

**San José, 05 de abril de 2021**  
**Criterio DJ-C-170-2021**

**Licenciada**  
**Silvia Navarro Romanini**  
**Secretaria General de la**  
**Corte Suprema de Justicia**  
**S. D.**

**Estimada Señora:**

Me refiero al acuerdo de Consejo Superior de la sesión N° 34-19 celebrada el 23 de abril del 2019, artículo LXXIX, se tuvo por rendido el informe presentado por la máster Patricia Bonilla Rodríguez, Jefa del Centro de Información Jurisprudencial, mediante oficio N° 032-DJ-2019 del 5 de abril del 2019 y se hizo de conocimiento de la máster Damaris Vargas Vásquez, en calidad de Coordinadora de la Subcomisión de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas y de la Dirección de Tecnología de la Información para lo que correspondiera, relacionado con el documento denominado “Protocolo de recopilación, almacenamiento y control de los peritajes culturales”.

Lo anterior, en tanto que en dicho acuerdo se dispuso lo siguiente:

*“Acoger la gestión de la magistrada Damaris Vargas Vásquez, Coordinadora Subcomisión de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas, en oficio N° DVV-SI-0165-2020 del 30 de octubre del 2020 y trasladar el documento adjunto para el análisis y revisión integral de su contenido a la Dirección Jurídica, a fin de poder contar con su criterio legal respecto a algunos puntos de interés, que se anotan como pie de página en el documento.”*

Lo anterior fue reiterado mediante acuerdo de sesión N°108-20 celebrada el 10 de noviembre de 2020, artículo XXXII y sesión N° 22-2021 celebrada el 16 de marzo del 2021, del mismo órgano colegiado.

Al respecto nos permitimos realizar las siguientes observaciones de carácter general:

Observación 1: - Consentimiento informado y comunidad:

En primer término, esta unidad asesora recomienda una valoración técnica respecto de si en el caso de las poblaciones indígenas el consentimiento informado debe ser visto únicamente en su dimensión individual y particular de cada persona o como una visión de comunidad, conforme a las prácticas históricas y culturales de las respectivas poblaciones.

Este sentido, debe quedar claro si se tomará en consideración solo el criterio de la persona indígena de manera aislada o del Consejos que representan dichas comunidades, tomando en consideración las particularidades culturales y en el entendido de la determinación de quienes realizarán estos peritajes, quien los autoriza y los alcances de los mismos, en orden a que los mismos implican una incidencia en la respectiva comunidad.

En este sentido debe hacerse notar que el protocolo obvia toda alusión al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo y en concreto a la siguiente norma: *“Artículo 4 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”*.

Conforme a lo anterior, debe recordarse que el presente protocolo debe cumplir las disposiciones de dicho tratado internacional, en tanto dispone que es obligación de los Estados. *“a) 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”*;

En razón de lo indicado, debe valorarse si la labor a realizar, la obtención del consentimiento informado a determinados integrantes de la población toma en consideración la siguiente disposición:

*“Artículo 8 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho*

*consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes I 31 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.*

Consecuentemente, los elementos esenciales del protocolo deben ser determinados en cuanto a su conformidad con la cultura y el derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas, a efecto de que no riñan con las poblaciones en particular en donde se realizarán los peritajes respectivos.

No es óbice indicar que dicha valoración previa debe particularizar cada población, tomando en consideración que en nuestro país existen ocho grupos socioculturales indígenas distintos, Cabécares, Bribris, Ngäbe, Térrabas, Borucas, Huetares, Malekus y Chorotegas, más Miskitos de Nicaragua y Ngäbes de Panamá que ingresan al país a laborar en grupos familiares.

Se reitera que el especial énfasis en dicha valoración, debe darse en función de la figura del consentimiento que deben dar adecuado a las costumbres de cada grupo y el papel que juegan las organizaciones políticas y religiosas que los representan.

Con respecto de la organización indígena y su papel en la toma de decisiones respecto de su comunidad, indicó la Sala Constitucional, lo siguiente:

*“IV.- Como ya la Sala señaló, el Derecho de la Constitución, instaura la responsabilidad del Estado de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les garanticen su derecho a participar en la toma de decisiones que les atañen, y a organizarse en instituciones electivas, organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (artículos 6 y 33 del Convenio N° 169 de OIT). Resulta entonces que el legislador debe diseñar mecanismos jurídicos que les permitan ejercer plenamente ese derecho. Las normas en esta materia han de orientarse en el sentido de permitir una amplia y organizada participación de los indígenas...”*

Consecuentemente, debe complementarse la visión particular e individual del consentimiento establecido en la ley 8968 con la visión de comunidad que tengan las distintas poblaciones indígenas del país.

Observación 2: - Consentimiento informado y accesibilidad:

La toma del consentimiento y el suministro de información a la población que contribuirá a realizar los peritajes debe tomar en consideración que las poblaciones indígenas habitan en 24 territorios y hablan en 6 idiomas indígenas, por lo que no basta la recolección de la anuencia como pura formalidad, sino que debe responder con la mayor claridad a un suministro claro y específico del objeto de la labor a realizar, debidamente traducida y de una manera accesible.

Conforme a lo anterior, estimamos que el protocolo debe ser específico respecto de quienes obtendrán el consentimiento, como lo obtendrán y los mecanismos técnicos que aseguren el correcto entendimiento de las personas que suministran la respectiva información.

Lo anterior a efecto de hacer efectivo y extensivo a esta parte del proceso de recolección de información, lo dispuesto en el acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial de sesión No. 89-19 celebrada el 15 de octubre de 2019, artículo LXXXIV, en donde se dispuso acoger la recomendación remitida por la Unidad de Acceso a la Justicia, en oficio CACC-301-2019, del 4 de octubre de 2019, respecto a instar a las personas servidoras judiciales que atiendan procesos vinculados con personas indígenas para que en las resoluciones que emitan en forma escrita u oral y en las audiencias, utilicen un lenguaje claro y sencillo; comprensible para esa población y para las personas traductoras e intérpretes a fin de facilitar el proceso de transmisión de la información.

Es obligación del Poder Judicial cautelar lo anterior y determinar mecanismos para que la expresión de conocimiento y voluntad respondan a una certeza del consentimiento respecto del manejo y destino de la información suministrada.

Observación 3: - Las competencias asignadas en el protocolo:

De una lectura del protocolo se advierte que el mismo asigna una competencia a la denominada Sub Comisión de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas y la Comisión de Acceso a la Justicia, de la siguiente manera: *“1.6.4. Ante la duda respecto al interés institucional o fin académico de la petición presentada, el Centro de Información Jurisprudencial podrá solicitar la asesoría a la Sub Comisión de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas y la Comisión de Acceso a la Justicia”*.

Esta unidad asesora estima que lo anterior resulta improcedente, toda vez que el artículo 66 de la LOPJ, determina que la asignación de competencias a una Comisión creada por la Corte Suprema de Justicia corresponde exclusivamente a dicho órgano colegiado de la siguiente manera: *“Salvo disposición legal en contrario, la Corte integrará las comisiones, les fijará su competencia, las reglamentará y les designará su Presidente”*.

Observación 4: - Un protocolo no puede crear sanciones:

En este sentido resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo: *“Artículo 124.-Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares”*.

Observación 5: - Mayor precisión en conceptos e intervinientes:

Recomendamos para mayor seguridad jurídica, precisión sobre los diversos intervinientes y responsables en cada fase del protocolo, a efecto de delimitar las responsabilidades en cuanto a su cumplimiento y ejecución.

Conforme a las anteriores observaciones, damos por analizado el protocolo suministrado.

Esta unidad asesora se pone a disposición de los órganos interesados para colaborar en la reformulación o aclaración de cualquiera de los aspectos indicados en el presente.

Atentamente,

**MSC. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo**  
**Director Jurídico a.í.**

Ref: 1811-2020