



10 de mayo de 2024
Refiérase al oficio
PR-DP-0415-2024

Señora

Angie Cruickshank Lambert
Defensora de los Habitantes.

Asunto: Oficio N°04578-2024 -DHR. Reconocimiento de la propiedad ancestral afrodescendiente con base en el Decreto Ejecutivo 43532-MP-MINAE-MCJ-MEP

Estimados señora,

En principio resulta necesario aclarar que el decreto 43532-MP-MINAE-MCJ-MEP del 5 de mayo de 2022, realiza una declaración inicial de autoreconocimiento de la población afrocostarricense, estableciendo además el Foro Tribal Afrocostarricense como instancia de consulta, diálogo y articulación entre el pueblo tribal y las instituciones gubernamentales.

Los considerandos del decreto emitido permiten concluir, que la declaración realizada tiene como fin erradicar prácticas discriminatorias en la sociedad costarricense y obligar que las políticas nacionales que puedan afectar el desarrollo de esta población tomen en cuenta los aspectos culturales, sociales, religiosos, idiomáticos, entre otros.

Si bien el decreto ejecutivo N° 43532 cita como fuente de derecho el Convenio 169 de la OIT, no se encuentra ni en su parte considerativa, ni es su parte dispositiva, una orientación tendiente a iniciar los procedimientos para el reconocimiento de la propiedad ancestral afrodescendiente.



Sin embargo, el pasado 4 de mayo del presente, el señor Comisionado de Inclusión Social de la República, Dr. Ricardo Sossa Ortiz, mantuvo la primera reunión presencial con miembros del foro tribal, entre otros líderes y lideresas, los señores Edwin Patterson, Edwin Cyrus, Winston Norman, Regina Brown y Wanda Patterson. El objeto fue iniciar el proceso de consulta, mismo que estipula el convenio 169 de la OIT, para concordar en asuntos relacionados al tema de las tierras que nos compete. Como resultado, el Sr. Comisionado recogió los intereses del foro y está a la espera de que le hagan otras observaciones que el foro ha de consultar a la población afro, como el órgano legítimo y único para tal efecto.

Además, el pasado martes 8 de mayo, el Sr. Comisionado convocó a reunión a el director legal a.i. de Cancillería, Licdo. José Carlos Jiménez Alpízar, así como al Sr. Mariano Salas representante de la Comisión Interinstitucional de Derechos Humanos que encabeza Cancillería y en la que el Dr. Sossa Ortiz representa a este despacho. En la reunión participó el asesor legal de la Presidencia, Licdo. Alonso Zeledón. El objeto de dicho encuentro fue dar a conocer los resultados de la reunión sostenida con miembros del foro tribal el pasado 4 de mayo, con el fin de ser acompañado y guiado en el proceso de consulta, de acuerdo con el artículo sexto, incisos a y b del Convenio 169 de la OIT, así como en cumplimiento con el decreto ejecutivo 43532-MP-MINAE-MCJ-MEP, específicamente en sus artículos tercero y cuarto.

Tomando en cuenta la consulta de la Defensoría hemos realizado un análisis preliminar de la propiedad ancestral como concepto jurídico atinente a las poblaciones indígenas y tribales. El autor Astudillo Becerra en su estudio denominado “Reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas, un derecho fundamental” (2018) Explica el concepto de la propiedad ancestral en lo siguientes términos:

“Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en diversos pronunciamientos, ha caracterizado la propiedad ancestral señalando que:



- a) *No se basa en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos. (CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Serr.L/V/II,Doc.34, 28 de junio de 2007, párr.231)*
- b) *Se fundamenta en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, esto es, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades. (CIDH, Alegatos ante la Corte IDH en el caso *Awas Tigni V. Nicaragua*. referidos en: Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) *Amas Tigni Vs Nicaragua*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr.140 c).*
- c) *La posesión tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos ya que no es determinante la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral, puede haber movimientos sin que afecte la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas. “el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultura “(CIDH, Alegatos ante la corte IDH en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. referidos en: corte IDH. caso *Comunidad indígena yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 120 h).*

...

*La relación única con su territorio y su tierra se expresa de distintas maneras, puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal. (Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay*.*



Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 párr. 131.”

Por otra parte, nuestra legislación nacional y el tratado 169 del Organización Internacional del Trabajo, establecen el respeto al derecho consuetudinario sobre el derecho positivo en el tratamiento de los derechos civiles de las poblaciones indígenas. Así, el concepto de propiedad se regula a partir de la definición de términos como territorios *indígenas*, *tierras o reservas*, y su régimen jurídico incorpora una serie de derechos y limitaciones más cercanos al concepto de propiedad comunitaria que al de propiedad privada:

Nuestro país regula el concepto de propiedad indígena desde la promulgación de la Ley Indígena (Nº 6172 del 29/11/1977) que en sus artículos 2º y 3º explican:

Artículo 2º.- Las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. No son entidades estatales.

Declárase propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo primero de esta ley. La Procuraduría General de la República inscribirá en el Registro Público esas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas. Las reservas serán inscritas libres de todo gravamen. Los trasposos del Estado a las comunidades indígenas serán gratuitos, no pagarán derechos de Registro y estarán exentos de todo otro tipo de carga impositiva conforme a los términos establecidos en la Ley de CONAI.

Artículo 3º.- Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas.

¹ Astudillo Becerra, Luis Fernando (2018). Reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas un derecho fundamental. Actas de la V Jornada de Derechos Fundamentales. V.1 2018. Red Interamericana de Derechos Fundamentales y Democracia.

<https://red-idd.com/files/2018/GT2/Anais%202018%20GT%202%20-%20Fernando%20Astudillo.pdf>



Los indígenas sólo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que las comunidades indígenas 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. Al respecto, conviene citar la sentencia de la Sala Constitucional N° 868-2020 de las 9:30 horas del 17 de enero de 2020:

“IV.- SOBRE LA PROPIEDAD DE COMUNIDADES INDÍGENAS. Importante es indicar sobre el carácter colectivo o comunitario de la propiedad indígena, ya que la pertenencia de ésta no es personal, sino del colectivo como tal. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. 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.”

La protección legal de los derechos de los indígenas sobre las tierras sin embargo es de larga data, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia realiza un análisis complejo de este instituto cuando señala:

“XII. La afirmación anterior tiene un fuerte raigambre histórico y jurídico, muy conocido que dio como consecuencia la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de la Reserva Indígena Boruca- Térraba, lo cual por ser de interés público, no puede en



modo alguno soslayar este Tribunal. Los Brunca, están ubicados en la zona del Pacífico Sur, en lo que se conoce como Boruca Curré en la misma zona que se hayan los Terrabas que hasta el siglo XVIII estuvieron asentados en la zona atlántica. La primera normativa que hace referencia a esta situación se encuentra en la Ley de Terrenos Baldíos número 13 de 10 de enero de 1939 al establecer en su artículo 8 que "...se declara inalienable y de propiedad exclusiva de los indígenas, una zona prudencial a juicio del Poder Ejecutivo en los lugares en donde exista Tribus de éstos, a fin de que conserven nuestra raza autóctona y de liberarlos de futuras injusticias". Esta norma, que pudiera entenderse, como programática, fue ampliada por el Decreto número 45 de 3 de diciembre de 1945, al crear la Junta de Protección de las Razas Aborígenes de la Nación, cuya función básica tendía a la protección de las tierras de los aborígenes. Poco tiempo después, por Decreto Ejecutivo número 34 de 15 de noviembre de 1956 se declararon las reservas indígenas Boruca Térraba, Salitre Cabagra y China Kichá. En virtud de esta normativa la Reserva Indígena Boruca Térraba fue declarada inalienable, propiedad exclusiva de los indígenas en los términos de la Ley de Terrenos Baldíos. Estas disposiciones adquirieron rango superior incluso a la Ley, al tenor del artículo 7 de la Constitución Política, en cuanto la Asamblea Legislativa por Ley número 2330 del 9 de abril de 1959 (La Gaceta número 84 de 17 de abril de 1959) aprobó el convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la "Protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales", el cual, entre otras cosas, les reconoce su legítimo derecho a tener bajo su dominio las tierras de su propiedad, sea ello en forma individual y colectiva y que la sucesión se regirá por los principios de las costumbres de los pueblos. La Ley de Tierras y Colonización número 2825 de 14 de octubre de 1961 también incorporó un capítulo referido al tema con el objeto de proteger esas tierras y a las razas autóctonas. Fue a partir de esta normativa que por Decretos ejecutivos de 1996, número 11 del 2 de abril y número 26 de 12 de noviembre, se ordenó inscribir a nombre del Instituto de Tierras y Colonización, hoy Instituto de Desarrollo Agrario las tres reservas indígenas creadas en 1956, siendo una de ellas la Boruca



Térraba. Lo anterior significa que esta reserva se encuentra inscrita y con protección legal en cuanto a la inalienabilidad de sus tierras, aún antes de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas número 5251 de 11 de julio de 1973. En esta última su transitorio estableció que el Instituto de Tierras y Colonización entregaría las tierras por medio del trámite de información posesoria a los indígenas, siendo luego reformado por la Ley número 5651 de 13 de diciembre de 1974 para regresar a los conceptos de la inalienabilidad. Esto quiere decir, también, que la Reserva Indígena Boruca Térraba tuvo un régimen especial mucho antes de la acción del Estado por legalizar la situación de las reservas indígenas a través del Decreto ejecutivo número 5904-G del 11 de marzo de 1976 (para las del Chirripó, Guaymí de Coto Brus, Estrella, Guatuso y Talamanca) o el mismo Decreto ejecutivo número 6037-G del 26 de marzo de 1976. Las reservas adquirieron rango legal por el artículo 1 de la Ley Indígena número 6712 del 29 de noviembre de 1977, al citarse expresamente los decretos constitutivos de ellas, para tener un tratamiento más detallado a través del Reglamento de la Ley Indígena, Decreto ejecutivo número 8487-G del 26 de abril de 1978." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.223 de las 15:30 horas del 6 de julio de 1990. – Lo subrayado no es original–).

Esta legislación y su interpretación jurisprudencial, corresponde con el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Ratificado por Ley: N° 7316 del 03/11/1992) que en su numeral 13.1 regula la aplicación del derecho consuetudinario en materia de propiedad al señalar:

Artículo 13 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

En este sentido, el Convenio amplía la aplicación de los derechos consuetudinarios al exigir respetar *las modalidades de transmisión de*



los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (numeral 17.1).

El mismo convenio establece, además, reglas específicas para la regulación de la propiedad sobre tierras, territorios y reservas al señalar:

Artículo 14 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados 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 tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

En relación con el actual artículo 14 del Convenio N.º 169, es importante citar lo comentado por el Experto del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas en la Reunión de Expertos de setiembre de 1986:

“63. El experto del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, apoyado por varios expertos de las organizaciones indígenas y otros observadores, describió las relaciones especiales de los pueblos indígenas y tribuales con las tierras que ocupan. Declaró que se debería hacer referencia a los territorios que tradicionalmente ocupan y no simplemente a las tierras. La primera expresión incluye a todas las cosas propias de las tierras mismas, inclusive las aguas, el subsuelo, el espacio aéreo, sus ocupantes y plantas, la vida animal y todos los recursos que en ellas existan. El experto de Survival International insistió sobre la importancia de incluir las aguas de las costas y los bancos de hielo en esta categoría. Los pueblos indígenas y tribuales no consideran, como otros pueblos, que la tierra sea un simple factor de producción, sino además como una fuente de espiritualidad. A esto se agrega que para muchos pueblos indígenas la propiedad no implica la facultad de transmitir a otras personas todos los derechos sobre los territorios. Conforme a su concepción ellos se estiman simples depositarios de los territorios que ocupan, en



medio de una corriente ininterrumpida que les llegaba desde el pasado ancestral y se dirigía a las futuras generaciones, las cuales, al igual que las presentes y las pasadas, también tenían derecho a los territorios. En consecuencia, dichos pueblos consideran a estos territorios como inalienables, en el sentido de que no pueden transferir en forma permanente los derechos de quienes los han de suceder. Además, en casi todas las sociedades indígenas y tribales la tenencia de estas tierras es colectiva.”

El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos. Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la comunidad resolver los conflictos internamente, dentro del espacio en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, y que es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. (Al respecto Resolución N° 0268-F-10 del Tribunal Agrario del II Circuito Judicial de San José).

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua), realizó un análisis de los aspectos específicos de la propiedad comunitaria al señalar:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la



relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro..."

En general, la propiedad indígena en Costa Rica, es un régimen de propiedad especial, de carácter comunitario, al cual no le son aplicables en principio las normas de nuestro Derecho Positivo en beneficio de la aplicación del Derecho Consuetudinario de la sociedad indígena asentada en los territorios específicos. Al estar en presencia de una propiedad de carácter comunitario, no existe una individualización del derecho de propiedad, sino que la representación jurídica de la comunidad (ejercida en nuestro país por la Asociación de Desarrollo de la Comunidad y en este caso específico la ADI de Cahuita), ejerce los derechos normalmente reservados al propietario civil, pero con las limitaciones señaladas por la Ley Indígena citada.

El análisis realizado nos permite concluir que, al menos en el caso de nuestro país, los instrumentos jurídicos que podrían regular la propiedad ancestral están orientados hacia la protección de la propiedad comunitaria tanto para pueblos indígenas como tribales.

Nótese que la solicitud del ciudadano consultante, pretende una afectación territorial en cantones y distritos del Caribe hoy habitados por toda clase de población; pero recordemos que las facultades del Poder Ejecutivo en materia de propiedad privada están limitadas severamente por el principio de reserva de ley establecido en el artículo 45 constitucional.

Por otra parte, el tema de los derechos de propiedad ancestral se encuentra ausente en el proyecto de Ley que se tramita bajo el



expediente legislativo N° 23.903, ya que su contenido se limita casi a una repetición exacta de los alcances del Decreto 43532-MP-MINAE-MCJ-MEP.

En este sentido, parece necesario promover reformas legales ante el Poder Legislativo, para la implementación de un instrumento jurídico que permita establecer el reconocimiento, delimitación y puesta en posesión de la propiedad ancestral en el caso de las poblaciones tribales. Además, se requiere de una ley que establezca los mecanismos para reconocer quién es afrodescendiente y quien no, esto para la aplicación tanto del decreto que nos ocupa, así como la implementación de la Ley 10.120, sobre Acciones Afirmativas.

Atentamente,



Gabriel Aguilar Vargas,
Director de Despacho.

EMC/RSO