

Cultura jurídica y construcción de la indigeneidad en el Poder Judicial costarricense

MÓNICA MARÍA PÉREZ GRANADOS*

En el proceso de construcción del Estado-nación costarricense, la clase en el poder, imbuida de ideas evolucionistas y de la supuesta superioridad racial de los europeos, construyó una idea de identidad nacional ordenada de forma jerárquica, con un mestizo blanco, de origen predominantemente europeo, como el protagonista de la nación costarricense, lo cual lleva a perfilar a los pueblos indígenas como colectividades subordinadas debido a su tácita ubicación en un estado evolutivo inferior.

Al respecto, Marisol de la Cadena y Orin Starn¹ plantean un ejercicio de historización de la noción de *indigeneidad*, como referida a un relato y formación discursiva sobre lo indígena; es decir, a la idea que pueden tener estos grupos y los no indígenas sobre el ser indígena.

En el caso de Costa Rica se erige como un proceso de *otrerización*, mediante el cual lo indígena, de forma colectiva e individual, se construye como el otro interno, no sólo diferente, sino también in-

* Costarricense, abogada por la Universidad de Costa Rica, investigadora asociada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica; doctoranda en antropología por la UNAM. Correo electrónico: moniperaz@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1887-2846>

¹ Marisol de la Cadena y Orin Starn, "Indigeneidad: problemáticas, experiencias y agendas en el nuevo milenio", *Tabula Rasa*, núm. 10, enero-junio de 2009, pp. 191-223.

ferior al *nosotros*; por tanto, como una calidad étnica subvalorada y excluida de los grupos de poder, cuya supuesta inferioridad pasa a considerarse una característica esencial constitutiva de “lo indígena”.

Esta construcción se asienta en la colonialidad del poder, instituida con base en el concepto de raza y en la idea de la superioridad de Europa sobre América, las cuales permiten instaurar un nuevo patrón mundial de poder que determina el establecimiento de relaciones (políticas, económicas, sociales y culturales) capaces de generar un limitado acceso a bienes y servicios, así como al ejercicio de derechos para las poblaciones *racializadas*.²

Lo anterior se evidencia en Costa Rica en las condiciones de vida de las poblaciones indígenas; al respecto, los datos del censo de 2011 resultan reveladores, pues muestran que los indígenas habitan en las zonas más pobres, con infraestructura de menor calidad y enfrentan inconvenientes para satisfacer sus necesidades básicas, tales como obtener una vivienda y acceder a un empleo digno.³

Por su parte, esto se expresa a escala judicial en la asidua asistencia de estas poblaciones a instancias como la Sala Constitucional costarricense, encargada de garantizar los derechos y libertades fundamentales consagradas en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en un intento para hacer efectivos sus derechos vulnerados.

Sin embargo, los indígenas no siempre encuentran una respuesta satisfactoria a sus demandas, a pesar de que Costa Rica ha adoptado la más importante normativa internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y cuenta con una normativa interna e instancias destinadas a reconocerlos y hacerlos efectivos.

² Aníbal Quijano, “Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas”, *Estudios Latinoamericanos*, vol. 2, núm. 3, 1995, pp. 3-19.

³ El censo del 2011 muestra que mientras el promedio de años de escolaridad para la población total es de 8.7, para la población indígena es de 6.9 años. Adicionalmente, la tasa de desocupación nacional es del 5.7 por ciento, pero para los pueblos indígenas es de 39.2. Por su parte, el índice relativo a las necesidades básicas insatisfechas revela que la cantidad de personas con cuatro necesidades básicas insatisfechas constituye un 0.1 por ciento, pero en el caso de las comunidades indígenas, este porcentaje asciende a 3.1. Asimismo, en relación con las viviendas en mal estado, la mayoría son habitadas por la población indígena (17.8 por ciento), en tanto que, a nivel nacional, dicha relación es de 8.5; además, de 1 211 964 viviendas sólo 1 148 de las habitadas por indígenas cuenta con servicios básicos. De 1 127 991 acueductos, únicamente 189 están en comunidades indígenas y de los 1 158 902 alcantarillados, 108 corresponden a viviendas indígenas. Finalmente, de 1 194 999 servicios de electricidad que proveen las empresas, sólo 7 581 se ubican en comunidades indígenas.

Así, el Estado costarricense aprobó el Convenio 169 de la OIT, el cual fue convertido en ley de la república en 1992 y ha acogido la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de 2007; además de haber promulgado la Ley Indígena N.º 6172 desde 1977 y, recientemente, la Ley N.º 9593, denominada *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*, de 28 de septiembre del 2018, entre otras normas relacionadas con los derechos indígenas. En adición, la instauración de instancias como la Sala Constitucional en 1989 y la Subcomisión de Acceso a la Justicia del Poder Judicial costarricense, creada en mayo del 2007, han abierto espacios para que los pueblos indígenas planteen demandas y procesos, donde se analicen las violaciones a sus derechos, pese a los cuales persisten brechas que impiden hablar de un efectivo ejercicio de éstos.

Por su parte, la distancia entre lo que la norma dice y su aplicación práctica habla de un conjunto de factores que desbordan lo normativo y se sitúan en los planos económico, social y cultural. Así, en la presente exploración se retoman los aspectos de índole jurídico-cultural que inciden en el ejercicio de derechos de pueblos y de personas indígenas, con el objeto de hacerlos parte de la noción de cultura jurídica enunciada por el sociólogo del derecho Lawrence Friedman, en su texto *El sistema legal*, de 1975, en el cual habla del concepto de cultura legal, al indicar que “se refiere al conocimiento público de y a patrones de actitudes y conductas hacia el sistema legal”.⁴

A partir de esta definición, Friedman distingue entre la cultura legal externa e interna: define la primera como el conjunto de las ideas que personas de una sociedad determinada mantienen frente al sistema jurídico, y la segunda como la concepción que del derecho tienen quienes realizan tareas legales especializadas.

Retomo esta última definición y, siguiendo a Friedman, así como a Friedman y Pérez Perdomo,⁵ entiendo la cultura jurídica interna del Poder Judicial costarricense como el conjunto de expectativas, creencias, actitudes y opiniones de los funcionarios judiciales en relación con el derecho, la cual, en tanto sustrato de las interpreta-

⁴ Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, 1975, p. 193.

⁵ Véase a Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, *op. cit.*; Lawrence Friedman, “The Concept of the Legal Culture: A Reply”, en David Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997, pp. 34-49, así como a Lawrence Friedman y R. Pérez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, 2003.

ciones posibles, permite una mayor comprensión de la noción sobre “lo indígena” que se encuentra inserta en las acciones tomadas, las sentencias dictadas y en el ejercicio de derechos.

Así, exploro la construcción de la *indigeneidad* en el marco de elementos definitorios de la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense y sus consecuencias en el ejercicio de derechos, con el objetivo de conocer qué factores jurídico-culturales inciden en la brecha que existe entre los derechos reconocidos y su aplicación práctica, a efectos de que su conocimiento y su visibilización abonen a su efectivo disfrute.

El método utilizado

Dado que el presente texto responde a una exploración inicial cualitativa y no exhaustiva, para abordar lo relativo a la cultura jurídica interna llevé a cabo un total de doce entrevistas a personas juzgadoras judiciales, de las cuales la mayoría la componen mujeres (ocho de ellas y cuatro hombres) mayores de 35 años, con estudios de maestría y una amplia experiencia en el Poder Judicial, cuyos nombres se mantienen en el anonimato, por lo cual se utilizan seudónimos; adicionalmente, tres de ellos se desempeñan como docentes.

De dichas entrevistas se transcriben los fragmentos considerados de relevancia para la presente exploración. Estas entrevistas se hicieron en casas-habitación, cafés, restaurantes y por medio de comunicaciones por correo electrónico entre los meses de junio y septiembre de 2019. Por su parte, la observación etnográfica permitió relacionar los discursos expresados en las entrevistas con características sociales de los sujetos entrevistados.

En adición, ilustro estas declaraciones con criterios establecidos en sentencias emitidas por la Sala Constitucional costarricense debido a su carácter vinculante, es decir, obligatorias para todos los jueces de la República.⁶

⁶ El artículo 13 de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* estipula que “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”, por lo que sus criterios transversalizan *in toto* la impartición de justicia y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de pueblos y personas indígenas.

Lo indígena en el marco de la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense

El proceso de colonización hace que en Costa Rica se asuma la tradición jurídica romano-germánica adoptada a consecuencia del proceso de colonización costarricense por España. En consecuencia, el conjunto de creencias, actitudes y opiniones respecto del derecho⁷ se inscriben en el caso del Poder Judicial en el marco de dicha tradición, la cual posiciona a la ley, emanada de las autoridades competentes, como la principal fuente del derecho, de tal forma que para efectos jurídicos las normas positivas definen a quién se considera indígena, cómo se le considera y el ejercicio de derechos derivados.

Al respecto, la Ley Indígena N.º 6172 de 1977 señala en su artículo primero: “Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad”.

Esta definición refiere dos características para que una persona o pueblo sea considerado como indígena: que se trate de descendientes directos de civilizaciones precolombinas y que conserven su propia identidad. En consecuencia, ambos criterios deben ser identificados por los juzgadores para determinar si la ley aplica o no. Para esto se han apoyado de forma mayoritaria en lo que indican las Asociaciones de Desarrollo Indígenas (Adis),⁸ las cuales son instancias creadas por el Estado en los resultados de peritajes culturales, y en menor medida, en lo que enuncia la propia comunidad⁹ a través de sus entes representativos.¹⁰ Así, en la mayoría de los casos los entes estatales definen quién es o no indígena.

Lo anterior tiene efectos concretos en el ejercicio de derechos, en tanto no es siempre la propia comunidad sino el Estado quien defi-

⁷ Véase a Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, *op. cit.*; Lawrence Friedman, “The Concept of the Legal Culture: A Reply”, *op. cit.*; así como a Lawrence Friedman y R. Pérez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, *op. cit.*

⁸ Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias 2002-2623, 2003-03485, 6856 del 2005, 2010-018714, 2011-710 y 2012-018147.

⁹ En el Voto 1786-93, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las 16:22 horas del 21 de abril de 1993 indicó que las comunidades autóctonas debían definir quiénes eran sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que seguía la legislación para el resto de los ciudadanos: “De allí que deban respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena”.

¹⁰ En la sentencia 2010-10224, la Sala reconoció que eran los ancianos de la comunidad los que debían decidir quién era o no indígena.

ne quién es indígena, en transgresión a su derecho a la autonomía; por otro lado, no siempre se cuenta con peritajes culturales que permitan contemplar las voces de las personas indígenas y de sus instancias representativas, y por tanto, la aplicación de una justicia con pertinencia cultural.

Por su parte, el Convenio 169 de 1989 de la OIT en su artículo 1 puntualiza lo siguiente:

El presente Convenio se aplica: *a)* a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; *b)* a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Al respecto, pese a que el Convenio 169 de la OIT reconoce la importancia de la autoidentificación y de la conciencia de la identidad para determinar los grupos a los que se les aplica el citado cuerpo normativo, prevalece la noción de “lo indígena” como la de colectividades definidas por el Estado. De tal forma, quedan excluidos de los derechos contenidos en ese cuerpo normativo los inmigrantes indígenas que no pertenecen a pueblos ubicados dentro de la región geográfica a la que el país pertenecía en la época de la Conquista, y que han salido del territorio donde se han desplazado históricamente. Esto excluye las nuevas dinámicas de desplazamiento y movilidad a sitios no tradicionales debido a conflictos ambientales, violencia y a las políticas de ausencia estatal en territorios indígenas.

La costumbre dentro de una cultura jurídica imbuida por la tradición romano-germánica

Por su parte, en el caso concreto de Costa Rica,¹¹ el hecho de que la tradición romano-germánica se base en la primacía de la ley como la fuente de derecho, desemboca en que el derecho escrito prevalezca por sobre otras fuentes. Así, dentro de la tradición romano-germánica, la costumbre desempeña un papel supletorio, es decir, no goza del valor de la norma escrita, emanada de la autoridad competente, según el procedimiento establecido, el cual es concebido, a su vez, como garantía de la legitimidad social y de la racionalidad de la norma —pues la ley se considera como la expresión de la voluntad general.

Adicionalmente, dentro de la tradición romano-germánica y para el positivismo jurídico, el ordenamiento jurídico es un sistema de normas cuya unidad se basa en la norma fundamental, de la cual derivan su validez todas las normas del ordenamiento sucesivas, las cuales se ordenan de acuerdo con el orden jerárquico establecido.

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

En efecto según lo estipulado en el artículo 3 del Código Civil costarricense, el uso y la costumbre rigen en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo, lo cual, sumado al positivismo imperante, menoscaba otras concepciones de derecho no procedentes del Poder Legislativo, se-

¹¹ Al respecto debe indicarse que se trata de un ejemplo situado en Costa Rica, y en concreto, en el Poder Judicial costarricense; por ende, no proporciona generalizaciones universales, pero no obstante, da cuenta de sistemas jurídicos que parten del proceso de colonización española, lo cual puede resultar en situaciones homologables a las de otros poderes judiciales en América Latina.

gún el procedimiento establecido en la Norma Suprema (tal es el caso del derecho indígena).

En concordancia, en el artículo 8, sección dos del Convenio 169 de la OIT, se estipula que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, de lo cual se deriva su subordinación al sistema jurídico nacional.

A lo anterior se suma el positivismo jurídico que concibe como valor primordial la seguridad jurídica y refuerza la idea de un juzgador condicionado a acatar la norma escrita, lo cual marca la aplicación de criterios y la emisión de sentencias que dan prevalencia a criterios normativos más que a los culturales, sociológicos, históricos y axiológicos, mismos que, si bien sí son considerados, no tienen el mismo peso que el de la literalidad de la norma.¹²

Esto desemboca en una desatención de aspectos simbólicos y por tanto limita las posibilidades de llenar de contenido los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas con consideraciones de tipo sociocultural, de tal forma que éstos se efectivicen y no sean meramente nominales.

En adición, la jurisprudencia tiene el rango de norma no escrita y sirve para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito,¹³ por lo cual, salvo el caso del valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la de los jueces superiores no es directamente aplicable por los inferiores, en relación con casos análogos, aun cuando sea objeto de control de constitucionalidad.

Lo anterior en el marco de una construcción del Estado-nación costarricense como compuesto por una población ciudadana étnicamente homogénea, de origen europeo, la cual se asocia con la modernidad, la civilización, el desarrollo y a la *otrerización* de lo

¹² Así contemplado en los artículos 10 y 11 del Código Civil costarricense: “Artículo 10. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”. “Artículo 11. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

¹³ Según lo estipula el artículo 7 de la *Ley General de la Administración Pública*.

indígena como calidad étnica connaturalmente asociada a la ruralidad, la tradición, el salvajismo y la premodernidad y, por tanto, como calidad étnica subordinada.

La función de la persona juzgadora

Por su parte, la consideración de la norma escrita como cimiento y garantía de la objetividad lleva a concebir la labor de aplicación normativa que realiza la persona juzgadora como un razonamiento deductivo, que consiste en imputar la norma aplicable de la legislación vigente al caso en cuestión, para que una vez verificado el cumplimiento de los supuestos estipulados en ella, se produzcan los efectos jurídicos planteados y se logre justicia pronta y cumplida.

Esta concepción mecanicista irreal pero predominante ha llevado a concebir a la persona juzgadora inserta dentro de una estructura jurídica estatal como la boca de la ley, lo cual desemboca en la desconsideración de quienes imparten justicia en las comunidades indígenas como jueces o juezas en el sentido estricto de la palabra.

Por su parte, la preponderancia de la norma escrita dentro del ordenamiento jurídico costarricense se respalda a nivel formativo en una fuerte preparación teórica y un limitado papel al estudio de la jurisprudencia, a la discusión interdisciplinaria y a la formación práctica, aunque la labor de interpretación normativa obedece a razones de índole económica, social, cultural y personales, que, al lado de la norma, llevan a dimensionar como legítima una determinada interpretación y no otra. El juez es, pues, la boca de la ley, sí, pero de una ley interpretada de acuerdo con un contexto y hasta con posicionamientos personales, ocultos bajo el principio de independencia judicial.

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

Lo anterior se expresa en las definiciones normativas. Al respecto, el artículo 2 de la Constitución Política costarricense manifiesta que la soberanía reside exclusivamente en la nación, mientras que el artículo 105 establece que la potestad de legislar mora en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio, de manera que las normas promulgadas por ésta son expresión de la voluntad popular, lo cual sumado al artículo 129, que establece que las leyes son obligatorias y que nadie puede alegar ignorancia de éstas, y al numeral 41, que señala que recurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, y que debe hacerse justicia pronta y cumplida, llevan a conceptualizar la ley como expresión de la voluntad popular (ente trascendente, homogeneizado y monolítico) expresada y delegada en el Poder Legislativo, entidad que promulga instrumentos que permiten hacer efectivos los derechos, pues, gracias a ella, se ha de encontrar reparación y se ha de hacer justicia pronta y cumplida, de lo que se deriva que la ley promulgada por los canales establecidos es *per se* justa y buena.

En ese sentido, es particularmente distintiva la representación de la justicia en el edificio de los tribunales costarricenses como una diosa de ojos vendados y balanza en mano, que refiere a una autoridad trascendente e incorruptible que sin mirar diferencias otorga a cada uno y de manera justa cuanto le corresponde.

Estas ideas refuerzan la creencia de que, para hacer efectivos los derechos, basta con la existencia de normas, pese a que éstas no se apliquen. De ahí se desprende la fe en que la emisión normativa y las reformas jurídicas, en especial las de la fuente suprema o constitucional, bastan para permitir el acceso y efectivo ejercicio de los derechos.

Por otra parte, la confianza en la emisión normativa, como remedio para hacer efectivos los derechos y encontrar reparación a los daños sufridos, incide en que no se cuestione su efectividad, pese a su discordancia con la realidad o a su ineficacia. Esto conduce a su vez a que, en la práctica, la emisión normativa sirva más para legitimar las prácticas de las instancias públicas y de las políticas de ausentismo estatal con respecto de los pueblos indígenas, que como herramienta efectiva para ejercer derechos. Lo anterior evita la problematización y privilegia el mantenimiento de un orden social, económico y político determinado.

Si a estas ideas se le suma el temor de los jueces de incurrir en prevaricato¹⁴ —que tipifica como delito penado con años de cárcel al funcionario judicial que dictare resoluciones contrarias a la ley—, así como a la cantidad de trabajo existente,¹⁵ que dificulta discusiones amplias e interdisciplinarias, hacen incidir en interpretaciones jurídicas que pueden terminar por reproducir nociones sobre lo indígena que se han convertido en aspectos “de sentido común” y han sido naturalizadas como evidencias, más que en interpretaciones innovadoras que efectivicen el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, las cuales requieren de discusiones a fondo de aspectos que rebasan lo meramente jurídico.

“Lo indígena” como calidad asociada a las prácticas inhumanas y al canibalismo

Ahora bien, la prevalencia del derecho escrito lleva a desconocer como tal aquellos preceptos que no sigan la vía de creación normativa establecida en la Norma Suprema. Éstos quedan fuera del sentido común jurídico, de ahí que el derecho indígena sea visto y conceptualizado dentro del ordenamiento jurídico costarricense como derecho consuetudinario, o incluso, como un conjunto desarticulado de costumbres ligadas a mitos y a una visión del mundo de seres ubicados en un estado evolutivo inferior, lo que a su vez, los hace acreedores de un proto derecho inferior al de un ordenamiento normativo racional. De esto se deriva que tales costumbres deben ser reconocidas únicamente si no contradicen los ordenamientos jurídicos nacionales, los derechos humanos, la moral y el orden público.

En este escenario se inscribe lo expresado en la histórica sentencia en la que la Sala reconoció la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, con ocasión de la consulta legislativa preceptiva de

¹⁴ Código Penal costarricense: “Artículo 350. Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores”.

¹⁵ En una revisión realizada de la página del Poder Judicial, en agosto de 2019 se consigna que en 1989 la Sala conoció 365 casos, mismos que, al pasar los años, han aumentado de manera constante al punto que en el 2018 la Sala resolvió 20 493 casos.

constitucionalidad de que fue objeto la adopción de esa norma internacional. En esa sentencia la Sala estipuló:

El Convenio consultado [...] plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendentes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales de los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de la situación deprimida, a veces incluso explotada y maltratada, en que viven los aborígenes de muchas naciones; situación que no es del todo ajena al Continente Americano, donde las minorías, y a veces mayorías indígenas, se encuentran prácticamente desplazadas de la civilización predominante [...] Hoy, en el campo de los derechos humanos se reconoce [...] Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado —lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos sólo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo—; c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante [...].¹⁶

Esto implica el reconocimiento de la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, dentro de una noción de “lo indígena” como calidad étnica asociada a prácticas inhumanas y al canibalismo, relativa a sujetos “prácticamente desplazados de la civilización predominante”; de manera tal que, por encima del respeto a sus tradiciones, se encuentra la obligación de resguardar “la dignidad y valores fundamentales reconocidos por el mundo civilizado”.

A partir de este razonamiento se deduce la exclusión de los indígenas del mundo civilizado y la idea de que sus tradiciones pueden vulnerar los derechos humanos. Así, sin ningún antecedente histórico, ni caso referencial que en concreto permita sostener tales

¹⁶ Sentencia 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992.

argumentaciones, se le atribuye a los indígenas costarricenses prácticas como el canibalismo, la cual los deshumanizan en tanto encierra un elemento en las ideas que asocian lo indígena con lo salvaje, fijando un criterio racista no utilizado con otros colectivos.

En concordancia, las costumbres indígenas se reconocen en la medida en que se trate de las costumbres permitidas por el ordenamiento jurídico, la moral y el orden público, lo cual deja abierta la intromisión en asuntos internos en todos aquellos casos que el indio permitido¹⁷ se salga de los límites y márgenes del sistema jurídico dominante, mismo que implica una transgresión a la autonomía.

Por su parte, este criterio es respaldado por la existencia de normas que conceptualizan la validez de las costumbres de los pueblos indígenas cuando no se oponen a los derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales ni a los derechos humanos internacionalmente reconocidos,¹⁸ siendo el discurso implícito de estas normas que las costumbres indígenas son susceptibles de violentarlos.

Lo indígena como calidad étnica subordinada

En este marco se crean instituciones para atender y representar a los pueblos indígenas; así, en la Ley Indígena y su Reglamento se establecen las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (Adis) y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (Conai) como instancias representativas de los pueblos indígenas, pese a ser entes de creación estatal, lo cual es vivido por quienes han objetado estos entes como un acto de subordinación de sus instancias representativas a las estructuras impuestas por el Estado, que, de esa forma, extiende su control socio-jurídico sobre las comunidades.

Sobre este tema, el Relator Especial de Naciones Unidas en su visita a Costa Rica en 2011 exteriorizó: “[...] las Adis que existen en los varios pueblos indígenas de Costa Rica son percibidas como agencias del Estado y no como instituciones verdaderamente representativas de los pueblos. Se alega que las Adis han sido una impo-

¹⁷ Charles Hale, El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del “indio permitido”, en *Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA “Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado”*, 2004, pp. 51-66.

¹⁸ Según artículo 8 inciso 2 del Convenio 169 de la OIT.

sición que ha llevado a debilitar las estructuras tradicionales de representatividad”.¹⁹

Al respecto, una situación particularmente grave es la vivida en Térraba, donde dicha instancia sigue manteniendo la participación ilegítima de personas no indígenas, lo cual ha llevado a que un sector del pueblo no la reconozca debido a las desafiliaciones y afiliaciones ilegítimas, situación que dio cabida a la sentencia 2010-10224, en la cual la Sala Constitucional costarricense varía el criterio respecto al cual eran las Adis las que definían a quién se consideraba como indígena, para reconocer que eran los ancianos de la comunidad quienes debían definirlo.

No obstante, al margen de lo estipulado en dicha sentencia, la Sala ha reiterado²⁰ a las Adis como la única expresión legítima de representatividad de la comunidad indígena, al grado de que en cada territorio no puede haber más de una.²¹

Por eso, pese a que en el 2010 parece darse un quiebre en cuanto al poder otorgado a las Adis, en el 2011, mediante el voto 397, la Sala reitera la competencia de estas instancias para disponer de la posesión de la tierra,²² así como considera que “la mayor parte de las poblaciones indígenas tienen un grado de evolución cultural bastante avanzado, debido a su forma de organización actual, a través de las Asociaciones de Desarrollo Indígenas”, criterio que evidencia a su vez una noción de lo indígena como calidad étnica ubicada en un grado evolutivo inferior, mismo que demuestra “su evolución” en tanto se organice a través de dichas instancias estatales.

En cuanto a la Conai, inicialmente se mantuvo el criterio de considerarla como el ente representativo de las comunidades indígenas, lo cual comenzó a variar en el 2005,²³ cuando la Sala sostuvo que si bien la Conai es una entidad estatal conformada por indígenas, no puede asimilarse a las comunidades indígenas.

No obstante, la Conai sigue siendo el forzoso referente estatal en tareas de vital importancia para la autonomía de las comunidades

¹⁹ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre El Diquís, párrafo 26.

²⁰ Entre otras las sentencias 2002-2623, 2003-03485, 6856 del 2005, 2010-018714, 2011-710 y 2012-018147.

²¹ Criterio consignado en el voto 12-005315.

²² Por lo demás, el mismo voto es limitado, en tanto el carácter representativo otorgado a los ancianos es sólo para determinar la condición de indígena de un sujeto, lo cual, pese a que representa un avance, no tiene incidencia directa en la definición de políticas públicas y de recursos.

²³ Cuando se emite el voto 05-006856.

indígenas. Tal es el caso de la competencia en las certificaciones de derechos de no indígenas en áreas colindantes con los territorios, o la competencia para autorizar y vigilar la explotación racional de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas.²⁴

La consideración de aspectos socioculturales en la emisión de sentencias

Dado el escenario previamente referido, los aspectos de índole cultural son accesorios y no siempre contemplados para emitir sentencias, aunque cada pueblo tiene diversas formas de llenar de contenido y hacer efectivos sus derechos. Al respecto, Carolina refiere:

Debemos cuestionarnos sobre el tipo de “justicia” que se está impartiendo realmente en el país, por cuanto ésta podría estar más ciega de lo que debería estar, al omitir, a la hora de impartir el fallo, aspectos socioculturales y económicos relevantes. Los jueces de la República se encuentran abrumados con la cantidad de casos y expedientes que deben resolver. A la hora de emitir una sentencia, lo normal es que ese tipo de discusiones no se lleven a cabo. Realmente, es en casos muy grandes en los que se manejan grandes intereses económicos, y en los que los grandes bufetes participan como partes, que se podría presentar este tipo de discusión (comunicación personal, 11 de junio de 2019).

En similar sentido, Alejandra indica:

Si las partes introducen, por ejemplo, la necesidad de un peritaje cultural, o un peritaje antropológico, se incorpora y, a partir de ahí, se genera alguna discusión, pero es una discusión reglada, no libre. Por ejemplo, en materia penal, gracias al convenio de la OIT, se ha empezado a hacer peritajes culturales de las poblaciones indígenas cuando una persona indígena se encuentra como víctima o como imputado en un proceso penal y, a partir de ahí, se generan discusiones importantes (comunicación personal, 19 de agosto de 2019).

²⁴ En relación con esto, pueden consultarse las resoluciones 3515-97, 04-009931 y 12-007214.

Al respecto, para las personas juzgadoras entrevistadas, la existencia de una formación profesional formalista lleva a que el juez se considere como el aplicador de la literalidad de norma, más que como un actor que dentro del contexto histórico y sociopolítico deba realizar una interpretación con un elevado nivel de elaboración.

En este sentido, Ricardo dice:

Las clases, en su mayoría, siguen siendo magistrales y en las que se va a tomar nota de lo que luego se debe repetir en los exámenes. Seguimos siendo educados para aplicar leyes y códigos y repetir lo que dice el profesor. Falta un aprendizaje práctico que nos prepare para enfrentar cosas de las que hablan poco los profesores en las clases, y en general, que adolecen de una discusión a fondo en la sociedad costarricense (comunicación personal, 23 de agosto de 2019).

Por su parte, Carolina señala:

En las universidades costarricenses, tanto públicas como privadas, la educación jurídica se lleva a la práctica a través del estudio de los libros de texto de doctrina, historia y filosofía del derecho; así como del marco normativo que nos rige, siguiendo la pirámide de Kelsen de las normas, partiendo de la Constitución y los tratados y convenios internacionales, hasta los reglamentos, decretos, etc. Los profesores usualmente imparten clases magistrales, y evalúan lo aprendido por el estudiante a través de exámenes parciales y finales; desde mi experiencia no existe la práctica de enseñar a través del análisis de caso (comunicación personal, 11 de junio de 2019).

En concordancia, Alexis apunta:

En las universidades, la formación se basa en el estudio del sistema normativo; ahorita, en el mejor de los casos, de la Constitución hacia abajo. Lamentablemente, no siempre los instrumentos internacionales de Derechos Humanos han tenido un peso significativo en la malla curricular. Ciertamente, predomina más la clase magistral; todavía, aunque hay otras metodologías, siguen predominando los exámenes basados en el conocimiento y no necesariamente en la resolución de casos. Por otro lado, la resolución del conflicto no es en conciencia, sino con base en la normativa y en el orden jerárquico que se juró cumplir (comunicación personal, 13 de junio de 2019).

Así, aun cuando el estudio de casos no sea ajeno a las escuelas de derecho costarricense, se privilegian las clases magistrales, el estudio de teoría y la aplicación de exámenes, muchas veces focalizados en criterios memorísticos y en los que se consignan las soluciones dadas por el docente, más que en el estudio de casos y en una discusión interdisciplinaria dirigida a la resolución de problemas.

Aunado a lo anterior, dentro de la formación académica de las universidades, los cursos sobre los derechos de los pueblos indígenas son básicamente inexistentes y no se encuentran dentro de cursos obligatorios, de manera que, aunque posteriormente el Poder Judicial —a través de las unidades de capacitación y de la escuela judicial— imparte cursos de formación con el propósito de crear conciencia en la judicatura sobre los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, persisten limitaciones debido a la carencia de una formación básica sobre el tema. Sobre dicho tópico, Nuria indica:

Falta mucho por hacer para cumplir los derechos de los pueblos indígenas. Lo que pasa es que no todos los jueces tienen formación en el tema, que es algo muy reciente. Si eso pasa con nosotros que somos jueces agrarios y hemos recibido capacitación sobre el tema, imagínese con los otros que nunca en su vida ven ni se topan con indígenas (comunicación personal, 17 de septiembre de 2019).

Al respecto, Ana María enuncia:

Aparte de que existe, en muchos casos, discriminación racial por parte de algunos operadores de justicia, en la mayoría de los casos éstos carecen de formación jurídica específica relacionada con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Desgraciadamente, en nuestro país la materia no se encuentra incluida formalmente en la currícula de estudios de las universidades públicas y de las privadas y en el Poder Judicial no fue hasta la promulgación de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Poblaciones en Condición de Vulnerabilidad, que, por Acuerdo de Corte Plena, fueron adoptadas en su totalidad por la Corte, que el tema comenzó a ser tratado y analizado por una Subcomisión Institucional de Acceso a la Justicia para Personas Indígenas (comunicación personal, 12 de junio de 2019).

Por su parte, Ricardo asevera:

En cuanto al tema de los derechos de los pueblos indígenas a todo nivel, se observan incumplimientos de los derechos que les son inherentes y que les son reconocidos por tratados internacionales. En materia de consulta, por ejemplo, hasta ahora, por algunas intervenciones de la Sala Constitucional se está obligando a que se efectúe, sólo que la forma en que se operativiza no necesariamente refleja la voluntad de los pueblos. En materia de Derecho Penal hasta ahorita ha comenzado a establecerse la necesidad de que existan traductores, y que el juicio se haga en un lenguaje accesible, que se haga en las comunidades. Hay grandes problemas en los temas de traductores. Todavía existen prácticas indebidas, como la de emitir sentencias orales, con respaldos audiovisuales a los que no tiene acceso la población indígena. El tema del peritaje cultural o antropológico, que se está exigiendo para conocer la cosmovisión, las costumbres, etc., y respetar el Convenio de la OIT, hay pocos profesionales capacitados para realizarlos. Adicionalmente, las personas indígenas que son sentenciadas por delitos graves, en donde no se puedan utilizar sanciones que marca la costumbre de su comunidad, tienen que cumplir la pena en centros penales, en el mejor de los casos en centros de población muy lejanos a los territorios en los que viven, lo cual los desarraiga de su población (comunicación personal, 23 de agosto de 2019).

Por su parte, Luis señala:

En el Poder Judicial predomina un enfoque destinado a sacar adelante el trabajo y resolver la mayor cantidad de casos; en este escenario los derechos de los pueblos indígenas son asuntos que se han desarrollado más por la Sala Constitucional, pero sobre todo por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso, el control de convencionalidad, que es algo novedoso, no siempre es parámetro ordenador a la hora de resolver casos (comunicación personal, 20 de agosto de 2019).

A esto se suman las limitaciones internas para que jueces y juezas asistan a las capacitaciones emprendidas por el Poder Judicial debido, por ejemplo, a factores de tipo económico que impiden contar con los recursos para autorizar la sustitución de la persona juzgadora. De igual manera, cuando hay personas juzgadoras unipersonales

se da el caso de que no pueden asistir a los cursos de formación y actualización, pues deben atender los casos asignados.

No obstante, las personas juzgadoras entrevistadas presentan una disposición personal más progresista al señalar, recurrentemente, la necesidad de “interpretaciones pertinentes y justas que den respuesta real a las demandas de las personas” y a la necesidad de una justicia “con rostro humano”, como el norte hacia el cual debe propender el proceso de interpretación normativa.

Al respecto, Nuria dice:

Los territorios indígenas son otro mundo, y el derecho debe interpretarse considerando las visiones del mundo de los pueblos indígenas; esto no se hace, pero es algo que nos toca a todas y todos, el Poder Judicial debe tener un rostro más humano, cara de mujer, de indígena, de persona con discapacidad. Considerando que el valor fundamental de derecho es la convivencia social entre los seres humanos y el respeto de sus derechos fundamentales, sin discriminación de ninguna especie (comunicación personal, 17 de septiembre de 2019).

Mientras que Xinia considera:

Hay mucho desconocimiento de los pueblos indígenas; por eso, hay que tener un acercamiento de otro tipo y valorar asuntos como los fuertes intereses económicos, que hacen que se cometan muchas violaciones en cuanto a los territorios indígenas, que son usurpados por personas no indígenas tanto para construir ahí sus viviendas como para la explotación agrícola o minera y la tala de árboles. Pero esto no es todo, también falta considerar aspectos sociales y culturales que hacen que sean violentados sus derechos laborales; por ejemplo, es el caso de la población *ngäbe buglé* reducida prácticamente a servidumbre, dentro de la cual sufren aún más las mujeres que, en algunas ocasiones, se ven separadas de sus hijos para ser llevados a instituciones estatales (comunicación personal, 21 de octubre de 2019).

Por su parte, Elena refiere:

Es indispensable la realización de peritajes culturales y de una discusión interdisciplinaria que permita un efectivo ejercicio de derechos de poblaciones de las que se conoce poco; éste debe ser un proceso que se ha de implementar paulatinamente debido a que necesita de recursos

y de reformas profundas que implican un cambio de mentalidad (comunicación personal, 23 de octubre de 2019).

Estas declaraciones hablan de la distancia entre la formación académica y una práctica institucional de corte positivista, pero a la vez descomprometida con la aplicación de la normativa existente sobre derechos indígenas, frente a la importancia que a escala personal se otorga a respetar la normativa y a considerar el entorno social y cultural. En ese sentido, evidencian las diversas formas en que son apropiados u objetadas las prácticas jurídicas que limitan el cumplimiento de los derechos de dichos pueblos.

Por ello, diversos autores han llevado a cabo estudios etnográficos que dan cuenta de que el Estado y sus instituciones no son instancias coherentes, organizadas y de características precisas e inalterables, por lo cual sólo es posible entenderlo si se consideran las prácticas de los agentes situados histórica y culturalmente que lo reproducen a diario.²⁵

En correspondencia, las declaraciones de las personas funcionarias judiciales entrevistadas hablan de una disonancia entre los aspectos que para ellos efectivamente se consideran al momento de dictar las sentencias y las aspiraciones, a nivel personal o del deber ser, que ellos evalúan deberían considerarse.

No obstante, aunque hay disenso, se termina por reproducir un orden social cimentado en estructuras que impiden el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, Thompson²⁶ señala que, pese al desafío al orden social, su reproducción obedece a la falta de un consenso dirigido a conducir a acciones políticas que conlleven a cambios sustanciales, y agrega que: “el rechazo de los valores y las creencias propagados por los principales organismos de socialización, no representan necesariamente un desafío al orden social. Con frecuencia, el escepticismo y la hostilidad

²⁵ Véanse Philip Abrams, “Notes on the Difficulty of Studying the State”, *Journal of Historical Sociology*, vol. 1, núm. 1, 1988, pp. 58-89; Akhil Gupta, “Blurred Boundaries: The Discourse of Corruption, the Culture of Politics, and the Imagined State”, *American Ethnologist*, vol. 22, núm. 2, 1995, pp. 375-402; Aradhana Sharma y Akhil Gupta (eds.), *The Anthropology of the State. A Reader*, 2006; y Salvador Schavelzon, “Antropología del Estado en Bolivia: verdades sagradas, farsas políticas y definiciones de identidad”, *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 28, 2008, pp. 67-84.

²⁶ John Thompson, *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de las comunicaciones*, 1998.

se amalgaman con los valores tradicionales y conservadores. Y a menudo se moderan por un sentido de resignación”.

En este sentido, factores tales como las diferencias debidas a la rama del derecho en que las personas juzgadoras se especializan, la instancia del Poder Judicial donde trabajan, los particulares procesos de formación profesional, los factores personales, de género, clase y edad, entre otros, impiden acuerdos sustanciales para un reconocimiento más progresista de los derechos de los pueblos indígenas.

Lo anterior, sumado a la particular ubicación dentro de la estructura económico-social de las personas juzgadoras, así como de las condiciones materiales concretas selladas por un marco legal de actuación (y las consideraciones culturales impresas dentro de éste) inculcado por los procesos de socialización y reforzado en las instancias de formación universitaria mediante sus métodos pedagógicos, explican por qué las declaraciones previamente referidas describen tanto la prevalencia del positivismo jurídico como el incumplimiento de los derechos que las normas estipulan, lo cual podría parecer contradictorio si no se considera que la misma norma estipula el reconocimiento de los derechos indígenas como supeditados al ordenamiento jurídico nacional, a la moral, al orden público y a los derechos humanos (concebidos desde una visión unidireccional).

En ese sentido, el Poder Judicial no es monolítico —ni lo son sus diversas instancias—, pero tampoco una suma de fragmentos. Hay, pues, una cultura jurídica inmersa dentro de una tradición normativa y una idea sobre “lo indígena” traducida en normas, cuyo respeto es reforzado mediante procesos de formación universitaria e institucional, que al lado de las subjetividades y visiones personales operan en prácticas jurídicas cotidianas que deben ser considerados a la hora de analizar las posibilidades que el disenso —el cual desafía el positivismo jurídico y articulado discurso que el Estado-nación tiene sobre pueblos y personas indígenas— ofrece para un mayor acceso a la justicia de estas colectividades.

En relación con lo anterior, Díaz Arias refiere el peso de la construcción imaginaria de una Costa Rica “blanca” que, con la idea de una “raza homogénea”, “construyó una imagen del indígena como una cultura y una sociedad desaparecidas en la época colonial y sin ninguna conexión con la actual sociedad costarricense”.²⁷

²⁷ David Díaz Arias, “Entre la guerra de castas y la ladinización. La imagen del indígena en la Centroamérica liberal, 1870-1944”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, abril de 2007, p. 59.

A esto se suma que la reforma al artículo primero constitucional, en donde Costa Rica se reconoce como república pluriétnica y multicultural, se efectuó hace apenas cuatro años, en agosto de 2015, a diferencia de países como Colombia (1991), Perú (1993) o Bolivia (1994) entre otros; de manera que en contraste con esos estados, las concepciones normativas de valoración positiva y reconocimiento de la diversidad son más recientes.

En este orden de ideas se construyen modelos de interpretación articulados en un derecho liberal y dentro de una cultura jurídica basada en la tradición romano-germánica, según la cual, la persona juzgadora inserta en el aparato judicial es la boca de una ley racional, universal y legítima de cuya aplicación se obtiene justicia pronta y cumplida, mientras que lo indígena, como calidad étnica subordinada, implica la sujeción al ordenamiento nacional y a los derechos humanos.

En este escenario, el derecho indígena es considerado como costumbre y las costumbres de estos pueblos son apreciadas siempre que no entren en contradicción con los ordenamientos jurídicos nacionales, los derechos humanos, la moral y el orden público de un “nosotros” considerado como superior a la otredad indígena.

En ese sentido, el dogma del positivismo jurídico en la autonomía y la neutralidad del derecho encubre que las prácticas judiciales y las sentencias son producto de sujetos socializados en una determinada cultura, imbricada por relaciones de poder que son protegidas por un derecho liberal, dentro del cual una normatividad es valorada en detrimento de la otra.

Lo anterior no desmerece la normativa dictada ni los valiosos reconocimientos que se han realizado en instancias como la Sala Constitucional en sus sentencias²⁸ o en la Subcomisión de Pueblos

²⁸ Dentro de éstos se encuentra la consideración de los derechos territoriales como derechos fundamentales en el voto 6229-99 (relativo a la constitucionalidad del reclamo de los indígenas *malekus* para reivindicar tierras que les fueron cercenadas o cuando estipuló que los límites impuestos a las comunidades indígenas pueden ser una ficción estatal, por lo que se debe recurrir a otros criterios que den cuenta de la ocupación histórica y tradicional, estipulado en el voto número 10224-2010 de las 10:51 del 11 de junio de 2010). Asimismo, existen sentencias como la 7536-2016, en la cual se estipuló que se deben respetar las costumbres de la comunidad indígena sobre la propiedad, o la 10288 del 2016, en la que —basada en los resultados de un peritaje cultural— se estimó que la no prórroga de un nombramiento no resultaba arbitraria, siempre y cuando se respondía a la cosmovisión y a la cultura *cabécar*. En adición, se ha estipulado que parte del debido proceso del imputado indígena implica la presencia y la participación de traductores y que se debe considerar la condición de indígena del imputado al momento de imponer la pena (votos 11-10836 y 11-11310). También ha esta-

Indígenas. No obstante, muestra que la distancia entre emisión y aplicación normativa debe ser explicada como un proceso socialmente estructurado, dentro del cual no son ajenos el orden geopolítico, las concepciones de derecho imperantes y los aspectos simbólicos y de construcción de sentido.

A modo de cierre

El derecho de corte liberal, el positivismo y la cultura jurídica del Poder Judicial costarricense privilegian la aplicación de normas escritas que validan el reconocimiento normativo de lo indígena como calidad étnica subordinada. En concordancia, la jerarquía normativa estipulada en los artículos 6 y 7 de la *Ley General de la Administración Pública*, y en el Capítulo I del Código Civil costarricense, le otorgan al derecho indígena, concebido como derecho consuetudinario, la categoría de fuente no escrita, supeditada al ordenamiento jurídico positivo, a la moral (de la sociedad dominante) y al orden público. Esto también sucede con el Convenio 169 de la OIT, pues supedita el reconocimiento de las costumbres e instituciones indígenas a que no contravengan los ordenamientos jurídicos nacionales y los derechos humanos.

En consecuencia, la norma contiene una formación discursiva sobre lo indígena que consagra un orden social y sus relaciones de poder, pese a que esta situación se mantiene oculta incluso para los aplicadores jurídicos que han interiorizado la idea de la legitimidad de las normas debidamente aprobadas, las cuales se reconocen como universales e igualitarias. Esto se expresa en el discurso enunciado en las entrevistas, en donde lo que se cuestiona no es la norma sino su falta de aplicación.

blecido la celebración de audiencias en la comunidad indígena donde reside el imputado para garantizar el derecho a la unión familiar y al ligamen con la comunidad de origen que mantienen los indígenas (voto 2015-014906), así como la obligación de asignar asistencia letrada en caso de pensiones alimentarias donde los acusados sean indígenas, para no causar indefensión (voto 011544-2016), y contar con traductores en casos ante el Patronato Nacional de la Infancia que involucren menores de edad que no hablen español (voto 2015-006279). No obstante, al lado de estos criterios subsisten visiones limitadas del derecho a la consulta previa libre e informada, cuando la Sala consideró en el voto número 2011-12975 que la consulta indígena no procedía en etapas de prefactibilidad. Así como criterios paternalistas que siguen considerando a las Adis y a la Conai como instancias representativas de los pueblos indígenas.

De tal modo, se encubren las relaciones de poder que determinan su promulgación y posterior aplicación, lo cual llama la atención sobre la necesaria consideración de aspectos estructurales de naturaleza social, económica y simbólica que, al lado de los jurídicos, determinan el ejercicio de los derechos.

Bibliografía

- Abrams, Philip, "Notes on the Difficulty of Studying the State", *Journal of Historical Sociology*, vol. 1, núm. 1, 1988, pp. 58-89.
- Anaya, James, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 30 de mayo de 2011.
- Cadena, Marisol de la, y Orin Starn, "Indigeneidad: problemáticas, experiencias y agendas en el nuevo milenio", *Tabula Rasa*, núm. 10, enero-junio de 2009, pp. 191-223.
- Díaz Arias, David, "Entre la guerra de castas y la ladinización. La imagen del indígena en la Centroamérica liberal, 1870-1944", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, abril de 2007, pp. 58-72.
- Friedman, Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975.
- , "The Concept of the Legal Culture: A Reply", en David Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Reino Unido, Dartmouth, 1997, pp. 34-49.
- , y R. Pérez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford, Stanford University Press, 2003.
- Gupta, Akhil, "Blurred Boundaries: The Discourse of Corruption, the Culture of Politics, and the Imagined State", *American Ethnologist*, vol. 22, núm. 2, 1995, pp. 375-402.
- Hale, Charles, "El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del 'indio permitido'", en *Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA "Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado"*, Guatemala, 2004, pp. 51-66. Recuperado de: <http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos Costa Rica, *X Censo Nacional y VI de Vivienda. Resultados generales*, San José, INEC, 2011.
- Quijano, Aníbal, "Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas", *Estudios Latinoamericanos*, vol. 2, núm. 3, 1995, pp. 3-19.
- Schavelzon, Salvador, "Antropología del Estado en Bolivia: verdades sagradas, farsas políticas y definiciones de identidad", *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 28, 2008, pp. 67-84.

Sharma, Aradhana, y Akhil Gupta (eds.), *The Anthropology of the State. A Reader*, Estados Unidos / Reino Unido / Australia, Blackwell Publishing, 2006.

Thompson, John, *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de las comunicaciones*, México, UAM, 1998.