



La expropiación en propiedad indígena

Rama: Derecho Constitucional.	Descriptor: Derechos Fundamentales.
Palabras Clave: Propiedad Indígena, Expropiación a No indígenas, Ley Indígena.	
Sentencias.: Trib. Cont-Adm Sec VII: 74-2013. Trib. Agrario: 635-2010, 268-2010, 772-2007, 377-2006, 146-2002.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 14/10/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre casos de expropiación que se han dado de personas no indígenas en Reservas indígenas. Se consideran los supuestos del artículo 5 de la Ley Indígena en el cual se establece que sucede en estos casos.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Artículo 5º-	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Régimen jurídico de protección a sus reservas: Ilegítima conducta omisiva para resolver gestiones relacionadas con terrenos ocupados por personas no indígenas.....	2
2. Naturaleza jurídica y características: Segregación y venta de lote ubicado en reserva es nulo	29
3. Improcedencia de acción reivindicatoria por tratarse de terrenos inalienables	34
4. Carácter especial colectivo o comunitario, normativa aplicable y competencia para resolver conflictos y disposición de terrenos	39
5. Propiedad agraria indígena: Inaplicabilidad de la usucapión por naturaleza especial de terreno poseído	43
6. Comunidad indígena: Inscripción en registro público no desvirtúa su demanialidad	46

NORMATIVA

Artículo 5º.-

[Ley Indígena]ⁱ

En el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, el ITCO deberá reubicarlas en otras tierras similares, si ellas lo desearan; si no fuere posible reubicarlas o ellas no aceptaren la reubicación, deberá expropiarlas e indemnizarlas conforme a los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiaciones.

(Así reformado por el artículo 65, inc. d) de la Ley N° 7495 de 3 de mayo de 1995).

Los estudios y trámites de expropiación e indemnización serán efectuados por el ITCO en coordinación con la CONAI.

Si posteriormente hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna.

Las expropiaciones e indemnizaciones serán financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. El fondo será administrado por la CONAI, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República.

JURISPRUDENCIA

1. Régimen jurídico de protección a sus reservas: Ilegítima conducta omisiva para resolver gestiones relacionadas con terrenos ocupados por personas no indígenas

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“X.- Sobre el régimen jurídico de protección a los territorios indígenas y la identidad del perteneciente a la comunidad indígena Cabécar de Talamanca. Resultando de rigor lo que sigue a los efectos del análisis que habrá de efectuarse a fin de resolver el presente asunto, procedemos a abordar el régimen jurídico de protección a las reservas indígenas, particularmente en lo que toca al artículo 5 de la Ley Indígena, así como a la regulación que define el emplazamiento de la reserva indígena propiedad de los accionantes.

1.-) Sobre la evolución normativa en la materia de territorios indígenas. El primer antecedente legislativo en la materia -ya entrada la Nación en su época Republicana- se ubica en la otrora vigente **Ley Sobre Terrenos Baldíos** número 13 del diez de enero de mil novecientos

treinta y nueve(1939), publicada en la Colección de Leyes y Decretos de ese año, en su primer semestre, tomo segundo, página diez, que en su artículo 8 rezaba como sigue y en lo conducente: "... **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**". (El resaltado no es del original). Este primer antecedente normativo como se puede observar, de entrada reconoció a esa data el derecho de propiedad exclusiva del que son titulares las comunidades indígenas, pero para entonces, en un tanto de áreas territoriales a ser definidas "*a juicio del Poder Ejecutivo*", en la medida de que se trataría de los sitios en que estos grupos se encontrasen emplazados. Desde entonces, se observa al menos el carácter inalienable que le fue dado a este tipo de propiedad residencial en un grupo minoritario, pero determinado de personas, unidas por lazos culturales particulares, lo que no fue otra cosa que un blindaje con el que se pretendió proteger su derecho de propiedad comunitaria - aunque lo fuese hasta una vez materializado por un acto del Poder Ejecutivo-, y esto, frente a posibles intentos ya de terceros, como de los propios grupos indígenas, de trasladar el dominio de esos bienes y por supuesto, disponiendo la imposibilidad de que personas ajenas a estos grupos de la población nacional, pudiesen alegar derechos o titularidad sobre los mismos. Singular nota entonces, lo es que se trató desde sus inicios de bienes que se encontraron "*fuera del comercio de los hombres*". La norma sin embargo nada expresó sobre la posibilidad de que previo a la entrada en vigencia de la misma y luego de adoptados, en aplicación de ésta, actos posteriores que definiesen la identidad de esas áreas de territorio por parte del Poder Ejecutivo, existiesen terceros poseedores o titulares de buena fe sobre esas las mismas áreas de superficie, por lo que habría de suponerse, que el Poder Ejecutivo no constituiría reservas en terrenos, que no fuesen los poseídos exclusivamente por indígenas. Pues bien, en ejercicio de la competencia referida por el legislador al Poder Ejecutivo como se ha informado, no fue si no hasta algunos años después de entrada en vigencia la Ley Sobre Terrenos Baldíos relacionada, que se emitió el primer **Decreto Ejecutivo en la materia, a saber, el número 45** del tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945). Este decreto no obstante no se definió ningún área específica como un territorio indígena a los propósitos definidos por la ley y pese al texto del artículo 8 de la Ley Sobre Terrenos Baldíos, en su artículo primero consignó lo siguiente: "*Declárense inalienables y de propiedad exclusiva de las tribus indígenas autóctonas, los terrenos baldíos por ellas ocupados; con excepción de las fajas destinadas a Carretera Interamericana*". (El resaltado no es del original). De esta forma, aunque el Poder Ejecutivo replicó lo que ya disponía la ley, fue más allá de ésta al establecer que las zonas en cuestión no habrían de corresponder con aquellas que a juicio del Poder Ejecutivo fuesen designadas para estos fines, "*según su criterio*". En su lugar, se estableció que el Poder Ejecutivo habría de reconocer como tales todas esas áreas del territorio de la nación, en tanto se encontrasen ocupadas por las comunidades indígenas. Sea en otros términos dicho lo anterior, que era la posesión efectiva ejercida sobre esos terrenos por las comunidades indígenas, el criterio a partir del cual como variable, habría de haberse definido la protección legal que por parte del poder central, debía de darse a estas comunidades en garantía de su derecho de propiedad. Con todo y ello, la definición de qué áreas de la superficie de la Nación pertenecerían a estos grupos de personas, contó con una fórmula genérica e indeterminada a esa fecha, pues se trataría de los terrenos que ocupen estos grupos, "*en tanto terrenos baldíos*", lo que comprendió un contrasentido, si se trataba de terrenos previamente ocupados por estas comunidades y sobre las que mediaba una propiedad preexistente, reconocible en tanto actos posesorios se ejerciesen en virtud de la misma. El mismo Decreto conformó también según su artículo primero, lo que sería la primera organización dirigida a realizar esfuerzos para materializar el mandato de ley anteriormente citado, en lo que se denominó como la "*Junta de Protección de las Razas Aborígenes de la Nación*", asignándole a ésta la tarea de **delimitar aquellas áreas de terreno**, que por primera vez se denominaron "*reservas indígenas*". Por su parte, el primer acto del Poder Ejecutivo efectivamente dirigido a la localización de un territorio indígena, se produjo en términos jurídicos hasta algunos años después, con ocasión de la promulgación del **Decreto Ejecutivo número 34** de quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), que identificó tres reservas distintas que no

incluyeron a la de la aquí actora, a saber, la “Boruca-Térraba”, “Ujarrás-Salitre-Cabagra” y “China Kichá”. Por tratarse de un derecho de propiedad en el caso concreto el que se reconoció de esta manera, nos debe remitir ello a la disposición constitucional que lo relaciona como un derecho fundamental, según se extrae del artículo 45 de la Carta Magna. La posterior consolidación de este derecho de propiedad, privativa en la medida que es exclusiva y excluyente, además de comunitaria o colectiva, “**reconocido**” jurídicamente -pues no podría afirmarse que se trató de un derecho “**constituido**” o creado a partir de la vigencia de la Ley de Terrenos Baldíos- se produjo frente a la comunidad internacional al adoptarse como regulación interna el contenido del **Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo**, en los términos de la Ley de la República número 2330 de nueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve (**1959**), identificado como el “*Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribales en los Países Independientes*”. En su artículo 2.1 el convenio de interés dispuso: “*Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países*”. (El resaltado no es del original). De esta forma, adherido que lo fue por su voluntad el Estado costarricense al instrumento de cita y frente a la comunidad internacional, así como frente a estos grupos indígenas, se comprometió como tal a ejecutar esas acciones coordinadas y sistemáticas, dirigidas en lo que nos interesa a este punto, a proteger en los términos más generales a estas poblaciones de la Nación, minoritarias y vulnerables en aquel momento también, conforme lo que ya su ordenamiento jurídico legal le imponía verbigracia de la Ley de Terrenos Baldíos y Decretos Ejecutivos antes citados. Debe relacionarse esta obligación con lo comprendido en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo supra legal, que reza: “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la protección e integración de las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán: a) Buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes; (...)*”. (El resaltado no es del original). En lo que corresponde con las que para ese momento a nivel del ordenamiento jurídico nacional fueron identificadas como reservas indígenas, el artículo 11 del convenio de cita indicó que en los Estados vinculados: “*Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas*”. (El resaltado no es del original). Así quedó planteado a nivel normativo positivo, que los gobiernos -el Estado como un todo en nuestro caso-, se habrían comprometido desde el año de mil novecientos cincuenta y nueve a desplegar a lo interno de la Nación, procesos coordinados y sistemáticos, entre otras cosas, para responder ante la comunidad internacional y las propias comunidades indígenas en garantía de su preexistente derecho a la propiedad, incluso, debiendo a esos propósitos de ser el propio Estado, quien debía de “buscar”, y no esperar que suceda lo contrario, la colaboración de las poblaciones indígenas de interés y sus representantes. Por lo demás debe advertirse, que se trata de normas supra legales en los términos del artículo 7 de nuestra Constitución Política, por lo que conforme al principio de jerarquía de las normas, así como el principio de control de la convencionalidad (**artículos 1, 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ley de la República número 1615 del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y seis y el 6.1.b) de la Ley General de la Administración Pública**), habrían éstas de informar de forma sistemática el resto de la normativa de potencia y resistencia inferior, así como servir de parámetro para el operador jurídico a la hora de aplicar el ordenamiento al caso concreto, (artículos 10, tanto de la Ley General de la Administración Pública como del Código Civil). Por lo demás, conforme abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional, como a título de ejemplo, su sentencia número 1995-02313, de las dieciséis horas dieciocho minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, se ha dicho que como derivación del artículo 48 de la Constitución Política, que en tanto los instrumentos de derecho internacional proporcionen mayor protección a los derechos fundamentales, habrán de considerarse éstos de igual rango que la Constitución, de manera que lo relacionado en el convenio de cita, bien puede afirmarse, informa además los adecuados alcances que para estos casos particulares, debe de entenderse tiene el artículo 45 de nuestra Constitución Política y el ordenamiento jurídico infra constitucional. Por su relevancia, estimamos pertinente la cita en lo

conducente, del artículo 13 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo en estudio, en lo que indica en su inciso 2 que: “...Se deberán adoptar **medidas para impedir** que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros **para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan**”. (El resaltado no es del original). Desde ese momento, rasgos importantes de este tipo de propiedad comunitaria lo son que su régimen jurídico se acerca al del dominio público, aunque no lo es, porque se trata de una propiedad si bien comunitaria y en ese tanto colectiva, exclusiva y excluyente, al tiempo lo es residenciada en un grupo de la población vulnerable, que por esa razón amerita la protección especial del Estado. Pues bien, muy a pesar de lo que en esos momentos el ordenamiento jurídico con claridad reglaba en torno al derecho de propiedad de estas comunidades en los términos dichos, con la adopción y entrada en vigencia de la **Ley de Tierras y Colonización** número 2825 del catorce de mayo de mil novecientos sesenta y uno (**1961**), publicada en la Colección de Leyes y Decretos de ese año en su segundo semestre, tomo primero, página trescientos noventa y cuatro, que derogó la Ley de Terrenos Baldíos, se dispuso conforme su artículo 75, en grosera contravención con el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo como sigue, en relación con la entidad que identificó ese cuerpo normativo como el Instituto de Tierras y Colonización: “El Instituto, de acuerdo con los organismos pertinentes, velará por el acondicionamiento de las comunidades o familias indígenas, de conformidad con el espíritu de esta ley. **No se declarará que las extensas zonas donde estas comunidades viven aisladamente, pertenecen exclusivamente a ellas, pero sí se tratará de reunir a todas estas comunidades, formando un solo centro agrario**, en la zona que el Instituto considere adecuada y para lo cual se hará uso del área de terreno que sea necesaria”. Refiere la norma al otrora conocido como ITCO (1961) luego IDA, Instituto de Desarrollo Agrario (1982) actualmente INDER Instituto de Desarrollo Rural (2012). La norma de cita simplemente desconoció de tajo el derecho de propiedad de las comunidades indígenas consagrado en norma de rango, potencia y resistencia superior. Posteriormente y a más de una década después, encontrándose vigente esta asistemática regulación, se promulgó la **Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas** número 5251, del once de julio de mil novecientos setenta y tres (**1973**), publicada en la Colección de Leyes y Decretos del mismo año en su segundo semestre, tomo primero, página sesenta y cinco. Visto este cuerpo normativo, si se tiene presente el compromiso que se encontraba residenciado en el Estado a partir de la vigencia del Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo en sus artículos 2.1, 5, 11 y 13.2, a esta nueva organización pública interna vinculada con las comunidades indígenas conforme el artículo 4 de la ley mencionada, se le designó por el legislador, con propósitos generales y en lo que interesa para: “...b) Servir de **instrumento de coordinación** entre las distintas instituciones públicas obligadas a la ejecución de obras y a la prestación de servicios en beneficio de las comunidades indígenas; (...) e) **Velar por el respeto a los derechos de las minorías indígenas, estimulando la acción del Estado** a fin de garantizar al indio la **propiedad individual y colectiva de la tierra**; el uso oportuno de crédito; mercadeo adecuado de la producción y asistencia técnica eficiente; (...)”. (El resaltado y subrayado no es del original). Con todo y ello como se verá adelante, estas tareas de coordinación no fueron designadas con exclusividad en la CONAI, pues ya se encontraba vinculado a esta función, aunque de diversa forma, el ITCO. Por otra parte, se reiteró la obligación del Estado de garantizar el derecho de propiedad de estas comunidades sobre la tierra. En torno a estas labores de coordinación asignadas, no puede pasarse por alto el artículo 9 del mismo cuerpo legal, que dice así: “Para los efectos del inciso b) del artículo 8, **se faculta al Estado**, a las instituciones autónomas o semiautónomas del país para **prestar ayuda de cualquier índole** a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas”. (El resaltado no es del original). Punto aparte lo es que esta ley contempló –nuevamente de forma asistemática- un único transitorio, al parecer inspirado en la Ley de Tierras y Colonización, que rezaba: “A más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, el Instituto de Tierras y Colonización procederá a **levantar informaciones posesorias** de todas las parcelas ocupadas por los indígenas en las diferentes zonas, a fin de inscribirlas en el Registro de la Propiedad en forma inmediata a nombre de los ocupantes de dichas parcelas. Los indios que no estuvieren ocupando

parcelas, deberán ser censados para resolverles el problema de la carencia de tierras a la mayor brevedad posible. El Instituto de Tierras y Colonización deberá mantener una reserva considerable de tierras aptas para el cultivo, en las cuales dará arrendamiento; y que **serán destinadas exclusivamente para futuras expansiones de las comunidades indígenas**", (el resaltado no es del original) lo que habla –se insiste- de un despojo de la titularidad de esas tierras contra lo establecido por el derecho internacional. De otra parte, en lo que podría estimarse que constituye algún aspecto favorable a los intereses indígenas, se indicó que a partir de la promulgación de esa ley, era ese Instituto el que habría de haberse provisto al menos de los terrenos suficientes para destinarlos exclusivamente a estas comunidades, así como que, como consecuencia lógica y necesaria de esa atribución-deber, de haber emprendido las tareas pertinentes a fin de determinar y definir con claridad la limitación o deslinde de los terrenos que comprenderían esos territorios. Al año de su entrada en vigencia, fue reformado este transitorio conforme el artículo 1 de la Ley número 5651 de trece de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), en los siguientes términos y con desconocimiento absoluto de la propiedad indígena garantizada por el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo: ***“Transitorio.- Se declaran inalienables las reservas indígenas inscritas a nombre del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), las cuales se destinarán exclusivamente al asentamiento de las comunidades indígenas, servicios públicos indispensables, y al uso, habitación y usufructo de los aborígenes que carezcan de tierras de su propiedad, inscritas o no inscritas fuera de esas reservas. En éstas el ITCO podrá otorgar arrendamientos a dichos aborígenes, por tiempo limitado e intransferible, salvo a otros aborígenes que se encuentren en las mismas condiciones. El Sistema Bancario Nacional y las demás instituciones del Estado, conjuntamente con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), reglamentarán sistemas especiales para que los miembros de las comunidades aborígenes puedan obtener créditos para la adecuada explotación de las tierras, a que se refiere este transitorio”***. Se insiste en que el ITCO debía entonces de delimitar y registrar, aunque lo fuese a su nombre, las áreas de terreno correspondientes. Lo anterior importó el desconocimiento pleno de la propiedad indígena que el Estado se habría comprometido a garantizar ante la comunidad internacional y esos pueblos. Tornando otra vez al texto original de la Ley número 5251 que crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, dicha organización según su artículo primero, fue dotada de personería jurídica y patrimonio propios. Se destaca que la Comisión desde su creación -y en ese tanto su asamblea general- se encontraba conformada entre otros según su artículo 2, inciso a), por: ***“... los representantes de las dependencias e instituciones siguientes: **Presidencia de la República; Universidad de Costa Rica; Universidad Nacional; Ministerio de Educación Pública; Ministerio de Gobernación y Policía ; Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes; Ministerio de Salud; Ministerio de Agricultura y Ganadería ;Ministerio de Seguridad Pública; Instituto Mixto de Ayuda Social; Instituto de Tierras y Colonización; Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado; Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; Instituto Nacional de Aprendizaje; y Servicio Nacional de Electricidad; (...)*****” . (El resaltado no es del original). Lo anterior da cuenta del vínculo necesario que debía de existir entre el Poder Central y entre otros entes, el mismo ITCO, esto, hasta el dictado de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 3485-2003, de las catorce horas diecisiete minutos del dos de mayo del dos mil tres, fallo cuyo contenido no entramos a analizar, bastando con indicar que estimó inconstitucional que la comisión estuviese integrada con dichas autoridades públicas. Debe tomarse nota de que las instituciones y Ministerios referidos conformaban parte de la asamblea general de la CONAI, con facultades para fijar su política general actuando como componentes de dicho órgano colegiado, así como para aprobar o improbar su presupuesto, tanto ordinario como extraordinario. La finalidad de esta organización se reitera por su relevancia, lo fue entre otras cosas y como se advirtió, la de servir de instrumento de coordinación interinstitucional, así como la de velar por el respeto a los derechos de las minorías indígenas estimulando la acción del Estado a fin de garantizar al indígena la propiedad individual y a su comunidad, la propiedad de sus territorios según reza el artículo 4 inciso e) de dicho cuerpo legal. En lo que toca al patrimonio de la CONAI, se habría de encontrar constituido a la fecha de su entrada en operación, por la subvención anual que se venía dando en la Ley de Presupuesto General

Ordinario de la República a la anterior Junta de Protección a las Razas Aborígenes; las contribuciones extraordinarias acordadas por el Estado e instituciones autónomas y semiautónomas de la República; los bienes pertenecientes a la anterior Junta; las donaciones de particulares, de Estados extranjeros, agencias y fundaciones internacionales o cualquiera otra entidad; el uso de nombres, símbolos y figuras indígenas; y el importe de los derechos otorgados para el uso comercial de esos nombres, símbolos y figuras indígenas, (artículo 8, inciso a) de la Ley de Creación de la CONAI). Siempre en lo que corresponde con temas presupuestarios, el artículo 9 de esta ley dispuso que el Estado e instituciones autónomas y semiautónomas de la República, se encontrarían autorizados para prestar ayuda de cualquier índole a la CONAI, claro está, para la consecución de sus fines. De otra parte y siempre en esta misma línea de ideas, en su artículo 28, la ley que nos ocupa indicó que: ***“A fin de que el Poder Ejecutivo pueda estar en condiciones de fijar en el proyecto de ley de Presupuesto General de la República, la subvención que a bien tuviere, a más tardar el 31 de julio de cada año, la Junta Directiva remitirá a la Oficina de Planificación de la Presidencia de la República, una estimación razonada de sus necesidades para el próximo período fiscal. Es entendido que para el período fiscal de 1973 no rige esta disposición. Asimismo los presupuestos de la Institución serán sometidos a la Contraloría General de la República para su aprobación y liquidación conforme a la ley”***. (El resaltado no es del original). La reserva indígena Cabécar de Talamanca, fue descrita por primera vez en los términos del **Decreto Ejecutivo número 5904** del once de marzo de mil novecientos setenta y seis, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” número setenta, del diez de abril de mil novecientos setenta y seis (1976). En este instrumento normativo, se declaró entre otras cosas lo que sigue: ***“Considerando: (...)5°- Que aún existen territorios poblados exclusivamente por indígenas haciendo posible la delimitación de dichas Reservas ; (...) 10.- Que es deber del Estado vigilar la seguridad de sus ciudadanos, e impedir las injusticias y malos tratos, especialmente en el caso de minorías indígenas actualmente zzadas ”***. (El resaltado y subrayado no es del original). Además, en su artículo primero se ordenó que: ***“Su delimitación exacta será efectuada por el ITCO, en coordinación con la CONAI”***. Así, al para entonces denominado Instituto de Tierras y Colonización, (hoy INDER) se le reitera su designación como el organismo que tendría bajo su cargo la **demarcación territorial de la reserva así creada**, tarea que habría de iniciar dos meses luego de puesto en vigencia el Decreto. (Entre estas reservas, la de Talamanca ya se encontraba identificada con los términos del arriba citado Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis). Además, conforme los artículos 14 y 15 del Decreto en análisis, se expresó por parte del Poder Ejecutivo que lo que se encontraba normado por esa vía lo es de interés público, así como que **la CONAI tendría el deber de elaborar un censo de la población indígena de Costa Rica a la brevedad posible**, que debería además de encontrarse permanentemente actualizado. Pues bien, encontrándose reconocido el terreno propiedad de estas comunidades de la forma que se indicó, apenas algo más de un año después, se promulgó la **Ley Indígena**, número 6172 del veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977), que conforme su artículo 11 derogó toda otra anterior en lo que se le oponga. En esta oportunidad y sin perjuicio de lo que el legislador promulgó con ocasión de la puesta en vigencia de la Ley de Tierras y Colonización que habría en lo asistemática que resultó de tenerse por derogada, se dispuso conforme el artículo primero en relación con el 2 de este cuerpo legal sobreviniente -ahora sí, acorde con lo dispuesto en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 107 sobre Protección de Pueblos Indígenas y Tribuales- que las reservas indígenas son propiedad de esas comunidades y que se habrían de encontrar todas inscritas en el Registro Nacional a su nombre, ya no del ITCO. Asimismo, se estableció que los límites de esos territorios una vez “reconocidos” por el Estado, no podrán ser variados en disminución en su cabida si no lo es mediante ley de la República. Además, se advirtió que estas comunidades tendrían plena capacidad jurídica para actuar y que no se considerarían estatales (el artículo 4 de la ley habla de los Consejos Directivos, administradores y representantes de estas comunidades). Además, se reitera que se trata de territorios inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivos de las comunidades indígenas que los habitan, no encontrándose permitido a los no indígenas, alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera

adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas, siendo todo traspaso o negociación de tierras o las mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, absolutamente nulo con las consecuencias legales del caso. Nota aparte, conforme el reglamento a la Ley Indígena, Decreto Ejecutivo número 8487, del veintiséis de abril de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 89, del diez de mayo de mil novecientos setenta y ocho, en su artículo 3, se indicó que: "Para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 2° de la Ley Indígena, las Comunidades Indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley N° 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento". En tanto, el artículo 10 del mismo reglamento indicó que: "Para garantizar los derechos regulados en los artículos 3° y 5° de la Ley, el Presidente de la Asociación de Desarrollo Integral comparecerá, por sí o a través de su apoderado o Delegado, a la mayor brevedad posible, después de producida la infracción, acompañando la certificación donde aparezca la inscripción de la Reserva, para incoar, ante el funcionario competente, la acción legal correspondiente". Posteriormente, conforme el Decreto Ejecutivo número 13568 del 30 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 94 del diecisiete de mayo del mil novecientos ochenta y dos, se dispuso en su artículo primero que las Asociaciones de Desarrollo Integral tienen la representación legal de las Comunidades Indígenas y actúan como gobierno local de éstas. En refuerzo de todo lo anterior, el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y dos (**1992**) fue promulgada la Ley número 7316 publicada en el Diario Oficial "La Gaceta" número 234, del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, "**Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**", de la Organización Internacional del Trabajo, conforme el cual se regula puntualmente el tema de la propiedad indígena. En su artículo 2.1, reza este instrumento como sigue: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". Por su parte, el inciso 2) del mismo numeral indica: "2. Esta acción deberá incluir medidas: a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida". Otros numerales del convenio que resultan de interés, los pasamos a citar, su artículo 3 dice así: "Artículo 3.- 1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos; 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio". Su numeral 4, que por parte del Estado: "1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales". El artículo 5, indica que los gobiernos: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo". La temática de la propiedad de estos grupos sobre las áreas que comprenden sus territorios, fue específicamente contemplada en este convenio y en esta línea, su artículo 13, indica así: "1. Al

aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste **su relación con las tierras o territorios, o con ambos**, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". (El resaltado no es del original). El artículo 14, inciso 2), reza: "2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para **determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión**. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".-

2.-) Sobre los alcances el artículo 5 de la Ley indígena. En lo que mayor relevancia tiene a los efectos de este fallo, el artículo 5 de la Ley indígena dispuso: "En el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, **el ITCO deberá reubicarlas** en otras tierras similares, si ellas lo desearan; si no fuere posible reubicarlas o ellas no aceptaren la reubicación, **deberá expropiarlas e indemnizarlas** conforme a los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiaciones. / **Los estudios y trámites de expropiación e indemnización serán efectuados por el ITCO en coordinación con la CONAI**. / Si posteriormente **hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna**. / **Las expropiaciones e indemnizaciones serán financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. El fondo será administrado por la CONAI, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República**". Se estima necesario hacer las siguientes consideraciones en criterio mayoritario, de este Tribunal. La ley en lo que toca a este artículo, parece haber reconocido o al menos se encuentra expresada de tal forma, que supone un hecho tenido como cierto por el Legislador, a saber, que a su entrada en vigencia efectivamente existían personas no indígenas poseedoras o titulares de buena o mala fe, sobre áreas de los territorios de las reservas indígenas, en relación con las cuales para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Estado, particularmente con lo estipulado en el artículo 11 del Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, debía de procederse a su desalojo. Así, debiéndose suponer que la reserva se encontrase debidamente delimitada, se definió conforme el artículo en estudio y por lógica deducción, que en torno estas personas poseedoras no indígenas, **primero**, debían ser estas identificadas, como poseedoras de terrenos dentro de la reserva. A estos propósitos, con claridad plena entiende esta autoridad judicial que se impone que la Administración tenga clara la delimitación de las áreas de terreno que conforman la reserva indígena, exclusivamente conforme el respectivo Decreto Ejecutivo que dictado al efecto, así lo haya reconocido y esto, con absoluta independencia de la información registral derivada del Registro Nacional, aunque claro está, el levantamiento de los planos correspondientes y la inscripción registral de las fincas a nombre de las asociaciones respectivas, es presupuesto para la determinación posterior, de qué persona no indígena se encuentra dentro de la reserva, o de situaciones jurídicas eventuales derivadas de la situación registral del inmueble. La delimitación de esos terrenos correspondía antes de entrada en vigencia la Ley Indígena al INDER, en coordinación con la CONAI, como lo es ahora conforme la normativa vigente y claro está, en coordinación con las comunidades indígenas mismas y toda otra autoridad pública vinculada, incluyendo al propio Estado conforme un adecuado ejercicio de control de convencionalidad en materia de derechos humanos. **Segundo**, partiendo de las áreas que comprenden la reserva, una vez debidamente delimitadas, habría entonces de procederse a efectuar los censos poblacionales que permitan identificar la existencia de no indígenas en ella, (tarea que corresponde a la CONAI, en concurso con las comunidades indígenas, ya sea que esos terceros ejerzan actos de posesión o resulten titulares a

nivel registral de algún derecho sobre los territorios (posibles traslapes registrales incluidos), por lo que la situación registral y/o catastral del inmueble resulta mandatoria. **Tercero**, a los efectos de proceder a la expulsión material por medio de una actuación de policía, al desalojo administrativo, o en su caso, previo al desalojo o puesta en posesión, la indemnización, si es del caso por la vía del proceso expropiatorio, de todo no indígena en las reservas, habría de procederse con la determinación previa de las variables que conforme el artículo 5 de la Ley Indígena, hacen depender obrar de una u otra forma, sea, según se trate del ejercicio de actos o derechos de terceros desplegados de buena o mala fe. Parámetro para ello sin duda lo son las reglas comprendidas en el Código Civil, artículos del 17 al 22, sin perjuicio de la normativa que de forma sistemática ha sido analizada a este punto del presente instrumento, al tenor de la cual, todo acto realizado posterior a la vigencia de la Ley Indígena y por virtud de lo dispuesto en ésta al menos, deviene, en tesis de principio y por disposición de ley, en nulo, tratándose de inmuebles fuera del comercio de los hombres. Por supuesto que la data de creación misma de cada reserva es parámetro que debe ponderarse también, y pese a la ausencia de demarcación, si podía conocer la persona no indígena que el inmueble podía encontrarse siendo parte del territorio indígena. **Cuarto**, para el caso de poseedores de mala fe, se debe proceder con su expulsión (acto de policía) o desalojo inmediato por las vías legales previstas al efecto (desahucio administrativo), esto a efecto de lo cual, no habría de proceder indemnización alguna. En el caso de las personas que se encuentren siendo titulares registrales del dominio o de algún derecho real, que cuenten con título y que lo sea de mala fe, debería procederse con la acción prevista por el ordenamiento jurídico para la remoción de mundo jurídico del título correspondiente, para posteriormente lograr el desalojo respectivo. En el caso de que el título haya sido otorgado en el ejercicio de alguna potestad administrativa (titulación por parte de una autoridad pública entre otros), habría ello de importar la acción por la vía de la lesividad si es del caso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o la acción directa ejercida por parte del titular del derecho afectado. Para el supuesto de los no indígenas, ya sean simples poseedores, ya sean titulares registrales del dominio y/o algún derecho real sobre el inmueble, en tanto se encuentren actuando de buena fe, debe procederse por el INDER a proponerles una alternativa para su reubicación en terrenos que habrían de resultar equivalentes en lo posible, con los así afectados por estos terceros en las reservas indígenas. Los terrenos para reubicar, deberán de serlo sin duda de entre los que se encuentren en disposición del Instituto de Desarrollo Rural, tanto para sus fines ordinarios de ley, como para estos particulares propósitos, al amparo de la Ley Indígena, dado que la disposición de terrenos a ser destinados a los propósitos de la protección de las comunidades indígenas es de vieja data residenciado en el entonces ITCO, previo incluso a la entrada en vigencia de la Ley Indígena como fue advertido supra. Ahora bien, la reubicación sólo procede de resultar voluntaria por el particular y de ser posible, de lo contrario, debe procederse con el trámite de expropiación, cuyo procedimiento, luego y eventual proceso judicial, habría de encontrarse a cargo del Instituto de Desarrollo Rural, haciendo para ello mano de su propio presupuesto, salvo en lo que corresponde exclusivamente con el pago de las indemnizaciones cuando procedan, con cargo en los fondos que habría de administrar la CONAI. El INDER a esos efectos deberá efectuar los trámites necesarios a fin de dar cumplimiento con los actos preparatorios del procedimiento administrativo respectivo y de expropiación en sede judicial, incluyendo la identificación plena del inmueble de que se trate, su valoración y la declaratoria de interés público en su caso, sin perjuicio de la coadyuvancia que puedan suministrar otras entidades públicas y claro está, el propio Poder Ejecutivo, que en criterio de la mayoría de los integrantes de este Tribunal, nunca se ha entendido por el orden jurídico, desvinculado de estas tareas en aplicación directa del derecho internacional. Así, será exclusivamente para el pago de las indemnizaciones entonces, que deberán destinarse los fondos direccionados a la CONAI por parte del Poder Ejecutivo conforme el párrafo final de dicho numeral, de forma que encontrándose ellos en buena administración de la Comisión, deberá esta mantenerlos disponibles para cuando resulte oportuno proceder a la indemnización a favor de quien corresponda, de conformidad a requerimiento del INDER y cuando jurídicamente así proceda, todo, en un marco de coordinación adecuado y eficiente. De la forma dicha, es dable decir

que el legislador instrumentalizó al denominado en aquel momento Instituto de Tierras y Colonización –podría suponerse que dada la plataforma con que contaba su organización- luego Instituto de Desarrollo Agrario, hoy, Instituto de Desarrollo Rural, en relación con el cual existen aún vigentes sus deberes legales de delimitar los terrenos que conforman las reservas indígenas conforme el Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis, y de proveer de los terrenos que resulten necesarios para reubicar a los no indígenas cuando ello proceda -a lo que deberá proceder echando mano de aquellos terrenos que tenga en disposición-. En el supuesto de la expropiación, debe tenerse en cuenta el particular interés que ha de perseguir la declaratoria de interés público que corresponde a una actuación previa indispensable. El interés público en estos casos, ciertamente conforme el artículo 45 constitucional responde al despliegue de obligaciones estatales impuestas por el bloque de legalidad y en esa medida, en protección del interés público relacionado con la protección de la cultura indígena asociada al derecho de propiedad, pero también atiende y al tiempo, a un interés comunitario o colectivo de corte privativo, en tanto perseguirá la integridad del derecho de propiedad, exclusivo y excluyente, residenciado en las comunidades indígenas a través de sus organizaciones representativas, por lo que no se trata de un interés institucional, como sí medio para la preservación del derecho de propiedad de grupos particulares y vulnerables de la población que se han tradicionalmente encontrado en riesgo y constantes violaciones a su derecho de propiedad, tal y como el mismo legislador y el Poder Ejecutivo lo han reconocido expresamente. En cuanto a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, corresponde a esta organización pública como se dijo, la realización de los censos poblacionales dentro de las reservas indígenas, claro está, una vez que se encuentren claramente delimitadas por el INDER, sin perjuicio de la forma en que haya de proceder cuando no quepa duda de las áreas de la reserva de que se trate. En este sentido, para este Tribunal por mayoría, la administración de los fondos con que debió de ser dotada la CONAI por parte del Poder Ejecutivo en ajuste con el artículo 5 de la Ley Indígena y la puesta a disposición de éstos, exclusivamente para los efectos de pagar las indemnizaciones cuyo trámite se encuentran a cargo del INDER, habría de servir como presupuesto para financiar las mismas. Lo anterior hace suponer que habrá de privar formal requerimiento por parte del INDER a la CONAI a esos propósitos cuando proceda, y hasta que el dinero designado a ese efecto por el legislador con cargo en el Poder Ejecutivo subsista. De no resultar suficiente, el faltante debería de ser provisto por el Poder Ejecutivo siguiendo la misma fórmula legislativa dispuesta y en la medida necesaria. La posibilidad de que no resulte suficiente el presupuesto previsto originariamente, no impone otra cosa que decir, que no enerva esa circunstancia la obligación originaria únicamente endosable al poder central, de dotar de los recursos que resulten necesarios para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Indígena y el derecho internacional. En el momento en que no existan no indígenas que indemnizar en las reservas, queda claro para este Tribunal que la norma comprendida en el numeral -norma de corte programático- de cita habrá de perder vigencia en función de haberse ya cumplido el fin que persigue la misma en ese tanto. En ese estado de las cosas eventual, debería de poderse afirmar que se habría de haber materializado de forma efectiva el ejercicio del derecho exclusivo y excluyente de propiedad del que son sus titulares las comunidades indígenas, sin perjuicio de la vigilancia futura en torno a su integridad. De esta manera, se hace suponer que para el cumplimiento de estos específicos fines, que tanto el Estado como la CONAI y el INDER deben de ejercer tareas intensas y sistemáticas de coordinación, en el ejercicio de obligaciones y competencias que no son ni exclusivas ni excluyentes, antes bien, conjuntas y coordinadas e interdependientes, no pudiéndose desatender por ninguna de estas autoridades, el rol activo e impuesto por el ordenamiento jurídico que deben desempeñar, desde la delimitación, legal, registral y material de las reservas, la realización de censos poblacionales y ubicación de no indígenas poseedores o titulares de algún derecho sobre los inmuebles de interés, debiendo en cada caso concreto determinar si ese derecho o posesión lo es de buena fe, para proceder cuando corresponda a la mera indemnización y/o en su caso a la indemnización previo trámite de la expropiación correspondiente y su posterior expulsión o desalojo del inmueble, así como la puesta en posesión efectiva del terreno en su titular. Se hace notar que cualquiera de las administraciones

involucradas, de no cumplir con su rol o deber legal, impide o al menos afectaría sustancialmente al resto.-

3.-) Sobre la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca. Siendo de nuestro particular interés, no sólo el tema del reconocimiento del derecho de propiedad aludido, si no además, en qué términos se dio la determinación por el Poder Ejecutivo de la reserva indígena Cabécar de Talamanca, ello ocurrió para el caso de esta población indígena en los términos del **Decreto Ejecutivo número 5904** del once de marzo de mil novecientos setenta y seis, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” número setenta, del diez de abril de mil novecientos setenta y seis (1976), que establece las Reservas Indígenas Chirripó, Guaymí de Coto Brus, La Estrella y **Talamanca**. En este instrumento normativo, se declaró lo que sigue en relación a la situación por la que se consideró, transitaban estas comunidades y las circunstancias que habrían justificado a ese punto su protección: *“Considerando: 1º- Que la población indígena de Costa Rica está gravemente amenazada en su existencia por un **despojo continuo y arbitrario de sus tierras** y que este fenómeno se acentuó de manera alarmante en los últimos años, llegando hasta actos de violencia; 2º- Que el despojo se hizo posible por el hecho de que los indígenas **no tienen ningún respaldo legal de propiedad de las tierras que ellos ocupan desde tiempos inmemoriales** ; 3º- Que por otra parte, los indígenas **han demostrado no poder contener por sí solos la invasión de sus tierras**; 4º- Que por las razones anteriores los indígenas **han venido solicitando** desde hace mucho tiempo la creación o la legalización de Reservas inalienables y **el reconocimiento de su derecho a la garantía de la tierra** ; 5º- Que aún existen territorios poblados exclusivamente por indígenas **haciendo posible la delimitación de dichas Reservas**; 6º- Que la Cultura y la organización social de los indígenas son profundamente diferentes de las de los no indígenas, por lo que merecen ser respaldadas; 7º- Que los métodos agrícolas de los indígenas son menos destructivos de los bosques que los de los no indígenas, permitiendo así una mejor protección de las cuencas hidrográficas, sobre todo en zonas de topografía accidentada; y que por otra parte, es obligación del Estado asegurar que los terrenos de vocación forestal permanezcan siempre con su cobertura de bosques; 8º- Que los indígenas son explotados inmisericordemente y llevados al alcoholismo por las pulperías y cantinas respectivamente, establecidas a ese fin en sus territorios por no indígenas; 9º- El desarrollo de la zona del Pacífico Sur, tuvo como consecuencia desastrosa la espoliación casi total de los indígenas, por falta de legislación y medidas adecuadas. Lo mismo que ocurre actualmente con las zonas indígenas de la región Atlántica y de Coto Brus donde ni siquiera existe legislación al respecto; 10.- Que es **de deber del Estado vigilar la seguridad de sus ciudadanos, e impedir las injusticias y malos tratos, especialmente en el caso de minorías indígenas actualmente zzadas** ”*. (El resaltado y subrayado no es del original). En esta oportunidad, el Poder Ejecutivo no sólo reconoce y declara cuáles son las circunstancias en que estos grupos particulares de la población nacional se encuentran en relación con el ejercicio de sus derechos, si no que además, determina conforme su artículo primero las extensiones de terreno que habrían de corresponder a la reserva indígena de Talamanca y ordena que: *“Su delimitación exacta será efectuada por el ITCO, en coordinación con la CONAI”*. Así, al para entonces denominado Instituto de Tierras y Colonización (hoy INDER) se le reitera su designación como el organismo que tendría bajo su cargo la **demarcación territorial de la reserva así creada**, tarea que habría de iniciar dos meses luego de puesto en vigencia el Decreto. (Entre estas reservas, la de Talamanca ya se encontraba identificada con los términos del arriba citado Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis). Dispuso además dicho acto del Poder Ejecutivo, que **cualquier institución, pública o privada podría prestar ayuda al ITCO** a esos efectos. También se incluyó una norma en el Decreto de cita en su artículo 4, que contrario a lo regulado en la Ley de Tierras y Colonización, pero con ajuste a lo dispuesto el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, dispuso así: *“Declárese **propiedad de las comunidades indígenas las reservas** mencionadas en el artículo 1º de este decreto. El Estado reconoce la existencia y la personalidad jurídica de esas comunidades. La Procuraduría General de la República hará inscribir estas Reservas en el Registro Público”*. (El subrayado no es del original). El artículo 6 del mismo Decreto tornó a la calificación de esas tierras como inalienables, intransferibles y exclusivas para los indígenas y en su artículo 5 indicó que: *“Las reservas serán administradas por los*

indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o modernas, bajo la **coordinación y asesoría de la CONAI**". Por su relevancia, téngase presente el texto del artículo 8 de este Decreto Ejecutivo: "Artículo 8.- En caso de que personas no indígenas hubiesen adquirido la propiedad o que se encuentren en posesión legal, o que sean poseedores en precario de fincas o terrenos enclavados dentro de las reservas, **al momento de entrar en vigencia este Decreto, serán expropiados e indemnizados** conforme los procedimientos establecidos en la Ley N° 2825 del 14 de octubre de 1961 y sus reformas...". (El resaltado no es del original). La norma a la que refiere este artículo del decreto Ejecutivo es la Ley de Tierras y Colonización. Además, conforme los artículos 14 y 15 del Decreto en análisis, se expresó por parte del Poder Ejecutivo que lo que se encontraba normado por esa vía lo es de interés público, así como que **la CONAI tendría el deber de elaborar un censo de la población indígena de Costa Rica a la brevedad posible**, que debería además de encontrarse permanentemente actualizado. Las normas del Decreto Ejecutivo en estudio fueron luego modificadas con ocasión de la puesta en vigencia del Decreto Ejecutivo número 6036, del veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y seis (1976) , publicado en el Diario Oficial " La Gaceta" número ciento trece, del doce de junio de mil novecientos setenta y seis, con el que fueron reformados los límites de las Reservas Indígenas Chirripó, Guaymi de Coto Brus, La Estrella y **Talamanca**, y se procedió al reconocimiento de la Reserva de Telire. En lo que guarda interés, el artículo 13 de este nuevo decreto indicó: "Artículo 13.- En el proceso de expropiación de terrenos enclavados en las Reservas (artículo 8° del Decreto N° 5904-G), **sólo serán reconocidos como "mejoras" los trabajos o inversiones que verdaderamente hayan sido de utilidad o que representen alguna actividad económica permanente**. La deforestación abusiva, llevando a erosión de los suelos, así como los terrenos acaparados y los abandonados desde más de tres (3) años al momento de entrar en vigencia el presente decreto, no serán indemnizados". (El resaltado no es del original). Después, por Decreto Ejecutivo número 7268 nueve de agosto de mil novecientos setenta y siete (1977), publicado en el Diario Oficial " La Gaceta" número ciento cincuenta y siete del veinte de agosto del mismo año, se dispuso en términos jurídicamente más adecuados, el "reconocimiento" de la propiedad sobre el territorio indígena y su delimitación, en lo que se identificaron las de Sibujú Norte, de Chase y Alto Pacuare, que conforme el artículo 3 de dicho instrumento, formaron todas parte integrante de la Reserva Indígena de Talamanca y se inscribirían en el Registro de la Propiedad, pese a constituir una unidad, en fincas distintas. La remisión a la Ley de tierras y Colonización en cuanto a lo que corresponde con las expropiaciones, si bien no indica nada respecto de la autoridad pública a la que habría de corresponder efectuar las mismas, induce a pensar que si bien era obligación exclusiva del Estado, se residenciaría en el ITCO, en coordinación con la CONAI. En la actualidad, la reserva indígena Cabécar de Talamanca se encuentra descrita en cuanto a su ubicación -en las hojas cartográficas del Instituto Geográfico Nacional- y límites, en los términos de la información comprendida en el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 93 del dieciséis de mayo del dos mil uno, mas, no se han efectuado las tareas correspondientes con la determinación de su situación registral, ni si demarcación material, pese al paso de décadas desde que estas tareas eran y son obligación del Estado, en concurso con el hoy INDER y la CONAI en lo que corresponde.-

XI.- Sobre la pretensión dirigida a que se declare que la asociación actora es la propietaria registral, y el pueblo Cabécar de Talamanca el dueño, de la Finca descrita en el Decreto Ejecutivo número 29448-G del veintiuno de Marzo de dos mil uno. Punto aparte merece darse aeste extremo petitorio en los términos que se dirán. En torno a la pretensión dirigida a que se declare que la asociación actora es la propietaria registral, y el pueblo Cabécar de Talamanca el dueño de la Finca descrita en el Decreto Ejecutivo número 29448-G del veintiuno de marzo de dos mil uno, con claridad media una falta de interés actual que torna en improcedente dicho extremo, como en efecto se dispone. Sobre el particular y siendo que como excepción ninguna de las partes accionadas invocó tal defensa, debe tomarse nota de que la jurisprudencia emanada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dentro de la que como ejemplo, se encuentra la sentencia

número 2008-000317 de las nueve horas diez minutos del dos de mayo de dos mil ocho, ha caracterizado esta excepción como una de las dirigidas a la verificación de un presupuesto material de la acción jurisdiccional. Así, para que una demanda pueda prosperar con independencia de otros aspectos, como lo son la capacidad procesal, la competencia y el cumplimiento de los requisitos respectivos en el escrito de demanda, también debe revisarse **oficiosamente** si concurren presupuestos materiales como lo son el derecho, la legitimación y claro está, el interés actual. Si alguno de estos presupuestos -o todos- no se encuentran presentes, la demanda no podría encontrar respuesta positiva. Para el caso de la falta de interés actual, se trata de una excepción, resorte de análisis a la hora del dictado de la sentencia, que supone que con independencia del fondo de lo planteado, la pretensión no sea susceptible de ser acogida con causa en que existe un motivo diverso, pero jurídicamente relevante que así lo impone. El interés actual está relacionado estrechamente con la posibilidad de que el fallo actúe en la realidad, ya sea innovando o conservando una situación jurídica determinada, lo que se encuentra estrechamente relacionado con el objeto del proceso entendido como las pretensiones. Decir que existe interés actual en pronunciarse sobre el derecho de fondo, no es otra cosa que hablar de la necesidad de proveer de tutela jurisdiccional -en este caso conforme el artículo 49 constitucional-, **a la persona que alega estar siendo afectada en sus derechos subjetivos y/o intereses legítimos, respecto de una conducta administrativa frente a la que solicita la intervención del respectivo órgano jurisdiccional.** La finalidad de esa intervención lo es resolver el conflicto jurídico del que se es parte (derecho de accionar) cuando la sentencia resulte de utilidad para el titular de ese derecho subjetivo o interés legítimo. Implica lo anterior que en el juzgador se encuentra residenciado el deber de efectuar un juicio de “utilidad” vista la pretensión formulada y las circunstancias fácticas bajo las que se erige la acción (causa de pedir) cotejando los efectos de la resolución jurisdiccional solicitada, justamente con el marco de la utilidad que tal pronunciamiento habría de proveer a favor de quien demanda. Se trata de un análisis de proyección que pondera si la sentencia positiva o no, habría de producir algún efecto en quien solicitó la tutela de su situación jurídica. Así, no hay interés actual, si con todo y acceder a lo peticionado, la sentencia no tiene la virtud de ocasionar tal efecto en la situación jurídica del accionante, deviniendo en ese tanto estéril el fallo. (Puede verse también la Sentencia de la Sala Primera relacionada, número 465-2009 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil nueve). De ahí que un ejercicio de control objetivo de legalidad por la legalidad misma, carece de todo provecho o utilidad relevante. (Ver doctrina derivada del artículo 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo). Dicho lo anterior en términos diversos, si se toma en cuenta que el ejercicio de la acción de revisión de la legalidad de la conducta administrativa es de carácter subjetivo, en la medida que supone la existencia de una persona legitimada con ocasión de resultar titular de un interés relevante para obtener un pronunciamiento que le aproveche en su esfera jurídica -sin que sea posible una revisión objetiva de la legalidad por la legalidad misma respecto de los actos administrativos, se insiste-, media ausencia de ese interés actual, cuando el efecto de la sentencia es nada -a los propósitos de un fenómeno efectista-, habría de mutar el estado de las cosas. Para el caso que nos ocupa, debe tener presente la representación de la asociación accionante, que la sentencia que pudiese acoger la pretensión en análisis en tanto se dirige declarar que es propietaria de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca deviene a todas luces en estéril e innecesaria, en la medida de que conforme el mismo cuadro fáctico que esboza en su acción, nada induce pensar que existe algún conflicto entre ésta, y las autoridades públicas accionadas, tanto como en relación con la asociación que fue integrada a la litis, -pese a que en la causa de pedir, en ningún nivel se describe hecho alguno que indique lo contrario- en torno al mejor derecho del dominio sobre los territorios que conforman dicha reserva, cuando muy al contrario, resulta un tema pacífico entre las partes, que conforme el particular régimen jurídico aplicable a estos particulares bienes, es por decreto ejecutivo que se reconoce la ubicación de las reservas y que para el caso particular, lo ha sido en la actualidad por parte del Poder Ejecutivo según las hojas cartográficas del Instituto Geográfico Nacional-, en los términos de la información comprendida en el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” número 93 del dieciséis de

mayo del dos mil uno. De otra parte, si lo es a propósito de la participación exclusivamente de la comunidad indígena Bribri de Talamanca, es dable decir que fue conforme el mismo el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 93 del dieciséis de mayo del dos mil uno, que cualquier asunto relacionado con el otrora derecho que ostentaba quedó dilucidado de forma pacífica entre ambas comunidades, sin que se requiera entonces de pronunciamiento alguno que venga a innovar en donde la realidad de las cosas es que ningún acto o conducta de esa comunidad se encuentra desde entonces al menos afectando al mejor derecho de la comunidad indígena actora, como se verá.-

XII.- Sobre la demanda, en lo que en función de la misma fue integrada a la litis la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Bribri de Talamanca. Debiéndose remitir las partes al contenido de la expresado en el considerando anterior, en relación con lo indicado en el IX de la presente sentencia, la Reserva Indígena de Talamanca se encuentra conformada jurídicamente en la actualidad conforme el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, instrumento mediante el cual, fue eliminado el traslape que en algún momento histórico existió entre las áreas de terreno que comprenden la reserva indígena de la parte actora y la que otrora, fue reconocida como propiedad a la población de la comunidad Bribri de Talamanca, tal y como así se logra extraer de las propias manifestaciones de la parte accionante en sus escritos de demanda, conforme los que es claro, nunca ha sido su intención demandar a esa comunidad -al no existir conflicto de propiedad alguna frente a ella-. Así, se ha tenido por acreditado que mediante el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 93 del dieciséis de mayo del dos mil uno, el Poder Ejecutivo dispuso con ocasión de que existía un traslape parcial entre la reserva Cabécar de Talamanca y la que se denominó Sibujú Norte, dada en su oportunidad a la comunidad Bribri de Talamanca, fusionar ambas reservas en una sola delimitación, considerándose a su vez las áreas decretadas reservas indígenas pasando a constituir en su conjunto la reserva Indígena Cabécar de Talamanca. Al parecer, el problema se suscita a propósitos estrictamente registrales, que no son de ningún tipo de interés en la presente causa y que son resorte de asunto ajeno a éste, en donde en ningún nivel constituye esta circunstancia causa de pedir formulada por la parte actora. Siendo así, media igualmente una clara falta de interés en lo que la demanda fue entendida por la Sección Sexta de este Tribunal en su oportunidad, por lo que en consecuencia **se declara improcedente la demanda en tanto se entendió dirigida en contra de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Bribri de Talamanca.-**

XIII.- Sobre la procedencia o no de las pretensiones enumeradas de la 2 a la 4, relacionadas con una conducta omisiva en que habrían incurrido las autoridades públicas accionadas, en torno al cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Indígena. Lo pretendido en este tanto, resulta ser el objeto medular a los efectos de la acción conforme así lo ha comprendido este Tribunal. La parte actora en lo que interesa, ha acusado al respecto la inobservancia con el numeral 5 de la Ley Indígena que dispone: *"Artículo 5º.- En el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, el ITCO deberá reubicarlas en otras tierras similares, si ellas lo desearan; si no fuere posible reubicarlas o ellas no aceptaren la reubicación, deberá expropiarlas e indemnizarlas conforme los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiaciones. / Los estudios y trámites de expropiación e indemnización serán efectuados por el ITCO en coordinación con la CONAI. / Si posteriormente hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna. / Las expropiaciones e indemnizaciones serán financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. El fondo será administrado por la CONAI, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República."* Así y entonces, la omisión de cumplimiento con dicha norma habría de corresponder con la omisión

acusada en la causa. En soporte de su acción, la actora afirma que pese habersele reconocido la titularidad de su territorio, que según su dicho se encuentra descrita en el plano catastrado número L-118495-1993, esas tierras se encuentran invadidas en más de mil hectáreas sin que las instituciones demandadas hayan efectuado aún los estudios y trámites que se establecen en el artículo 5 de la Ley Indígena, a fin de que se concluya con la expropiación, indemnización y/o desalojo de los ocupantes no indígenas que se encuentran dentro de su territorio. En lo que corresponde con el Estado, acusó que éste no ha dotado de presupuesto a las instituciones correspondientes, ni éstas han hecho las gestiones necesarias para que se proceda de conformidad con los estudios de ocupantes, expropiaciones y desalojos dentro de esos territorios (obsérvese particularmente el extremo petitorio identificado como número 3). Así, conforme fueron ajustadas las pretensiones de la demanda, se tiene que aspira la accionante a que con causa en una conducta omisiva adoptada en desajuste con el ordenamiento jurídico, en sentencia, se disponga lo siguiente: “...2. Se ordene al Instituto de Desarrollo Agrario y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas realizar los estudios y avalúos sobre los terrenos ocupados por personas no indígenas dentro de ese territorio indígena: a) Ordéneseles que los estudios deben determinar cuáles de esas personas tienen que ser indemnizadas y cuáles no tienen derecho a ello; b) Ordéneseles que los avalúos se realicen sobre los terrenos que deben ser indemnizados, tomando en consideración las posibles variaciones que podrían ocurrir por los eventuales retrasos en los procesos que se tramiten para la indemnización; c) Ordéneseles iniciar los estudios y avalúos no más de un mes posterior a la firmeza de la sentencia, debiendo haberlos concluido no más de cuatro meses después de esa firmeza. 3. Se ordene al Estado, al Instituto de Desarrollo Agrario y a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas iniciar de inmediato, una vez realizados los estudios y avalúos citados, los trámites para las indemnizaciones (incluidas las posibles expropiaciones) de los poseedores o propietarios que tengan derecho a ello, y cancelar -no más de un mes posterior a la sentencia que así lo ordene- las indemnizaciones correspondientes 4. Se ordene poner a mi representada en posesión de cada una de las fincas, parcelas o áreas que componen nuestro territorio cada vez que se desaloje o indemnice a alguno de los actuales ocupantes conforme lo establece la Ley de Expropiaciones... ”. Es criterio de este Tribunal, que si bien se impone declarar procedente la demanda en contra de las tres autoridades públicas demandadas, no lo puede ser con ajuste pleno a los extremos de la demanda, tal cual fueron formulados por la actora, ambas situaciones que pasamos a razonar de seguido.-

1.-) Sobre la procedencia de la demanda en relación con el Estado en cuanto al acuse de una conducta omisiva. En criterio de mayoría, este Tribunal se considera que la demanda en este tanto es procedente en contra del Estado, por lo que así se declara, particularmente en función de un ejercicio de control de convencionalidad, sin perjuicio del contenido y alcance de lo estipulado en el artículo 5 de la Ley indígena, como se verá. De previo, se estima prudente reiterar que no obstante la asistemática y desafortunada forma en que el tema fue regulado en su oportunidad por la Ley de Tierras y Colonización, desde mil novecientos treinta y nueve viene siendo reconocido en nuestro país el derecho de propiedad con carácter de exclusivo e inalienable, de las poblaciones indígenas sobre sus territorios, esto según el artículo 8 de la Ley Sobre Terrenos Baldíos. También lo es indicar que para el año de mil novecientos cuarenta y cinco, se trató de una propiedad reconocida sobre los terrenos que se encontrasen ocupados por dichas poblaciones, esto según el Decreto Ejecutivo número 45 del tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, instrumento en el que se creó además, una organización identificada como la “Junta de Protección de las Razas Aborígenes de la Nación”, a la que de entre otras tareas, se le asignó la de delimitar en concurso con el Instituto Geográfico aquellas áreas de terreno, que por primera vez y en adelante se habrían de denominar “reservas indígenas”. Fue en este marco que devino la Ley de la República número 2330 de nueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado como el “Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribales en los Países Independientes”, que entre otras obligaciones que supone fueron asumidas por el gobierno costarricense dirigidas a la protección de estos pueblos y su cultura, dispuso al Estado el deber de realizar acciones coordinadas y sistemáticas dirigidas al reconocimiento del derecho de propiedad

de esas comunidades sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas y su protección frente a cualquier acto de despojo de las mismas por parte de no indígenas (artículos 2.1, 5, 11 y 13 del convenio) para lo que se debía de “buscar”, y no esperar que suceda lo contrario, la colaboración de las poblaciones indígenas de interés y sus representantes. El convenio relacionado tiene plena vigencia y debe relacionarse con la Ley número 7316 publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” número 234, del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, “Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, también de la Organización Internacional del Trabajo, conforme el que nuevamente imponiendo acciones de los gobiernos, que debiendo ser coordinadas, sistemáticas y con la participación de las comunidades indígenas para la protección de sus derechos -el de propiedad incluido- habrán de dirigirse a garantizar su integridad, debiendo el goce de tales derechos de ser pleno, protegido por la autoridad pública y garantizado su ejercicio sin obstáculos ni discriminación alguna (artículos 2.1, 3, 4 y 5). En lo que concierne específicamente al derecho de propiedad, el artículo 13 indicó así: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste **su relación con las tierras o territorios, o con ambos**, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. (El resaltado no es del original) además, el artículo 14, inciso 2), reza: “2. Los gobiernos deberán **tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión**. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. (El resaltado y subrayado no es del original). Por otra parte, acorde con la normativa internacional indicada, la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas número 5251, da existencia a esa organización y conforme su artículo 4, lo fue para que sirviese de instrumento de coordinación acorde con la obligación a que refiere el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, para velar por la protección de los derechos indígenas y además, estimular la acción del Estado que garantice el derecho de propiedad del que son sus titulares los pueblos indígenas sobre sus reservas. Sin perjuicio de tales tareas de coordinación, con claridad el artículo 9 del mismo cuerpo legal faculta entre otros al Estado para coadyuvar con la Comisión creada para la consecución de los fines que persigue la ley, que más que una facultad, es obligación en aplicación directa del artículo 14, inciso 2) en relación con el 13 inciso primero, ambos del ya citado Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. De toda suerte, hasta el año dos mil trece en que la Sala Constitucional modificó esta situación, entre otras autoridades públicas que formaban parte de la Comisión se encontraron varios ministerios del Poder Ejecutivo, incluyendo el de la Presidencia de la República, además de los rectores de los sectores de educación, gobernación y policía, cultura juventud y deportes, salud, agricultura y ganadería, además del de seguridad pública, y el propio ITCO, hoy INDER. Todos con participación en la Asamblea General como órgano superior de la Comisión, con autoridad para fijar la política general de la organización, fiscalizar, así como para aprobar o no el presupuesto que la Junta Directiva de la Comisión sometiese a su conocimiento y posterior remisión al Poder Ejecutivo. En lo que toca al patrimonio de la CONAI, (artículo 28) se habría de encontrar constituido en parte por la subvención anual que se venía dando en la Ley de Presupuesto General Ordinario de la República, a la anterior Junta de Protección a las Razas Aborígenes y en lo que interesa, las contribuciones extraordinarias acordadas por el Estado e instituciones autónomas y semiautónomas de la República. Finalmente, entrada en vigencia la Ley Indígena número 6172 del veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y siete, que es normativa especial y que derogó toda otra anterior en lo que se le oponga, dispuso que las reservas indígenas debían inscribirse en nombre de tales comunidades, debiendo de determinarse los límites de esos territorios –inalienables, imprescriptibles, no susceptibles de transmisión de su dominio y exclusivos de las comunidades indígenas que los habitan, siendo todo traspaso o

negociación de tierras o las mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, absolutamente nulo. Así, en el artículo 5 de la Ley indígena dispuso en lo que nos interesa, que a los no indígenas propietarios o poseedores de áreas dentro de las reservas debía reubicárseles, expropiárseles e indemnizárseles, de ostentar a esos efectos buena fe, debiendo correr por cuenta del hoy INDER la reubicación, así como las tareas de realización de los estudios y los trámites de expropiación e indemnización referidos, todo, en coordinación con la CONAI. Para las expropiaciones e indemnizaciones además, dispuso que serían: “...**financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo**, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. **El fondo será administrado por la CONAI**, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República”. De esta forma, el contenido económico previsto por el legislador para hacer frente a las indemnizaciones, sin que quepa lugar a duda alguna, corrió por cuenta del Estado Central -Poder Ejecutivo- con el propósito de que los fondos fuesen administrados por la CONAI, con el exclusivo propósito de destinarse por dicha Comisión una vez realizado lo correspondiente por el hoy denominado INDER y por supuesto, las consecuentes obligaciones propias de la CONAI, a pagar por las expropiaciones e indemnizaciones que procedieren a favor de quien correspondiese conforme el mismo numeral en análisis.-

1.1.-) Sobre el principio de control de la convencionalidad. Conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado internacionalmente el treinta de abril de mil novecientos ochenta y dos, hoy ley de la República número 7615 del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” número 164 del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis, se dispuso en lo que nos interesa: “**Artículo 26.- "Pacta Sunt Servanda".** *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Lo anterior importa la obligación de los estados de ser consecuentes con las obligaciones que asumen frente a la comunidad internacional y claro está, en casos como los comprendidos en el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo en relación con el Convenio número 169, “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, con las comunidades indígenas, particularmente en materia de garantías respecto del ejercicio, que debe ser garantizado como pleno, de derechos fundamentales. Por supuesto que son observables en esta materia tanto el artículo 7, como la doctrina que ha forjado la Sala Constitucional a partir de los alcances que ha dado al numeral 48, ambos de la Constitución Política. En otro nivel, a efecto de los aspectos operativos o de aplicación de estas reglas, el artículo 27 de este cuerpo normativo de derecho internacional dispone en relación con el derecho interno y la observancia de los tratados, refiriéndose a los Estado suscribientes, que: “**Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.** Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Este artículo 46, refería a la eficacia del tratado una vez consentido (firmado) por la delegación respectiva, lo que tiene relación con el artículo 11, sobre las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, en lo que dispone que basta con la firma del mismo. Ante ello, la delegación de Costa Rica interpretó y expresó que la disposición aplicaría para el caso del Estado Costarricense en lo que se refiere al derecho secundario, no así a las disposiciones de la Constitución Política. Todo lo anterior es relevante con ocasión del desarrollo del principio de control de la convencionalidad y de lo que se podría denominar además, el principio de intangibilidad de los tratados frente a la ley. De lo anterior se desprende además, bajo la cobertura de la aspiración de todo ordenamiento jurídico de proveer certeza y seguridad, la obligación de hacer aplicación directa de las normas contenidas en tratados internacionales ya ratificados y vigentes en el orden interno, pudiendo claro está, ser normativa invocada por su beneficiario, independientemente de que se trate de otro Estado y en exigencia de lealtad a los compromisos asumidos en el marco de las relaciones entre las naciones vinculadas, sin perjuicio de la cobertura que también se ha solido invocar al principio en materia de instrumentos de este tipo cuando regulan materia de derechos humanos. La Sala Constitucional al respecto ha indicado como sigue: “*II.-Es obvio que el gestionante parte de lo que dispone el artículo siete de la*

Constitución Política en el sentido de que los tratados y convenios internacionales "estén con autoridad superior a las leyes" (...). Mas debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No.7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona". Así, se impone en síntesis el reconocimiento de la validez de las normas internacionales como fuente directa del derecho interno y en reconocimiento de su ubicación en materia de la jerarquía de las fuentes. El principio de control de la convencionalidad se encuentra residenciado en el ya mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin perjuicio del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta última que al igual que múltiples otras declaraciones surgidas en el seno de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, no son objeto de ratificación por los Estados miembros o signatarios por innecesario. No podría decirse otra cosa entonces, que el contenido de estos cuerpos en materia de derechos humanos tiene un enorme valor interpretativo para todas las instancias encargadas de aplicar las normas que componen el bloque de legalidad, y en ese sentido también el derecho interno. No está demás indicar en lo relevante para el caso que nos ocupa, que como se desprende del artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que refiere al derecho de propiedad, como lo es para todo otro derecho reconocido en ese instrumento, los Estado encuentran comprometidos a asegurar el respeto **universal y efectivo** de los derechos y libertades fundamentales del hombre, lo que significa que el Estado tiene la obligación no sólo de respetar esos derechos y libertades, si no además, la obligación de **asegurarlos**. Esto lo que implica que es al Estado en su conjunto sin que su organización interna permita afirmar que se ha desprendido de sus deberes, a quien se le demanda la adopción de actuaciones que tiendan a la realización efectiva de los cometidos que persiguen los convenios de este tipo en materia de derechos humanos, sin que el derecho interno sirva de excusa para incumplir lo convenido. Sobre la importancia de tener presente lo dicho a este punto en lo que se vincula con la defensa de los derechos de un grupo de la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad como lo son las comunidades indígenas desde tiempos inmemoriales, la Sala Constitucional en su sentencia N° 2253-96 de las 15:39 horas de 14 de mayo de 1996, indicó: *"... Existen diversos instrumentos jurídicos tendientes a fomentar esa igualdad real entre los sujetos; entre ellos puede ubicarse la situación particular de los aborígenes, quienes tradicionalmente han sido zizados, por razones históricas, sociales, económicas y culturales. Ellos sufren las consecuencias de una sociedad que no comprende ni respeta sus diferencias; y que en ocasiones, tiende a verlos como seres incapaces de dirigir sus propias vidas y destinos. Ante esa situación, la comunidad internacional sintió la necesidad de adoptar medidas a favor de los indígenas. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, denominado "Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 7316 de 3 de noviembre de 1992, estableció la especial protección de los indígenas y de su cultura."*

El control de convencionalidad importa que el Poder Judicial de cada Estado y los órganos que componen su estructura (y toda autoridad que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, en particular la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en función de lo dispuesto en el artículo 49 constitucional) deban aplicar, interpretar y/o resolver los asuntos propios de sus competencias como operadores jurídicos, haciendo prevalecer el parámetro convencional de control, constituyéndose así el derecho internacional en lo que regule derechos humanos, en lo que realmente es, sea, garantía del respeto a los derechos humanos en lo que corresponde. Por lo demás, baste con indicar que según nuestro Código Civil en su artículo 5, estos cuerpos normativos de corte internacional son de aplicación directa por el operador jurídico al formar parte del derecho positivo interno de la nación, desde el momento en que su incorporación al bloque de legalidad se produce por virtud de la aprobación de la Asamblea Legislativa y su publicación integral en el Diario Oficial "La Gaceta", por lo que formando parte del bloque de legalidad, esto es parámetro de control de esta jurisdicción. (Artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública).-

1.2.-) Sobre la conducta omisiva en que ha incurrido el Estado. Dicho todo lo anterior, se estima por la mayoría de los miembros de este Tribunal, que el Estado no solamente ha incumplido con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 5 de la Ley Indígena, si no que además, se trata de un incumplimiento calificado y reforzado en el tiempo desde que el ordenamiento le impuso la específica obligación de dotar de contenido presupuestario ala CONAI a fin de que tales recursos se dispusieren conforme los trámites a efectuar por el hoy INDER, a efecto exclusivamente de expropiar e indemnizar cuando proceda a los no indígenas, que se encuentren ocupando o sean titulares, en ambos casos de buena fe de los terrenos identificados como parte de las reservas indígenas. En la presente causa se ha tenido como probado en un primer nivel y sin perjuicio de que la reserva propiedad de la comunidad indígena actora data de décadas atrás, en sus actuales dimensiones, que la comunidad indígena aquí representada es titular del dominio sobre la reserva descrita a partir de la adopción por parte del Poder Ejecutivo, del Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta", número 93 del dieciséis de mayo del dos mil uno, con independencia de que se encuentre inscrita o no a nombre de la asociación accionante en representación de la comunidad Cabécar de Talamanca (lo que puede ser consultado en la Página Web del Poder Judicial, accediendo al Sistema Costarricense de Información Jurídica), tanto como que desde su creación por primera vez, conforme el Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis, según dio cuenta de esa circunstancia el propio Poder Ejecutivo desde entonces, existen personas no indígenas ocupando áreas, de aquellas que comprenden su superficie. Sobre este particular, de relevancia lo fueron además las declaraciones que fueron rendidas en juicio por parte del testigo José Manuel Paniagua Vargas, geógrafo de profesión y funcionario de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas con veinticinco años de experiencia que le ha relacionado entre otras, con la comunidad indígena accionante, así como el señor Hermógenes Morales Morales, miembro de la comunidad indígena Cabécar de Talamanca, quien indicó vivir en el territorio indígena de interés desde su nacimiento, hace cincuenta y cuatro años al menos. Ambos testigos indicaron conocer de la existencia de no indígenas que se encuentran ocupando áreas de la reserva que nos ocupa, sin que exista motivo alguno que induzca a este Tribunal estimar que carezcan de credibilidad sus manifestaciones. Luego y de todos modos, la existencia de no indígenas en estas tierras y en las condiciones dichas, parece devenir del propio reconocimiento del Poder Ejecutivo y el legislador conforme la propia Ley Indígena, así como particularmente, lo expresado por el Poder Ejecutivo en el Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis. Medular relevancia tiene el hecho de que conforme la prueba ordenada por esta autoridad judicial para mejor resolver, visible a folios del 795 al 198 del expediente principal, que es documento suscrito por quien en él se identifica como Marjorie Morera González en su condición de Directora de la Dirección General de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda, se da cuenta de que en ningún momento histórico a partir de la vigencia de la Ley Indígena número 6172 y conforme su artículo 5, el Poder Ejecutivo ha incluido en el Presupuesto General de la República, el aporte de cien millones de colones en efectivo que debió haber consignado mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera con su inclusión en el Proyecto de Presupuesto Nacional dela República de 1979, para continuar en los presupuestos de 1980, 1981 y 1982 respectivamente. De ello se sigue según el criterio de mayoría de los integrantes de este Tribunal, que a los propósitos de la Ley Indígena, tanto como de los de los convenios internacionales suscritos en la materia, el Estado incumplió ilegítimamente por omisión, con su deber de tomar acciones efectivas -en este caso, una específica y concreta fijada por los instrumentos normativos indicados- para la protección de la propiedad indígena sobre la tierra. Se trata de una conducta administrativa sometida por virtud de lo dispuesto en el artículo 49 constitucional al control de legalidad residenciado en esta jurisdicción, que por otro lado, no otorga o confiere margen de discrecionalidad en la Administración obligada a actuar. En un segundo nivel y pese a haber resultado ello acorde con la inteligencia de la demanda presentada en su contra, tampoco se ocupó el Estado de probar, que a partir de la vigencia de la Ley Indígena número 6172, haya desplegado

en lo que jurídicamente se encuentra habilitado, acto alguno dirigido a dirigir, coordinar y/o vigilar, de forma ordenada y sistemática las tareas que habiéndole sido impuestas por el derecho internacional y el interno en materia del derecho de las poblaciones indígenas a la integridad de sus territorios, debían de ser ejercidas en lo conducente, ya con el INDER ya con la CONAI o cualquier otra organización indirectamente vinculada. Véase el contenido de lo dispuesto en el artículo 26, inciso b), en relación con el 27, inciso primero, ambos de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto al deber de quien ejerza la Presidencia de la República, de forma autónoma o en su caso, conjunta con el Ministro del ramo, de dirigir y coordinar las tareas de gobierno y de la Administración Pública Central en su total conjunto, **así como lo propio con la Administración Pública descentralizada**, esto, en lo que se habría esperado además, hubiese podido acreditar al menos respecto de la gestión en lo que nos interesa del hoy denominado Instituto de Desarrollo Rural, tanto como de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en relación con la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca. Tampoco se trajo al proceso prueba alguna que de muestre de que el Estado haya emprendido o procurado de forma efectiva, coordinada y/o sistemática, esfuerzos que se pudiesen entender conjuntos con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y el Instituto de Desarrollo Rural dirigida a proteger y garantizar a la Comunidad Indígena Cabécar de Talamanca en cuanto a la integridad de los territorios de los que es su titular. (Todo lo anterior conforme los autos por inexistencia de material probatorio que indique lo contrario). Estas circunstancias fácticas hacen de la omisión en que ha incurrido el Estado, en ilegítima en tanto importa incumplimiento con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en relación con el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio número 169, “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” en lo que regulan los deberes a los que debe dar cumplimiento el Gobierno de la República de Costa Rica, lo que debe asociarse a lo dispuesto en el artículo 140, inciso 8) de la Constitución Política. En lo que corresponde con el último párrafo del artículo 5 de la Ley Indígena que dispone que *“...Las expropiaciones e indemnizaciones serán financiadas con el aporte de cien millones de colones en efectivo, que se consignarán mediante cuatro cuotas anuales de veinticinco millones de colones cada una, comenzando la primera en el año de 1979; dichas cuotas serán incluidas en los presupuestos generales de la República de los años 1979, 1980, 1981 y 1982. El fondo será administrado por la CONAI, bajo la supervisión de la Contraloría General de la República”*, si la administración de los fondos con que debió de ser dotada la CONAI por parte del Poder Ejecutivo, lo era a fin de contar con los recursos necesarios, a efecto de proceder con las expropiaciones e indemnizaciones cuya tramitación corresponde al INDER, siendo presupuesto para ello, nada habría de poder ser indemnizado, si no lo es por otras vías que las dispuestas incondicionalmente por el ordenamiento jurídico al Poder Ejecutivo, lo que no puede ser amparado por la autoridad jurisdiccional en esta sede conforme el artículo 49 constitucional. Esto conlleva a declarar que efectivamente el Estado ha incurrido en una ilegítima conducta omisiva, contraria a lo dispuesto y ordenado por el ordenamiento jurídico. Nótese que sin perjuicio de que se haya estimado que una suma de dinero semejante a finales de los años setenta, podría servir para los propósitos previstos en la ley, es deber del Poder Ejecutivo proveer de los recursos que se requieran para dar cumplimiento a la normativa de cita, así inclusive, ante la posibilidad de que no resulte suficiente esa previsión económica, no enerva esa circunstancia la obligación originaria únicamente endosable al Estado, de dotar de los recursos que resulten necesarios para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Indígena y el derecho internacional. En el momento en que no existan no indígenas que indemnizar en las reservas, queda claro para este Tribunal que la norma comprendida en el numeral -norma de corte programático- habrá de perder vigencia en función de haberse ya cumplido el fin que persigue la misma en ese tanto. En ese eventual estado de las cosas, habría de poderse afirmar que se encuentra materializado de forma efectiva el ejercicio por parte de las comunidades indígenas del derecho exclusivo y excluyente de propiedad del que son titulares, sin perjuicio de la vigilancia futura en torno a su integridad. En tanto no lo sea, sin duda se trataría de un derecho de propiedad que no es pleno al no encontrarse siendo protegido por el Estado en franca violación del derecho que asiste a

estas comunidades. Siendo así se reitera, se impone declarar procedente en lo que se dirigió en contra del estado, mas, en los términos que se dirán adelante.-

2.-) Sobre la procedencia de la demanda en relación con el Instituto de Desarrollo Rural en cuanto al acuse de una conducta omisiva. En criterio unánime de este Tribunal, se impone declarar igualmente procedente la demanda en lo que fue incoada en contra del Instituto de Desarrollo Rural, con ocasión de haber incurrido tal institución en una ilegítima conducta omisiva, reforzada y calificada con el paso del tiempo. Debe reiterarse al efecto que con la entrada en vigencia de la **Ley de Tierras y Colonización** número 2825 del catorce de mayo de mil novecientos sesenta y uno, que derogó la Ley de Terrenos Baldíos, pese haberse dispuesto ésta en grosera contravención con el ya vigente Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, el Instituto de Tierras y Colonización (hoy INDER) fue vinculado con las comunidades indígenas en la medida que se le designó para **reunir a todas esas comunidades en un solo centro agrario**, para lo que se indicó, que debía de hacer uso de las áreas de terreno que resultasen necesarias. Aunque con desconocimiento de normativa supra legal que regía al respecto, previo a la entrada en vigencia de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas número 5251 en mil novecientos setenta y tres, el hoy INDER, al menos se puede decir que debía de disponer de tierras para la ubicación de las poblaciones indígenas. Luego, decretada la ley que creó al CONAI, todas las asignaciones legales que habría de desplegar el INDER, habrían de serlo en coordinación con dicha Comisión. Destaca entre ellas conforme puede apreciarse, la labor relacionada con la disposición de tierras a estos efectos, según el texto del transitorio único de la Ley que creó a la CONAI y su reforma. Sin perjuicio de lo anterior, fue según el Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis, que se declaró la identidad de entre otras, la Reserva Indígena de Talamanca y se agregó que debía de ser delimitada al resultar posible, no obstante la invasión por parte de no indígenas que sufrían. Además se expresó de nuevo que el Estado debía darles especial protección a estas tierras y se ordena que la delimitación “exacta” de las reservas, sería responsabilidad del para entonces denominado ITCO, en coordinación con la CONAI. De esta forma, además de que debía anteriormente de disponer de tierras para estos grupos de la población, ahora debía proceder a demarcar las reservas indígenas que fuesen reconocidas por decreto ejecutivo, lo que no podría entenderse de otra forma, que suponía el deber de levantar los planos de estas propiedades con el fin de que fuesen inscritas a favor de las comunidades indígenas, debiendo proceder de conformidad, apenas dos meses luego de puesto en vigencia el Decreto, lo cual no fue cumplido por el INDER. Para entonces la reserva indígena de Talamanca ya se encontraba identificada en los términos del arriba citado Decreto Ejecutivo número 5904 del once de marzo de mil novecientos setenta y seis. Además se indicó en el decreto, que cualquier institución, pública o privada podría prestar ayuda al ITCO a esos efectos. Si bien este acto del Poder Ejecutivo refería al deber de expropiar a los no indígenas, de poseer estos, derechos de propiedad dentro de las reservas, nada a ese punto le fue designado como tarea al ITCO, aunque por la remisión que hizo a los procedimientos previstos en la Ley de Tierras y Colonización, hacen presumir que era tarea del ITCO también. Resulta claro si del mismo Decreto Ejecutivo se trata, que si impuso, como efectivamente lo fue, a la CONAI la realización de censos en las reservas indígenas, la demarcación de esos territorios debía de haberse dado como presupuesto (ver artículos 14 y 15 del Decreto en análisis). La disposición referida a la necesidad de que esos terrenos fuesen inscritos registralmente, se reforzó con el Decreto Ejecutivo número 7268 nueve de agosto de mil novecientos setenta y siete conforme su artículo 3. La Ley Indígena puesta en vigencia en mil novecientos setenta y siete, que derogó toda otra norma anterior en lo que se le opusiera, aclaró el panorama. Adoptada la misma en armonía con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 107 sobre Protección de Pueblos Indígenas y Tribuales, se reitera que las reservas indígenas son propiedad de esas comunidades y que se habrían de encontrar todas inscritas en el Registro Nacional a su nombre y se estableció que los límites de esos territorios una vez reconocidos por el Estado, debían ser además de exclusiva posesión de estas comunidades. Así, se reiteró lo que ya se podía desprender de la normativa antes vigente, ahora conforme su artículo 5,

cual es que al entonces *ITCO* le habría de corresponder reubicar a los titulares o simples poseedores de buena fe de esos terrenos, si accedían a ello, o en su caso, realizar los estudios y trámites de expropiación con el fin de indemnizar cuando proceda a esas personas. Todo lo anterior habla de la preexistente luego de entrada en vigencia de la Ley Indígena, obligación impuesta al hoy INDER, de haber efectuado con claridad la demarcación de los terrenos afectados. Para este Tribunal, ha sido demostrado conforme la prueba que rola en autos en la presente causa, que el Instituto de Desarrollo Rural, desde que se le impuso por el ordenamiento jurídico cumplir con esa obligación no ha efectuado acciones encaminadas a la delimitación material y formal de la reserva indígena Cabécar de Talamanca, esto, al no haberse traído al proceso prueba que acredite lo contrario, además de que se refuerza lo anterior al tenor de las declaraciones de la misma representación del Instituto de Desarrollo Rural, y la deposición en juicio del testigo identificado como Olman Rojas Rojas, Coordinador General de la Unidad Ejecutora del Programa de Regularización de Catastro y Registro, contrato número UE-92-1284, Ley número 8154 del veintisiete de noviembre del dos mil uno, a partir del cual, no resulta de recibo cualquier afirmación en el sentido de que fue legalmente descargado en ese programa, las tareas expresamente asignadas al *ITCO*. Debe aclararse que en criterio de esta Cámara, en nada la aprobación de este programa puede servir de argumento jurídico para afirmar, que el legislador haya dispensado tanto al Estado, al hoy INDER, como a la *CONAI*, del fiel cumplimiento de sus obligaciones legales para con las comunidades indígenas. Por lo demás, se trató de un proyecto que en cuanto a la reserva indígena Cabécar de Talamanca, ningún resultado ofreció, según así lo afirmó el testigo Olman Rojas Rojas antes citado. La conducta omisiva del hoy INDER relacionada, ha impedido materialmente a la *CONAI* la realización de censos poblacionales en las comunidades indígenas con el concurso de las propias comunidades indígenas por razones obvias, coadyuvando esa circunstancia con el incumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone respecto de estos grupos vulnerables de nuestra nación. De otra parte, en lo que corresponde con las reubicaciones eventuales de poseedores o propietarios de buena fe que se encuentren dentro de la reserva en cuestión, el mismo INDER evita proceder de conformidad, al impedir con su omisión, a la determinación de esos propietarios y/o poseedores en los términos ya dichos, todo en franca violación al ordenamiento jurídico. Debe tenerse claro que el INDER fue instrumentalizado por el Estado legislador para esas tareas, podía decirse que aprovechando la plataforma con que cuenta dadas sus funciones de ley ordinarias. Siendo así, se impone respecto del INDER, declarar procedente la demanda y en los términos que adelante se dirán, ordenar la conducta debida a los efectos de ajustar la misma a la ley. En concurso con lo afirmado anteriormente, tampoco se ha demostrado en esta causa que el hoy INDER, haya desplegado en algún momento acciones efectivas de coordinación sistemática dirigidas a la protección de los derechos de estas comunidades, si bien ha dado cuenta de algunas acciones aisladas, todas ellas que han resultado estériles al respecto, lo que solo da cuenta y refuerza la afirmación anterior.-

3.-) Sobre la procedencia de la demanda en relación con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en cuanto al acuse de una conducta omisiva. Por unanimidad, la demanda debe declararse procedente en lo que fue interpuesta en contra de la Comisión Nacional de Asuntos indígenas al haber incurrido también en una ilegítima conducta omisiva en los términos que se dirán. Tal y como fue advertido líneas atrás, si bien conforme la Ley Indígena en su artículo 5 y demás normativa que le precedió, en cuanto a la protección del derecho de las poblaciones indígenas y las actividades de expropiación e indemnización, sus tareas lo son exclusivamente la realización de censos poblacionales en concurso con esas poblaciones, y ello no resulta en criterio de esta cámara posible, si no lo es a partir de que las reserva indígenas, incluyendo por supuesto a la de la parte actora se encuentren debidamente demarcadas por el INDER, se hace ver conforme la prueba aportada en la presente causa, una conducta absolutamente pasiva, en tanto el mismo ordenamiento jurídico le impone tareas de coordinación -sobra decir efectivas- que estimulen tanto al Estado como al INDER al cumplimiento con sus obligaciones. Las mismas declaraciones de la representación de dicha institución dan cuenta de esta circunstancia, al atribuir exclusivamente a la

falta de dotación de recursos por parte del Poder Ejecutivo, su inercia. En este sentido, la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas número 5251 en su artículo 4, le designó, con propósitos generales y en lo que interesa para: "... b) Servir de **instrumento de coordinación** entre las distintas instituciones públicas obligadas a la ejecución de obras y a la prestación de servicios en beneficio de las comunidades indígenas; (...) e) **Velar por el respeto a los derechos de las minorías indígenas, estimulando la acción del Estado** a fin de garantizar al indio la **propiedad individual y colectiva de la tierra**; el uso oportuno de crédito; mercadeo adecuado de la producción y asistencia técnica eficiente; (...)" (El resaltado y subrayado no es del original). Los intentos fallidos a fin de poner en vigencia una reglamentación que regulara procedimientos para determinar qué poseedor o titular de tierras dentro de las reservas indígenas lo es de buena fe o no, así como la promoción de proyectos de ley, también fallidos, diversos a lo ya regulado en el artículo 5 de la Ley Indígena, permiten afirmar lo contrario. Nada en esta litis ha traído con valor probatorio suficiente la representación de la CONAI, que de prueba del cumplimiento con esta medular obligación de coordinación y/o estímulo a otras entidades administrativas que permita decir que queda a salvo de declarar procedente la demanda incoada en su contra. Muy al contrario, dichos eventos solamente hablan de la inoperancia de cualquiera esfuerzo realizado en este sentido por estéril e insuficiente, muy a pesar de que ella misma en sus inicios y hasta el año dos mil tres por disposición de la Sala Constitucional, se encontraba conformada por entre otros, varios Ministerios del Poder Ejecutivo según su misma ley de creación, lo que refuerza lo estéril que en esta línea de ideas ha sido su funcionamiento, si se toma en cuenta que definía su Asamblea General, su política institucional y presupuesto. (Ver sentencia de la Sala Constitucional número 3485-2003 de las catorce horas diecisiete minutos del dos de mayo del dos mil tres). No se acredita como era de esperar, que su Junta Directiva y Asamblea General, hayan emprendido esfuerzos para que fuese dotada la institución del presupuesto a que refiere la Ley Indígena en el último párrafo de su artículo 5, para el caso específico de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca, por demás. Nótese que siquiera se ha hecho un esfuerzo en describir las tareas a la fecha realizadas en lo que interesa, en uso de los recursos con que sí ha contado en el presente casi simplemente se afirmado no poder ejecutar lo que corresponde por no contar con financiamiento para el ejercicio de sus funciones. (Ver artículo 28 de la de creación de la CONAI). Tampoco en materia de delimitación o demarcación de la reserva indígena Cabécar de Talamanca, se demuestra haber efectuado alguna labor de coordinación ni con el INDER, ni con el Programa de Regularización Catastral antes referido, cuando dicha oportunidad se presentó, esto pese a que en cuanto a la administración de las reservas, debía de efectuar la coordinación debida y asesoramiento a las comunidades indígenas. La Ley Indígena y el cumplimiento con su artículo 5 por parte tanto del Estado como del INDER en lo que corresponde, supone que la CONAI, haya ejercido sus atribuciones-deberes de forma eficiente y con la potencia necesaria para persuadir, o al menos advertir al Poder Ejecutivo e INDER, del estado de incumplimiento con el ordenamiento jurídico en que se han encontrado incurriendo, aún en la actualidad. Como resultado, a la fecha la reserva indígena Cabécar de Talamanca no se encuentra demarcada, ni adecuadamente inscrita a nombre de dicha comunidad registralmente, no existe certeza de las áreas de terreno en que habrían de realizarse de su parte los respectivos censos poblacionales, e impide dar cumplimiento con la normativa que rige la materia de derechos humanos de estas poblaciones en cuanto al ejercicio efectivo y excluyente de su derecho a la propiedad, todo lo anterior, pese a que desde el año dos mil uno, la reserva indígena Cabécar de Talamanca se encuentra descrita en cuanto a su ubicación -en las hojas cartográficas del Instituto Geográfico Nacional- y límites, en los términos de la información comprendida en el Decreto Ejecutivo número 29448 de fecha veintiuno de marzo del dos mil uno, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" número 93 del dieciséis de mayo del dos mil uno.-

4.-) En cuando a la improcedencia de condenar a las accionadas en los términos de lo pretendido. Tal y como fue indicado líneas atrás, se impone declarar la procedencia parcial de la demanda, no siéndolo en los términos precisos en los que fueron esbozados los extremos de la misma. Lo que se otorga supondrá un ajuste acorde con la norma comprendida en el artículo 5 de la

Ley Indígena, de conformidad con la cual y en lo medular, se ha tenido que las autoridades públicas demandadas han incurrido en una ilegítima conducta omisiva, que como consecuencia refleja y necesaria, hace igualmente procedente la condena de hacer a fin de procurar el ajuste de esa conducta a lo mandado por el orden jurídico. El artículo 5 de la Ley Indígena es una norma programática que se desdobra en dos tipos de acciones, realizables en la medida en que la reserva indígena se encuentre debidamente demarcada y claro está, que se conozca su situación jurídica a partir de sus circunstancias registrales y catastrales en función de terceros. Sólo una vez que se cuente con certeza técnica y material de los límites de la extensión material del territorio indígena es que resultaría posible identificar a cualesquiera no indígenas que se encuentren poseyendo o sean titulares de porciones de tierra que forma parte de la reserva, que son a quienes refiere el artículo de interés, deben ser posibles sujetos de indemnización a los efectos de su desalojo de esas tierras. Las tareas de identificación de estas personas habrán de realizarse en conjunto y de forma sistemática entre la CONAI, la asociación actora, las autoridades indígenas y la propia comunidad Cabécar de Talamanca. Esto en el marco del levantamiento de los censos poblacionales que es tarea de la Comisión referida. Luego y sólo una vez identificadas estas eventuales personas, es que la situación de cada una de ellas deberá determinarse en cuanto a si en su caso, ya la propiedad, ya la posesión, lo es de buena fe, para lo que se impone informar esa tarea con las disposiciones y principios que informan al derecho civil y el público en lo que corresponda, así como particularmente a los alcances de las disposiciones de la Ley Indígena, para el caso de los actos que hayan podido realizarse con participación de no indígenas luego de entrada en vigencia dicha norma. Realizado lo anterior es que procedería entonces al desalojo o expulsión en su caso de quienes se encuentren ejerciendo posesión de mala fe, así como la interposición de las acciones legales correspondientes en contra de quien ostentando un derecho de propiedad, lo sea igualmente de mala fe. Para quienes exista buena fe y resulten propietarios registrales de áreas dentro de la reserva y/o quienes ejerzan la posesión, habría de ofrecerse la posibilidad por parte del INDER de su reubicación, y en su caso, ante la negativa del interesado, proceder con los trámites vinculados con el proceso de expropiación conforme lo previsto en la Ley de Expropiaciones. De proceder la expropiación, debe realizar al INDER los trámites y procedimientos respectivos, debiendo tomarse nota de que en criterio de mayoría de este Tribunal, los fondos que habrá de direccionar el Poder Ejecutivo en apego con la ley, son los que habrán de servir para pagar las expropiaciones e indemnizaciones, por lo que deberán encontrarse por parte de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, a disposición del Instituto de Desarrollo Rural, para cuando proceda hacer cualquier giro. Pues bien, teniéndose en cuenta que resulta inaceptable que una sentencia quede en letra muerta sin que posea la virtud de afectar la realidad, es tarea del juzgador el ser garante de que el fallo que dicte se pueda efectivamente ejecutar, plena y eficazmente, lo que es consustancial al servicio de administración de justicia, sobre todo si se toma en cuenta la intangibilidad que produce el estado de la cosa juzgada. Y es que con facilidad, la posibilidad de que una sentencia no sea cumplida, podría responder a que lo ordenado al destinatario, no se encuentre debidamente estructurado, ya sea que medien problemas en la redacción de la parte dispositiva del fallo al no reflejar una orden precisa, clara y concreta, o por desconocimiento de parte del juzgador del entorno en que tal fallo deberá de incidir. En el particular caso que nos ocupa, la demanda es parcialmente procedente de diversa forma a lo pretendido, no obstante con igual protección al buen jurídico tutelado. Esto con el objetivo de que la sentencia misma no vaya a servir para generar la desesperanza, de una comunidad como la indígena Cabécar de Talamanca, como sí, para constituir mecanismo que garantice la protección efectiva de su mejor derecho. Se estima que lo pretendido en lo que supone girar orden al INDER a fin de que realice estudios y avalúos sobre los terrenos ocupados por personas no indígenas en la reserva de interés, así como a las indemnizaciones, deviene en prematuro, al siquiera encontrarse debidamente demarcada la misma con base en información técnica adecuada, tampoco se cuenta con información registral ni catastral, como tampoco con censos poblacionales actualizados en concurso con la propia comunidad indígena Cabécar que defina en relación con qué personas e inmuebles es que habría de procederse de conformidad. Como se ha indicado en la presente sentencia, tampoco existe el presupuesto que el

legislador previó conforme el artículo 5 de la Ley Indígena a esos efectos. Lo referido a los procedimientos para indemnizar por las mismas razones resulta prematuro, así como la asignación de plazos para ello. En consecuencia, también, la puesta en posesión de la comunidad indígena de los terrenos ocupados por no indígenas en su reserva. En relación con los plazos que peticona la parte actora sean previstos para que despliegue su actividad la Administración por los demás, son fugaces y en desajuste con la realidad que muestra la simple experiencia. De otra parte, la ejecución de lo que haya de disponerse no puede hacerse depender exclusivamente de la buena voluntad y obediencia de las autoridades públicas, que en este caso se han históricamente mostrado ilegítimamente renuentes, o al menos no capaces o con la voluntad, de dar ejecución a lo ordenado por el ordenamiento jurídico en los términos en que así lo dicta. Finalmente, se estima por mayoría de este Cámara que la capacidad presupuestaria -está por demás insistir en que en este caso no se ha acreditado que medie imposibilidad en el Estado para acatar la Ley Indígena en su artículo 5- no podría constituir jurídicamente inmunidad de las autoridad pública frente a un expreso mandato de ley, por lo que la omisión histórica a la misma, respondería más que otra cosa a deficiencia en la gestión pública. De otra parte, no existe principio jurídico alguno que permita afirmar, que una decisión gubernamental, de cómo hayan de asignarse recursos a fin de proveer de ellos a la gestión pública conforme las prioridades que defina, implique una desaplicación del principio de legalidad comprendido en los artículos 11 tanto de la Constitución Política, tanto como de la Ley General de la Administración Pública, cuando el legislador no ha dado margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo conforme la Ley Indígena en el último párrafo de su artículo 5. Debía proceder el Poder Ejecutivo con ajuste a la ley referida desde el año de mil novecientos setenta y nueve, por lo que no haberlo hecho, ni en ese momento, ni en ninguno otro anterior, pese a que dicha norma conserva plena vigencia y así lo impone, sólo conlleva a estimar que se ha incurrido en una ilegítima conducta omisiva, además, calificada y reforzada, por cuanto se trata de un deber de actuar mandatorio que se ha mantenido por décadas aún y con los reclamos y llamados de los propios indígenas, pero al tiempo esbozado en protección de los derechos humanos que reconocidos en cabeza de esas comunidades, corresponden a los que deberían se garantizados en el caso de grupos de la población tradicionalmente considerados vulnerables y desatendidos por décadas, ahora nuevamente de parte de las autoridades públicas. Guardando las distancias, y aceptando que la siguiente apreciación no es de corte jurídico, la ausencia de garantía de integridad del derecho de propiedad comunitaria sobre los territorios indígenas por parte de las autoridades públicas, es a éstas comunidades indígenas, desde el punto de vista sociocultural, como a la Nación misma lo sería, el no encontrar garantía sobre la integridad de su territorio conforme la constitución frente a otras naciones. Así las cosas, la demanda es parcialmente procedente según así lo entiende por mayoría este Tribunal, mas, no siéndolo en los términos peticionados, en su lugar, se debe condenar primeramente al **Estado**, como en efecto se hace, a dar cumplimiento con lo estipulado en el actualmente vigente artículo 5 de la Ley Indígena en su último párrafo, en relación con el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, Ley número 2330 "Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribales en los Países Independientes" y el "Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", Ley número 7316, y en consecuencia, deberá incluir en favor de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en el Proyecto de ley de Presupuesto Nacional de la República, los cien millones de colones que debió incluir, en aquellos proyectos que correspondían con los períodos presupuestarios de mil novecientos setenta y nueve, mil novecientos ochenta, mil novecientos ochenta y uno y mil novecientos ochenta y dos. La inclusión de esos dineros en el proyecto respectivo deberá de realizarse en cuatro tractos, a valor actual, y en cuatro períodos presupuestarios anuales consecutivos, el primero de los cuales deberá realizarse hasta vencido el período presupuestario posterior a aquel que se encuentre corriendo al momento en que adquiera firmeza la presente sentencia. Se ordena al Estado ejercer labores coordinadas, sistemáticas y efectivas con la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y el Instituto de Desarrollo Rural y la Comunidad Indígena Cabécar de Talamanca, que garanticen la ejecución de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Indígena. En ningún momento la Presidencia de la República, -sin perjuicio de

las facultades constitucionales que asisten a la Contraloría General de la República-, podrán desentenderse del adecuado uso que le sea dado a ese fondo conforme la Ley. Se condena al **Instituto de Desarrollo Rural** a desplegar toda acción que resulte necesaria con cargo en su propio presupuesto, a fin de que se encuentre debidamente demarcada la reserva Indígena Cabécar de Talamanca, lo que deberá iniciar dentro de un plazo no menor a seis meses contados a partir de la fecha en que adquiera firmeza la presente sentencia. Esas tareas deberán encontrarse concluidas, al menos seis meses luego de iniciadas. La demarcación deberá incluir el levantamiento de planos y cualquiera otro instrumento de ese corte, así como los estudios registrales, necesario para la efectiva inscripción registral posterior de los terrenos, permitiendo identificar si existen propiedades superpuestas sobre las áreas que comprende la reserva indígena de interés. Estas tareas deberán efectuarse con la coordinación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y la colaboración de la comunidad indígena actora, para lo cual, dicha comisión deberá interactuar con las autoridades indígenas a efecto de que no se genere obstáculo alguno que entorpezca la realización de las tareas ordenadas. Se condena a la **Comisión Nacional de Asuntos Indígenas** a desplegar toda actividad necesaria en directa, intensa y sistemática coordinación con la Asociación de Desarrollo integral de la Reserva Indígena Cabécar de Talamanca, y las autoridades de la Comunidad Indígena Cabécar de Talamanca, para que en concurso con éstas, mediante el levantamiento de un censo poblacional sea identificada cualquier persona no indígena que posea áreas de la superficie de la Reserva indígena de interés, esto una vez demarcada la reserva indígena Cabécar de Talamanca y levantada la información registral y catastral respectiva por parte del Instituto de Desarrollo Rural. El censo ordenado deberá encontrarse efectuado en su totalidad dentro del plazo de cuatro meses a partir de que se haya demarcado la reserva y se cuente con la información registral y catastral de interés y la determinación de qué personas titulares o poseedoras de tierras lo son de buena fe o no, deberá realizarse con plena participación de las autoridades de la comunidad indígena actora, la asociación que le representa, la CONAI y el INDER.-

XIV.- Sobre la improcedencia de la pretensión dirigida a que se ordene proceder al pago de la indemnización ordenada en otro proceso judicial. Tal y como se ha indicado líneas atrás, la representación de la comunidad indígena Cabécar de Talamanca, requirió que en sentencia se declare que: *“En el caso de la Reserva Indígena Sibujú Norte (que es territorio indígena Cabécar de Talamanca antes citado), si la puesta en posesión de mi representada requiere que se pague la indemnización ordenada en el proceso que se tramita en (sic) Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en expediente 86-000826-0178-CA, ordénesele al estado proceder a su pago no más de un mes después de que quede firme la sentencia”*. Baste con indicar al respecto, que media con claridad una falta de legitimación activa en quien así demanda en la presente causa, sin perjuicio de la posible legitimación que potencialmente se le pudiese reconocer por la autoridad judicial competente, en la fase de ejecución de la sentencia dictada en aplicación de las reglas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en proceso ordinario tramitado bajo el expediente judicial número 86-000826-0178-CA, sentencias del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de las once horas treinta minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en relación con la número 276-94, de las ocho horas quince minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, de la Sección Primera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo. (Folios del 172 al 228 del expediente principal). En este sentido debe indicarse a quien acciona que con claridad, lo resuelto en aquel proceso produjo estado, sin que pueda por imperativo de las reglas que informan el derecho procesal, ser ejecutada una sentencia de esa índole, en otra causa, lo que es claro pretende a partir de lo peticionado. Debe indicarse no obstante, que por la naturaleza dual del derecho que supone, tangencialmente se encuentra siendo tutelado al haberse ordenado el pago de una indemnización en aquel proceso, claro está que inmerso se encuentra al derecho de la comunidad indígena actora de exigir por parte de aquellas autoridades que resultaron condenadas, proceder con el pago respectivo, más no en la presente causa, esto en criterio de este Tribunal. Siendo así, y dado que la legitimación es presupuesto procesal susceptible de ser analizado de oficio, se declara que media falta de

legitimación activa para acceder a lo peticionado, por lo que en ese tanto se impone declarar la inadmisibilidad de la demanda.-

XV.- Corolario. En conclusión de todo lo hasta este punto expuesto, demostrada la ilegítima conducta omisiva en que en diversos niveles han incurrido tanto el Estado, como el Instituto de Desarrollo Rural y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, la demanda habrá de tener éxito, no obstante, de forma diversa a aquella en que fueron formuladas las pretensiones, con causa en el relevante interés público que reviste una adecuada ejecución de las tareas asignadas por el ordenamiento jurídico a las instituciones que vinculó con la protección de los derechos de las comunidades indígenas conforme el artículo 122, incisos c), d), g) y k) del Código Procesal Contencioso Administrativo, se impone declarar procedente la demanda de forma parcial, en los términos a indicar en la parte dispositiva de la presente sentencia.-

XVI.- Sobre las excepciones interpuestas. Las representaciones del Estado y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas interpusieron la excepción de falta de legitimación pasiva, mientras que la representación del Instituto de Desarrollo Rural, la de falta de derecho y cosa juzgada material, esta última que fue resuelta en rechazo de la misma con el dictado del auto número 33-2013, dictado dentro de la audiencia única celebrada el día veinticuatro de junio del dos mil trece, al ser las diez horas cincuenta cinco minutos, por lo que en cuanto a lo así resuelto, habrán de atenerse las partes a lo dispuesto en esa oportunidad. En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva se impone su rechazo en lo que fue alegada en esta causa por las siguientes razones. La legitimación es un presupuesto de fondo de todo proceso jurisdiccional y como tal, su análisis resulta obligado para los Juzgadores incluso de oficio si no se opone la respectiva excepción (de falta de legitimación activa y/o pasiva). Atiende el instituto a la "*... específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o pluralidad de sujetos, en relación con lo que se constituye el objeto litigioso de un determinado proceso; la legitimación, en definitiva, nos va a indicar en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; quiénes los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la Sentencia resulte "eficaz".*" (Gimeno Sendra, Vicente; Saborío Valverde, Rodolfo; Garberí Llobregat, José y González-Cuellar Serrano, Nicolás. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. p.162.). Se trata de la aptitud de los sujetos intervinientes para ser parte en un proceso de esta naturaleza; la que deriva o se origina de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de los mismos en relación directa con la conducta administrativa impugnada. Así, "*...un sujeto queda legitimado en un procedimiento o en un determinado proceso por virtud de la afectación previa sufrida en sus intereses o derechos cualificados*" (Jiménez Meza, Manrique. El nuevo proceso contencioso administrativo. Obra Colectiva. Poder Judicial. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. p. 79.) Si las partes intervinientes carecen de legitimación, se puede concluir que el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el conflicto intersubjetivo en concreto planteado en estrados judiciales, porque esa falta determinará la inexistencia de la relación jurídica entre éstas. En esta jurisdicción contencioso-administrativa son tutelables las "*situaciones jurídicas de toda persona*", clarifica el inciso 1) del numeral primero del Código Procesal Contencioso Administrativo, en relación con las diversas manifestaciones de la conducta administrativa, de manera que para obtener una tutela judicial efectiva y de fondo en un proceso contencioso, se requiere ser titular de un derecho subjetivo o de al menos "*un interés legítimo*" (artículo 49 de la Constitución Política) del administrado, derivado u originado en una relación jurídico administrativa. Por otro lado, la legitimación se desdobra en una dimensión **activa**, relativa a quien o quienes figuran como actores y cabalmente, a la supuesta titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo alegado, que se concibe como la idoneidad para realizar actos de ejercicio del poder de acción que le faculta exigir la satisfacción de una determinada prestación u objeto; y **pasiva**, en relación a la parte demandada, que se manifiesta como la aptitud para soportar el ejercicio de dicho poder. Se enfrenta así, un derecho subjetivo o interés legítimo frente a potestades o competencias públicas. En la presente causa según criterio de mayoría de esta cámara es claro que existe legitimación para demandar al

Estado en la medida que de entre las conductas omisivas que fueron reprochadas, es el ordenamiento jurídico al encargado de haberse designado como directo responsable, al tiempo que fue demostrado que en relación con dichas obligaciones legales incurrió en incumplimiento. Por parte del hoy denominado Instituto de Desarrollo Rural ocurre lo mismo, -ahora por unanimidad de esta Cámara- en la medida en que las potestades deberes que el ordenamiento jurídico le impuso en materia de identificación de los terrenos indígenas, la demarcación de los mismos, ha constituido en conjunto con la inactividad del Estado, causa de que a la fecha el artículo 5 de la Ley Indígena no haya sido aplicado de manera efectiva. Sumado a lo anterior y dado el análisis de fondo que se ha realizado en los términos de la presente sentencia, resultando con lugar parcial la demanda en contra del INDER, se impone rechazar la excepción de falta de derecho interpuesta por esta. Finalmente, oficiosamente se pasa a indicar que en lo que respecta a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, fueron residenciados deberes que se dirigen a la protección de los pueblos indígenas, particularmente los de coordinación y enlace, que no han sido ejercidos, siquiera cercanamente de forma adecuada y efectiva, tanto frente al Estado y el INDER, como en relación con las propias comunidades indígenas.-”

2. Naturaleza jurídica y características: Segregación y venta de lote ubicado en reserva es nulo

[Tribunal Agrario]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“V- La parte demandada apelante, refuta la existencia de la buena fe en el proceso de otorgamiento del crédito bancario, donde se puso en garantía el inmueble en litigio, apelando que tuvo en su poder en avalúo del terreno que no denotaba limitaciones sobre el terreno y que sobre el asiento registral no constaba limitación alguna o referencia a una reserva indígena y todo lo hizo amparada a la buena fe registral y catastral. No lleva razón en sus agravios la apelante, sobre el tema de la naturaleza jurídica de la propiedad indígena, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto:” *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 Bruncas, están ubicados en la zona del Pacífico Sur, en lo que se conoce como Boruca Curré en la misma zona que se hayan los térrabas 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. El análisis de toda esa normativa rebasa las necesidades requeridas por el caso para resolver el recurso, pero sí permite tener una visión más amplia en torno a los derechos de propiedad y posesión alegados.”(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-). Por otra parte este Tribunal ha fallado al respecto: " VIII.- Aunado a lo anterior, conviene realizar un análisis de la normativa nacional, a la luz de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los indígenas, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua), se señaló en lo que interesa para este caso lo siguiente: “146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. 147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. 148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. 149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la

propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro...” (Lo subrayado no es del original). IX.- De todo lo anterior, se concluye, que la propiedad y la posesión indígena, se rige por las normas consuetudinarias, siendo que deben resaltarse las características de este tipo especial de propiedad agraria: En primer lugar, debe reconocerse en el instituto un carácter originario supralegal y supraconstitucional, pues es reconocido en los Tratados Internacionales de derechos humanos, y es un carácter que le otorga la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la propiedad indígena es de carácter colectivo o comunitaria, la pertenencia de ésta no es de un individuo, sino de un grupo. En tercer lugar, ella existe y es la base fundamental, de su cultura, de su vida espiritual y de su subsistencia económica. En cuarto lugar, el sentido de pertenencia de la propiedad indígena no se mide por un título –inscrito o no-, sino por la posesión de la tierra en sentido comunitario, atendiendo la comunidad a las necesidades de cada familia indígena, independientemente de su mera inscripción registral. En quinto lugar, el carácter comunitario de la propiedad hace que los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea competencia de la misma comunidad, en nuestro caso, a través de la Asociación de Desarrollo, como “estructura comunitaria”, siendo ella la competente para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, atendiendo a las necesidades de cada núcleo familiar. En sexto lugar, en los conflictos de propiedad y posesión indígena, prevalece la costumbre indígena, y en este caso, la de gozar de una propiedad agraria colectiva, sobre el derecho positivo que es incompatible con dicha tradición, siendo inaplicables las normas sobre derechos individuales consagradas en el ordenamiento jurídico positivo para la tutela de la propiedad y la posesión individuales, pues entre indígenas deberá prevalecer el interés colectivo y distributivo de la propiedad, de acuerdo a las necesidades de cada uno, sobre el interés puramente individual. Por lo anterior, si el núcleo esencial de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho”. (voto 772-F-07). De igual manera, la Ley Indígena número 6172, regula en sus numerales 3, 4 y 5 el carácter inalienable e imprescriptible de los territorios que abarcan las reservas indígenas, y restringe la negociación de dichos terrenos solamente entre personas indígenas, quienes a su vez se encuentran protegidos de invasiones de terceras personas no indígenas, que podrán ser desalojados sin derecho a mejoras. Textualmente, el numeral tercero de dicho cuerpo legal expresa: " 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. 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."

VI.- Los agravios a la sentencia se dirigen a solicitar sea revocada la sentencia de juzgador de instancia con el fin de darle validez a una serie de actos realizados de buena fe, por haberse amparado a la publicidad registral. Esta sede estima que tales contratos y actos causan perjuicio al reconocimiento de los territorios indígenas como propiedad especialmente protegida por el sistema internacional de derechos humanos y el ordenamiento jurídico. Bloque normativo que tutela los territorios que constituyen la base física y espiritual donde se desarrollan las relaciones de cada pueblo indígena y su entorno. En forma específica con la protección de los territorios de esta naturaleza, los convenios internacionales 107 y 169 de la OIT, que han sido ratificados por nuestro país, y la Ley Indígena, en complemento con otros instrumentos de protección de los derechos humanos, crean un marco reforzado de protección de los derechos humanos de los indígenas, tales como tierra, salud, educación, participación pública, consultas y la creación de instrumentos procesales de protección efectiva de los mismos. En el caso concreto tanto Eliecer Vela Álvarez, Angel Antonio Silva Silva, y José Antonio Blanco Vela, son personas indígenas (hecho

no controvertido) y se demanda por parte de Eliecer Vela Álvarez, el reclamo de su posesión sobre un terreno parte de la reserva indígena que habita y que alegaba poseer, la nulidad del contrato de segregación de inmueble del partido de Alajuela número 154394-000 propiedad Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Guatuso y venta a favor de Ángel Antonio Silva Silva (persona indígena), de donde surgió nueva finca del partido de Alajuela número 365467-000 (folio 99). También se pretendió la nulidad del contrato de hipoteca en que se gravó en primer grado la finca citada a favor del Banco Popular y Desarrollo Comunal por la suma de 3.806.409.50 de colones y del proceso de ejecución hipotecaria iniciado ante el incumplimiento de los pagos y consecuente adjudicación del terreno por esa entidad bancaria. Estima esta sede, el terreno que ha sido segregado de la finca madre citada y vendido al codemandado Ángel Antonio Silva Silva, creándose nueva finca independiente, en contravención de la Ley Indígena vigente. La finalidad del resguardo de los inmuebles que conforman los diversos territorios, es la protección del modus vivendi de dichas poblaciones mediante la conservación y protección de esos terrenos. De tal forma, esa segregación y venta a favor de una persona individual, aún siendo un indígena, se torna en nula, pues la naturaleza de la propiedad indígena exige que sea comunal, comunitaria, y esto rige sobre los aspectos de titularidad registral. Esta sede coincide con la sentencia apelada, cuando concluye sobre la imposibilidad legal de transmitir registralmente terrenos a favor de cualquier persona, sea indígena o no. Lo cual contraviene la Ley Indígena Número 6172, los convenios internacionales citados y el reglamento para la distribución de las tierras, que regula la forma en que dicha Asociación disponía la distribución de los terrenos entre los miembros de su población, acorde con sus usos, costumbres y criterios de necesidad, número de hijos en cada familia, entre otros actos regulados. En el acto jurídico de segregación y traspaso a favor del señor Silva Silva, existe una ausencia de la capacidad del presidente de la asociación José Aniceto Blanco Vela, para realizar tal acto y el objeto resulta ilícito, al existir normativa que impide disponer de los territorios para disponerlos registralmente a favor de particulares. Tal y como lo expone la sentencia apelada, el apoderado de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de Guatuso de Alajuela, no tenía la capacidad legal para efectuar el acto contractual de segregar y donar un terreno a favor del codemandado Ángel Antonio Silva Silva, pues tal acto contravino los límites y limitaciones que tiene la propiedad comunitaria indígena, cuyas formas de dominio y enajenación son diversas a las de la propiedad común; pues en aras de su protección solo podrá aparecer registralmente a nombre de la Asociación de Desarrollo citada, al limitar la Ley Indígena la posibilidad de disposición y enajenación a favor de particulares. Por tal motivo, en dicha transmisión existe ausencia de la capacidad del apoderado para realizar tal acto, así como la imposibilidad de transmitir dicho bien por estar afecto a leyes que expresamente lo prohíben. Al existir ausencia en los elementos esenciales del acto jurídico, tal acto se torna en absolutamente nulo y acarrea la nulidad de los actos jurídicos posteriores tales como la constitución de la hipoteca y del proceso ejecutivo hipotecario y remate que se produjo sobre el bien que fue parte del territorio de la Reserva Indígena Guatuso Palenque El Sol. Según lo ha establecido la doctrina nacional: “(...) *El contrato, es el acuerdo de sujetos de derecho que manifiestan su voluntad para dar nacimiento, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial, se inscribe en la categoría genérica de los actos jurídicos*” (Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato. Editorial Juricentro. 3ª edición, volumen I. San José, Costa Rica, año 2000, pág. 11). Y para que tales actos surtan efectos legales, en su conformación deben de estar presentes todos los elementos esenciales, de lo contrario se hace necesario declarar su nulidad, que invalida el acto jurídico. De igual manera, para que dicho acto y, en este caso, el proceso judicial de ejecución hipotecario, no despliegue sus efectos, al declararse la nulidad del acto de segregación y venta a favor del codemandado Silva Silva, debe retrotraerse el estado de las cosas al momento de su celebración. En este caso, se hace necesaria la declaratoria de nulidad del contrato citado de segregación y venta, pues se vulneraron los intereses indígenas protegidos, y al emitirse un contrato de hipoteca posterior y un proceso de ejecución hipotecaria, que contravienen la legislación y el núcleo mismo del derecho de propiedad comunitaria indígena, también debe de confirmarse su nulidad. Con respecto a la nulidad de hipoteca y los posteriores actos de ejecución, la Sala Primera ha resuelto: “*Así las cosas, la hipoteca, en los términos en que fue*

constituida, adolece de nulidad absoluta; corolario de ello, el acto de cuyo seno afloró se ha de considerar ilegítimo. De esto se deriva también la incapacidad para la producción de efectos jurídicos y la restitución de las cosas al estado anterior al acto o contrato viciado de nulidad, de suerte que todos aquellos actos y contratos de ejecución y los que resulten ser consecuencia directa e inmediata, se ven afectados igualmente por la nulidad; por lo consiguiente, su eficacia queda asimismo sin ningún valor, pues deben considerarse inexistentes, toda vez que, por producir la nulidad la insubsistencia del acto o contrato, al punto de estimarse jurídicamente inexistente ese acto o contrato, no puede hacer nacer derecho ni efecto en favor o en contra de algún sujeto (artículos 835, 837 y 847 del Código Civil) [...]. Por otra parte, debe observarse que la referida nulidad recae sobre el acto de constitución de la hipoteca, mas no respecto a la relación obligatoria que vinculó a deudor y acreedor, la cual en nada se ve afectada por el vicio, toda vez que no es la obligación, sino el acto de disposición del bien dado en garantía sobre el cual no se tenía el pleno dominio, lo que produjo la nulidad. X-Como ha quedado establecido, la nulidad de la hipoteca hace también nulos los actos y contratos que sean consecuencia suya. En tal efecto, el remate, la adjudicación, la cesión de derechos, las diligencias de información posesoria y la inscripción del inmueble en el Registro Público, devienen nulas, pues en virtud de aquella nulidad, la situación jurídica se retrotrae al estado de cosas anterior al acto inválido, sea, a la situación imperante antes de la constitución hipotecaria. Con ello, ante la ausencia de efectos jurídicos, no puede reconocerse la existencia jurídica de esos actos y contratos que, sucedidos uno de otro, son derivación inmediata y directa del acto inválido, porque la nulidad absoluta acarrea insubsistencia jurídica del acto, de manera tal, que se elimina cualquier posibilidad de nacimiento o consolidación de derechos o efectos jurídicos en favor o en contra de alguna persona, aun cuando se hayan ejecutado de alguna forma esos actos o contratos, pues en virtud de la nulidad pierden también toda validez y eficacia dichos actos de ejecución, al restituirse la situación jurídica al momento anterior a la producción del acto viciado de nulidad." (Voto 44 del 5 de abril de 1991.)

VII- Sobre la buena fe alegada por el Banco apelante y el amparo de la publicidad registral para el otorgamiento del crédito bancario a favor de José Antonio Blanco Vela, la constitución de hipoteca y la ejecución judicial de la misma, estima este Tribunal, que tales aspectos no pueden prevalecer sobre los intereses indígenas vulnerados en este caso que causan la nulidad de los contratos realizados y del proceso ejecutivo hipotecario. No lleva razón en sus agravios la apelante. Sobre los adquirentes de buena fe que habrían adquirido amparados a la publicidad registral, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto: “ *A juicio de esta Sala, la tutela del tercero de buena fe, no puede implicar que su situación prevalezca sobre la de quien ha sido, en forma fraudulenta, subrepticia e indefensa, sorprendido con el despojo de la titularidad jurídica de los bienes que le pertenecen y que, por imposición del Estado, está obligado a inscribir y registrar. ... Si el funcionamiento de esa entidad es defectuoso o insuficiente para garantizarle a ese propietario, que debe inscribir sus bienes, el respeto de sus derechos legítimamente adquiridos, eso no puede ser utilizado como excusa para legitimar los fraudes que por medio de documentos públicos falsos y que, utilizando la propia estructura registral, logran el despojo jurídico de los bienes o incluso, legitimar la adquisición espuria de los mismos. ... En el caso de los bienes inmuebles, son muchas las ocasiones en que, el legítimo propietario registral, aún conservando la posesión del bien, es jurídicamente despojado del mismo, al amparo de documentos falsificados que, tergiversan la información que el Registro da a los terceros, que luego, amparados en esos datos, adquieren derechos sobre ellos. Aun cuando es muy dudosa la transparencia de un negocio, en el que se adquiere un inmueble que ni siquiera se ha visto, lo cierto es que puede ser que de buena fe eso suceda, amparado únicamente en la publicidad de los datos registrales. ¿Qué consecuencias tiene esto en la realidad? Suprimir el documento significa eliminar el acto que por su medio se realizó, así como sus efectos. Como lógica consecuencia, los actos posteriores que de él dependan, deben anularse también, quedando salvos los derechos de los terceros de buena fe para el reclamo de las indemnizaciones que procedan “ (voto 680 del 4 de setiembre del 2002). La parte apelante, al dar contestación de la demanda incoada en su contra aportó copias de documentos contenidos en el expediente de crédito de Angel Silva Silva (folios 215 a 262). De la lectura de los mismos se observan informes registrales del inmueble y el*

avalúo, en donde no existe ninguna anotación o indicación de conocerse que el origen del inmueble hubiera sido el Territorio Indígena de Guatuso, o conste limitación alguna sobre la propiedad dada en garantía. En igual sentido, el contrato de hipoteca fue inscrito por el Registro Público, lo cual demuestra la buena fe del Banco codemandado, lo cual acredita su buena fe alegada. Aún y cuando a folio 248, el plano catastrado inscrito número A-689513-2001 indique: “*propiedad de Asociación de Desarrollo Integral Indígena de Guatuso dona a Angel Antonio Silva Silva*”, de donde se pudo haber inferido que tal propiedad era indisponible. No obstante, como ya fue indicado, dicha buena fe no puede prevalecer sobre la nulidad del contrato de segregación y venta donación, y contrato de constitución de hipoteca, así como el proceso ejecutivo hipotecario, pues con tales actos, se lesionaron los derechos de las personas integrantes de esa población indígena al afectar la integridad de su territorio, que pertenece a esa comunidad integralmente considerada. No es posible desconocer la violación a la Ley Indígena que prohíbe la enajenación o transferencia de los territorios indígenas, y se distraiga dicho inmueble de la esfera de dominio de la comunidad, que tiene una protección especial y reforzada por ley que le otorgó fines específicos. Fines que se vulneran con los contratos indicados y el proceso de ejecución anulado. La nulidad absoluta, como la que se presenta en este caso no es convalidable, así lo ha indicado la doctrina nacional cuando expone: “*La nulidad absoluta y la relativa difieren en los siguientes puntos: La obligación viciada con nulidad absoluta nunca, para la ley, ni por un momento, ha tenido existencia; nada puede convalidarla, ningunos efectos puede producir en favor o en contra de persona alguna.*” (Tratado de las Obligaciones. Alberto Brenes Córdoba. Ediciones Juricentro S.A. Quinta Edición, 1977, San José, Costa Rica, Págs. 191 a 199). En la confrontación de la buena fe y la publicidad registral de la apelante, con el derecho de los pueblos indígenas a preservar sus territorios, debe prevalecer éste último, pues la ley especial correspondiente a la Ley Indígena 6172 en su numeral tercero dispuso que las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, y no susceptibles de ser transferidas y exclusivas para las comunidades indígenas, y el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado, preceptúa que los Estados partes deben acoger las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de posesión y propiedad de las comunidades indígenas. Por ello, no es posible darle validez y eficacia jurídica a un acto de segregación y donación nulo, ni al contrato de constitución de hipoteca, ni al proceso judicial que lo ejecutó, en resguardo de la publicidad registral. Tal publicidad constituye un instrumento de fundamental importancia en la seguridad jurídica del tráfico de los bienes inmuebles y muebles, pero que no puede prevalecer sobre los intereses comunitarios de las personas que integran la comunidad que habita en la Reserva Indígena de Guatuso especialmente protegidos, que se han vulnerado.”

3. Improcedencia de acción reivindicatoria por tratarse de terrenos inalienables

Propiedad indígena: Análisis en materia agraria de su carácter especial colectivo o comunitario, normativa aplicable y competencia para resolver conflictos y disposición de terrenos

[Tribunal Agrario]^{iv}

Voto de mayoría

“V.- La presente acción podría calificarse como “de mejor derecho de posesión”, pues se trata de un conflicto en donde se disputan la posesión de una parcela ubicada dentro de la Reserva Indígena Salitre, lo cual no es un hecho controvertido al haber sido admitido por las partes de este proceso, incluso en memorial de audiencia final la parte demandada admitió el terreno forma parte de la Reserva Indígena (Véase documento de folio 1, escrito de demanda de folio 4 al 12, contestación a folios 42 al 47). En consecuencia, es un problema en el cual se discute la posesión indígena, y no la titularidad sobre el bien, que por ley le corresponde a la Asociación. En ese sentido, no es posible

entrar a discutir a quien corresponde la titularidad sobre esa parcela, sino a quien le corresponde la posesión legítima sobre el fundo en conflicto, lo cual es perfectamente posible en esta vía ordinaria, siempre y cuando se respete la normativa indígena dictada por nuestro legislador, así como el Derecho Consuetudinario que, como se verá, rige la propiedad agraria indígena como propiedad colectiva. En los próximos considerandos se hará un análisis de la Jurisprudencia vertida sobre el tema a fin de resolver la controversia objeto de esta litis con argumentos más sólidos y cercanos al Derecho Consuetudinario.

VI.- En relación con el tema de la propiedad indígena la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resolvió: *"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 Bruncas, están ubicados en la zona del Pacífico Sur, en lo que se conoce como Boruca Curré en la misma zona que se hayan los térrabas 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. El análisis de toda esa normativa rebasa las necesidades requeridas por el caso para resolver el recurso, pero sí permite tener una visión más amplia en torno a los derechos de propiedad y posesión alegados .."*

(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-).

VI.- Este Tribunal, en un fallo sobre conflictos posesorios entre indígenas, señaló lo siguiente: "*La Ley Indígena número seis mil ciento setenta y dos publicada el veinte de diciembre de mil novecientos setenta y siete, establece en sus artículos 3, 4, y 5, entre otras cosas, el carácter inalienable e imprescriptible de las Reservas Indígenas. Los indígenas solo pueden negociar sus tierras con otros indígenas, y están protegidos expresamente de las invasiones que ejecuten terceros no indígenas sobre las reservas, pues de inmediato las autoridades competentes deben proceder a su desalojo sin pago de indemnización alguna (artículo 5 párrafo segundo). Además el Reglamento a la Ley Indígena Decreto Ejecutivo Número ocho mil cuatrocientos ochenta y siete-G de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y ocho, en su artículo 10 dispone que "Para garantizar los derechos regulados en los artículos 3 y 5 de la Ley, el Presidente de la Asociación de Desarrollo Integral comparecerá por sí o a través de su apoderado o delegado, a la mayor brevedad posible, después de producida la infracción, acompañando la certificación donde aparezca la inscripción de la Reserva, para incoar, ante el funcionario competente, la acción legal correspondiente."*

Como vemos, ni la Ley ni el Reglamento establecen la protección de las reservas o posesiones de los indígenas por invasiones ejecutadas por ellos mismos; normalmente los conflictos entre indígenas, son solucionados administrativamente, a través de la Asociación respectiva, que es la encargada de otorgar "concesiones" o derechos de posesión a cada indígena o grupo familiar de acuerdo a sus necesidades. La Asociación, en caso de discordia cita a las partes a una comparecencia oral y se procura solucionar internamente el conflicto, imponiéndosele advertencias al infractor, sin embargo, dicho Ente no goza de medidas coactivas con los cuales reprimir delitos de indígenas reincidentes; de ahí que en última instancia deban acudir a instancias Jurisdiccionales comunes para dar solución a los mismos...Es evidente que en nuestro país, la mayor parte de poblaciones indígenas, tienen un grado de evolución cultural bastante avanzado, y por su forma de organización actual, a través de Asociaciones de Desarrollo, se busca la solución de conflictos internamente, y solo en casos extremos -como, repetimos es el presente-, se acude a la vía represiva de los Tribunales, que en todo caso están obligados a acatar las disposiciones de los citados convenios internacionales." (Tribunal Agrario, No. 107 de las 10 horas 20 minutos del 16 de febrero de 1994).

VII.- En relación con la eficacia de los acuerdos tomados por las comunidades indígenas, sobre los temas de posesión agraria, también se ha indicado: "*Los Tribunales agrarios no pueden negar protección jurisdiccional a los problemas de posesión indígena. Al contrario, deben tener una especial sensibilidad hacia dicho tipo de conflictos, he incluso conocer sus costumbres, para lograr de esa forma imponer el respeto que merecen los acuerdos pactados en sede administrativa. Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndose alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales. En el presente caso, está claramente demostrada la posesión legítima que ejercía la actora Roselía Rojas Morales, y su esposo, sobre el terreno en conflicto, el cual lo tenían dedicado a reservas forestales. (Tribunal Agrario, Voto No. 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997). Esta interpretación del Tribunal Agrario referida a las normas sustantivas de la propiedad agraria indígena, como propiedad especial, encuentra perfecto respaldo en la jurisprudencia constitucional que reconoce las potestades administrativas de los gobiernos locales indígenas, bajo las figuras de las Asociaciones, a tomar las decisiones necesarias para la defensa de sus derechos. De lo contrario, "...se estaría desconociendo el derecho fundamental de los Indígenas a tener sus propios organismos representativos y a poder actuar en forma autónoma en la defensa de sus derechos..." (Sala Constitucional, No. 2005-06856, de las 10:02 horas del 1 de junio del 2005). Reconoce de esa forma, nuestra jurisprudencia constitucional,*

una jerarquía superior a los Convenios Internacionales, tales como el de la OIT, No. 169 (Ley 7316 del 3 de noviembre de 1992), que otorgan inclusive un grado de tutela superior a las personas indígenas, es decir, un “nivel elevado de protección” respecto de aquellos derechos humanos contemplados en la propia Constitución Política, y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes.

VIII.- Aunado a lo anterior, conviene realizar un análisis de la normativa nacional, a la luz de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los indígenas, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua), se señaló en lo que interesa para este caso lo siguiente: “146. *Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales.* 147. *A u vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.* 148. *Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.* 149. *Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respectodel concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...*151. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro...*” (Lo subrayado no es del original).

IX.- De todo lo anterior, se concluye, que la propiedad y la posesión indígena, se rige por las normas consuetudinarias, siendo que deben resaltarse las características de este tipo especial de propiedad agraria: En primer lugar, debe reconocerse en el instituto un carácter *originario* supralegal y supraconstitucional, pues es reconocido en los Tratados Internacionales de derechos humanos, y es un carácter que le otorga la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la propiedad indígena es de carácter colectivo o *comunitaria*, la pertenencia de ésta no es de un individuo, sino de un grupo. En tercer lugar, ella existe y es la base fundamental, de su cultura, de su vida espiritual y de su subsistencia económica. En cuarto lugar, el sentido de pertenencia de la propiedad indígena no se mide por un título –inscrito o no-, sino por la *posesión de la tierra en sentido comunitario*, atendiendo la comunidad a las necesidades de cada familia indígena, independientemente de su mera inscripción registral. En quinto lugar, el carácter comunitario de la propiedad hace que *los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea*

competencia de la misma comunidad, en nuestro caso, a través de la Asociación de Desarrollo, como “estructura comunitaria”, siendo ella la competente para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, atendiendo a las necesidades de cada núcleo familiar. En sexto lugar, en los conflictos de propiedad y posesión indígena, *prevalece la costumbre indígena*, y en este caso, la de gozar de una propiedad agraria colectiva, sobre el derecho positivo que es incompatible con dicha tradición, siendo inaplicables las normas sobre derechos individuales consagradas en el ordenamiento jurídico positivo para la tutela de la propiedad y la posesión individuales, pues entre indígenas deberá prevalecer el interés colectivo y distributivo de la propiedad, de acuerdo a las necesidades de cada uno, sobre el interés puramente individual. Por lo anterior, si el núcleo esencial de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho.

X.- En los países donde existen comunidades y pueblos indígenas con identidad propia, como el nuestro, se debe establecer cuáles sistemas de autoridades, normas y procedimientos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues en principio son diferentes del orden estatal regulado por el Derecho positivo. El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos. Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la colectividad resolver los conflictos internamente, dentro del ámbito en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, con una visión global, y donde es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. Normalmente, la justicia comunitaria indígena tiene mecanismos más locales y directos, un procedimiento oral y flexible que no necesariamente es equitativo, siendo que los conflictos de carácter interno se resuelve mediante arreglos tendientes a mantener la paz en la comunidad. En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.

XI.- Se ve, en consecuencia, los agravios de la recurrente, a la luz de lo expuesto anteriormente. En cuanto al primer agravio, siendo la propiedad agraria indígena, de carácter comunitario, cualquier adquisición, de no indígenas o entre indígenas no autorizada por la propia comunidad mediante compraventa privada es nula e ilegal, pues está en contraposición de la propia naturaleza del derecho, al ser un bien comunitario, pues perfectamente puede ocurrir que mediante un negocio individual se afecten los intereses colectivos de la comunidad. Para el año 1972, aún cuando la propiedad indígena es como se expuso, originaria de los pueblos ancestrales, ya en Costa Rica se habían aprobado una gran cantidad de leyes y decretos, así como el Convenio 107 de la OIT, que reconocían la propiedad indígena como propiedad comunitaria. La Ley Indígena 6172 no hizo otra cosa que ratificar todo lo anterior, estableciendo expresamente en su artículo tercero: *“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... Las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales...”*. En el caso que nos ocupa, el actor sostuvo en su demanda, que el inmueble objeto de la restitución le fue donado en 1975 por su padre Rufino Figueroa Figueroa, quien figuraba como poseedor de la parcela en disputa desde treinta años atrás (ver documental a folio 3). La Asociación de Desarrollo Integral Indígena de Salitre tiene como poseedor al señor Agustino Figueroa Ortiz, y al estar el bien ubicado en una reserva indígena, puede concluirse que se está en presencia de una propiedad agraria originaria y de carácter colectivo, donde la asociación respectiva es la encargada de dar la posesión de las parcelas respondiendo a las exigencias y estilo de cultura, vida espiritual y

necesidades de subsistencia económica de la población indígena (ver en igual sentido voto de este Tribunal N° 304-F-06 de las 8 horas del 29 de marzo de 2006).”

4. Carácter especial colectivo o comunitario, normativa aplicable y competencia para resolver conflictos y disposición de terrenos

[Tribunal Agrario]v

Voto de mayoría

“V.- En relación con el tema de la propiedad indígena la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resolvió: “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 Bruncas, están ubicados en la zona del Pacífico Sur, en lo que se conoce como Boruca Curré en la misma zona que se hayan los térrabas 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 Internacionaldel 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. El análisis de toda esa normativa rebasa las necesidades requeridas por el caso para resolver el recurso, pero sí permite tener una visión más amplia en torno a los derechos de propiedad y posesión alegados .."

(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-).

VI.- Este Tribunal, en un fallo sobre conflictos posesorios entre indígenas, señaló lo siguiente: "*La Ley Indígena número seis mil ciento setenta y dos publicada el veinte de diciembre de mil novecientos setenta y siete, establece en sus artículos 3, 4, y 5, entre otras cosas, el carácter inalienable e imprescriptible de las Reservas Indígenas. Los indígenas solo pueden negociar sus tierras con otros indígenas, y están protegidos expresamente de las invasiones que ejecuten terceros no indígenas sobre las reservas, pues de inmediato las autoridades competentes deben proceder a su desalojo sin pago de indemnización alguna (artículo 5 párrafo segundo). Además el Reglamento a la Ley Indígena Decreto Ejecutivo Número ocho mil cuatrocientos ochenta y siete-G de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y ocho, en su artículo 10 dispone que "Para garantizar los derechos regulados en los artículos 3 y 5 de la Ley, el Presidente de la Asociación de Desarrollo Integral comparecerá por sí o a través de su apoderado o delegado, a la mayor brevedad posible, después de producida la infracción, acompañando la certificación donde aparezca la inscripción de la Reserva, para incoar, ante el funcionario competente, la acción legal correspondiente."*

Como vemos, ni la Ley ni el Reglamento establecen la protección de las reservas o posesiones de los indígenas, por invasiones ejecutadas por ellos mismos; normalmente los conflictos entre indígenas, son solucionados administrativamente, a través de la Asociación respectiva, que es la encargada de otorgar "concesiones" o derechos de posesión a cada indígena o grupo familiar de acuerdo a sus necesidades. La Asociación, en caso de discordia cita a las partes a una comparecencia oral y se procura solucionar internamente el conflicto, imponiéndosele advertencias al infractor, sin embargo, dicho Ente no goza de medidas coactivas con los cuales reprimir delitos de indígenas reincidentes; de ahí que en última instancia deban acudir a instancias Jurisdiccionales comunes para dar solución a los mismos...Es evidente que en nuestro país, la mayor parte de poblaciones indígenas, tienen un grado de evolución cultural bastante avanzado, y por su forma de organización actual, a través de Asociaciones de Desarrollo, se busca la solución de conflictos internamente, y solo en casos extremos - como, repetimos es el presente-, se acude a la vía represiva de los Tribunales, que en todo caso están obligados a acatar las disposiciones de los citados convenios internacionales." (Tribunal Agrario, No. 107 de las 10 horas 20 minutos del 16 de febrero de 1994).

VII.- En relación con la eficacia de los acuerdos tomados por las comunidades indígenas, sobre los temas de posesión agraria, también se ha indicado: "*Los Tribunales agrarios no pueden negar protección jurisdiccional a los problemas de posesión indígena. Al contrario, deben tener una especial sensibilidad hacia dicho tipo de conflictos, he incluso conocer sus costumbres, para lograr de esa forma imponer el respeto que merecen los acuerdos pactados en sede administrativa. Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndose alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales. En el presente caso, está claramente demostrada la posesión legítima que ejercía la actora Roselía Rojas Morales, y su esposo, sobre el terreno en conflicto, el cual lo tenían dedicado a reservas forestales. (Tribunal Agrario, Voto No. 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997). Esta interpretación del Tribunal Agrario referida a las normas sustantivas de la propiedad agraria indígena, como propiedad especial, encuentra perfecto respaldo en la jurisprudencia constitucional que reconoce las potestades administrativas de los gobiernos locales indígenas, bajo las figuras de las Asociaciones, a tomar las decisiones necesarias para la defensa de sus derechos. De lo contrario, "...se estaría desconociendo el derecho fundamental*

de los Indígenas a tener sus propios organismos representativos y a poder actuar en forma autónoma en la defensa de sus derechos...” (Sala Constitucional, No. 2005-06856, de las 10:02 horas del 1 de junio del 2005). Reconoce de esa forma, nuestra jurisprudencia constitucional, una jerarquía superior a los Convenios Internacionales, tales como el de la OIT, No. 169 (Ley 7316 del 3 de noviembre de 1992), que otorgan inclusive un grado de tutela superior a las personas indígenas, es decir, un “nivel elevado de protección” respecto de aquellos derechos humanos contemplados en la propia Constitución Política, y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes.-

VIII.- Aunado a lo anterior, conviene realizar un análisis de la normativa nacional, a la luz de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los indígenas, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua), se señaló en lo que interesa para este caso lo siguiente: “146. *Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales.* 147. *A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.* 148. *Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.* 149. *Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras...*151. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro...*” (Lo subrayado no es del original).

IX.- De todo lo anterior, se concluye, que la propiedad y la posesión indígena, se rige por las normas consuetudinarias, siendo que deben resaltarse las características de este tipo especial de propiedad agraria: En primer lugar, debe reconocerse en el instituto un carácter *originario* supralegal y supraconstitucional, pues es reconocido en los Tratados Internacionales de derechos humanos, y es un carácter que le otorga la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, la propiedad indígena es de carácter colectivo o *comunitaria*, la pertenencia de ésta no es de un individuo, sino de un grupo. En tercer lugar, ella existe y es la base fundamental, de su cultura, de su vida espiritual y de su subsistencia económica. En cuarto lugar, el sentido de pertenencia de la propiedad indígena no se mide por un título -inscrito o no-, sino por la *posesión de la tierra en*

sentido comunitario, atendiendo la comunidad a las necesidades de cada familia indígena, independientemente de su mera inscripción registral. En quinto lugar, el carácter comunitario de la propiedad hace que *los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea competencia de la misma comunidad*, en nuestro caso, a través de la Asociación de Desarrollo, como “estructura comunitaria”, siendo ella la competente para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, atendiendo a las necesidades de cada núcleo familiar. En sexto lugar, en los conflictos de propiedad y posesión indígena, *prevalece la costumbre indígena*, y en este caso, la de gozar de una propiedad agraria colectiva, sobre el derecho positivo que es incompatible con dicha tradición, siendo inaplicables las normas sobre derechos individuales consagradas en el ordenamiento jurídico positivo para la tutela de la propiedad y la posesión individuales, pues entre indígenas deberá prevalecer el interés colectivo y distributivo de la propiedad, de acuerdo a las necesidades de cada uno, sobre el interés puramente individual. Por lo anterior, si el núcleo esencial de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho.

X.- En los países donde existen comunidades y pueblos indígenas con identidad propia, como el nuestro, se debe establecer cuáles sistemas de autoridades, normas y procedimientos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues en principio son diferentes del orden estatal regulado por el Derecho positivo. El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos. Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la colectividad resolver los conflictos internamente, dentro del ámbito en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, con una visión global, y donde es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. Normalmente, la justicia comunitaria indígena tiene mecanismos más locales y directos, un procedimiento oral y flexible que no necesariamente es equitativo, siendo que los conflictos de carácter interno se resuelve mediante arreglos tendientes a mantener la paz en la comunidad. En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.

XI.- Se ve, en consecuencia, los agravios del recurrente, a la luz de lo expuesto anteriormente. Fundamenta el recurrente su único agravio en el hecho de que la finca que posee el codemandado Gerardo Quirós Sánchez se encuentra fuera de la Reserva Indígena Salitre y que la prueba pericial en la que se basó el ad quo en su decisión son “simples y sencillos dibujos”, constituyendo un mero informe y no una pericia; por lo que debe revocarse el fallo y condenar en costas a la asociación actora. (Folios 175 a 176). No lleva razón el recurrente. Analizando la prueba bajo el sistema de libre valoración probatoria conferido en el artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria, se concluye que la Identidad de la cosa, como elemento de validez de la acción reivindicatoria, se encuentra demostrado en autos, aunque no se comparte el criterio del ad quo en cuanto a los elementos de prueba que lo sustentan. La identidad de la cosa consiste en la perfecta coincidencia entre lo reclamado por el actor y lo injustamente poseído por el demandado. El ad quo, en el hecho séptimo tenido por demostrado, sostiene la acreditación del requisito de la identidad de la cosa en el hecho de que la finca poseída por el demandado se encuentra dentro de la Reserva Indígena cuya propietaria es la asociación actora, con base en el informe pericial realizado por una de las partes interesadas en el proceso (el Instituto de Desarrollo Agrario) y un reconocimiento judicial. En cuanto al primero, siendo que fue rendido por una institución que es tercero interesado en el proceso, como se explicó en el considerando primero, dicha prueba por ser ilícita y espúrea, y haberse practicado en detrimento de lo establecido en el artículo 407 del Código Procesal Civil, es

inválida y por ende, ineficaz. En lo referente al reconocimiento judicial, de la lectura del acta a folios 74 a 75, éste arroja una descripción de las plantaciones y edificaciones que yacen en el inmueble en conflicto, indicando se trata de una hectárea entre el río Glory (sic) entiéndase Glorikal y la calle pública. Visto este reconocimiento con el plano del Territorio Indígena de Salitre, se denota que el inmueble en conflicto efectivamente se encuentra dentro de la Reserva Indígena. Aunado a ello, de la prueba testimonial ofrecida, admitida y practicada en autos, el testigo José Manuel Calderón Calderón aseguró: *"La propiedad está dentro de la reserva y es la parcela 144"* (folio 79); mientras que el deponente Daniel Gómez Arroyo a folio 81 reconoce que existen personas no indígenas con terrenos dentro de la reserva; al igual que el testigo Rogelio Altamirano Carvajal, quien declaró textualmente: *"En esta zona hay otras personas no indígenas"* (folio 82). Aunado a los anteriores elementos de prueba, se demuestra fehacientemente la identidad del bien con el documento privado que consta a folio 50, denominado como "traspaso de mejoras", en la cual la codemandada Marita Reyes Ortiz, el día cinco de mayo del año mil novecientos noventa y siete, adquiere un derecho de mejoras sobre la finca ocupada actualmente por el recurrente y codemandado Gerardo Quirós Sánchez, comprometiéndose la coaccionada Reyes Ortiz a *"respetar el reglamento establecido en las reservas indígenas, según la Ley Indígena No. 6172 del 20 de diciembre de 1977"*.

Este documento lo ofrece el apelante a folio 47 y lo aporta a folio 50 y contó en su oportunidad con el visto bueno de la asociación actora en vista de que la codemandada Reyes Ortiz adquiría un derecho a mejoras en su condición de persona indígena de parte de su compañero de unión de hecho, Nieves Saldaña Granados, persona no indígena, por lo que dicho documento revela que, en recto entender humano, por lógica, que el compromiso de respetar la legislación indígena de parte de la coaccionada Reyes Ortiz se debe a que el terreno objeto del contrato se encuentra efectivamente dentro de dicha reserva indígena, por lo que debe rechazarse el agravio y confirmarse, en lo apelado, la sentencia venida en alzada."

5. Propiedad agraria indígena: Inaplicabilidad de la usucapión por naturaleza especial de terreno poseído

[Tribunal Agrario]^{vi}

Voto de mayoría

"IV.- Tal y como se indicará, lleva razón el impugnante en cuanto a que la presente sentencia debe de ser revocada. Del estudio del documento visible a folio 1, analizado en conjunto con los documentos de folios 2 y 3 y el reconocimiento judicial practicado en autos, BAJO EL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACION DE LA PRUEBA, se desprende que el área objeto de este litigio forma parte de un título emanado por parte de la Asociación de Desarrollo Integral Guaymi de Comte Burica a favor del actor Plácido Sandoya Bejarano, con el fin de que poseyera el inmueble. En el documento denominado "**declaración de posesión de tierras**", expedido el 15 de setiembre del 2000, se declaró que el terreno lo había adquirido el actor desde hace veinticinco años, ubicado en Santa Rosa Río La Vaca, el cual se indicó contempla la siguiente colindancia *"al este con la señora María Montezuma Bejarano dividiendo por tierra sobre carril, y de este a oeste sobre una quebrada dividiendo con la señora Luisa Montezuma Bejarano y Rufino Montezuma Bejarano al norte, y de norte sur con la señora Diega Montezuma Bejarano dividiendo sobre una quebrada y el señor Seferino Montezuma Palacios, este divide por carril y por la parte sureste dividiendo con la propiedad de la Asociación y con un vecino de apellido Mora"*, con quince hectáreas en pasto, veinte hectáreas en tacotales y quince hectáreas en bosques naturales. Asimismo según acta de inspección practicada el catorce de setiembre del dos mil, se consignó por parte de miembros de la Junta Directiva de la Asociación, en relación a la franja de terreno en disputa lo siguiente: *"Recorrimos y vimos los*

linderos con Ceferino Montezuma P. entre Plácido al sur de Santa Rosa. Luego los carriles entre la asociación ADI y Sandoya Plácido, mientras seguimos recorrimos el lindero por el camino y carril con los Mora vecinos no indígenas, posteriormente estuvimos viendo conflicto de carril entre la señora María Montezuma B. el cual consideramos y los testigos presentes dijeron conoser (sic) los carriles anteriores donde aprobaron (sic). que cuya cerca por los lindero que alega Plácido Sandoya B. es legal por cuanto hace muchos años de permanecer los carril de Maria con Plácido SB, pero al mismo tiempo el señor interesado nos presentó otro carril que la vecina maría le a (sic) tirado en su propiedad el cual remitimos. Criterio así como los testigos de reprochar x (sic) excluir cualquier nueva acciones contraria lla (sic) que estimamos que la señora maria a abusado fuera de su derecho aproximadamente dos extareas (sic) por areas de 50 metros -X 400.mt entre largo por ancho / 20.000 metros cubicos . Por lo tanto señores de la Asoc. de desarrollo I esperando que se tomen medidas urgente (sic) afin de garantizar la solución al conflicto por carril entre Plácido Sandoya y maria mt ..." (el énfasis no es del original) ; y mediante inspección realizada por la Junta Directiva el dieciocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, en lo conducente se consignó: " Inspección sobre la propiedad en conflicto que se realiza al lado este con la vecina María Montezuma B. el cual se a (sic) introducido en propiedad comprendido del señor Plácido Sandoya B. el cual esta dentro del lindero de dicha propiedad y para efecto de certificación de dicha usurpación de una cantidad aproximada y conciderado (sic) a hectárea y media de tacotales secundarios para los cuales se apersonaron mediante directivos de la asociación de altos de comte y los testigo presente en el lugar de los hechos ... A continuación aprobamos por los miembros de la junta directiva presente emitimos la concideración, que es nottario (sic) y evidentes de el delito perpetuado (sic) por la señora María Montezuma y no habiendo sin otro particular quedo a concideración (sic) de la junta directiva de altos de comte para verificarse en acuerdo de junta directiva de ser pocible (sic) emitir opiniones ante la autoridad judicial si fuera el caso ..." (el énfasis no es del original). Tales inspecciones confirman a este Tribunal que la franja objeto de este litigio forma parte del título que se le proporcionara al actor. Si bien la demandada alega que esa materialidad no está comprendida dentro de esas cincuenta hectáreas asignadas al accionante, sino dentro de las quince hectáreas que ella posee, no lo demostró. Al acreditar la parte actora que se le otorgó la posesión del terreno mediante un documento emanado de la Asociación de Desarrollo Integral Guaymi de Conte Burica, **y que según inspecciones realizadas por la Junta Directiva de la Asociación el lindero correcto es el que alega el actor (carril)**, debió la demandada desvirtuar esa circunstancia ya demostrada por el actor, conforme lo dispone el artículo 317 del Código Procesal Civil. Tampoco demostró la demandada que hubiese planteado un reclamo ante la Asociación dicha.

V.- Ahora bien, ambas partes coinciden que la posesión del área en litis la ha venido desplegando la demandada desde el año mil novecientos setenta y ocho, siendo el punto controvertido que el actor indica lo ha hecho por un convenio o autorización de su parte, mientras que la demandada alega lo ha hecho por cuenta propia. Si se analiza la prueba testimonial se tiene que el deponente Jacobo Bejarano Bejarano indicó la franja de terreno es de Plácido, que Doña María la alquiló por medio de un hermano de Plácido para sembrar plátano y que ésta hizo una cerca hace como dos años; el testigo Tili Jiménez Caballero, suegro de Plácido, manifestó que desde que trabajaba para María en el año mil novecientos setenta y cuatro, el lindero era por el carril que indica el actor y Cástulo Sandoya Bejarano, hermano del actor, expresó que María pidió permiso para sembrar el área, que el carril es el lindero correcto y que María hizo la cerca hace dos años. Tales testigos favorecen el planteamiento del actor. Sin embargo, el testigo Abel Palacios, yerno de la demandada, depuso que María ha trabajado la franja y que Plácido le dijo que la cerca era el lindero correcto; Rufino Bejarano Montezuma, hijo de la demandada y primo del actor, aseveró que la colindancia es la cerca y que esa propiedad la compró su madre a Nicolás Espinoza y Ernesto Jiménez Caballero manifestó que María ha trabajado el terreno y que la franja está dentro del lindero de María; de manera tal que estos tres testigos apoyan la defensa planteada por la demandada.

VI.- Existiendo una prueba testimonial tan poco contundente debe de acudirse a otros elementos probatorios que permitan dilucidar de una mejor manera la litis, siendo que de la prueba documental anteriormente lo que se desprende es que la franja en litigio forma parte del título de posesión del actor. No obstante, independientemente de si la demandada ha poseído o no por tolerancia del actor, en vista que nos encontramos ante un régimen de propiedad indígena, no es dable aplicar el instituto de la prescripción del derecho de posesión, propia del derecho común, estipulada en el artículo 860 del Código Civil. Lo anterior porque aunque el asunto verse sobre una acción de mejor derecho de posesión (al tratarse de un conflicto entre indígenas sobre una parcela no inscrita, ubicada dentro de terrenos de la Asociación Indígena de Desarrollo Integral de Conte Burica) se trata de una litis donde se discute la posesión indígena y en donde la titularidad del bien le corresponde a la Asociación.

VII.- Debe de aplicarse lo que rige para la propiedad agraria indígena como propiedad colectiva, toda vez la Ley Indígena No. 6172 publicada el 20 de diciembre de 1977, establece en sus artículos 3, 4 y 5 el **carácter inalienable e imprescriptible de las Reservas Indígenas**. Asimismo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 31 de agosto del 2001 (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny VS. Nicaragua) se estableció en lo conducente lo siguiente: " ... *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 de gozar plenamente inclusive para preservar su legado cultural y transmitido a las generaciones futuras ... El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*".

VIII.- Así las cosas, al ser la propiedad indígena colectiva, aún cuando una determinada Asociación otorgue un derecho de uso o posesión a un indígena, ésta no pertenece al individuo, y por lo tanto no puede modificarse esa situación jurídica posesoria a través de la aplicación de la prescripción, aunque sea a favor de otro indígena. Lo anterior porque tal y como lo ha indicado este Tribunal recientemente "*el carácter comunitario de la propiedad hace que los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea competencia de la misma comunidad, en nuestro caso, a través de la Asociación de Desarrollo como "estructura comunitaria", siendo ella la competente para disponer de la posesión de la tierras a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, atendiendo a las necesidades de cada núcleo familiar ... en los conflictos de propiedad y posesión indígena, prevalece la costumbre indígena, y en este caso, al de gozar de una propiedad agraria colectiva, sobre el derecho positivo que es incompatible con dicha tradición, siendo inaplicables las normas sobre derechos individuales consagradas en el ordenamiento jurídico positivo para la tutela de la propiedad y la posesión individuales, pues entre indígenas deberá prevalecer el interés colectivo y distributivo de la propiedad, de acuerdo a las necesidades de cada uno, sobre el interés puramente individual. Por lo anterior, si el núcleo esencial de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho "*. (**Tribunal Superior Agrario**, Sección Primera, No. 304-F-06 de las ocho horas del veintinueve de marzo del dos mil seis).

IX.- Si la Asociación de Desarrollo Integral de Guaymi de Conte Burica declaró y otorgó la posesión del terreno de marras a favor del actor, haciendo uso de las facultades legales que confiere la Ley 6172 del 29 de noviembre de 1977, el actor cuenta con legitimación activa para ejercer la acción recuperatoria de la porción objeto de este proceso toda vez lo hace a fin de ejercitar un derecho emanado de la propiedad colectiva, el cual es imprescriptible. Además la Junta Directiva de la Asociación se constituyó en el lugar, y dictaminó para todos los efectos, que esa porción objeto de litigio formaba parte de la materialidad que se le asignara en posesión al actor, por lo que no resulta relevante, dadas las características de la propiedad indígena, analizar la posesión ejercida por la demandada. Incluso en la contestación que hiciera la Asociación a la demanda, específicamente el hecho sexto, se ratifica el parecer de esa entidad en el sentido de que el lindero correcto es el alegado por el actor (folio 110). **X.** Así las cosas, lleva razón el recurrente al acusar una falta de valoración de todo el material probatorio y lo procedente entonces es revocar la sentencia recurrida en cuanto acogió las excepciones de prescripción, falta de derecho y falta de legitimación activa y pasiva y declaró sin lugar la demanda interpuesta por Plácido Sandoya Bejarano contra María Montezuma Bejarano para en su lugar rechazar las excepción de prescripción, falta de legitimación activa y pasiva y falta de derecho y declarar con lugar la demanda de Plácido Sandoya Bejarano contra María Montezuma Bejarano en la forma que se dirá.

XI.- En cuanto a la pretensión que se declare el actor que es el único y legítimo poseedor del terreno se acoge pero en el entendido que lo es bajo todas las condiciones propias de la propiedad indígena. Asimismo se declara que a la demandada no le asiste derecho alguno sobre ese terreno debiendo restituirlo al actor, remover la cerca divisoria, y en caso que no lo haga se autoriza al actor a removerla personalmente. En cuanto a la pretensión de que la demandada deberá construir nuevamente la cerca sobre el lindero original se rechaza ya que no se demostró que ella la destruyera. En lo tocante a la pretensión que se declare "*la demandada hace uso del terreno en disputa debido a la autorización que medió de mi parte, no obstante y debido a sus inequívocos y efectivos actos de despojo de dicho terreno, no deseo que se mantenga más en él*" la misma se rechaza por tratarse más de un hecho o circunstancia que de una petitoria de fondo concreta. Se condena a la demandada Montezuma Bejarano al pago de las costas procesales y personales."

6. Comunidad indígena: Inscripción en registro público no desvirtúa su demanialidad

[Tribunal Agrario]^{vii}

Voto de mayoría

"El Estado cuando define y designa un área como territorio indígena lo inscribe a nombre de la Comunidad Indígena respectiva representada por la Asociación de esa comunidad. El territorio indígena se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, y por ese hecho sus características de inalienable e imprescriptible no desaparecen, ni le es de aplicación el régimen de propiedad privada, pues por ley se le dio ese carácter demanial. El artículo 2 de la Ley Indígena número 6172 del 16 de noviembre de 1977 dice: " 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 traspasos del Estado a las comunidades indígenas serán gratuitos..." Así mismo, el artículo 3 de la citada ley reza: "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. 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".- El artículo 4 ibídem: "Las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de CONAI. La población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo directivo representante de toda la población, del consejo principal dependerán comités auxiliares si la extensión geográfica lo amerita".- De las normas transcritas, concretamente del artículo 2 y 4, se extrae claramente el territorio indígena se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y a nombre de la Asociación Indígena que es el órgano representativo de la comunidad, y en este caso ello sucede, según se desprende de la certificación notarial del fundo de marras aportada a folio 141. El artículo 3 citado expresamente da el carácter de demanialidad al territorio indígena, convirtiéndolo en un régimen de propiedad de uso exclusivo para indígenas, no pudiendo ser objeto de posesión ni ocupación por aquellos que no lo sean, por lo que el aquí actor al no demostrar si era persona indígena, no tiene derecho alguno por motivo de los actos posesorios realizados en el fundo de marras. Sin entrar a cuestionar si el ocupante del inmueble lo era el padre del actor o éste, lo cierto del caso es que no existe derecho alguno de reclamar indemnizaciones derivadas de tal ocupación, máxime el proceso de desalojo administrativo contra el padre del actor fue ajustado a derecho, y un eventual traspaso de posesión de éste a su hijo deviene también en ilegítimo por tratarse el inmueble de un bien fuera del comercio y disposición de los no indígenas. La permanencia del actor y la de su padre en el inmueble de marras no es lícita, y una actuación de esa naturaleza no puede generar derecho alguno tutelable en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 5º de la citada Ley en lo que interesa establece: "... Si posteriormente hubiere invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna..."No tendría CONAI por qué resarcir por la destrucción del cultivo de banano que alega el actor le pertenece, si su actuación estuvo ajustada a derecho, según se desprende de la Sentencia Constitucional desestimatoria del recurso de amparo en el cual se cuestionaba tal actuación administrativa (ver folio 122 y 123). El artículo 5º transcrito en lo conducente es claro en regular la procedencia del desalojo administrativo de territorios indígenas, sin pago de indemnización alguna para los casos en que hubiese invasión de personas no indígenas a esos inmuebles posterior a la creación y expropiación de la "Reserva" correctamente "territorio indígena"; lo ocurrido en el caso concreto, la ocupación del actor en el bien es posterior a la creación de tal territorio el cuál se creó mediante Decreto 21905-5 del 14 de mayo de 1993, según se desprende del mismo dicho del actor en el escrito inicial y sin que se desprenda lo contrario de la prueba testimonial. Además, la carga de la prueba sobre la condición indígena del actor le correspondía a éste, al tenor del artículo 314 del Código Procesal Civil. Este artículo 5º mencionado, debe correlacionarse con los artículos 190 párrafo primero y 195 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales respectivamente dicen: "La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero". El numeral 195 reza: "Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso."

De estas dos normas se extrae para el caso concreto la CONAI como parte de la Administración Pública al ser ente público descentralizado con personería propia, no tendría responsabilidad alguna por los hechos y pretensiones demandadas, pues los daños al cultivo de banano son de entera responsabilidad del actor al sembrar en un terreno donde por ley le era prohibido hacerlo. No puede ampararse en el argumento de no estar enterado de tal situación, pues nadie puede alegar ignorancia de la ley y en igual sentido no puede argumentar no fue parte del proceso de desalojo administrativo, porque aunque haya figurado dentro de este procedimiento, no tendría derecho de posesión o indemnización alguna sobre el referido inmueble debido a las condiciones demaniales expuestas.- Y por esta misma circunstancia, "el interés lesionado del actor, resulta

ilegítimo, no resarcible por la Administración. El cultivo de banano es parte de los actos de ocupación realizados por el actor, o por el padre de éste, y la ocupación de ambos ha sido ilegítima, y de una causa ilícita no ha de nacer un derecho cuyo interés no puede ser lesionado pues no existe en la vida jurídica como para ser tutelado por el ordenamiento jurídico, el cuál por el contrario, según la normativa citada, en forma expresa señala el no resarcimiento por parte de la Administración para este tipo de casos.- La discusión de si el actor era el poseedor del inmueble o en realidad lo era el padre de éste, no resulta de importancia para la resolución de éste asunto de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente, porque cualquiera de esas dos personas que hubiese realizado los actos posesorios referidos el resultado es el mismo."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios, elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos, según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 6172 del 29/11/1977. Ley Indígena. Versión de la norma 11 de 11 del 26/10/2001. Colección de leyes y decretos: Año: 1977. Semestre: 2. Tomo: 5. Página: 1660.

ⁱⁱ Sentencia: 00074 Expediente: 10-000274-1028-CA Fecha: 29/10/2013 Hora: 10:30:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00635 Expediente: 03-000081-0298-AG Fecha: 29/06/2010 Hora: 04:00:00 p.m. Emitido por: Tribunal Agrario.

^{iv} Sentencia: 00268 Expediente: 00-000133-0419-AG Fecha: 22/03/2010 Hora: 02:30:00 p.m. Emitido por: Tribunal Agrario.

^v Sentencia: 00772 Expediente: 04-160037-0188-AG Fecha: 19/09/2007 Hora: 02:30:00 p.m. Emitido por: Tribunal Agrario.

^{vi} Sentencia: 00377 Expediente: 01-000109-0419-AG Fecha: 25/04/2006 Hora: 03:00:00 p.m. Emitido por: Tribunal Agrario.

^{vii} Sentencia: 00146 Expediente: 98-160580-0341-AG Fecha: 25/02/2002 Hora: 01:30:00 p.m. Emitido por: Tribunal Agrario.