

## LEY NACIONAL Y COSTUMBRE INDÍGENA: ENSEÑANZA DE COSTA RICA

Por BARTOLOMÉ CLAVERO

El sistema constitucional que solemos llamar latino, un sistema que se generó en la Europa continental a partir de la revolución francesa y que se extendió a América Latina acto seguido, identifica tradicionalmente el derecho con la ley. No admite originalmente otra forma de determinación de normas jurídicas que la que se produce por procedimiento político, parlamentario para ser constitucional. La norma ha de ser así legislativa, constituir de este modo ley. Particularmente la costumbre queda descartada. No se acepta la posibilidad de que la propia sociedad cree o mantenga más directamente sus propios usos, sus propias normas. Esto no se entiende constitucional. No se considerará democrático.

En este sistema, las constituciones suelen dar por supuesto que no hay otro derecho que la ley, ocupándose así de regular el procedimiento político que la produce. Es otro tipo de normas el que suele definir dicho presupuesto del valor singular de la ley. Se trata de los códigos civiles y más en concreto de sus títulos preliminares. Ellos se ocupan de sentar la autoridad de la norma de carácter legislativo, afirmándola como fuente del derecho frente a otras posibles. En su modelo clásico, que es el del Código francés de 1804, la ley se proclama que vale por sí misma, por su propia posición, por su publicación oficial; la justicia se identifica con la aplicación efectiva de la ley, sin otra posibilidad de apreciación de derecho; y otras fuentes como la costumbre quedan así automáticamente descartadas, sin necesidad ya ni siquiera de registrarse el rechazo.

Dentro de este sistema tan extendido, Costa Rica es un caso. Lo tomo como significativo no sólo de un punto de partida, que es el dicho, sino también de una evolución bastante común en el medio latinoamericano, o más bien de una rectificación, la que va a conducir a una admisión de la costumbre por causa además de la existencia de población indígena, suscitándose así problemas bien difíciles de encaje con el sistema tradicional de ley que comenzaba por ignorar dicha presencia. Ante la imposibilidad material de ver ahora el asunto a escala americana, lo contemplo en este espacio más manejable. Costa Rica puede servir de observatorio. Queda

dicho que la evolución que vamos a ver no es privativa y que los problemas que vamos a encontrar tampoco son exclusivos. Costa Rica puede enseñar.

\* \* \*

Las constituciones que han regido en Costa Rica, desde la federal de Centroamérica de 1824 con la propia del año inmediato a la actual de 1949 con todas sus reformas, siguen la pauta de no conocer ni regular, de no contemplar ni organizar, otra fuente del derecho que la ley, con unas modulaciones del procedimiento para producirla que ahora no nos interesan. Lo que ahora nos importa es la ignorancia de la costumbre. Constitucionalmente, a este nivel, Costa Rica no la ha reconocido ni la reconoce. Y no lo ha hecho ni lo hace por razones de planteamiento constitucional precisamente. Unas constituciones no es que declaren la exclusividad de la ley y el rechazo de la costumbre, sino que responden a una concepción que comporta estos efectos.

Así se define en la Constitución actual, la procedente de 1949. Tras sentarse en sus primeros artículos que «Costa Rica es una República democrática, libre e independiente», que «la soberanía reside exclusivamente en la Nación» y que «nadie», «ninguna persona o reunión de personas», «puede arrogarse» esta soberanía, tras estos principios, vendrá un título, el noveno, que los concreta a los efectos de la determinación del derecho. Es el título del poder legislativo, cuyo artículo inicial, el 105, se pronuncia actualmente, conforme a la reforma de 1989, en estos términos: «La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio de sufragio, en la Asamblea Legislativa. Tal potestad no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados, de conformidad con los principios del Derecho Internacional.» Este canon de prevalencia de derecho internacional sobre ley nacional se ha registrado previamente en el artículo séptimo, también de 1989.

Prescindamos de momento, sólo de momento, de esta salvedad última y nueva del derecho internacional. Será de la mayor importancia para nuestro asunto de la costumbre, pues por dicha vía podrá entrar, pero observemos ante todo el planteamiento de base, que no le da realmente cabida a dicha otra fuente. El titular de una soberanía que se concreta en el poder de hacer derecho es la nación, es el pueblo, cuya titularidad debe actuarse a través de delegación electoral por una asamblea representativa y no por otro medio. No se hace ni cabe previsión de que el mismo pueblo pueda reducir este poder legislativo propio mediante formas más directas de creación o mantenimiento de normas jurídicas, por medio así de la costumbre. La única limitación explícita y limitación prevista en unos términos muy excepcionales no se refiere a esto, sino al derecho internacional. Ya digo que podrá interesarle finalmente a la misma costumbre, pero en la norma constitucional este interés no aparece.

Antes de venir a novedades, a las que puedan entrar por derecho internacional, conviene mirar la codificación, el título preliminar de los códigos civiles en concreto.

Aquí ha habido evolución, una evolución explícita, entre los tres títulos preliminares que ha tenido Costa Rica. El primero, el del Código General de 1841, copiaba el del Código Civil de Bolivia, de 1831, que a su vez traducía del francés. Contiene lo dicho, la identificación entre derecho y ley, sujetando expresamente a ella, «al orden público y a las buenas costumbres» que representa, el ejercicio de la libertad, de una libertad particular o de unas libertades sociales, conforme esto también al modelo francés pasado por Bolivia. Y ésa es la única costumbre que se toma en cuenta, la costumbre buena, aquella que se identifica con la ley, la que responde a su cultura y su moral. Que por el paso de Bolivia ya se haya encontrado este planteamiento con otras culturas, otras morales y otras costumbres, con una población indígena incluso mayoritaria, es cosa que no le altera en absoluto.

El siguiente Código Civil de Costa Rica, de 1888, cambia de título preliminar, dotándose de uno más extenso por más previsor. Tampoco es original, adoptando y barajando fórmulas que no procedían del modelo francés, pero que se han ido sumando por otras réplicas europeas y americanas. He aquí alguna, en el artículo primero: «Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada», y en el artículo último, que es el 12: «La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario». Lo que se hace, como puede verse, es reforzar la concepción previa, intentar cerrarse el círculo del planteamiento legalista.

Tiene que haber habido resistencia de costumbres, prácticas sociales de creación o mantenimiento de derecho propio, esta otra determinación al margen o a espaldas de las leyes, cuando esta segunda posición, este nuevo título preliminar, viene a mencionar para negarla la costumbre como fuente ajena a la ley y quiere también asegurar el imperio de ésta negando igualmente la existencia de su ignorancia. La presunción del planteamiento legalista llega a estos extremos de cerrarse ante la propia evidencia que, si no extrañan en su medio a los juristas, es porque se han formado en ello.

Costa Rica ha vuelto a renovar su título preliminar más recientemente, en 1986. Por fin parece verse la evidencia. Ahora se quiebra su tradición ciega para con cualquier fuente que no fuera la ley para mirarse finalmente a la costumbre. Puede apreciarse desde el primer artículo: «Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.»

Se registra en efecto como fuente la costumbre, bajo una jerarquía constitucional, internacional y legislativa en la que abundan el artículo segundo: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior», y más específicamente el tercero: «El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo», se entiende, pues esto ya está salvado, que incluso norma no constitucional ni legal, norma inferior a ley. Ahí

queda la costumbre, no sólo bajo constitución y derecho internacional, o ni siquiera tampoco suplementariamente bajo ley nacional, sino también expresamente bajo una moral que sigue predicándose en singular y bajo un orden que puede incluso imponerse sobre la costumbre por medio de disposición de rango inferior. Así viene a producirse la aceptación de la costumbre.

La fórmula más expresa de admisión, la del artículo tercero, tampoco es original. Procede casi literalmente, como la mayor parte del título, del texto correspondiente español, del nuevo preliminar, de 1974, del Código Civil de España. La versión costarricense introduce mejoras de importancia, como la de prevalencia expresa de Constitución sobre Ley, pero también prescinde de cosas no menos relevantes o más incluso a nuestros efectos. La posición general de la costumbre en el modelo español que ahora se adopta viene a ser la dicha, con la salvedad de dicha sujeción implícita a norma inferior a ley, pero en él también existe una posición específica y más digna para determinado género de costumbres o para ordenamientos localizados que aún pueden mantener un componente consuetudinario virtualmente por encima y no por debajo de la ley. Me refiero a los derechos que se dicen en España «forales», los cuales se registran por el título preliminar en dicha otra posición virtual y mismos de los que se prescinde en esta versión americana por entenderse seguramente que es cosa peculiar e intransferible española.

Es la «foral» una fórmula de admitir determinadas costumbres, por su arraigo regional o comunitario, sin que queden sometidas a las limitaciones y sujeciones del registro general mucho más condicionado de esta fuente, de la costumbre. ¿No existe el supuesto en Costa Rica? No voy a decir que el caso por ejemplo de los vascos en España, con su Derecho «foral» no inferior a Ley, sea igual al de los cabécares, los bribbris o los guaymies en Costa Rica, con sus costumbres subordinadas ahora, por el Código, a más que Ley, pero ¿es distinto el supuesto? O por ser costumbres más diferenciadas, con unas culturas más distintas, las del caso americano, ¿no habría incluso más razón para intentar adoptarse y adaptarse la fórmula, para establecerse un principio de reconocimiento más digno de estas otras determinadas costumbres, las indígenas?

El caso es que la posibilidad se tuvo a la vista, por el modelo ahora adoptado, y que no se aprovechó. Todo el capítulo español referente a la admisión menos subordinada de ordenamientos de producción no estatal desaparece, sin dejar trazas, de la versión costarricense. La admisión de la costumbre ha sido aquí la dicha, una que en la práctica realmente no la sitúa en mejor posición que la que tuviera con anterioridad, cuando la ley la ignoraba o incluso la negaba y ella podía existir a sus espaldas.

\* \* \*

La situación actual no es ésta, la que dibujan Constitución y Código, porque ha comparecido otro elemento, el derecho internacional que ya se ha registrado por estas mismas normas, por Constitución y por Código como hemos visto. Desde antes de los años ochenta, con anterioridad a la década de reformas que hemos contemplado

en ambos textos, viene insinuándose este otro derecho en nuestra materia. Que concretamente la interese, fundamentalmente se trata de unos convenios de la Organización Internacional del Trabajo que se proponen la defensa de la población indígena y que Costa Rica ha ratificado y aplicado.

Tenemos en primer lugar el «Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes», Convenio 107 como se le conoce por el uso de numeración correlativa de estos instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo. Es del año 1957. Su planteamiento y orientación responden a los principios del derecho del trabajo propios de dicha institución, a su perspectiva y empeño de superar discriminaciones y promocionar así derechos dentro de los sistemas institucionales establecidos, lo cual expresamente implica una opción por la «integración progresiva en sus respectivas comunidades nacionales» de las correspondientes poblaciones indígenas. Así se comienza concibiendo un reconocimiento específico y promoción efectiva de derechos para las mismas.

Pero el Convenio suponía algo más para ellas. Contenía también precauciones contra asimilaciones forzadas y expropiaciones forzosas así como previsiones a favor de la identidad cultural respectiva, de instituciones y costumbres comunitarias, siempre en todo caso expresamente que no resultasen incompatibles con los ordenamientos nacionales y con las perspectivas integradoras. En lo que toca estrictamente a la posibilidad de derecho en rigor indígena, de un derecho original y propio, nada había, pero la intervención internacional comenzaba así a proponer un disciplinamiento de la soberanía de los Estados o de sus poderes en la materia con unas miras además constitucionales de atención y promoción de derechos. Por sí el Convenio no disciplina nada, pues se precisa ratificación de los estados, pero, producida ésta, la regulación entra. Costa Rica ratificó tempranamente, en 1959.

E hizo honor a la firma, planteándose una política indigenista que dio sus principales frutos durante los años setenta. En 1973 se crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas para coordinarse la acción del Estado con las comunidades interesadas. En 1976 comienzan a delimitarse tierras indígenas como reservas comunitarias propias y no ya de titularidad estatal. De 1977 es la ley indígena que asegura este derecho a la tierra de las «Comunidades Indígenas», comunidades de quienes «constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad», y comunidades que tienen «plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase» (artículos primero y segundo).

El reconocimiento de derecho no va más allá. No lo hay de unas costumbres o de alguna autonomía comunitaria de régimen no común. Es cosa que ni se plantea. La perspectiva sigue siendo la integracionista. El propio ejercicio del derecho a la tierra se encuentra muy intervenido por las instituciones del Estado, comenzándose por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Éstas, unas instituciones estatales, también son las competentes en casos contenciosos. Como no se plantea la posibilidad de un derecho en rigor propio, tampoco se contempla la eventualidad de una

justicia igualmente propia. Estas cosas, si existen, si siguen existiendo, será todavía al margen y a espaldas de la ley. Ocurre así hasta que el nuevo título preliminar del Código Civil viene en 1986 a reconocer la costumbre del modo que hemos visto, tampoco como derecho propio.

Mas las cosas siguen evolucionando y por el mismo impulso exterior. De 1989 es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que quiere sustituir al 107. Un cambio de designación anuncia la razón de una nueva orientación: «Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes», ya no sobre su «protección e integración». Éstas son expresiones de la motivación, de su exposición de motivos: «Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 (fecha del 107) y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven...», se procede. Así se mira, dentro siempre de los mismos marcos estatales, a un planteamiento más reconocitivo de derecho indígena.

Y el articulado responde realmente al anuncio. Comienza el Convenio, su artículo primero, por ocuparse de la cualidad *indígena*, de definirla de modo así que no quede al arbitrio de los Estados. Se es indígena, pueblo indígena, «por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas», añadiéndose como «criterio fundamental» para su identificación concreta el de la propia «conciencia de su identidad indígena». Y se trata a continuación de reconocer y adjudicar a estos pueblos, a los pueblos indígenas que no forman por sí Estados, competencias de intervención efectiva para el mantenimiento de sus culturas y para el control más concreto de sus territorios y recursos, sujetando de este modo la acción de los respectivos Estados.

Siendo un convenio que se ofrece a éstos, son sus obligaciones respecto a aquéllos, las obligaciones de los Estados constituidos de cara a los pueblos anteriores, lo que en particular se contempla y regula. Pero, dada la nueva orientación, tampoco falta alguna perspectiva indígena. La parte del Convenio que se refiere a las tierras comienza declarando la obligación estatal de «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 esta relación». Es el párrafo primero del artículo 13, que se integra con uno segundo definitorio del término *tierras* cuyo derecho se adjudica a la parte indígena: «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». Y el artículo 32 agrega: «Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.»

Dentro del marco estatal establecido, en el mapa dado de los Estados, hay aquí ya un reconocimiento de derecho indígena como derecho además colectivo. Estas son las disposiciones del artículo octavo, párrafo primero, del Convenio: «Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario»; y párrafo primero del párrafo segundo: «Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.» Estamos ante un reconocimiento de costumbre mucho menos limitado que el que ha supuesto en Costa Rica el nuevo título preliminar del Código Civil muy pocos años antes.

Y Costa Rica ratifica, vuelve a hacerlo, lo hace ahora también con diligencia, en 1992, aboliendo así como ordenamiento propio el Convenio 107, su orientación integracionista, y adoptando el 169, su planteamiento reconocitivo. En el intermedio, por el nuevo título preliminar de 1986 y por la reforma constitucional de 1989, Costa Rica ha situado además este derecho de procedencia internacional por encima de su propia ley. Con esto, con todo esto, queda absolutamente desbordado, a los pocos años en efecto de renovarse, el régimen de fuentes del Código Civil en lo que interesa a la *costumbre indígena*, como queda clamorosamente voceado el silencio de la Constitución sobre el particular.

Forma y grado de admisión de unas costumbres son ahora más dignos, con unas limitaciones que ya no son las del propio «sistema jurídico nacional», sino tan sólo, como se ha visto, las de sus «derechos fundamentales», junto además a los «derechos humanos internacionalmente reconocidos», en este contexto. Las costumbres indígenas quedan así situadas no sólo por encima de Ley, por encima en concreto de aquellas leyes que no se justifiquen por atención y garantía de derechos humanos fundamentales, sino también por encima de Constitución, de aquella parte de la constitución que no sea de reconocimiento de tales derechos.

El Convenio 169, en su artículo sexto, establece: «Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». Entonces, con estas previsiones, con estas verdaderas obligaciones para el estado signatario como es ya Costa Rica, en el caso del interés indígena dicho, queda fuera de lugar o resulta cuando menos de una radical insuficiencia el título constitucional del poder legislativo, con su entendimiento que hemos visto de determinación del derecho mediante la unidad del pueblo o nación a través del procedimiento electoral de la propia Constitución. Ahora habrá

también de contarse en su caso para el propio procedimiento legislativo con «instituciones representativas» de las comunidades indígenas que pueden ser perfectamente consuetudinarias. Habrá de aceptarse este principio de autonomía.

La posición de la costumbre no la define efectivamente ni la Constitución ni el Código, pero ni la Constitución ni el Código se han modificado a la luz de este nuevo planteamiento. Una cultura jurídica puede seguir mirando a estas sedes tradicionales del capítulo básico de fuentes, de este capítulo que define nada menos cómo se determina el derecho, y así seguir entendiendo que la costumbre está sujeta no sólo a la Constitución y al propio Código, sino también a toda una secuela de derecho nacional e incluso de moral social. Como sabemos, la misma Constitución ya prevé la posibilidad de una prevalencia, aunque más limitada, de derecho internacional, pero es mucho el peso de dichas otras sedes tradicionales y sobre todo de su formulación nacional para que el cambio de planteamiento, con su limitación también estatal, acabe de cuajar. De hecho, la imagen que parece seguirse ofreciendo es la de un imperio de la ley y una supeditación de la costumbre que no casan con los nuevos términos del Convenio 167, el cual ya es también derecho costarricense y de rango además superior claramente a ley ordinaria y probablemente a parte de la Constitución misma, a la parte que trata de poderes y no de derechos.

\* \* \*

Para la ratificación del Convenio 169 no ha dejado de plantearse en Costa Rica el problema de su encaje en el propio sistema jurídico, el cual fuera resuelto en un sentido positivo por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, institución, la Sala, establecida por la misma reforma de la Constitución de 1989. Con ocasión de un taller del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre «Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas», celebrado en Guatemala los días siete y ocho de marzo de 1994, Rodolfo Piza, presidente de dicha Sala, y Fabián Volio, letrado de la misma, ofrecieron información y documentación que ahora aprovecho (pronunciamientos 3003-92 y 178G-93).

La Sala Constitucional resolvió las dudas sobre el Convenio 169 evacuando la Consulta Preceptiva de la Asamblea Legislativa previa a la ratificación en el mismo año de 1992. Zanja el asunto de modo bastante expedito: «En el articulado del Convenio no parece haber nada que, correctamente interpretado y aplicado, pueda contravenir el Derecho de la Constitución.» Un obstáculo como pudiera ser el de la precisión de modificarse el procedimiento legislativo que hemos visto, no le parece tal: «Aquí únicamente se señalan objetivos que coinciden por cierto con los principios y valores democráticos correctamente entendidos.» Que el texto íntegro actual de la Constitución no parezca responder exactamente a estos principios y valores en la medida en la que no hace previsión alguna de esta novedad de una participación de los pueblos indígenas mediante sus propias instituciones en los procedimientos legislativos que les afecten directamente, no es problema que se afronte. Como cabe

en unos principios, lo que parece indudable, entra en una Constitución, lo que resulta problemático.

En términos más generales, no parece apreciarse por la Corte un giro de orientación y planteamiento entre este Convenio y otros instrumentos internacionales anteriores. Pero este pronunciamiento constitucional también hace mérito de la conveniencia de ratificar el Convenio 169 para dársele impulso al mismo proceso en marcha. Se nos dice que, bajo el Convenio 107, la propia ley indígena de 1977 no ha desplegado todos sus efectos y el resto de la legislación no se ha plegado a sus directrices. Contingentes importantes de tierras indígenas siguen bajo titularidad del Estado. «La legislación vigente no reconoce sus propias formas de organización (de los indígenas), forzándoles a organizarse jurídicamente alrededor de las Asociaciones de Desarrollo Comunal o como simples asociaciones sin fines de lucro, que les imponen modelos de organización y competencias extrañas.» «La legislación penal tampoco contempla la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna de estos pueblos.» «Reclaman (los indígenas) que las organizaciones creadas por la ley para su defensa, no son suyas, sino estatales.» La ratificación del 169 parece con todo precisa.

«Nada de esto riñe», ninguna de dichas pretensiones choca, «con el Derecho de los Derechos Humanos», por lo que se entiende, como hemos visto, que tampoco choca ni riñe con la Constitución de Costa Rica. Es un razonamiento, en lo que toca a ésta, elusivo, mas eficiente. Sirve para facilitarse la ratificación, misma que se produjo acto seguido. Puede también servir para no afrontarse las reformas necesarias, para enervarse así el Convenio, que puede quedar de este modo como norma más programática que positiva conforme a la misma visión clásica del derecho internacional. Pero éste no ha sido aparentemente el resultado para la propia Sala Constitucional. En el tiempo que lleva de vigencia, ha tenido ocasión de aplicarlo y ha procedido además a hacerlo. Entiende al menos haberlo ya hecho por sentencia de 21 de abril de 1993, la cual resuelve recurso de amparo de un grupo de guaymíes que data de 1977, de fecha anterior al convenio 169, lo que tampoco es óbice para que, sobrevenida su vigencia tras todas las alegaciones, la propia Corte lo colacione.

Los guaymíes reclaman «que han tenido que adoptar costumbres de los no indígenas dominantes en el país y han tenido que inscribirse en el Registro Civil por lo que se les ha otorgado el documento o cédula de identidad». Se ven incluso obligados a asentamientos determinados por respeto a fronteras estatales ajenas a ellos, a «sus costumbres nómadas y (a) una concepción de su territorio vital radicalmente diferente» a la nacional. Costa Rica ha intentado facilitar el registro civil y censo político de la población indígena procediendo a excepciones sucesivas en la legislación correspondiente, mas manteniéndose así siempre el principio de la competencia estatal en la materia y un régimen mínimo de identificación personal y pertenencia nacional igualmente propio de la cultura no indígena. No tienen cabida, según la propia sentencia registra, costumbres como la de cambios de nombre en vida según posición comunitaria u otros factores.

Durante el proceso se alega el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, cuya sustitución por el 169 se produce, como ya he dicho, antes de la sentencia. Lo colaciona en efecto la Corte a favor sedicente de la parte recurrente. Las mismas excepciones introducidas en el régimen del registro y del censo en consideración a los indígenas, para facilitarse la inscripción en particular de los nacidos en etnias radicadas entre Costa Rica y Panamá y no se sabe a qué lado de la frontera, «tienen sentido para circunstancias normales y casos aislados de personas que no fueron registradas en sus primeros años de vida, pero evidentemente no lo tienen para toda una población que además presenta una cultura diferente que debe ser reconocida y respetada» y a la que «debe aplicarse la ley desde otra perspectiva distinta, sobre todo a la vista del Convenio 169 de la OIT, que es una norma de rango superior a la ley según lo dispone el artículo 7.º de la Constitución, y sobre la que la Sala emitió opinión consultiva favorable». Son referencias todas ellas conocidas.

Y de esto deriva el pronunciamiento. «Por tanto se declara con lugar el recurso: Para la inscripción de los indígenas Guaymíes como costarricenses de origen, se deben aplicar los criterios resultantes del Convenio número ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes.» Esto en concreto significa que el régimen de registro y censo se simplifica y facilita al máximo con la exigencia mínima de un par de testigos «de buenas costumbres», de tal cualificación, y esto, ha argumentando también la sentencia, «con el fin de que sean las mismas comunidades autóctonas las que definan quiénes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos», y de modo que, «aun cuando una comunidad autóctona reconozca un territorio vital no concordante con las fronteras políticas hoy definidas por los Estados, la determinación que hagan los dirigentes de la misma sobre la pertenencia o no de una persona al grupo, permitirá su inscripción» y así la ciudadanía, todo ello como se ve conforme a principios de identificación indígena del mismo Convenio 169.

La sentencia relaja en efecto a un máximo unos requisitos para que pueda cumplirse, más que el Convenio, la Ley, establecerse el registro. El objetivo de la legislación, su imperativo final, no se cuestiona por la Corte. Ya se ha visto que es cosa que tampoco oculta: «Debe aplicarse la ley desde otra perspectiva distinta, sobre todo a la vista del Convenio 169 de la OIT.» De esto es de lo que en fin se trata, de esta finalidad de aplicación legislativa que sigue siendo integradora. No sé si el lector, o la lectora, habrá advertido un indicio de que esta sentencia estaba redactada bajo la vigencia del Convenio 107, habiendo de reescribirse al sobrevenir el 169. El pronunciamiento se ha referido al «Convenio número ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes», atribuyéndole así la denominación del anterior, aquella que precisamente indicaba una orientación integradora. La parte recurrente comenzaba denunciando un choque de costumbres en defensa de las propias que la sentencia consti-

tucional finalmente no ignora menos de lo que la ley y sus operadores vienen, por lo que se ve, haciendo.

Según los términos de la sentencia, los guaymíes no se han beneficiado de las principales previsiones de la ley indígena de 1977. No tienen comunidad reconocida, debiendo pleitear individualmente, y parece que tampoco territorio garantizado. Pueden encontrarse por lo tanto en aquella posición más precaria que la misma Corte describía en su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Convenio 169. Pero aquella conciencia de necesidades jurídicas indígenas que se ponía de manifiesto a favor de la ratificación, no se manifiesta ahora en beneficio de los interesados, a pesar de lo que ellos mismos reclaman. El recurso tiene éxito, pero el éxito limitado que hemos visto, un éxito más propio de los tiempos del 107 que del 169.

Ya hemos visto también que esta jurisdicción constitucional apreciaba, entre 107 y 169, progreso, pero no solución de continuidad. El mismo test que este segundo Convenio supone para el derecho nacional, no lo plantea ni aplica al caso. Me refiero a la cuestión del marco ahora mucho más ancho para el derecho indígena, el que constituyen los derechos. ¿La institución del registro civil mira y sólo mira a derechos y sólo a derechos fundamentales? ¿La inscripción sirve al reconocimiento y garantía de derechos o lo hace en cambio al establecimiento de condiciones personales, relaciones familiares y sujeciones legales que no miran exactamente a dicha finalidad? La experiencia indígena, el reclamo en el caso, indica esto otro. Es la perspectiva de la parte interesada, del pueblo indígena, que el Convenio 169 invita a tener en cuenta por la sencilla razón de que ya se le considera, no objeto de protección por los Estados, sino sujeto de derecho por sí mismo. Ahí parece radicar la diferencia.

\* \* \*

Si extremo la crítica, es para que se manifieste el desajuste, la necesidad consiguiente de reajuste. Hay una novedad importantísima, la de reconocimiento de derecho indígena, que viene a yuxtaponerse a un sistema jurídico con una idea del ordenamiento tan identificada con la ley que no le deja entrada a otro derecho ni siquiera cuando lo intenta, cuando parece que realmente hace el intento. Tenemos así el doble problema de una Constitución, cuya estructura sigue respondiendo al principio de ley, y de unos juristas, cuya formación no responde a otro supuesto. El problema es uno, el de la posición de la ley nacional para una cultura jurídica. Problema es el sistema, latino o *ladino* que se diga.

El desajuste se elude y el reajuste lo mismo. No se pasa a la revisión a fondo de constitución, codificación y legislación que la novedad requiere. No quiere pasarse a este replanteamiento que ya debiera comenzar por unos fundamentos: qué sea hoy soberanía; qué nación; qué pueblo; qué deba ser constitución y qué ley. Se pretende incluso que esta renovación más integral no es precisa, como si el derecho indígena, una vez reconocido, pudiera todavía recluirse en un compartimiento estanco sin relevancia para el resto del sistema, para su conjunto entonces. Con el movimiento actual de escala realmente continental, por toda América, de dicho reconocimiento

formal, otros Estados ya vienen procediendo a alguna reforma constitucional que registra la novedad a este nivel superior, pero ninguno, ningún Estado, ha pasado a revisar la estructura de su constitución y ordenamiento a la luz de ella. Ninguno tampoco ha emprendido en su caso la revisión al propósito del título preliminar del código civil, lo que seguramente sería, para esta pieza, de lo más sencillo, su cancelamiento. Es el derecho constitucional el que habría ya de responsabilizarse de forma plena.

El caso de Costa Rica ha ofrecido efectivamente observatorio para unos problemas que de diversa forma, con diverso tipo de reformas, están hoy presentes en prácticamente todos los Estados del continente americano. Lo están desde el momento en que han comenzado a reconocer el derecho de una población anterior a la dominante, a la que ha producido constituciones, códigos y otras leyes, toda esta batería de derecho. Porque la existencia de estos problemas se eluda, porque la necesidad de un ajuste profundo del sistema no se afronte, no desaparecen ni una cosa ni la otra, ni dicha existencia ni tal necesidad. Costa Rica enseña.

## REFERENCIAS:

- BEECHE LUJÁN, HÉCTOR y FOURNIER JIMÉNEZ, FABIO (eds.): *Código Civil de Costa Rica*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962.
- Código Civil. Edición actualizada a 1988*. Imprenta Nacional, San José, 1989.
- GÓMEZ RIVERA, MAGDALENA: *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Instituto Nacional Indigenista, México, 1991.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS y AGUIAR, LUIS (eds.): *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- MENDOZA ACOSTA, JOSÉ: «Comarca Guaymí», en AA.VV.: *Derechos territoriales indígenas y ecología en las selvas tropicales de América*. CEREC-Fundación GAIA. Bogotá-Londres, 1992, págs. 201-221.
- MORALES, JOSÉ CARLOS: *Los indígenas de Costa Rica y la tenencia de la tierra*, en R. STAVENHAGEN y DIEGO ITURRALDE (eds.): *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México-San José, 1990, págs. 355-370.
- RAMÍREZ, RAFAEL (ed.): *Código General de la República de Costa-Rica*, Wynkoop, Hallenbeck & Thomas, New York, 1858.
- TERRAZAS TÓRREZ, CARLOS (ed.): *Código Civil de Bolivia*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959.