y es ahí donde ha estado el error, se busca una integración entre el sistema jurídico actual y el primario, pero, sin llegar a conocer la raíz del manejo de los procedimientos que como indígenas han tenido por años.

Para poder comprender cómo se puede realizar una conexión efectiva se debe empezar por conocer cómo funciona el sistema nativo. Para lo que corresponde a este tema, dos de los puntos más importantes que se deben conocer consisten en cómo funciona la organización dentro de un pueblo indígena costarricense y la identidad que los representa como indígenas costarricenses. Estos son dos conceptos importantes que manejan las organizaciones indígenas para definir sus propios espacios y para efectos de reivindicación de sus derechos y si estos dos supuestos fueran conocidos, una conexión real y eficaz sería más probable.

Organización Indígena

- Asociaciones de Desarrollo Integral.
- Relación entidades estatales - Pueblos Indígenas.
- Tipos de organización internas en los territorios.
- Formas de elección de autoridades indígenas.
- Tribunales internos de resolución de conflictos.
- Entidades representativas indígenas.
- Consejos Indígenas.

Identidad Indígena

- Prácticas religiosas propias.
- Relaciones clánicas.
- Costumbres sociales indígenas.
- Características de quiénes pueden aspirar a cargos de dirección internas.
- Educación indígena.
- Prestación de servicios de entidades estatales en territorios indígenas.

- *Derecho consuetudinario.*

Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas Dentro de la Constitución a través de la Historia

A través de los años abundan ejemplos que consolidan derechos que se le han reconocido a la población indígena, no obstante, en su mayoría han sido derechos referentes al tema de tierras, incluyendo los preceptos que indican que las tierras actuales se dan a partir de tierras estatales, pero, ¿qué pasa entonces con los derechos correspondientes a las ramas del derecho?

“La Corte Interamericana ha adoptado un criterio similar respecto del derecho de propiedad en el contexto de los Pueblos Indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los Pueblos Indígenas mantienen con su tierra. De acuerdo con la Corte 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 de 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. En consecuencia, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por el sistema no se limitan a aquellos intereses de propiedad que ya están reconocidos por los Estados o que están definidos por la legislación interna, sino más bien a que el derecho de propiedad tiene un significado autónomo en el derecho internacional en materia de derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia del sistema ha reconocido que los derechos de propiedad de los Pueblos Indígenas no se definen exclusivamente por los derechos dentro del régimen jurídico formal del Estado, sino que también incluyen los bienes comunales indígenas que derivan y se fundan en la costumbre y la tradición indígenas. De acuerdo con este criterio, la Comisión ha sostenido que la aplicación de la Declaración Americana a la situación de los Pueblos Indígenas, exige la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los Pueblos Indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 40/04 Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo. 12 de octubre 2004.)

En todas las Constituciones Políticas que han existido en Costa Rica, no se ha encontrado un capítulo, menos un artículo en el que se pueda interpretar que se dirija a la población indígena, sin embargo, sí han existido algunas reformas e incluso leyes en beneficio de la protección de los derechos de la población precolombina.

En la Ley General de Baldíos del año 1939, se declaran como inalienables y propiedad de los indígenas los lugares donde existan estas poblaciones.

La Ley Indígena No. 6172 del año 1977 reafirma con los fallos de la Sala Constitucional y sobre todo a partir del año 1999, que recogen mucha de la tradición jurisprudencial de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos.

Algunos avances jurídicos que velan por la protección de los derechos de las personas indígenas son los siguientes:

- Ley 13, Ley General sobre Terrenos Baldíos, 06 de enero de 1939.

- Decreto 45 del 03 de diciembre de 1945, Reglamentación del artículo 8 de la Ley General de Terrenos Baldíos de 1939.
- Decreto Ejecutivo 34 del 15 de noviembre de 1956, Primeras Reservas Indígenas.
- Decreto Ejecutivo 2160 del 25 de setiembre de 1957, Ley Fundamental de la Educación.
- Ley 2825 de 14 de octubre de 1961, Ley de Tierras y Colonización que deroga la Ley General de Terrenos Baldíos.
- Ley 3859 de 07 de abril de 1967, Ley Sobre el Desarrollo de la Comunidad.
- Ley 5251 de 09 de julio de 1973, Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI).
- Decreto 5651 de 13 de diciembre de 1974, Reforma del artículo transitorio de la Ley 5251.
- Ley 5671 de 14 de mayo de 1975, Reforma del artículo 2 de la Ley 5251.
- Decreto 6866 del 14 de marzo de 1977, Inscribe las Reservas Indígenas en el Registro Público.
- Ley 6172 del 29 de noviembre de 1977, Ley Indígena.
- Decreto 8487-G del 26 de abril de 1978, Reglamento de la Ley Indígena 6172.

- Decreto 10035-G del 21 de marzo de 1979, establece que las escrituras de compra de mejorar o fincas sean efectuadas por la Comisión de emergencia Nacional.
- Ley 6703 de 28 de diciembre de 1982, sobre Patrimonio Nacional Arqueológico.
- Decreto 13575-G-G del 30 de abril de 1982, Modificado por los Decretos 16569-G de 1985 y 20645-G de 1991.
- Ley 6797 del 04 de octubre de 1982, Código de Minería.
- Decreto 16567-G del 25 de setiembre de 1985, Prohibición para que los indígenas se trasladen de una reserva indígena, derogado.
- Ley 7225 del 02 de abril de 1991, Ley de Inscripción y Cedulación Indígena.
- Decreto 21635 MP-C, crea Comisión Asesora de Asuntos como Órgano Consultivo del Presidente de la República.
- Ley 7316 del 16 de octubre de 1992, Aprobación del Convenio 169.
- Decreto 22072-MEP de 25 de febrero 1993.
- Decreto Ejecutivo 22073 del 02 de marzo de 1993, Academia Costarricense de la Lengua.
- Decreto 23489 –MEP del 01 de julio de 1994, establece Educación bilingüe y bicultural.

- 12 de julio de 1994, Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Reglamento del Programa de Recuperación de Tierras en Reservas Indígenas.
- Ley 7426 del 23 de agosto de 1994, Día de las Culturas.
- Decreto 21475-G, establece los Consejos Étnicos Indígenas.
- Ley 75775 del 13 de febrero de 1996, Ley Forestal.
- Ley 7623 del 14 de agosto de 1996, Defensa del Idioma Español y Lenguas Aborígenes Costarricenses.
- Decreto 26511 del 10 de junio de 1997, Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas.
- Ley 7788 del 23 de abril de 1998, Ley de Biodiversidad.
- Ley 7878 del 27 de mayo de 1999, Reforma del Artículo 76 de la Constitución Política.

En la Constitución Política de Costa Rica creada en 1949, y modificada desde entonces cincuenta y dos veces, dentro de sus 197 artículos sólo hay uno que menciona explícitamente el término “indígena”, dicho artículo es el numeral 76 del título La Educación y La Cultura: “El español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas

nacionales. Reformado por Ley No. 5667 de 17 de marzo de 1975 y por Ley No. 7878 de 27 de mayo de 1999. LG 118 de 18 de junio de 1999)”.

Fue hasta el año 1999 que la palabra *indígena* fue agregada en el vocabulario de la Constitución Política de Costa Rica y no protegiendo en sí un derecho procesal sino más bien un derecho de índole cultural.

En 1968 con la reforma agraria, la Constitución se centra en buscar los principios de igualdad y no discriminación, aunque este último concepto, contra una costumbre latinoamericana, no se deslinda en discriminación racial, social, cultural, por lo que puede decirse que el artículo 33 de la Constitución, también es un artículo competente para este tema. El artículo 33 indica: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (Reformado por Ley No. 4123 de 31 de mayo de 1968 y por Ley No. 7880 de 27 de mayo de 1999. LG 118 de 18 de junio de 1999).” La connotación que se hace en 1999 es para la no discriminación con los nativos que también son costarricenses.

Por otra parte, Costa Rica como Estado por medio de la Constitución Política en el artículo 64 expresa: “El Estado Fomentará la creación de cooperativas, como

medio de facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores.” Al inicio, este artículo fue creado tal como lo indica, para el gremio de trabajadores, no obstante, las cooperativas han sido utilizadas para crear instituciones de apoyo para las comunidades indígenas posibilitando la asociación de comunidades étnicas.

Al igual que en Belice, en Costa Rica las poblaciones nativas obtuvieron derechos específicos de posesión sobre algunos territorios.

La Ley General de Terrenos Baldíos de 1939 fue la primera que reconoció derechos de propiedad para la comunidad indígena en el artículo 8: “Se declara inalienable y de propiedad exclusiva de los indígenas, una zona prudencial a juicio del Poder Ejecutivo en los lugares en donde existan tribus de éstos, a fin de conservar nuestra raza autóctona y de librarlos de futuras injusticias”.

Pese a que ya existía una ley que hablaba sobre el derecho de propiedad para las personas indígenas, fue hasta el año 1956, a partir del Decreto No. 34 que las primeras reservas indígenas se comenzaron a delimitar y legalizar, sin embargo, aun ya estando delimitadas las propiedades, cuando se comenzó el crecimiento de las

plantaciones bananeras, esto junto con la construcción de la conocida Carretera Interamericana provocaron una invasión masiva de las posesiones tradicionales.

Dado a los intentos fracasados, se quiso hacer un cambio reemplazando el término “reservas indígenas” por el de “territorios indígenas. Su situación jurídica se define con base en Decretos Ejecutivos con rango de ley según el artículo 1 de la Ley Indígena de 1977.

Los indígenas costarricenses viven hoy en un aislamiento relativo tanto dentro de la sociedad nacional como frente a la sociedad global, una desventaja que organizaciones como la Asociación Indígena de Costa Rica Pablo Presbere pretende contrarrestar.

El marco jurídico respecto de los Pueblos Indígenas se restringe a la esfera de la legislación secundaria, expresado principalmente en la Ley 5251 de 1973 que crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), la Ley Indígena, 6172 de 1977 con su Reglamento, el Decreto núm. 8487-G, y un Decreto Ejecutivo de 1994 que establece la educación bilingüe y bicultural el Decreto 23489-MEP.

La Ley 5.251 suele ser considerada un documento avanzado para su época, ya que según su artículo 4, garantiza al nativo la propiedad individual y colectiva de la tierra y a demás propone el establecimiento de redes regionales de comercio e intercambio. Esta disposición no abandona la terminología de la época, que se centró en conceptos tales como “progreso”, “desarrollo” e “integración”. El Decreto 23489 insiste en la contextualización de las características y necesidades de la población indígena costarricense lo que se puede encontrar en el artículo 54. Estas leyes y sus reglamentos constituyen el cuerpo legal que marca los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas en Costa Rica incluyendo, la Ley 7316 y varias resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Con todo esto, cabe decir que Costa Rica es el único país latinoamericano que suscribió el Convenio 169 sin efectuar cambios constitucionales sustanciales. Lo anterior tiene su razón en el principio de la autoridad superior que tienen los tratados y convenios internacionales respecto de las leyes nacionales amparado en el artículo 7.

Al aceptar el Convenio 169 no sólo como una norma sino también como una ley, se puede entender que el orden jurídico costarricense en realidad no se apega a

los principios anteriormente mencionados y más bien se contradice en varias ocasiones. La jurisprudencia costarricense suele evitar una reformulación de la Constitución vigente y de los códigos que es lo que debería pasar si en realidad se quiere lograr un cambio o por lo menos, un avance.

No se pasa a la revisión a fondo de constitución, codificación y legislación que la novedad [la ratificación del Convenio 169] requiere. No quiere pasarse a este replanteamiento que ya debiera comenzar por unos fundamentos: qué sea hoy soberanía; qué nación; qué pueblo, y qué deba ser constitución y qué la ley. Se pretende incluso que esta renovación más integral no es precisa, como si el derecho indígena, una vez reconocido, pudiera todavía recluirse en un compartimiento estanco sin relevancia para el resto del sistema, para su conjunto entonces. (Clavero, 1998: 191).

Desde la década de los ochenta, se han presentado numerosas iniciativas legislativas, como el "Proyecto de Ley de actualización de las reservas indígenas" en 1984, el "Proyecto de Ley contra la usurpación de tierras que están siendo objeto los indígenas de todo el país" en 1990 y el "Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas" en 1995. El último proyecto es considerado como la propuesta más elaborada.

El movimiento indígena costarricense, acompañado de algunos aliados de la sociedad civil, ha centrado sus esfuerzos en la aprobación de una Ley de Desarrollo, y no en una reforma constitucional cuyos alcances en realidad podrían ser aún mayores de lo que se espera.

Por otra parte, se da una contradicción al establecer y limitar la autonomía indígena, con preceptos que apoyan en sus fallos al indicar que la entidad estatal CONAI, tiene carácter representativo de los Pueblos Indígenas como si fueran una sociedad cuya personería necesite un apoderado que ejerza la representación. Es precisamente la Sala Constitucional la que ha prorrogado la personería jurídica de dicha entidad, sin realizar las debidas asambleas generales que por ley deben efectuarse.

Al analizar la totalidad de los textos constitucionales en lo que va de la vida independiente de Costa Rica, no se contempló en forma específica a los Pueblos Indígenas, salvo en algunos aspectos como el derecho al sufragio.

Esta tendencia no cambia ni siquiera en la redacción actual de la Constitución en el año de 1949, inclusive con la existencia de la ley del año 1939 sobre tierras baldías y el derecho a las tierras de parte de los indígenas.

Se debe destacar que, en la Carta Magna del año 1949, se incluye el numeral 7 que indica que todo Convenio Internacional debidamente aprobado por el país se constituye como parte del ordenamiento jurídico interno “con rango superior a la ley común”. Es a juicio de las organizaciones indígenas costarricenses, que este precepto constitucional refuerza las bases para el tema de los derechos indígenas.

La Primera Convención Internacional que alcanza el estatus necesario, se da cuando se ratifica el Convenio No. 107 de la OIT en el año 1959. El reconocimiento dado en el año de 1939 respecto a las tierras fue derogado en la Ley del ITCO de 1961, la cual dispuso que dichas tierras pasaban a ser estatales. (Chacón, Rubén 1996:46-49). Es entonces con la Ley No. 6172 del año 1977 cuando de nuevo se recogen varios preceptos, tanto el anterior, como el del derecho al autogobierno indígena y muchos otras más.

Es a partir de esta ley que se da impulso al establecimiento de las organizaciones indígenas. Incluyendo la realización de un Primer Encuentro Nacional que se dio en el año de 1978 en la localidad de Boruca (una de las tribus indígenas), que fue el prelude para la formación de un sistema de coordinación nacional nombrado como la Asociación Indígena Pablo Presbere en el año 1980.

Para las organizaciones indígenas la Ley Indígena fue una de las más avanzadas en su época en América Central y probablemente en otros países. Después de esta legislación en el momento en que se evidencia la diferencia con la entidad estatal y la necesidad de tener estructuras propias independientes, el tema vuelve a tomar fuerza con la lucha que dan las organizaciones indígenas en el año de 1980 en contra de la explotación petrolera en la región de Talamanca y después con la construcción del Proyecto Hidroeléctrico de Boruca, donde tanto para los proyectos de entonces como los de hoy se mantienen vigentes las luchas y los intereses de los Pueblos Indígenas.

La entidad estatal evidentemente no respondió a la defensa de los intereses de los Pueblos Indígenas. Por ello es necesario observar que a partir de ese momento y sobre todo durante los años 90, se generan una serie de organizaciones indígenas

tanto en el nivel territorial como en el nivel regional, debido a su deseo de tener acción directa sobre los acontecimientos relacionados con los indígenas y no a través de intermediarios o representantes estatales no reconocidos y mucho menos aceptados.

Fue en el año de 1989 que el Sistema Jurídico Costarricense incorpora en su engranaje un órgano judicial encargado específicamente del control de constitucionalidad: la “Sala Constitucional”.

En lo que se refiere a los asuntos indígenas, esta nueva jurisdicción posibilitó que se analice la situación de los derechos indígenas por la vía y el ámbito constitucional. Uno de los primeros casos, fue el que plantearon los compañeros indígenas guaimíes también conocidos como gnobes, quienes irónicamente eran considerados como extranjeros en sus tierras. Muchos otros recursos llegaron a la Sala Constitucional que han engrosado la lista de casos en los que la población indígena ha intentado defender sus tierras y derechos.

Con la adopción del Convenio No. 169 de la OIT en el año de 1992, convenio que, sin duda, se convirtió en el motor de un proceso mayor, porque no solo

reivindica aspectos de lucha anteriores sino que incorpora otros elementos esenciales como “ la información”, “ la consulta ” y “ la participación” como aspectos fundamentales de la relación del Estado con los Pueblos Indígenas. Estos elementos junto con los votos de la Sala Constitucional y el Convenio 169 de la OIT, se han convertido en puntos básicos de la lucha por los derechos indígenas.

Uno de los puntos de conclusión, y que además los Pueblos Indígenas en Costa Rica la han vivido a diario, son las variaciones en las interpretaciones de Sala Constitucional, que han motivado a las organizaciones indígenas en algunos casos a aplaudir los fallos y en otros a protestar en su contra. El caso específico es cuando un grupo significativo de indígenas realizó un acto de protesta en las afueras del edificio sede de la Sala Constitucional, recibiendo a una pequeña delegación, quienes reclamaban el largo tiempo que se toma la Sala para fallar recursos interpuestos por las comunidades indígenas relacionados con CONAI.

La constante determinación y decisión al indicar que la CONAI es una entidad representativa de los Pueblos Indígenas y con ello mantener a un pequeño grupo de funcionarios de dicha institución y algunas de sus actividades tales como las asambleas y la elección de los miembros de la Junta Directiva, aunque en cierta manera han sido de ayuda para los indígenas, los mismos mantienen cierto

descontento ya que su rol en la elección y participación de este comité no es tan activa pese a que el beneficio debería ser en pro de ellos, los protagonistas de la disputa en cuestión, no son tomados en cuenta lo suficiente.

Asimismo, considerar las Asociaciones de Desarrollo Comunal que son estructuras de origen externo a las comunidades indígenas, como entidades representativas en y los territorios indígenas, sin reconocer las otras organizaciones propias de los Pueblos Indígenas y que son verdaderamente representativas, resulta un tanto irónico desde el mismo punto de vista anterior, los ciudadanos de origen indígena, quienes se verían tanto beneficiarios como afectados, son las personas cuya participación se ve disminuida en comparación con la actividad que en realidad tendrían que realizar para dar su propia voz.

A todo esto, si hay un aporte que se debe recalcar es que los Pueblos Indígenas tienen derechos pre-constitucionales (voto 1786-93). Al indicar que el hecho de que “...varias poblaciones autóctonas fueron conquistadas y colonizadas por los españoles y luego de la independencia se mantuvieron en condiciones deprimidas, no ha podido crear ningún derecho de las poblaciones dominantes para desconocer los inherentes a la dignidad humana de los indígenas...”

Tomando lo anterior en cuenta, se pueden interpretar dos tipos de derechos de tipo pre - constitucional: el Derecho Originario y el Derecho Reconocido. Esto mantiene la posición de que los Pueblos Indígenas eran sujetos de garantías fundamentales antes y después del arribo de los europeos y que luego el derecho constitucional los reconoció.

Esta tesis es fundamental para los Pueblos Indígenas en su lucha por la reivindicación de los derechos históricos ya que da un reconocimiento a la existencia previa de su normativa jurídica.

A lo largo de la normativa, se han encontrado varios pequeños pero importantes avances para el reconocimiento de los derechos de las personas indígenas, sin embargo, como ya se ha mencionado, el énfasis más grande se ha dado en las ramas de los derechos reales, pero, ¿qué sucede entonces con las demás ramas del derecho? ¿se debe comportar igual una persona indígena igual que una persona no indígena? o aún más complejo, ¿jurídicamente hablando, se debe tratar igual a una persona indígena que a una no indígena?

Principios que Contemplan los Derechos Indígenas

El ordenamiento jurídico de acuerdo con su respectiva rama, posee principios que conforman la base de su normativa, los derechos que protegen al conglomerado indígena, no son la excepción. Como en todas las demás ramas, esta no es la excepción, posee una base jurídica con los siguientes principios:

1. Principio de Igualdad

“Todos los humanos son nacidos libres e iguales en dignidad y derechos”. (ONU. (Noviembre 22, 1948). Artículo 1. Declaración Universal de Derechos Humanos) Esta fue la famosa frase que comenzó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace más de 6 décadas. Esta consigna fue la que dio origen a la apertura de los Estados a un tratamiento más igualitario entre los ciudadanos en todos los sentidos de la palabra, jurídicos, laborales, etc. La lucha contra la discriminación no paró ahí pero

sí tuvo sus inicios teniendo su enfoque en la discriminación que había venido existiendo por siglos fuese por raza, lengua, género o religión.

Aunque muchas personas apoyaron el movimiento contra la discriminación, otras, por el contrario, se dedicaron a hacer la lucha más difícil y aún peor, su método de lucha fueron genocidios contra tribus enteras; pese a eso, los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho.

Absolutamente todos, personas, instituciones privadas o públicas y el Estado, quedan obligados a cumplir de manera justa, imparcial y equitativa tanto para aplicar reglamentos como para protección de los mismos.

Para analizar este principio se debe recordar los cambios que el mismo ha tenido. En los inicios del término igualdad, cabe resaltar que consistía en aplicar la igualdad a quienes eran considerados como personas, es decir, a los hombres blancos que venían a imponer leyes, idealizando la idea de un “individuo perfecto”, excluyendo por completo al nativo, de tez más oscura y facciones diferentes cuyas lenguas y costumbres no sólo eran diferentes, sino que desconocidas por completo para los colonizadores.

Ha sido a través de la evolución legal que se ha comenzado a respetar que las personas, aunque sean diferentes, también poseen derechos que deben ser respetados y que también son “iguales” a quienes ejercen las leyes.

El concepto de “iguales” también ha sido modificado, ya que no sólo se les reconoce como personas, sino que se pretende respetar sus tradiciones, lenguas y costumbres como parte de ellos mismos.

Se puede ver todo el avance jurídico reflejado en la Declaración Francesa de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que inscriben la igualdad en su artículo primero, en el ámbito nacional, se fundamenta el Principio de Igualdad en el artículo 33 de la Constitución Política de la República que lo expresa de la siguiente manera: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. (Constitución Política de la República, Costa Rica, Artículo 33)

Todo el cambio ha permitido que se respeten igualmente los derechos individuales y colectivos de todos los que no se identifican, en alguna medida, con los valores del grupo de poder.

Con todo lo anterior, se puede entender que es una transgresión a los derechos humanos de la población indígena realizar algún tipo de discriminación por razones de raza, ante esto, es importante mantener que el Principio de Igualdad del que se ha estado hablando protege tanto al indígena como tal, como a la comunidad a la que pertenezca no sólo ante las demás personas sino ante las leyes y Estado también; por ello, es claro que el principio de igualdad ampara a los miembros de la población indígena y resulta el sustento para el desarrollo de los derechos, momento de ser juzgados por algún hecho delictivo en materia procesal penal.

La posición de la Sala Constitucional respecto a este principio ha sido la siguiente: “El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución,

que son el corolario de la dignidad humana”. (SALA CONSTITUCIONAL, Voto 4829-98).

Se ha considerado que este principio no se ve violado sino hasta que su transgresión sea sumamente evidente, no obstante, cuando un derecho fundamental sea aplicado o interpretado de manera discriminatoria, se está quebrantando el principio también.

Cabe resaltar que lo más importante respecto al principio del cual se viene hablando, es reconocer la igualdad sin anular la variedad, al recordar que la población alrededor de la cual gira todo este tema debido a todo lo que le ha sido arrebatado, se encuentra en una posición más vulnerable.

RODRÍGUEZ MIRANDA señala lo siguiente respecto al trato igualitario hacia el indígena, “... no debe entenderse como un otorgamiento privilegiado o desigual para aquellas, en tanto tratamiento discriminador negativo respecto todo conglomerado social, sino como tratamiento discriminador positivo, pues estas comunidades en clara desventaja, como minorías históricas, merecen un trato diferenciador para alcanzar la igualdad que requiere una sociedad democrática pluricultural... De

resaltarse es que esa diferencia de trato no quebranta el principio de igualdad, más bien, resulta de la aplicación del mismo, y de una adecuada interpretación del derecho de la Constitución” (RODRÍGUEZ MIRANDA Martín: *En procura de un derecho indígena en Costa Rica en Justicia Penal y comunidades indígenas, Revista Latinoamericana de política criminal, Año 4, No.4, Editores del Puerto S.R.L., Argentina, 1999, p.272*).

Para concluir con el principio de Igualdad, teniendo ya la historia y parámetros del principio, se observa la necesidad de llevarlo a la práctica mediante una aplicación real por parte de las instituciones legales, llevándolo a una efectividad en pro de la protección de las poblaciones indígenas costarricenses.

2. Principio de Inviolabilidad de la Defensa

Este principio se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica el cual expresa: “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen

violación a este artículo o a los dos anteriores al apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores”.

El principio de inviolabilidad de la defensa tal como lo indica el artículo, establece que a ningún ciudadano se le hará sufrir pena si previamente, no se le ha concedido la oportunidad para ejercer su defensa. Se debe resaltar que al inicio del artículo enfatiza “a nadie” lo que indica expresamente que, sin excepción, ningún ciudadano será privado de lo que el artículo establece.

Por otra parte, el principio en su complejidad también incluye mediante el artículo, que, para poder imputar un delito, cuasidelito o falta al acusado, debe estar expreso en la ley en ocasión anterior a la que se cometa el acto, de lo contrario, no se aplica la irretroactividad, es decir no podrá acusarse a la persona si la normativa fue efectiva después de realizada la acción.

Lo anterior también se apoya en el artículo 41 del mismo texto constitucional mediante lo siguiente: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales.

Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

En el escenario internacional, su fundamento se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. Esta línea de pensamiento la retoma nuestra legislación procesal al regular como inviolable, las posibilidades del imputado de intervenir y formular peticiones.

Este principio puede ser entendido en sentido amplio o restringido. El primero, incluye la actividad de todas las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses; el sentido restringido, implica el derecho del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia, que excluya o atenúe su responsabilidad penal. La investigación va orientada a este último punto, cómo aplicar todo lo mencionado en el ámbito de procesal penal.

Para emplear de mejor manera el Principio de la Inviolabilidad de la Defensa, la doctrina ha planteado diversos tipos de la misma, al señalar distinción entre la

defensa material o personal y la defensa técnica o formal, esto incluye la autodefensa, la defensa particular y la defensa pública y/o de oficio-, partiendo de la existencia de un patrocinio letrado como elemento diferenciador entre ambas.

La *defensa material* es la que realiza el imputado personalmente, aún sin ser profesional en derecho, pues es parte del derecho de todo ser humano defender sus intereses de cualquier consecuencia adversa. Quiere decir que implica la posibilidad del imputado de ser oído, alegar lo que estime conveniente, a lo largo del proceso, e incluso ofrecer prueba o aceptar su sometimiento a alguna medida alterna todo lo que haría un profesional en derecho rutinariamente.

Por el otro lado, la *defensa técnica* se presenta cuando un profesional en derecho ejerce la defensa del imputado, cumpliendo con el derecho que tienen las partes de ser asesoradas por un abogado, durante la substanciación del proceso. Se permite la presencia de un abogado de confianza o del Estado, ante la carencia de recursos económicos por parte del acusado puede recibir asesoría gratuita siendo el Estado quien le proporcione el abogado, de ahí que se hable de defensa particular y de defensa pública o de oficio.

Este principio que parece ser tan normal y simple, es el que en realidad es vital durante los procesos penales. El imputado cuenta con una defensa aun siendo considerado una persona indígena. Las limitaciones de idioma, medios de transporte, situación económica, distancia y demás de muchas de estas comunidades en relación a los Despachos Judiciales, hace que esta garantía sea una de las más vulnerable en el proceso penal en cuestión, es por ello que debe ser lo más protegido.

Derechos Determinados de la Comunidad Indígena

Es necesario delimitar cuáles son los derechos específicos que ya han sido validados por el Estado para las personas indígenas a través de la historia, de esta manera, se está reconociendo la existencia e identidad de los mismos, lo que da impulso a un reconocimiento jurídico más eficaz y efectivo.

Siendo obligación de los Estados adoptar las medidas para que las comunidades indígenas puedan restaurar los derechos sobre sus territorios

ancestrales, cultura y lo que involucre su idiosincrasia, los derechos que ya han sido reconocidos son los de la siguiente lista:

1. Propiedad y Tenencia de la Tierra

La normativa costarricense percibe el concepto de tierra como la propiedad privada perteneciente a alguien. Fuera del ámbito normativo, para la cultura indígena, la tierra no pertenece a alguien sino al grupo étnico en general siendo considerada una parte esencial de su identidad e historia.

2. Derecho al Territorio

El término *territorio* se define como el espacio de tierra que pertenece a un Estado, provincia o cualquier tipo de división, grupo o persona. Para los Pueblos Indígenas es donde ellos pueden conformar su vida junto con sus tradiciones, creencias y valores.

El Convenio 16932 lo define como la totalidad del hábitat que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera. Anteriormente se conoce con el término de “reservas” sin embargo, el término se presta para malas interpretaciones provocando que algunas personas e incluso el Estado, se aprovechen de las tierras que le pertenecían a la población oriunda. El término “reserva indígena” fue inducido mediante la Ley Indígena 7172 del 21 de noviembre de 1977, caracterizándose por ser *inalienables, imprescriptibles y exclusivas* para las comunidades indígenas que están asentadas en ellas. Fue en el año 1999 que el término fue reemplazado por “territorio indígena” otorgando así más sentido de propiedad para los nativos.

3. Derecho a la Protección de los Recursos Naturales

El artículo 15 del Convenio No. 169 regula este derecho al indicar lo siguiente:

“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.” (OIT. (2014). Convenio No. 169. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Vol. 25, 37.)

El artículo busca que sean los mismos pobladores junto a la ayuda estatal, quienes se encarguen de la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus territorios, para evitar tanto las explotaciones como los desposeimientos infundados. Se crea el Reglamento para el aprovechamiento del recurso forestal en las reservas indígenas que contempla las limitaciones de los indígenas habitantes de esos lugares, para el uso y disfrute de determinadas especies forestales, mediante Decreto No. 24777- M.I.R.E.N.E.M.

4. Derecho a Conservar la Lengua Concerniente

Desde el año 1999 con la reforma del artículo 76 de la Constitución Política de Costa Rica la nación pretende proteger y promover el mantenimiento de las lenguas indígenas que todavía existen como parte de un derecho que tutele el mantenimiento de las raíces de comunicación.

5. Derecho a la Consulta en la Toma de Decisiones que Afectan a los Pueblos Indígenas

Exige a la Administración Pública a tomar en cuenta las opiniones de los Pueblos Indígenas mediante consultas siempre que la decisión que se vaya a tomar afecte de alguna manera su forma de vivir, sus terrenos o sus costumbres, sin embargo, esto se debe hacer mediante todas las medidas establecidas. Es decir, que de verdad se realicen las consultas no sólo a través de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, sino que los mismos indígenas tengan el momento para expresar sus opiniones y coadyuvar en el proceso de la decisión que se tomará.

6. Derecho a la Identidad de la Cultura Indígena

La comunidad indígena tiene derecho a proteger sus creencias y prácticas tanto culturales como sociales y religiosas y que estas sean respetadas y preservadas por las autoridades estatales.

7. Derecho de los Pueblos Indígenas a tener su propio derecho o derecho consuetudinario

Este es definido como: "... normas morales surgidas de la tradición de una colectividad que son de acatamiento obligatorio para quien se considera parte de ese grupo y su transgresión implica una sanción o reproche social o eventualmente una sanción jurídica...". (CHACON. Rubén: *Derecho de Los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia, en el sistema jurídico costarricense, O.I.T, San José, Costa Rica, 2001, p.13*)

García Ramírez señala: " nada autoriza al Estado y en consecuencia al Derecho, para imponer a los hombres la uniformidad, esto sería tiránico, contrario inclusive a

los principios que soportan la tradición filosófica, político jurídica del liberalismo...”
(García Ramírez, Sergio: *Los indígenas ante el Derecho Nacional en Boletín Mexicano de Derecho comparado*, No.87, Año XXIX, Septiembre- Diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p.901).

Poder mantener el derecho consuetudinario al que han estado aferrados por siglos, desde los inicios de su existencia, es parte de respetar y preservar su identidad, estando vinculados a ese derecho también para lograr un mejor desenvolvimiento y continuidad de lo que ellos han venido acostumbrados a ejercer.

8. *Derecho de Intérprete y Traductor*

Uno de los derechos más vulnerables y más antiguos que forman lo que el ordenamiento jurídico ha ido catalogando como el Derecho Indígena es el derecho a un intérprete y traductor. “... un traductor para su idioma, comunicación previa de la acusación, concesión de un período para preparar la defensa, derecho a un defensor propio o por cuenta del Estado, derecho de traer los testigos y otros medios al proceso, derecho de no autoincriminación y derecho a un recurso contra el fallo ante un tribunal superior...” (THOMPSON (José). *Derechos humanos y garantías*

fundamentales y administración de justicia, p.83 en Antología: “Sistemas Penales y Derechos Humanos”, UNED, Maestría en Criminología, San José, Costa Rica, 2002.).

Es bien sabido que para una comunicación asertiva el derecho irrestricto de comunicarse privadamente con su defensor, el acceso a las pruebas y la posibilidad de combatirlos, el derecho a un proceso público, y a entender todo lo que esté sucediendo, es parte de su derecho procesal penal primordial.

El derecho a una defensa eficaz y a un debido proceso penal, le da a la persona el derecho de conocer y participar en todos los actos que le interesen; y para ello, es de importancia el traductor oficial o intérprete en los casos que la persona entrevistada no conozca ni entienda a cabalidad el idioma español.

Al imputado indígena, debe hacersele respetar este derecho con amparo constitucional lo que indica que el reconocimiento de la lengua indígena forma parte del respeto a la identidad cultural de estos pueblos. El legislador costarricense, mediante Ley No. 7873 del 27 de mayo de 1999, da el carácter de oficial a las lenguas indígenas nacionales al señalar: Art. 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”. (Ley No. 7873 del 27 de mayo de 1999, Artículo 76).

Cinco son los idiomas nativos en Costa Rica: el cabécar, el bribri, el guaymí, el maleku y el boruca, los cuales aparte de oficiales deben ser incentivados por la Academia Costarricense de la Lengua y pueden ser utilizados en el derecho comercial y societario. No obstante, en el país y según las listas de peritos publicadas en los Boletines Judiciales patrios, no se cuenta con traductores oficiales en estas lenguas, lo que erosiona la posibilidad real de contar con este apoyo, en la atención de imputados de estas comunidades.

Comentario

Costa Rica se caracteriza por el avance constante en la sociedad, llegando a ser conocido como uno de los países más desarrollados de Centroamérica, pero, ¿es así en lo jurídico también?

El Sistema Jurídico Costarricense ha evolucionado por el bien del país de manera acertada en la mayoría de las ramas del Derecho, sin embargo, en una de las ramas que no ha existido mucho progreso o por lo menos no el necesario, es en el Derecho Indígena.

La comunidad indígena costarricense es muy pequeña, aun así, pese a ser el 2% de la población total, mediante un proceso tal vez más lento de lo que se debería, se ha intentado generar una mayor seguridad jurídica es por ello que se han tanto creado como adoptado normativas con el fin de poder garantizar a los nativos la seguridad de protección y respeto pleno en todos sus derechos.

Es importante rescatar que los derechos que se han pretendido proteger no han sido sólo los derechos civiles o reales, el plano jurídico ha llegado a abarcar la rama penal también. Cuando antes no existían “adecuaciones” para facilitarle el proceso a los nativos o, en otras palabras, para igualar las condiciones entre indígenas y no indígenas, ahora se han otorgado derechos tal como el *derecho a intérprete*, dándole la oportunidad a la persona en el proceso de tener un intérprete en su lengua respectiva no sólo antes del proceso, a la hora de explicar las acusaciones o los pasos por seguir, según sea su posición, sino también, durante el proceso como tal.

El tener un intérprete de acompañante ha sido un gran avance en claro beneficio de la comunidad pre-conquista, sin embargo, todavía se aqueja que la facilidad para un acceso a la justicia no es por completo una realidad. Sí se sabe que por ley el sistema judicial (jueces y abogados) deberá incluso moverse hacia el lugar de los hechos para facilitar el acceso a la justicia, no obstante, no siempre sucede esto incluso estando expreso en la normativa costarricense.

Otra de las fallas que pese a la evolución legal sigue existiendo, se puede plantear de la siguiente manera, se tiene todo un sistema ya planeado para el momento en el que llegue a verse involucrada una persona indígena dentro de un proceso penal, a pesar de ello, no existen planes para todo lo previo a un proceso o incluso a un delito. Es decir, el resto de la población no indígena tiene un acceso completo a la normativa escrita ya que está escrita en español, el idioma oficial del país, sin embargo, ¿qué sucede entonces con las personas indígenas que no hablan el español? Porque, aunque la sociedad costarricense piense que ya no existen personas que sólo hablen su idioma nativo, sí existen lo que indica que ellos pueden llegar a no tener conocimiento de que están cometiendo un delito tipificado hasta que llegan a la corte, lo que claramente, debe resolverse.

CAPÍTULO II

DERECHO INDÍGENA A NIVEL COMPARADO

Análisis General en el Nivel Internacional

Desde Cataluña hasta Chiapas, desde Quebec hasta Irlanda del Norte, desde Nueva York hasta Kabul, dentro de los márgenes trazados en los territorios de los países mencionados, existe población conocida como comunidad nativa o comunidad indígena.

Se le conoce como comunidad indígena a la población original que existía en el país. Todos los países mencionados tienen una historia de colonización o conquista, quiere decir que, en algún momento de la historia, la población fue invadida, su cultura se vio interrumpida a través de personas cuyos intereses eran de poderío sobre las tierras y riquezas que los nativos tuviesen completamente alejado a un interés que se marcara en el bienestar y conservación de la cultura y el credo de los que ya ocupaban esas tierras.

¿Cómo afecta lo anterior hasta el momento a la comunidad indígena? Para muchos, la conservación de sus tierras ya no es posible porque les han sido arrebatadas, sus costumbres y creencias en muchos países han sido arrinconadas e incluso enterradas; tristemente, a otras comunidades les ha costado la vida, como fue el caso de la etnia Ixil cuya masacre se dio entre los años de 1981 y 1983 en el país de Guatemala bajo el gobierno de Efraín Ríos Montt, este evento se conoce como el *Genocidio Maya o Genocidio Guatemalteco*, ya que su magnitud fue lo suficientemente grande como para erradicar la etnia completa. Hasta el día de hoy, todavía se guarda el dolor por aquellas personas que fueron torturadas, violadas, quemadas y asesinadas por el hecho de ser de la etnia Ixil, una descendencia maya cuyas aldeas fueron desaparecidas.

Como ya se ha indicado, lo que la población indígena ha sufrido desde los años de sus respectivas colonizaciones hasta la fecha, ha sido atroz, pero, ¿cómo ha reaccionado el mundo ante esto? Claramente, las generaciones actuales ven los actos cometidos con repudio ya que éstos fueron inhumanos, sin embargo, la sociedad no se había preocupado por educar para una mejor convivencia o por proteger a quienes subsistían en las tierras antes de que éstas fueran asediadas, no fue sino hasta el año 1957 que la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) creó el primer convenio, el que ahora es conocido como el “Convenio Número 107 sobre Pueblos Indígenas y

Tribales en Países Independientes” el cual fue el primer instrumento jurídico relacionado con el tema de interés.

El 27 de junio del año de 1989, la Conferencia Internacional de la OIT adoptó en forma tripartita, es decir, con apoyo de los gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores, lo que ahora se conoce como el “*Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*” cuyo contenido será tratado más adelante, sin embargo, en rasgos generales, el convenio intenta abarcar la mayoría de las áreas en las que los indígenas han sido afectados, tales son la educación, el empleo, la propiedad y sus derechos a ser tratados como humanos al igual que los demás.

En este capítulo el foco será cómo distintos países tanto individualmente como en conjunto han trabajado para contrarrestar lo mencionado anteriormente para poder proteger a la comunidad indígena con un fundamento legal.

La mayor parte de los Estados actuales son étnica y culturalmente diversos. Los aproximadamente 200 Estados independientes hoy existentes contienen en su interior a más de 600 grupos lingüísticos y a aproximadamente 5.000 grupos étnicos.

Muchos de estos grupos étnicos son identificados como Pueblos Indígenas. El concepto de Estado-nación que en el pasado fue sustentado por teóricos está hoy en crisis. Durante las últimas décadas los Pueblos Indígenas se han organizado para demandar derechos especiales no solo en el nivel internacional, sino también, en el nivel de los Estados en que habitan.

A pesar de la resistencia que han encontrado en los grupos sociales o étnicos que controlan dichos Estados, importantes pasos se han dado últimamente en esta dirección. Ello se ve reflejado en reformas constitucionales y legales que reconocen el carácter pluriétnico de los Estados, así como derechos de diversa naturaleza reivindicados por los indígenas.

Estos procesos se verifican hoy en casi todos los continentes donde existe presencia de estos pueblos. América no es una excepción en este sentido.

Importantes derechos políticos y territoriales han sido reconocidos a estos pueblos en el continente en las últimas décadas. A pesar de ser muchos los casos en que se presentan reformas jurídicas de interés en esta materia, nos referiremos, por

razones de espacio, solo a dos casos en el continente (uno en América del Norte y otro en América Latina).

Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Contenido

Al darse cuenta la Conferencia de la OIT que la población indígena no sólo era agredida y discriminada social y físicamente, sino que sus derechos eran prácticamente nulos totalmente contrario en comparación con el resto de la población, decidió realizar un instrumento jurídico que pudiese ayudar tanto en el nivel nacional como internacional, lo que dio como resultado el Convenio del cual se está hablando.

El Convenio N° 169 de la OIT se aplica según el artículo primero “... a los Pueblos Indígenas y tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen del resto de la sociedad, y que estén regidos, total o parcialmente, por sus

propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.” (*Convenio Número 169, (1989, junio 27). Oficina Internacional de Trabajo.*)

Se debe rescatar que también se aplica a quienes “...son 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...” (*Convenio Número 169, (1989, junio 27). Oficina Internacional de Trabajo.*)

En el segundo de los casos, es importante traer a colación que cualquiera que sea su situación jurídica, podrán conservar todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Responsabilidades a las que se obligan los gobiernos suscritos al convenio

Con el Convenio N° 169 de la OIT, los gobiernos, con participación de los Pueblos Indígenas, asumen la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger

los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad. Estas acciones incluyen medidas que aseguren a los miembros de los Pueblos Indígenas lo siguiente:

- Tener los mismos derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a todas las personas.
- Promover los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, al respetar su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones, y sus instituciones.
- Ayudar a los miembros de los pueblos a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás integrantes de la comunidad nacional de manera compatible con su forma de vida.

Al aplicarse lo que se establece en el convenio, los Estados se comprometen no sólo a reconocer sino a proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales característicos de los Pueblos Indígenas; así también, los Estados deberán considerar con rango de importancia las consultas y los problemas que las comunidades indígenas les planteen.

Trato de los Pueblos Indígenas durante el Proceso Penal

A la hora de aplicar la legislación del país frente a un caso en el que se vea envuelta una persona indígena, el Convenio Número 169 indica que se deberá tomar en cuenta las costumbres o el derecho consuetudinario de la tribu a la cual pertenezca la persona involucrada, esto lo indica en el artículo octavo del instrumento. Dentro del mismo artículo, también se hace énfasis en que las comunidades nativas tendrán derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre y cuando éstas no contradigan los derechos fundamentales definidos por el país ni los que han sido determinados y reconocidos en el nivel internacional.

El artículo 9 indica: “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.”

(Convenio Número 169, (1989, junio 27). Oficina Internacional de Trabajo.)

Lo anterior quiere decir que las autoridades y los tribunales competentes, deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos para tratar los procesos penales en los casos donde un nativo se vea involucrado, además, también se tomarán en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

En cuanto a las sanciones, el artículo 10 expresa que a la hora de imponer una sanción penal se deberán considerar sus características económicas, sociales y culturales; además, se buscará dar la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Otra de las cosas en las que el Convenio hace referencia, es en especificar que los pueblos originarios, tendrán protección contra la violación de sus derechos, es decir, tendrán la capacidad de iniciar procesos legales ya sea personalmente o por medio de las organizaciones que los representen, sin embargo, siempre con el fin de asegurar el respecto efectivo de tales derechos.

A la hora de estar dentro de un proceso penal donde un indígena sea actor o víctima, las autoridades deben garantizar que pueda comprender y hacerse

comprender en procedimientos legales, al facilitar intérpretes que puedan explicarle, en el caso del actor, de qué se le acusa y los derechos y garantías que posee y en el caso de la víctima, de igual manera qué derechos tiene y las garantías que puede reclamar.

Relación entre los Pueblos Originarios y la Tierra

La mayoría de los casos en los que se ven envueltas las comunidades indígenas, son en los que está relacionada la posesión de tierras, ya que, aunque la ley nacional, como es el caso de Costa Rica, pueda proteger las tierras de ellos, para nadie es un secreto que esta ley no es cumplida en su cabalidad.

El Convenio N° 169 de la OIT indica que los gobiernos deberán respetar la importancia especial de la relación con las tierras o territorios que tienen las culturas y valores espirituales de los pueblos, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Deberá reconocerse a los pueblos, el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades y de subsistencia. Por otro lado,

deberán instituirse procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Los pueblos originarios no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo podrá hacerse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas de su traslado y reubicación. Se deberá indemnizar a las personas trasladadas y reubicadas.

Además, el Estado tiene la obligación de proteger especialmente los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras y a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Derecho Indígena en Guatemala

Con más de un 40% de población indígena, Guatemala es considerado el país “más indígena” de Latinoamérica y del mundo. Contando con 23 idiomas ancestrales acompañados de muchas variantes, este país debe su mayor éxito económico a la agro-exportación generada por los enormes cultivos de los indígenas y ladinos (mestizos) pobres. (República. (2018). Guatemala tiene un 41 por ciento de población indígena. Agosto 20, 2019, de República Sitio web: <https://republica.gt/2018/08/09/guatemala-tiene-un-41-por-ciento-de-poblacion-indigena/>)

En el momento en el que los españoles llegaron a territorio guatemalteco a conquistar las tierras, sometieron a la comunidad nativa a la esclavitud al aprovecharse de ellos por medio de trabajo forzoso para crear ciudades entre otras cosas como servirles o utilizarlos para plena diversión, sin embargo, no les quitaron por completo el poderío, se respetaron algunas de las autoridades indígenas para poder organizar el trabajo, el tributo y la evangelización. Se les permitió la conservación de sus costumbres siempre y cuando ello no interfiriera ni con su trabajo ni con la “ley divina y natural”. Se permitió a los alcaldes indígenas

administrar justicia en causas de indígenas, pero, sólo para casos menores pues los que merecían penas graves debían pasar al corregidor español, para no reconocerles tanto poder. Se justificó dicho modelo en la idea de que los indios eran escasos de entendimiento, flojos e incapaces de autogobernarse.

Actualmente

Actualmente, pese a que se el derecho ha ido avanzando, se sabe que el tipo de respuestas que puede dar el derecho y el sistema de justicia estatal está muy lejos de la forma en la que se encara los problemas en las comunidades indígenas.

Inadecuación

Hasta antes de la Constitución del 1985, los alcaldes tenían la potestad de fungir judicialmente y, por ende, ejercer dentro de las comunidades indígenas que estaban en los cantones de los que eran competentes, sin embargo, luego de la Constitución, con la intención de “administrar mejor la justicia” esa facultad les fue

revocada y en vez de ser una ventaja, la deficiencia jurídica en las aldeas se hizo más grande.

Inaccesibilidad

Parte de la deficiencia dentro del sistema judicial en el derecho indígena se debe a la poca accesibilidad a la justicia que tienen los nativos. Las oficinas de las instituciones judiciales se encuentran en áreas urbanas mientras que la población que necesita este tipo de sistema se encuentra en áreas rurales un tanto retiradas. A parte de la distancia geográfica, también está la distancia cultural y lingüística entre el Estado y el pueblo indígena.

Esto quiere decir que las respuestas y los resultados que el organismo jurídico puede ofrecer a la comunidad indígena está muy lejos de la manera en la que se resuelve en la misma comunidad. Las falencias, como morosidad, corrupción entre otros, hacen que el derecho consuetudinario que los indígenas ejercen sea más eficaz, no necesariamente más eficiente pero sí un proceso más acelerado. El sistema actual tiende más a declarar derechos que a resolver conflictos de esta índole.

“La conducta del indígena está regulada por leyes moldeadas en otros países en culturas extrañas, de ahí que se considera que la ley penal actualmente en vigor no es adecuada al medio, sino que la población mayoritaria del país –La indígena- ignora su existencia y subjetivamente no la comprende. El Derecho ladino y concretamente el código penal, al verificar la tasación de una conducta delictiva, no considera el problema de si se ignora o no su texto y sus normas, de lo cual resulta que indiscriminadamente toma como delincuente a la persona que viola sus preceptos. El indígena, entre los habitantes de Guatemala, se encuentra en la situación más desventajosa, para asimilar las instituciones, el sojuzgamiento a que ha estado sujeto desde la conquista”. (López Godínez Rolando Ruperto “La ignorancia y la incompreensión de la ley penal en el medio indígena guatemalteco” Guatemala USAC 1982 pág 21-22).

Los sistemas comunitarios indígenas de regulación social y resolución de conflictos son cercanos a la población, responden más adecuadamente a su cultura y necesidades sociales, y gozan de mayor legitimidad y eficacia en el ámbito en el que operan, entre otras razones, por: a) La pertenencia a los mismos códigos culturales, y por compartir normas y valores comunes entre quienes resuelven conflictos o toman decisiones y los usuarios del sistema. Los hechos y las reglas se interpretan dentro de sistemas de creencias comunes. b) La primacía del criterio de “resolver conflictos”,

arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores/perdedores. Esto permite recuperar niveles de “armonía social” dentro de una red compleja de parentesco sanguíneo y político, donde todos son parte de numerosas redes de parentesco y reciprocidad. c) La importancia dada al consenso, así como a la reparación y restitución antes que al mero castigo. d) La indiferenciación entre asuntos “civiles” o “penales”, sino un encaramiento global de los problemas. e) El uso del mismo idioma. El uso del lenguaje común o de la vida cotidiana y no uno especializado o de iniciados (como es el lenguaje jurídico occidental). f) La cercanía entre las “partes” y los entes resolutorios de los conflictos, el mutuo control comunitario. La cercanía geográfica, social y cultural. g) La innecesaridad de pagar abogados, y otros gastos del sistema estatal. h) La celeridad en resolver casos, etc.

Avances

Estado Pluricultural en los Acuerdos de Paz

Se ha estado hablando sobre cómo de alguna manera el Estado discrimina y rechaza el derecho consuetudinario aplicado por la comunidad nativa, sin embargo, ¿qué es lo que en realidad está haciendo para cambiar ese panorama de rechazo?

El Estado Pluricultural, Multiétnico y Multilingüe ha sido planteado para poder promover la admisión del pluralismo sin afectar su integridad. Esto quiere decir que se ve necesario realizar algunos cambios en el marco constitucional con el objetivo entender y aplicar de mejor manera la nueva percepción de Nación y Estado.

Pese a que lo que se ha logrado es reconocer la existencia de los indígenas como ciudadanos, se les debe reconocer también todo lo correspondiente a sus tradiciones y valores y lo que ellos aportan a la Nación.

Los Acuerdos de Paz plantean: a) la importancia de la normativa consuetudinaria para los Pueblos Indígenas; b) Que el desconocimiento por la legislación nacional de la normatividad consuetudinaria, ha creado negación de derechos, discriminación y marginación de la población indígena; c) El compromiso del Gobierno, con la participación de las organizaciones indígenas, de promover el desarrollo de normas legales para el reconocimiento del derecho consuetudinario, d) Que se debe facilitar el acceso simple y directo a la forma de administrar justicia por parte de los Pueblos Indígenas; e) Que se debe hacer una reforma constitucional para modificar el art. 203 de la actual Constitución (que plantea la exclusividad de la

función jurisdiccional) para incorporar como una garantía de la justicia “el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país” f) Que entre las garantías de la justicia que debe incorporar el art. 203 de la Constitución debe estar: “la apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos”; g) Que se deben crear mecanismos extrajudiciales como el arreglo directo, la negociación y mediación para la solución de conflictos (laborales y de tierras).

Los diversos cronogramas previstos en los Acuerdos de Paz no se corresponden. Según el Acuerdo de Cronograma, la reforma constitucional debía realizarse seis meses después de la firma de la Paz (que fue el 29 de diciembre de 1996). En cambio, las comisiones paritarias no tenían cronograma ni plazos. De otra parte, el mismo Acuerdo de Cronograma señalaba plazos extendidos para el tratamiento de los distintos temas de los Acuerdos de Paz, cubriendo largos períodos que incluso llegaban hasta el año 2,000, esto es, luego de supuestamente realizadas las reformas constitucionales. Ninguno de los plazos fijados se cumplió y la Comisión de Acompañamiento (encargada de velar por el Acuerdo de Cronograma) concedió prórrogas a los mismos.

A pesar de que se ha tenido la intención han existido muchos choques de poder en cuanto a qué cosas se pueden o no aplicar para mantener un equilibrio, por

ejemplo, para los indígenas un tipo de sanción común es el linchamiento, pero no para el sistema actual.

Propuestas aprobadas

Las propuestas de reforma Constitucional aprobadas por el Congreso incluían la reforma de cincuenta artículos de la Constitución, la mayor parte de ellos vinculados a los Acuerdos de Paz, no obstante, otros no estaban siquiera mencionados. Tales propuestas recogieron parcialmente algunas de las hechas por los Pueblos Indígenas y otros sectores de la sociedad civil, a pesar de estar mediatizadas por las diversas presiones políticas. Esta propuesta, con sus alcances y límites constituye un antecedente en el intento de constitucionalizar los Acuerdos de Paz, de buscar una caracterización de la Nación Pluricultural, Multiétnica y Multilingüe, así como de reconocer constitucionalmente el derecho indígena o consuetudinario.

Uno de los artículos reformados de más relevancia con respecto a la jurisdicción es el artículo 203 de la Constitución Política quedando de la siguiente manera: *Art. 203: Independencia del Organismo Judicial y Potestad de Juzgar.* La Justicia se imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. (...). La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia. El Estado reconoce el derecho consuetudinario, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los Pueblos Indígenas para la regulación de su convivencia interna, así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.” (Constitución política de la República de Guatemala, 1983, Artículo 203).

En cuanto a lo positivo, cabe señalar: a) El texto supone un acto de reconocimiento del derecho indígena. b) El reconocimiento se refiere, de modo expreso, a dos funciones: la función de regulación de la vida social o convivencia

interna, y la función de tomar decisiones o administrar justicia. Esto es, se entiende que el derecho indígena o consuetudinario es más que un mecanismo para resolver conflictos, es también un sistema para regular las relaciones sociales (matrimonios, herencias, contratos, transferencias, uso de recursos naturales, orden público interno, etc.). c) Se reconoce tanto las normas como los procedimientos. Ello incluye la potestad de los Pueblos Indígenas de producir y cambiar sus propias normas y sus procedimientos para la convivencia social, así como para la resolución de conflictos. d) Dado que el reconocimiento se ubica en el artículo referido “al Organismo Judicial y a la Potestad de Juzgar” es claro que es una forma de excepción al principio que aparece en mismo artículo, sobre la “exclusividad absoluta de la función jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia y por los Tribunales que la ley establezca.

Otros artículos Constitucionales que han sido reformados y que cabe mencionar ya que señalan específicamente a la comunidad indígena señalando distintos derechos, son los siguientes:

Artículo 57.- Derecho a la cultura. Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación.

Artículo 58.- Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 59.- Protección e investigación de la cultura. Es obligación primordial del Estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada.

Artículo 61.- Protección al patrimonio cultural. Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la

ciudad de Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquéllos que adquieran similar reconocimiento.

Artículo 62.- Protección al arte, folklore y artesanías tradicionales. La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. El Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos, promoviendo su producción y adecuada a tecnificación.

Artículo 63.- Derecho a la expresión creadora. El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica.

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, tradición es, 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.

Aplicación del Convenio 169 en Guatemala

El convenio fue ratificado en Guatemala el 5 de junio de 1996. Al dar por ratificado el convenio, la República de Guatemala se comprometió a adecuar para el año siguiente la legislación nacional a los principios, normas y mecanismos que ordena dicho convenio.

Los aspectos que el estado debía cambiar al aceptar el convenio eran los siguientes:

1. Reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos de derechos.

Anteriormente el corpus jurídico guatemalteco estaba constituido sobre un sistema mono-cultural, mono-étnico y monolingüe lo que representaba la existencia de ideologías racistas. La Constitución Política Guatemalteca de 1985 realizó un avance al reconocer la existencia de los grupos étnicos de ascendencia indígena, sin embargo, sus derechos quedaron en un listado de generalidades sin obtener respuestas o mecanismos que les permitieran ser aplicados.

2. El gobierno junto con los Pueblos Indígenas debe establecer los mecanismos de consulta sobre todas aquellas medidas legislativas que afectan a los miembros de Pueblos Indígenas.

El convenio 169 le demanda al gobierno el derecho a la consulta por parte de los Pueblos Indígenas como mecanismo obligatorio para tratar temas que afectan o involucran a una comunidad indígena.

3. El Gobierno junto con los Pueblos Indígenas deben establecer los mecanismos de participación y representación.

El empoderamiento de los Pueblos Indígenas de Guatemala es uno de los grandes temores de la oligarquía, porque implica pérdida de su poder, de su seguridad y de la facilidad con que controla las cosas. Estos son los temores reales del por qué este compromiso no se ha hecho realidad.

Los Pueblos Indígenas tampoco han generado espacios propios para ir ensayando las formas de participación y representación. Paralelamente podrían estar incidiendo en la reforma o creación de la sustentación legal e institucional de la misma. Existen organizaciones indígenas, pero les falta grados de formalización, esto se logra mediante reglamentación interna clara y mecanismos definidos de acuerdo con objetivos y principios que los sustentan. Las ONG son los que han logrado cierto

nivel de formalización, pero, tienen como limitante no ser representativos sino constituidos para acciones específicas.

Papel de las Poblaciones Indígenas Frente al Convenio 169

El interés y la presión de las organizaciones indígenas en relación al Convenio 169 han sido mínimos.

1. El grupo pro ratificación del Convenio 169 desapareció antes de que el Congreso de la República lo ratificara. Inició con un proceso interesante de involucramiento social, pero después se redujo a sólo un grupo que a la postre desapareció.

2. Han existido esfuerzos de otras organizaciones, pero, han sido esporádicos y colaterales, es decir, no han constituido el centro de interés. Entre ellos se pueden mencionar el folleto popular del Convenio 169, publicado por el movimiento nacional Uk'ux tinimit, publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social y otros.

Actualmente el Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala (COMG) es la organización que en coordinación con la oficina de la OIT en Guatemala están reactivando el seguimiento al cumplimiento de la implementación del contenido de dicho Convenio. Esto ha significado que hay dos enfoques acerca de la implementación del Convenio en Guatemala: la oficial del gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y la de los Pueblos Indígenas a través del informe del COMG.

4. La presión indígena para que se implemente la aplicación del Convenio 169 en Guatemala ha sido más simbólica que real. Esta situación obedece al análisis político que dio más valor a los Acuerdos de Paz que a la aplicación de los instrumentos que se relacionan con la vida de los Pueblos Indígenas.

Algunos sub-valoraron el Convenio 169 frente a los alcances de los Acuerdos de Paz. Antes de la consulta popular (16 de mayo de 1999) no tenían la misma categoría; el acuerdo indígena es político, necesita de la mediación legal para su vigencia, en tanto que, el Convenio 169 ya es ley de derechos humanos en Guatemala. Después del rechazo a la institucionalización de los Acuerdos de Paz como resultado de la consulta popular, retomar el Convenio 169 es una necesidad impostergable porque sostiene elementos contenidos en los acuerdos de paz que deben ser cumplidos por el

Estado y el gobierno de turno. Las organizaciones indígenas deben insertar la aplicación del Convenio 169 en los planes de gobierno de los partidos políticos contendientes en las elecciones generales. Al mismo tiempo, generar mecanismos de presión estratégicos y con propuestas inteligentes y viables en cada tema que el Convenio 169 puede sustentar jurídicamente.

Otros cotejaron los alcances del Convenio con los de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta segunda es un proyecto que se encuentra en su fase de discusión y aprobación en diferentes instancias de las Naciones Unidas, en tanto que el Convenio ya pasó esas fases y constituyen avances en la conceptualización e instrumentación jurídica de los derechos de los pueblos indígenas.

Ha sido escaso el análisis de las organizaciones indígenas sobre el momento político y la planificación de acciones múltiples y correspondientes para darle seguimiento en el campo jurídico a los derechos indígenas tanto en los ámbitos nacional como internacional.

Derecho Indígena en Nicaragua

Después de su larga lucha, los Miskito, Sumo y Rama de la costa Atlántica de Nicaragua, con una población de 110 mil, obtuvieron finalmente en el contexto de la revolución sandinista, el reconocimiento legal y constitucional de sus derechos autonómicos.

La Constitución Nicaragüense de 1986 indica que los pueblos mencionados anteriormente tienen ahora el derecho a preservar su identidad cultural, a mantener sus propias formas de organización social y a administrar sus asuntos locales de acuerdo con sus tradiciones.

El Estado reconoce sus formas comunales de propiedad de la tierra, su derecho al uso y beneficio de las aguas y bosques de sus tierras comunales. En 1987, un estatuto aprobado por la Asamblea Nacional de Nicaragua, estableció dos regiones autónomas, una al sur y la otra al norte de los territorios de la costa Atlántica.

Estas regiones autónomas son consideradas como formas de gobierno público, donde los pueblos antes mencionados tienen, entre otros derechos, el derecho a

participar en la elaboración e implementación de sus programas de desarrollo, administrar, en coordinación con otras agencias del Estado, sus servicios sociales (salud, educación entre otros), el derecho a su propia lengua y a mantener sus culturas, así como el derecho de imponer impuestos regionales de acuerdo con las disposiciones generales del país. El órgano mayor de cada región es el consejo regional, compuesto por 45 miembros elegidos democráticamente, el que incluye a representantes de los diferentes grupos étnicos existentes en la región.

Los gobiernos de las dos regiones autónomas fueron establecidos por elección en 1990. La falta de apoyo económico y político ha limitado la capacidad de estos pueblos de auto gobernarse. Conflictos de competencia entre estas regiones y otros órganos del estado ha contribuido a dificultar aún más la situación.

El desarrollo futuro de este régimen dependerá no solo de estos pueblos sino de la sociedad global de Nicaragua.

Junto con la aprobación de dos territorios como regiones autónomas, Nicaragua se adhirió a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado por el país.

Nicaragua crea reformas dentro de la Constitución al comprobar lo que habían ratificado. Los artículos que actualmente tiene la Constitución nicaragüense con contenido referente a la población precolombina, son los siguientes:

Artículo 8: El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

Este artículo muestra la naturaleza pluriétnica que posee y defiende el país.

Artículo 11: “El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley”. El artículo 11 defiende el uso de las lenguas indígenas otorgándoles un uso especial en los casos establecidos.”

Artículo 27: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad,

credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.”

En este particular artículo, el gobierno nicaragüense plantea el principio de Igualdad.

Artículo 33: “Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia: 1) La detención sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley, salvo el caso de flagrante delito. 2) Todo detenido tiene derecho: 2.1 A ser informado sin demora, en idioma o lengua que comprenda y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe de su detención por parte de la policía y él mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2.2 A ser puesto en libertad o a la orden

de autoridad competente dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas posteriores a su detención. 3) Una vez cumplida la pena impuesta, nadie deberá continuar detenido después de dictarse la orden de excarcelación por la autoridad competente. 4) Toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute. 5) Los organismos correspondientes procurarán que los procesados y los condenados guarden prisión en centros diferentes.”

Este artículo va más dirigido al derecho que tiene el indígena detenido a recibir la información en su idioma natal.

Artículo 34: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: 1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley. 2) A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción. 3) A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión. 4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa. 5) A que, se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor. 6) A ser asistido gratuitamente

por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal. 7) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable. 8) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso. 9) A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito. 10) A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme. 11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes. El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público. El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias.”

Aunque en la generalidad del artículo 34 se establecen los derechos que por naturaleza tiene cualquier nicaragüense y por ende un indígena nicaragüense también, es importante resaltar el inciso 6 el cual, establece que el nativo no sólo tendrá

derecho a recibir la información en su respectivo idioma, sino que también tendrá derecho a contar con un intérprete durante el tribunal.

Artículo 48: “Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.”

Nuevamente, este artículo hace referencia al principio de Igualdad, demostrando que no obstaculiza de ninguna manera un derecho o algo que haga valer ese derecho de cualquier nicaragüense, por lo tanto, la comunidad indígena también está bajo esta protección.

Artículo 49: “En Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las Comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr la realización de sus

aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines.”

La comunidad indígena tiene completo derecho a crear organizaciones con el fin de alcanzar representación de acuerdo con sus intereses.

Artículo 89: “Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.”

El artículo 89 muestra el derecho de las comunidades nativas a poseer una identidad cultural, al autogobierno, a la propiedad y al usufructo de sus tierras.

Artículo 90: “Las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.”

Por medio de este artículo se le provee a la población pre-colombina el derecho de expresarse y de conservar su cultura como parte de la cultura nacional.

Artículo 91: “El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.”

El artículo anterior protege la lengua, cultura y origen de la población originaria permitiendo el libre uso y conservación de las mismas.

Artículo 127: “La presente Constitución será ampliamente divulgada en el idioma oficial del país; de igual manera será divulgada en las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica.”

Si bien la Constitución Política debe ser pública y accesible para toda la población nacional, es curioso que en el caso de Nicaragua, no sólo proveyeron la Constitución en español, como suele pasar en el resto de países, sin embargo, en Nicaragua se tradujo a las distintas lenguas nativas para que sin excepción, la constitución pudiese ser repartida, es más plausible aún que no sólo lo hayan hecho sino que lo hayan establecido constitucionalmente por medio del artículo 127.

Derecho Indígena en Canadá

Desde los orígenes de la colonización europea del continente americano, la relación entre las comunidades indígenas que ocupan las actuales tierras canadienses y las potencias llegadas a sus territorios ha sido, por decirlo eufemísticamente, *compleja*. A pesar de que en la actualidad se han producido avances, la situación se encuentra lejos de haber alcanzado una resolución que proteja los derechos de estos pobladores ancestrales. Los abusos presentes y pasados y las

heridas sin cerrar suponen un reto para la estabilidad social interna canadiense y pueden además afectar a esa imagen tan perfectamente construida en el exterior.

Cuando se hace referencia a comunidades indígenas o aborígenes en el contexto canadiense. Según la Constitución de Canadá, son tres grandes grupos los que se incluyen oficialmente bajo estas denominaciones, con importantes efectos legales, especialmente en referencia a los tratados firmados entre las comunidades indígenas y el Estado. Estos tres grupos comprenden las Primeras Naciones, denominación que engloba a más de 617 comunidades indias; inuits, que pueblan el área ártica del país, y metis, que descienden de las primeras uniones entre aborígenes y pobladores europeos. También existen los denominados “indios no estatutarios”, los cuales se reconocen como parte de las comunidades indígenas, pero sin derecho a identificarse legalmente como tales. Todos ellos se denominan el genérico *primeras naciones*.

Los primeros contactos entre las comunidades indígenas canadienses con los europeos datan del siglo XI, cuando barcos escandinavos llegaron a las costas del Continente. Sin embargo, las primeras colonias funcionales tal y como las conocemos no se establecerán hasta la llegada de franceses y británicos en el siglo XVI. Ambas potencias comenzarán a establecer una serie de alianzas comerciales y de exploración

con las comunidades indígenas y pronto descubrirán que su éxito colonizador dependerá e irónicamente de la colaboración de las poblaciones colonizadas.

Sin embargo, los intereses de las primeras naciones y de las grandes potencias no siempre irían en la misma dirección, lo que generaría numerosos enfrentamientos. Dichos conflictos serían resueltos en la mayoría de los casos mediante la firma de tratados que aseguraban la presencia de las potencias europeas en el territorio o el uso de diversos productos comerciales para su explotación a cambio de protección frente a la potencia contraria. Se ponían así las primeras piedras de un complejo sistema que marcaría las relaciones entre ambos desde ese momento hasta la actualidad.

En 1763, con la pérdida de los últimos bastiones territoriales franceses, Gran Bretaña se hace con el control colonial absoluto y extiende su poder mediante nuevos tratados, con los que se asegura la paz de las colonias leales a Francia. Tras esto se les reconocerán derechos mediante la concesión oficial de algunos de los terrenos que ya ocupaban y que no podrían ser ocupados desde ese momento por los colonizadores británicos libremente. Las relaciones entre ambos, por tanto, se mantuvieron relativamente estables sobre la base de una mutua dependencia en los primeros años de convivencia.

Sin embargo, el auge colonialista del siglo XIX llevará a los británicos a replantearse sus relaciones con las primeras naciones. La idea de que los europeos formaban parte de una raza superior a la de las poblaciones indígenas y la expansión de las misiones cristianas hicieron que los británicos decidieran asumir el “deber de civilizar” a todas las comunidades aborígenes del territorio canadiense.

Durante aproximadamente 160 años, las relaciones entre la Corona británica, que, heredará posteriormente el Gobierno federal canadiense en 1867 con las primeras naciones estuvieron basadas en una política de civilización a través de medidas de asimilación de su cultura y tradiciones dentro de la mayor sociedad canadiense. Estas prácticas han llegado a ser calificadas como “genocidio cultural” al estar basadas en la ocupación del territorio de las primeras naciones y la prohibición de su lengua, prácticas religiosas y cultura en general. Semejantes acciones fueron posibles gracias al empleo de dos elementos: la Ley de Asuntos Indios —Indian Act— y el sistema de residencias e internados para menores indígenas.

La Ley de Asuntos Indios regulaba todos los aspectos relacionados con las primeras naciones dentro del Estado canadiense. En ella quedaban establecidos

aspectos como la definición legal de indígena o los criterios y actos bajo los cuales se podía perder dicho estatus, entre los que se encontraban el matrimonio de una mujer indígena con un ciudadano no indígena o la obtención de un título universitario. En 1920, una enmienda a esta ley da un paso más allá y permite al Gobierno federal desprover a cualquiera de su estatus como indígena contra su voluntad. Otros aspectos incluidos en esta ley establecen el veto del Gobierno a las decisiones de los consejos y jefes indios, así como el control sobre la capacidad de uso de sus tierras y actividades comerciales.

La necesidad que tenía Canadá de “civilizar” a los nativos era tan grande que crearon escuelas internado para que fuesen los niños indios con el fin de “civilizarlos”, tanto así, que para no “perder los alcances de civilización logrados”, realizaban matrimonios forzosos dentro de las escuelas llegando en muchas ocasiones a ser un requisito para poder salir de los internados. En los casos en los que no se casaban, y los estudiantes lograban salir y querían llegar a casarse con alguien de su comunidad, bloqueaban legalmente los matrimonios para que estos no fueran realizados ya que eran considerados inapropiados.

Un estudio realizado en el 2008 por la Comisión para la Verdad y la Reconciliación demostró que no sólo se cometió un “genocidio cultural” como fue

mencionado antes, sino que, dentro de los internados, debido a las pésimas condiciones sanitarias murieron muchos niños quienes siguen sin ser identificados. Las consecuencias de ese sistema vigente hasta el año de 1960 fueron grandes, la reinserción de esos niños fue compleja debido a todo lo que habían sufrido lo que elevó la tasa de suicidios siendo la razón los niños reinsertados que no lograban superar los daños psicológicos de lo que habían pasado.

A parte de los internados y sus consecuencias, por otro lado, también existieron cientos de asesinatos y desapariciones de mujeres y niñas indígenas durante décadas tampoco recibieron las respuestas necesarias y el Gobierno incluso dejó en 2010 sin financiación a los programas que los investigaban. Existe una gran laguna de datos a partir de ese momento; sin embargo, los recogidos hasta entonces estiman hasta 582 desapariciones y asesinatos en Canadá, el 39% de los cuales se produjeron a partir del año 2000. También se estima que dos tercios de todos los casos fueron muertes violentas y que la mayoría de las víctimas eran menores de 31 años, muchas de ellas madres.

La mayoría de estas desapariciones y asesinatos se concentran en el área de la Columbia Británica, concretamente en las inmediaciones de la autopista 16, conocida como “la carretera de las lágrimas” debido al elevado número de casos que se

producen en ella. Muchos de los casos han visto envueltos además a jueces y miembros de la Policía Montada de Canadá, bien de forma directa como autores de los asaltos y abusos, bien indirectamente por negarse a investigar los casos o no emplear todas las medidas necesarias para ello.

Son muchas las llamadas internacionales de atención que ha recibido Canadá por la falta de investigación y remedio de estos abusos, que se encuentran irremediablemente vinculados al problema racial en el seno de la sociedad canadiense, pese a las llamadas internacionales, las reformas son muy pocas.

Algunas de las reformas que sufrió de Constitución en 1867 fue, al reconocer, en el artículo 91, la obligación del gobierno federal de hacerse cargo de los indígenas. En cambio, los derechos indígenas como tales ingresaron a la Constitución escrita apenas con la reforma operada en 1982. Los artículos de esta reforma que expresamente protegen los derechos indígenas son el 25 y el 35.

El artículo 25 establece lo siguiente: La protección en esta Carta de ciertos derechos y libertades no debe interpretarse para abrogar o derogar los derechos o

libertades aborígenes, por tratado u otros que pertenecen a los pueblos aborígenes de Canadá, incluyendo:

a) Cualquier derecho o libertad que haya sido reconocido por la Proclamación Real del 7 de octubre de 1763, y

b) Cualquier derecho o libertad que ahora exista como resultado de los reclamos territoriales o que pueda ser adquirido por este medio. (Constitución Política, Canadá, 1987, Artículo 25).

El artículo 35, además de reiterar la protección de los derechos indígenas, compromete al gobierno de Canadá a convocar a una conferencia constitucional con la participación de representantes de los pueblos indígenas en caso de que deseara modificar las cláusulas constitucionales relacionadas con ellos.

Dada a toda la opresión discriminativa que aún sufren los aborígenes canadienses, ellos también decidieron ejercer a través de los tribunales de justicia como de la negociación con el gobierno, al incidir en las últimas décadas en la introducción de reformas legislativas y políticas significativas en materia de derechos indígenas.

La situación canadiense reside en el aspecto legal al igual que sucede con el sistema estadounidense. Pese a que los tratados obligan a Canadá a respetar rigurosamente los derechos de las poblaciones indígenas en sus territorios. Además, deben ser consultadas antes de llevar a cabo actividades de construcción que interrumpen o alteren dicho territorio. Más concretamente, en el caso de Canadá, el Tratado 8 reconoce el derecho de las primeras naciones a la caza, pesca y demás actividades que permiten su subsistencia en sus territorios; por tanto, el Gobierno canadiense no puede emprender acciones que las pongan en peligro.

Los derechos de los distintos pueblos indígenas de Canadá, así como los derechos emanados de los tratados, fueron reconocidos por la Constitución de 1982. El derecho al autogobierno, aun cuando no ha sido reconocido en la Constitución a la fecha, constituye de acuerdo a la política oficial del gobierno federal de ese país, un derecho inherente de los pueblos indígenas.

De acuerdo a la política asumida por ese país en 1995, el gobierno ha estado dispuesto a llegar a acuerdos con los distintos pueblos indígenas del país al posibilitar el ejercicio por parte de ellos de poderes legislativos y administrativos en una amplia

gama de materias que sean internas a sus comunidades, integrales a sus culturas tradiciones lenguas e instituciones y respetan su relación con sus tierras y poderes que son excluidos de la negociación de acuerdo a recursos." Los únicos acuerdos que son excluidos de la negociación de acuerdo a esta política son aquellos que dicen relación con la soberanía canadiense, la defensa, las relaciones extremas, la política monetaria, el derecho criminal sustantivo, la protección de la salud entre otras.

Junto al autogobierno, otras políticas han sido implementadas en Canadá permitiendo a los pueblos indígenas la administración o autogestión de los recursos financieros que el Estado destina a los pueblos indígenas. Desde la década del 80 el gobierno federal ha desarrollado un proceso de restitución o devolución a los pueblos indígenas de la administración de los recursos que antiguamente controlaba. En 1996-97, el 82 por ciento de los recursos del Ministerio de Asuntos Indígenas eran administrados por los pueblos indígenas de Canadá.

En materia de derecho a la tierra y a los recursos naturales, importantes avances se han logrado también desde la década de los 60. Fallos judiciales de la Corte Suprema de este país han ido reconociendo progresivamente el derecho de los indígenas a las tierras y recursos que en ellas se encuentran basado en el concepto del título originario que ellos tendrían sobre las mismas. En un último fallo, en el caso

Delgamuukw en 1997, la misma Corte reconoció que el título originario de los indígenas no solo alcanza a la tierra, sino también a los recursos naturales que en ella se encuentren, instando al gobierno a llegar a acuerdos con los distintos pueblos indígenas sobre sus derechos y evitar los numerosos juicios que hoy existen.

Con base en la política oficial, y a los lineamientos señalados por los tribunales, más de diez tratados nuevos se han suscrito desde la década del setenta en distintas partes de Canadá en áreas en que no se suscribieron tratados en el pasado, y por lo tanto se considera que el título originario de los indígenas no ha sido extinguido. En dichos tratados se ha reconocido a los indígenas propiedad de al menos parte de las tierras que habitan y reclaman, derechos de caza y pesca en las áreas restantes. También se han establecido derechos a la participación en la administración de la tierra, parques, aguas, vida silvestre, medio ambiente de las zonas cubiertas por los tratados. Finalmente se han reconocido a los indígenas derechos económicos, como derecho a participar de las utilidades de proyectos de inversión en áreas indígenas, derecho a compensación, entre otros.

Derecho Indígena en Perú

El tema referido a la tutela de derechos nos exige abordar al Derecho como sistema, tradición y facultad o potestad en función del tipo de sociedad. En los países andinos como el Perú, el inicio del Derecho como sistema de normas, proveniente de una cultura y tradición jurídica generó dos posturas marcadas entre los juristas: Aquella que ha considerado la existencia del Derecho Prehispánico (anterior a la llegada de los españoles) constituido por un conjunto de reglas o pautas sociales, económicas y jurídicas, de carácter consuetudinario, y que podríamos asociar con el proverbio latino: *ubi societas, ubi ius* (donde hay sociedad hay derecho) . Sin embargo, cabe señalar que no fue hasta mediados del siglo pasado que los indígenas fueron reconocidos como sujetos de derecho.

Los juristas peruanos plantean el inicio del derecho a partir del Derecho Indiano porque además de consuetudinario era sobre todo escrito, postura en la cual se adscriben la mayoría de autores peruanos. Este sistema conocido como “Derecho Indiano” se vincula con la llegada de Cristóbal Colón y los castellanos en 1492 al generar la creación de un sistema de normas para estas tierras conocidas como Las

Indias, cuyo nombre fue conservado en el ámbito legal, años más tarde, políticamente se denomina América, en honor a Américo Vespucio. Éste se caracterizó por ser casuístico (de acuerdo al Derecho de Castilla), tuitivo (por la política de la Corona en favor de los indios) y recopilatorio (acorde con el modelo casuístico que regía en la Edad Media).

Por la naturaleza del Derecho Indiano (así conocido el Derecho Indígena en Perú) fueron considerados entre sus elementos formadores las costumbres de los aborígenes o naturales, siempre que se cumpliera con dos requisitos: Que no fueran contra Dios ni en contra razón, es decir que no sean contrarias a los parámetros dictados por la Iglesia y que no atenten contra las normas expedidas por la Corona de Castilla.

Fue hasta la Constitución de 1979, recogiendo los principios de la Ley Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas que se estableció que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Se deja la opción de la enajenabilidad con mayoría

de los dos tercios de los miembros de la comunidad. Así mismo pueden ser expropiadas por razones de utilidad pública.

Actualmente la normativa que regula las relaciones de la sociedad nacional, el Estado y los pueblos indígenas y comunidades han tenido una definición e incorporación en la vida pública de la Nación a través de un largo proceso de luchas. Muchos de los elementos de las ancestrales reclamaciones indígenas, hoy acogidos en las normas vigentes, se remontan a las fórmulas del Derecho Indiano. Figuras tan importantes como la enajenabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas, no fueron productos de las legislaciones de los primeros años del siglo XX, sino que se remontan a la Ley de Indias. En consecuencia, el comportamiento del Estado en las últimas décadas para recortar estos derechos, no sólo implica un daño a los pueblos indígenas, sino que constituyen un elemento institucional histórico, de no reconocimiento de los derechos preexistentes que les asisten a estos pueblos.

Un aspecto importante en la construcción de ciudadanía es la relativa al voto. En el caso de indígenas, éste siempre ha sido un factor de exclusión, por eso en la Asamblea Constituyente de 1978 se seguía debatiendo sobre el inconveniente de dar el voto al indígena analfabeto.

Su analfabetismo no es el único signo de una incultura excepcional. No hablan castellano o lo hablan y lo entienden muy mal y viven aislados, sin contactos civilizadores, rodeados de gentes tan ignorantes como ellos. En las ciudades asimilan cierta educación. Su ignorancia se concentra y multiplica por el contacto permanente con la ignorancia. Y esta clase de incultura sin ventanas al exterior es particularmente adversa a la función política. El indígena analfabeto no ha votado nunca, tuvo derecho de sufragio y nunca se percató de ello, ni lo usó ni lo defendió, lo vio como un lujo inútil y molesto. Sólo sirvió para las batallas electorales donde corrió sangre. Su derecho le servía para corromperse, embriagarse y dejarse matar estúpidamente. El encomendero lucraba, pero no gobernaba; el encomendero republicano lucraba y gobernaba. Cuando se le quitó el voto al indígena analfabeto -agrega Villarán- el despojo se consumó sin ruido. Como nunca había usado el voto, se lo dejó quitar sin protestar ni darse por notificado". Y agrega la República ha faltado y falta a su deber privándolo del voto y dejándolo sin representación. Pero de estos dos deberes, antes de cumplir el segundo, hay que cumplir el primero, so pena de que continuemos, en materia de representación al borde de la barbarie ...

(Villarán, mencionado por Ramírez Villar. Sesión del miércoles 16 de mayo de 1979. Debate del capítulo ciudadanía y sufragio).

Los opositores del voto al analfabeto, la Constitución de 1979 (art. 65°) y la de 1993 (art. 30°) reconocen el derecho de voto a los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil (18 años) sin ningún otro requisito que el de la inscripción electoral.

Lo más interesante del sistema jurídico peruano referente al derecho indígena fue la reforma que se hizo en el artículo 15 del Código Penal el cual dice lo siguiente: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

En 1993 la Constitución Política introdujo dos preceptos, el primero se refería al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19); y el segundo al reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter proteccionista cuando esta Constitución les retiró la calidad de inembargabilidad y enajenabilidad.

El artículo 89 de la Constitución expresa la autonomía de las comunidades indígenas, reconoce que las comunidades campesinas y 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, sin embargo, sólo dentro de lo que la ley puede expresar.

El 2 de febrero de 1994, Perú ratifica el Convenio 169 colocándolo como el más importante instrumento internacional de reconocimiento y vigencia de derechos como individuos y como colectivos culturalmente diferenciadas de sus respectivas sociedades nacionales.

Junto con el convenio, las reformas lograron reconocer los siguientes derechos:

- Reconocimiento como pueblos. El reconocimiento de la preexistencia étnica, cultural y jurídica de los pueblos indígenas peruanos, introduce una nueva visión de lo pluriétnico y lo multicultural en un texto constitucional.

- Reconocimiento de derechos culturales. La intención de este reconocimiento es que las comunidades indígenas puedan practicar libremente su cultura sin ser discriminados.
- Reconocimiento a la Autonomía, Libre Determinación y Participación Política. Este reconocimiento les otorga a los nativos el poder y control de regular sus asuntos internos.
- Reconocimiento al Territorio y Recursos Naturales. Se le da sentido de pertenencia a las tierras indígenas al reconocer como tales los espacios donde los mismos pueden ejercer su autonomía y cultura.
- Reconocimiento a la Jurisdicción Especial Indígena. El derecho a su “propia justicia” es reconocido por el Estado al dar la autoridad a los pueblos de aplicar el derecho consuetudinario que han ejercido por años.

Comentario

Costa Rica no es el único país con población indígena como parte del porcentaje de la población nacional, países como Guatemala, Perú, Canadá o Nicaragua son poseedores de distintas raíces culturales provenientes de nativos indígenas.

Así como cada país posee riqueza dentro de su historia, posee una cultura que ha podido ser atacada por distintos invasores (conquistadores) de distintos ángulos (etnicidios, discriminación, esclavitud, etc) sin embargo, cada país ha logrado desarrollar en pequeña, mediana o gran manera un amparo legal que permita la protección eficiente y coherente de la población pre-conquista.

Aunque no todos los países han tornado su evolución jurídica, respecto al derecho indígena, en una evolución que de verdad muestre un interés pleno en la población indígena, organizaciones vinculantes e internacionales como la OIT han demostrado que sigue siendo una población que amerita protección.

Países como Guatemala o Perú, después de un duro pasado, han logrado restaurar derechos que habían sido aniquilados, por medio de normativa que implementa no sólo el respeto sino la protección con la población indígena, esto, tanto en ramas civiles como en ramas penales.

Uno de los pasos más grandes que han dado es la traducción de normas jurídicas, aunque pareciera un simple “acomodo jurídico”, en realidad significa muchas cosas, empezando porque uno de los mayores problemas actuales es que el ciudadano indígena, se puede decir que no sabe exactamente que está cometiendo un delito o que está siendo víctima de uno porque en su mayoría no tienen conocimiento en esta materia.

Sigue siendo una realidad que parte de la población indígena no habla español por lo que, aunque la normativa dicta que “nadie puede alegar ignorancia de la ley”, ellos sí están en ese estado. ¿Cómo afecta todo esto? El no conocer la ley, deja una puerta abierta a cometer el delito sin saber que tendrá una sanción o, por el otro lado, a ser víctima sin saber que tiene un derecho que debe ser protegido.

El tener una traducción de la ley, reduce las probabilidades de una acción delictiva, creando un mejor alcance hacia la población para que la misma no importando el idioma que hable, pueda conocerla, entenderla y de esta manera, no transgredirla.

CAPÍTULO III

NORMATIVA PENAL COSTARRICENSE REFERENTE A LA POBLACIÓN INDÍGENA

“El acceso a la justicia penal constituye un reto para el Ministerio Público a la vez que significa una deuda histórica con los Pueblos indígenas, ante años de discriminación y no reconocimiento de su cosmovisión; de igual manera se marca un gran avance en la aceptación de ser pueblos culturalmente diferenciados, por lo que requieren un trato diferenciado a fin de no vulnerar más sus derechos.” (Ministerio Público de Costa Rica. (2019). Fiscalía de Asuntos Indígenas. 15 de agosto, 2019, de Ministerio Público de Costa Rica Sitio web: <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/es/servicios-a-la-ciudadania/fiscalia-indigena>).

Tal como lo indica el párrafo anterior, el mayor reto a través de la historia ha sido encontrar un equilibrio entre la normativa positiva por la que se rige el Estado y la consuetudinaria por la que se rigen las comunidades indígenas entre los cuales hay diferencias que se han visto como obstáculos o limitaciones en vez de darles un giro y

utilizarlas en favor. A lo largo del documento se ha estudiado la historia del derecho indígena dentro de Costa Rica y cómo ha evolucionado o se ha estancado en distintos países en el nivel de derecho comparado, sin embargo ¿cómo ha reaccionado Costa Rica ante la necesidad de garantizar seguridad jurídica a un pueblo indígena que civilmente es invisible?

En el nivel Institucional, Costa Rica le ha dado visibilidad creando en San José, en el año 2009, una Fiscalía de Asuntos Indígenas, formada por 14 Fiscalías capacitadas con regularidad en conocimientos referentes al Derecho Indígena.

Estas fiscalías promueven proyectos sociales y humanitarios de ayuda escolar y alimenticia a las ocho comunidades indígenas establecidas en las 24 ubicaciones correspondientes dentro del territorio nacional.

La Fiscalía de Asuntos Indígenas se ha encargado de promover dentro de las comunidades nativas conocimientos jurídicos, además de acostumbrarlos a un sistema de comunicación entre ellos y el sistema jurídico a través de intérpretes. El enfoque mayoritario de la Fiscalía antes mencionada son los derechos territoriales y de igualdad al defender en prioridad el derecho a la no discriminación, claramente es un

enfoque de relevancia y que le ha dado un lugar dentro del mapa legal a la comunidad original del país, pero arrinconada por el mismo.

Pese a que el enfoque social y jurídico que la Fiscalía ha dado es gigantescamente evolucionario en el ámbito legal, no hay un enfoque penal práctico establecido que permita a los miembros de la población indígena el conocimiento suficiente que prevenga la comisión de delitos o que aliente a las víctimas a alzar la voz en defensa de sus derechos.

Con base en lo anterior, se puede decir que, aunque haya avances institucionales, los avances normativos no han sido tan grandes en especial en la rama penal, es decir, Costa Rica no cuenta con una especialización jurídica que provea a la comunidad indígena de la suficiente seguridad jurídica que le haga entrar en un estado de igualdad con el resto de la población nacional.

Cabe mencionar que el concepto de igualdad es un poco contrariado, se podría decir que al darles distintas herramientas a los nativos para su acceso a la justicia penal en realidad no se les está tratando como iguales, sino como preferenciales, sin embargo, si se analiza desde un punto equitativo, lo que este documento ha intentado

demostrar es la necesidad de equiparar las cosas de manera que la población indígena tenga por medio de la equidad la misma posibilidad de acudir a la justicia que sus compatriotas, teniendo la plena certeza de que será defendido con igual ímpetu que el resto de la población nacional.

Cultura Indígena Jurídica y Sistema Jurídico Costarricense

La falta de la certeza mencionada es la que ha llevado a los pueblos indígenas a resolver “sus asuntos legales” en una manera muy propia a la cultura que a través de los años han conservado.

“En todos de los casos –o la mayoría– se trata de un conjunto más o menos organizado de prácticas sociales históricas (de profundo contenido ideológico propio de determinada cultura indígena) que amoldadas a circunstancias coyunturales sirven de amparo a una organización social indígena que considera ciertos elementos para exigir internamente el cumplimiento de lo que se podría llamar una especie de “derecho indígena propio”. Esto es impulsado dentro de la comunidad indígena por personas de la comunidad que estén legitimadas para ello.” (Rubén Chacón Castro. (Agosto, 2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. Revista IIDH, 41, 124, 125.)

La cultura indígena ha creado a través de su historia su propio sistema de resolución de conflictos, sin embargo, a manera de crítica, su sistema ha quedado un poco obsoleto a la hora de compararlo con la evolución de la sociedad, así como el Sistema Jurídico Costarricense ha evolucionado, pero, dejando rezagada a esa parte de la población, no siendo hasta relativamente hace pocos años que se le volvió a dar atención a la población que en realidad inició este país en sus orígenes.

El conflicto que ha existido entre la normativa actual y el régimen ancestral que los indígenas siguen no ha permitido que los lazos se puedan estrechar y puedan avanzar tanto su sistema “primitivo” como el sistema actual, lo que impide que se les pueda equiparar de la manera en que se lo merecen como población costarricense.

“... Costa Rica ha tenido diversos sistemas de Estado y de Derecho. Aunque a veces el énfasis que en las universidades se da al derecho de hoy hace que se desdibujen y se olviden los perfiles del de ayer (...) es posible darse cuenta de que no hay un solo sistema jurídico en Costa Rica, sino que al lado del derecho que se conoce como nacional existen diversos ordenamientos normativos indígenas...”
(Sáenz. 2004: xv).

El detalle que cabe resaltar del párrafo anteriormente citado es que, aunque se sabe que existe otro ordenamiento normativo indígena no se le reconoce como tal en asuntos penales por lo que la barrera de limitaciones sigue presente.

Para romper las barreras anteriormente mencionadas, “se debe entender que el “Derecho de los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia” es el “Derecho Consuetudinario Indígena”, y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un “sistema jurídico indígena” –que tiene una forma que lo define, unas normas jurídicas y valores que lo determinan como una “cultura jurídica” (como ya se dijo atrás)–. Cuando se habla del derecho de los pueblos indígenas a organizarse, se parte de la preexistencia de una forma que ampara ese derecho.” (Rubén Chacón Castro. (Agosto, 2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. Revista IIDH, 41, 128, 129.).

Al entender la existencia de “normas jurídicas” dentro de las poblaciones jurídicas se podrá desdibujar la idea de que conviven en medio de un sistema jurídico propio. Se podrá entender que lo que manejan es un conjunto de reglas

consuetudinarias que les han permitido mantener de cierta manera el orden sin llegar a ser un sistema jurídico formado como tal.

“La existencia misma de organizaciones indígenas que dentro de los territorios desarrollan la justicia propia, es una evidencia de la vigencia del derecho indígena en estas jurisdicciones. Si se toma en cuenta que en un país tan pequeño como lo es Costa Rica hay una presencia de la “oficialidad” casi general, el hecho de que estas instancias autóctonas mantengan vigencia, es evidencia de la aceptación histórica del derecho propio.” (Rubén Chacón Castro. (Agosto, 2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. Revista IIDH, 41, 128, 129.).

Aunque el sistema que la población Indígena utilice no es uno jurídico como tal, no sólo se ha dejado rezagado, sino que hasta cierto punto olvidado el hecho de que la población que tanto se ha mencionado a lo largo del documento, también tiene “asuntos jurídicos por resolver”. ¿Qué quiere decir esto? Que como no se ha regulado formalmente la herramienta necesaria para ellos, tácitamente se les ha dado la libertad de poder actuar de acuerdo a lo que sus creencias consideren correcto social y jurídicamente hablando.

Normativa Penal Costarricense Respectiva de la Población Indígena

Principio de Igualdad

El primer artículo que se puede traer a colación para defender la evolución jurídica en materia que respecta a la población indígena es el Artículo 33 de la Constitución Política: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (Reformado por Ley No. 4123 de 31 de mayo de 1968 y por Ley No. 7880 de 27 de mayo de 1999. LG· 118 de 18 de junio de 1999).

Como ya se ha mencionado, este artículo hace referencia al principio de igualdad que sustenta que al indígena se le debe tratar como un costarricense más, en palabras comunes “como un costarricense normal”. Es decir, con cero discriminación y con la disponibilidad suficiente para equiparar su condición a la hora de un proceso penal, sin embargo, se debe pensar en una visión más apegada a la equidad que a la

igualdad para así poder ser conscientes de las diferencias que dan inicio a la problemática y poder trabajar con ellas.

Ley 9593

La Ley 9593 provee varios artículos que también son de ayuda a la hora de proteger los derechos de las poblaciones originales de la Nación Costarricense.

Artículo 1- Acceso a la justicia con apego a la realidad cultural. El Estado costarricense deberá garantizar el acceso a la justicia a la población indígena tomando en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales, tomando en consideración el derecho indígena siempre y cuando no transgreda los derechos humanos, así como tomando en cuenta su cosmovisión.

Artículo 2- Trato digno. Toda persona indígena será tratada con respeto a su dignidad humana en razón de sus tradiciones culturales, lo cual se traducirá en acciones afirmativas que tendrán como fin que esta población tenga las mismas condiciones de igualdad que las demás personas. El incumplimiento de estas

disposiciones será sancionado conforme al procedimiento y las garantías establecidas en el título VII del régimen disciplinario previsto en la Ley N.07333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993.

Artículo 3- Derecho a la información sobre sus derechos y obligaciones. Toda persona indígena tendrá derecho a ser informada en su idioma materno sobre sus derechos y obligaciones frente al sistema de administración de justicia y sobre los requisitos y las características de los procesos judiciales en los que deba intervenir. El Poder Judicial deberá contar con una lista de intérpretes y traductores para tal efecto. Además, deberá ofrecer capacitación al equipo que se conforme, para que conozca los aspectos básicos de la gestión judicial.

Artículo 4- Prioridad en la resolución y atención de casos. El sistema de administración de justicia dará prioridad al trámite y a la resolución de los casos en que figuran personas indígenas como parte. La anterior será considerada una acción afirmativa a la que deberá darse la publicidad respectiva, tanto a las personas servidoras judiciales para su cumplimiento como a la población indígena para la exigencia de sus derechos.

Artículo 6- Derecho a una persona intérprete y traductora costeadada por el Estado. El Poder Judicial deberá facilitar, sin costo alguno, la asistencia de personas intérpretes y traductoras en todos los procesos en que participe una persona indígena que requiera esta asistencia y no pueda cubrir los costos. Se deberá propiciar que las mujeres indígenas sean atendidas por intérpretes del mismo género.

Estos auxiliares serán nombrados de una lista oficial, respetándose las costumbres y las normas culturales de la persona indígena. No obstante, la persona indígena podrá nombrar a una persona intérprete de su confianza.

Artículo 7- Asistencia letrada gratuita y gratuidad de la justicia. En aquellos procesos judiciales en que una persona indígena requiera asistencia letrada y no pueda cubrir los costos, la administración de justicia proveerá la asistencia de una persona defensora pública especializada en derecho indígena y en la materia de competencia de forma gratuita.

El Poder Judicial deberá asumir el costo de las pruebas y las pericias requeridas en un proceso judicial, cuando la persona indígena no tenga medios para hacerlo por su cuenta.

Para tal efecto, las universidades estatales deberán dar colaboración especializada y gratuita al Poder Judicial, a fin de tener un listado de personas idóneas que puedan elaborar esos peritajes culturales. El presupuesto que se apruebe a dichas instituciones deberá contener un rubro expreso para cubrir los costos de la citada colaboración.

Artículo 8 - Peritaje cultural. El juez deberá solicitar peritajes culturales en aquellos procesos judiciales que requieran un peritaje especial de las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de los Pueblos Indígenas.

La ley 9953 provee distintos derechos que son protegidos, sin embargo, no son específicamente para un proceso penal. De hecho, si uno coloca en el buscador digital la palabra indígena estando en un documento que contenga el Código Penal Costarricense o el Código Penal Costarricense, no se encontrará un resultado, lo que deja campo abierto a analizar dando como resultado final que no existe normativa

penal directa que se refiera a la población indígena sin embargo, sí existen artículos que pueden ser aplicables a casos en los que se vea involucrada como víctima o como acusada una persona indígena.

Derecho a Intérprete

El artículo 14 del Código Procesal Penal Costarricense indica lo siguiente: “Cuando el imputado no comprenda correctamente el idioma oficial, tendrá derecho a que se le designe un traductor o intérprete, sin perjuicio de que, por su cuenta, nombre uno de su confianza.”

Se le proporcionará al imputado o a la víctima la posibilidad de tener un intérprete, conocedor de su lengua, que lo acompañará dentro del proceso para que la persona pueda tener pleno conocimiento de lo que está sucediendo.

El artículo 126 del Código anteriormente mencionado dicta lo siguiente: “Si, por las particularidades del caso, el Ministerio Público o alguno de los intervinientes consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo

propondrán al Ministerio Público o al tribunal, el cual decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen y dejará constancia de sus observaciones. Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.”

El artículo 131 del Código Procesal Penal expresa: “Las personas serán también interrogadas en español o por intermedio de un traductor o intérprete, cuando corresponda. El tribunal podrá permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otro idioma o forma de comunicación; pero, en tal caso, la traducción o la interpretación precederán a las respuestas.”

Mediante los artículos anteriores se logra determinar que el Derecho de Intérprete es uno de los más arraigados dentro del proceso penal, permitiendo tanto al imputado como a la víctima conocer qué es lo que está sucediendo dentro del proceso, al otorgar la posibilidad de una mejor defensa.

Error de Hecho y Error de Prohibición

En el artículo 34 del Código Penal podemos encontrar lo referente al error de hecho y de prohibición: “No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.”

“... las soluciones legislativas más frecuentes se han desarrollado en este ámbito; en particular a través de fórmulas que consagran la inimputabilidad o la eximente del error de comprensión (como una especie de error de prohibición).” (José Daniel Cesano. (Agosto 23, 2019). Diversidad Cultural y Teoría del Error. Agosto 14, 2019, de Lecturas Históricas y Antropológicas del Derecho Sitio web: http://www.horizontesy.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEOR%C3%80CDA_DEL_ERROR.pdf).

“El problema del error y sus derivaciones ha constituido desde hace mucho tiempo uno de los aspectos que mayor controversia suele generar en el área del

derecho penal- parte general-, no sólo por los efectos que evidentemente repercuten en la determinación de los elementos estructurales del delito para obviar una eventual sanción, sino por la propia complejidad que el tema entraña.” (Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica. (2018). EL ERROR DE TIPO, ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. Agosto 14, 2019, de Universidad de Costa Rica Sitio web: cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm).

Se define el Error de Prohibición como el que respecta a la comprensión del carácter y tipicidad del acto, por el otro lado, se define el Error de Hecho como el que se genera cuando una persona desconoce los elementos que distinguen la generación del delito.

En muchas ocasiones se ha hecho uso del Error de Prohibición como arma para defender a un integrante de una comunidad indígena que en su momento, no tuvo la posibilidad de comprender que lo que estaba realizando era un delito. El error de prohibición permite acudir a una causa de inculpabilidad basando el fundamento en la ausencia de conocimiento o de comprensión de la antijuridicidad de la acción, de esta manera, la inculpabilidad puede ser excusante para la persona nativa involucrada en el caso.

“Según esta norma, si la conducta es vista como “normal” dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del derecho oficial ella es reputada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales y sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar” (Ed. Hammurabi, El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología., Bs. As., 2004, p. 1054).

La cita anterior genera la posibilidad mediante el error de prohibición de un equilibrio en lo que la comunidad indígena considera tradicional y lo que la normativa jurídica proporciona como “correcto”, haciendo entender que se tomará en cuenta lo que la comunidad de la que el imputado provenga considere correcto y se tomará como punto de referencia para saber el porqué de la actuación del acusado.

Se debe entender el error de comprensión como el esfuerzo extra que la persona debe realizar para poder comprender su nivel de culpabilidad, esto quiere decir que con ese esfuerzo también se vincula una disminución del entendimiento del delito del que se le acusa.

Es con base en lo anteriormente explicado que se genera la tesis del “*error de prohibición culturalmente condicionado*” refiriéndose directamente a las pocas y excepcionales circunstancias en que se genere la imposibilidad de un reproche que genere culpabilidad por el anteriormente explicado error de comprensión y de hecho dentro de los casos en los que un indígena se vea involucrado como actor o víctima del hecho.

Traslado del Tribunal

Artículo 339.- Diversidad cultural. Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.

Del artículo 339 del Código Procesal Penal es importante rescatar que promueve el traslado del tribunal hacia el lugar de la comunidad donde ocurrió el hecho para celebrar en ese lugar la Audiencia. Esto podría facilitar el acceso a la justicia para las personas indígenas, dándoles la oportunidad de no tener que trasladarse hacia lugares alejados de sus tierras, de esta manera tienen la completa posibilidad de poder no sólo tener un intérprete, también de tener como cierto el hecho de poder realizar la Audiencia.

CAPÍTULO IV

RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

Recomendaciones

A través del documento se ha observado cómo Costa Rica ha evolucionado jurídicamente hablando en cuanto al Derecho Indígena respecta, sin embargo, los avances han sido mayormente en el ámbito territorial, como se indicó en el capítulo anterior, pese a que han existido progresos en el ámbito penal no han sido suficientes para que las garantías que protegen a las comunidades indígenas provean la protección necesaria para lograr una equidad apropiada.

Se debe tener en cuenta que se debe eliminar el concepto de que las personas nativas deben ser tratadas de igual manera que las personas no indígenas, para poder implementar el uso de “equidad” entre ambas poblaciones, se debe entender que lo que se va a buscar es equilibrar las diferencias para alcanzar las mismas posibilidades y oportunidades.

Para que Costa Rica pueda alcanzar esa equidad añorada entre ambas comunidades, debe crear las herramientas necesarias y con éstas se hace referencia a la necesidad de instrumentos jurídicos que de manera directa regulen la necesidad de proteger las garantías de las personas indígenas dentro de los procesos penales y no sólo dentro de proyectos humanitarios o procesos territoriales como de excelente y creciente manera se ha estado realizando.

Propuestas

Dentro de las recomendaciones se habló de crear herramientas adecuadas para lograr el objetivo de proteger las garantías de los nativos dentro de los procesos penales.

Por medio de la investigación analizada a través de este documento se han logrado determinar algunas propuestas que pueden ser consideradas de ayuda para lograr ese objetivo.

1. Reforma del Artículo 339 del Código Procesal Penal

El enfoque del artículo 339 en cuanto al traslado del tribunal hacia la comunidad indígena es correcto pero aún mejorable, una de las propuestas es hacer una reforma en este artículo siendo que el artículo promueve ese traslado de manera facultativa, refiriéndose a ello en la frase “ de ser necesario” tal como se muestra en la parte subrayada del artículo:

Artículo 339.- Diversidad cultural. Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.

Habiendo visto el artículo, se debe analizar que esa facultad que otorga el artículo, deja campo abierto a que los traslados mencionados se hagan “cuando se quiera”, esto quiere decir que la frase “de ser necesario” será parte de un concepto plenamente subjetivo, por lo que puede ser que en algún momento sea necesario y el tribunal no lo crea así, eso estaría creando una laguna interpretativa que genera una hendija hacia una posible falta a las garantías procesales que se le deben respetar a las personas indígenas.

La propuesta respecto a este artículo es que se cambie esa facultad por una obligación, quedando así el tribunal con el deber de trasladarse en cada ocasión que uno de los involucrados en el caso sea una persona indígena quedando de la siguiente manera:

Artículo 339.- Diversidad cultural. Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, deberá trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad

en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.

2. Reforma del Artículo 14 del Código Procesal Penal

El artículo 14 del Código Procesal Penal Costarricense indica lo siguiente: “Cuando el imputado no comprenda correctamente el idioma oficial, tendrá derecho a que se le designe un traductor o intérprete, sin perjuicio de que, por su cuenta, nombre uno de su confianza.”

Aunque el artículo ha sido parte de la evolución dentro de la historia de los derechos indígenas en Costa Rica, no quiere decir que deba quedarse estático mientras el sistema sigue avanzando. Anteriormente, era muy natural que las personas indígenas no pudiesen leer, sin embargo, actualmente, aunque no todos saben leer, las comunidades indígenas y organizaciones que buscan su mejoría, han promovido la educación dentro de estas poblaciones por lo que la segunda propuesta se basa en que

las personas puedan no sólo escuchar, sino que también puedan ser provistas de documentos legales que respalden lo que escuchan y que de la misma manera como cada persona no indígena tiene la posibilidad de conseguir los expedientes en español, estos puedan ser entregados a la persona en su idioma nativo quedando el artículo de la siguiente manera:

Artículo 14 - Cuando el imputado no comprenda correctamente el idioma oficial, tendrá derecho a que se le designe un traductor o intérprete, sin perjuicio de que, por su cuenta, nombre uno de su confianza. De la misma manera, tendrá derecho a recibir todo documento generado a lo largo del proceso en su idioma.

3. Proyecto de Ley

La última propuesta consistiría en crear un proyecto de ley que promueva:

Jurisdicción especializada. Que se puede contar no sólo con gente capacitada dentro de la Fiscalía o la Defensa, porque ya se tiene la Fiscalía de Asuntos Generales gracias al avance gigantesco en la materia, sino que se pueda

complementar con un tribunal especializado en la materia para que pueda atender los casos con personas indígenas involucradas de una manera más eficiente.

Delitos tipificados en Esta Rama. Que la población indígena tenga derecho a delitos tipificados de una manera más realista y aplicable a su cultura y desarrollo.

Recalco de los Artículos 339 y 14 del Código Procesal Penal, Claramente, este proyecto de ley debería contener los artículos ya mencionados de manera aplicable a la materia procesal penal indígena.

Ventajas

Ventajas para la persona indígena. Por medio de las propuestas anteriormente expresadas, se podría lograr una mayor eficiencia a la hora de proteger las garantías de las personas nativas en los procesos penales a través de las herramientas no sólo necesarias sino también adecuadas para cumplir con ese objetivo.

Estas herramientas podrían crear una equidad apropiada para equilibrar la manera del trato de las personas no indígenas y las que lo son, al ampliar la serie de oportunidades para las personas indígenas y por ende, la gama de garantías procesales penales.

Ventajas para el Estado. Para nadie es un secreto que aunque la rama del derecho indígena no es una rama olvidada, es una rama “descuidada” jurídicamente hablando, incluso en el nivel internacional por lo que, el crear una Ley Procesal Penal Indígena, generaría un reconocimiento internacional para el país.

Fuera del reconocimiento internacional, el impacto que esto traería en el nivel interno en el país, ayudaría a crear un ambiente de menor discriminación y de mayor oportunidad para las personas indígenas.

Penalmente hablando, este avance protegería a las personas indígenas al generar un proceso más directo eficientemente y más conectado con la realidad en la que cultural y jurídicamente viven las personas indígenas.

CONCLUSIONES

El análisis histórico nos ha permitido indagar y reconocer que después de años y relatos de maltratos, esclavitud, discriminación, invasiones y torturas hacia las personas indígenas, se ha procurado progresar hacia una era de evolución jurídica que respete los derechos de todas las personas no importando su raza o ascendencia. Esto quiere decir, que se crearon estatutos protectores para los derechos de las personas indígenas, no obstante esto fue después de muchas heridas a estas comunidades que quedarán marcadas en la historia.

Costa Rica no ha sido el único país en tener ciertos avances en la normativa relativos a la materia de Derecho Indígena, distintos países como Guatemala, Perú, Nicaragua, Canadá, entre otros con mayor población indígena, han creado ambientes jurídicos más aptos para una mayor protección de los derechos de las comunidades nativas con el paso del tiempo.

Aunque el avance para la defensa de los derechos humanos indígenas ha dado pasos gigantescos en ramas del Derecho de Propiedad, Ambiental y otras parecidas,

esta tesis lo que ha intentado determinar es qué tanto de ese avance ha sido en la rama penal.

Por medio de esta tesis se pudo determinar que sí existen artículos dentro de la legislación que han permitido una protección más humanitaria y real a las personas indígenas. Parte de ello ha sido la inclusión que se les hace por medio del Principio de Igualdad, así como el beneficio que se les da al proveerles de manera expresa la posibilidad de tener un intérprete que los acompañe durante el proceso además de esto, la facultad optativa que la ley provee al tribunal de poder trasladarse hacia el lugar en el que se ubica la comunidad para celebrar en ese lugar la audiencia.

Los derechos antes mencionados han sido parte de lo que sería la aplicación del Derecho Penal en favor del Derecho Indígena tomados en cuenta como la evolución jurídica en esta área, evolución que ha permitido un amparo más confiable para las personas indígenas.

Aparte de los avances normativos, también hubo un avance institucional como lo fue la creación en el año 2009 de la Fiscalía de Asuntos Indígenas. Esta Fiscalía cuyo fin ha sido proveer atención directa a las comunidades indígenas para que cada

uno de los detalles que sean necesarios tomar en cuenta dentro de los procesos penales en los que uno de sus integrantes indígenas se vean involucrados, pueda ser ejecutado de la manera más eficiente posible.

Como se ha estado analizando, Costa Rica sí cuenta con normativa que regule la participación de las personas indígenas dentro de los procesos en los que se vean envueltos no obstante, aunque ya haya cambios no quiere decir que la evolución debe parar en ese momento al haber cosas que pueden seguirse mejorando con el fin de proporcionar protecciones y garantías procesales más competentes.

Una de las limitaciones más frecuentes consiste en que aun contando con una Fiscalía especializada y una defensa preparada para el caso, no existen tribunales especializados que puedan conocer de manera más completa el cómo resolver o actuar con las implicaciones especiales que se encontrarán a la hora de celebrar la audiencia. Esto se reflejará en que sí se les tratará con igualdad pero si algo ha intentado demostrar esta tesis es que no se les puede tratar como iguales porque son diferentes, es por ello que precisamente en esas diferencias es que se deben encontrar las fortalezas para crear estrategias que promuevan herramientas más accesibles y funcionales a la hora de enfrentar estos juicios, es decir que no se aplique la igualdad pero sí se trabaje con la equidad en el foco de la visión.

El crear nuevas herramientas como tribunales especializados o leyes especializadas en la materia, podrán garantizar una mejor forma de trabajo creando posibilidades más concretas y accesibles, al dar mayor efectividad a los procesos penales que involucren personas nativas. Esto quiere decir, que las garantías procesales serán más influyentes y respaldadas lo que generará mayor confianza incluso en el cuerpo judicial a la hora de emprender un proceso como este.

BIBLIOGRAFÍA

1. Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional / Análisis y Comp. Rubén Chacón Castro. --1a. ed.-- San José, C.R. : Impresora Gossestra Intl. S.A., 2001 288 p. ; 22 x 28 cm. --(Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena).

2. Universidad de Costa Rica. (2011). Pueblos Indígenas. Febrero 05, 2019, de Universidad de Costa Rica Sitio web: <http://pueblosindigenas.odd.ucr.ac.cr/images/documentos/pdf/Pueblos%20indigenas%20de%20Costa%20Rica%20pdf6286.pdf.pdf>.

3. Montero, Andrea. (2017). Población Indígena en Costa Rica. Febrero 16, 2019, de Montero, Andrea Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=aFMceIrgFF4>.

4. Museo Nacional de Costa Rica. (2017). Historia de Costa Rica 2017 - Animación . Enero 30, 2019, de Museo Nacional de Costa Rica Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=a-CkjELMBbk>.

5. ONU. (Desconocido). Igualdad y no discriminación. Marzo 06, 2019, de ONU Sitio web: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/human-rights/equality-and-no-n-discrimination/>.

6. El Orden Mundial. (Desconocido). Los Derechos Indígenas, la asignatura pendiente de Canadá. Marzo 10, 2019, de El Orden Mundial Sitio web: <https://elordenmundial.com/los-derechos-indigenas-la-asignatura-pendiente-canada/>.

7. Castro Rea, Julián. (2003, Octubre). Nunavut, los derechos indígenas y el federalismo en Canadá. Nueva Antropología, 19 , 3.

8. Asamblea Constituyente. (1821). Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia. Cartago, Costa Rica: Asamblea Constituyente.

9. Junta Superior Gubernativa. (1823). Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica. Cartago, Costa Rica: Asamblea Constituyente. Junta Superior Gubernativa.

10. Núñez, A., & Villalta, D.. (2004). El Tratamiento del Imputado Indígena en el Sistema Represivo Costarricense. San José: Universidad Estatal a Distancia.

11. Castro, Rubén. (Desconocido). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. Revista IIDH, 41, pp. 1-31.

12. Mora, J., & Almengor, O. (2002). Proyecto de un Nuevo Estatuto Indígena Para Costa Rica: Experiencias y Desafíos. San José: Desconocido.

13. Organización Internacional de Trabajo. (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Lima: Organización Internacional de Trabajo.
14. Camero, P., & Gonzales, I.. (2018). Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú, Cartilla 1, pp 11-14; 22-27.
15. Chuecas, Adda. (Desconocido). El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. Lima.
16. Aylwin, José. (Desconocido). Pueblos Indígenas en el derecho internacional y comparado. Desconocido: Desconocido.
17. FIDH. (Desconocido). Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable. En Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable(Desconocido). Ciudad de Guatemala: FIDH.

18. Acnur. (Desconocido). Grupos Étnicos. En Desconocido(pp. 1-26). Managua.

19. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

20. Constitución Política de la República de Nicaragua, 1948.

21. Acta Constitucional de Canadá, 1867.

22. Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.