

Unidad Agraria

Boletín de Jurisprudencia número 3-A-2019

Índice

Contenido	1
1) SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , resolución n° 13828-2016, a las 12:51 hrs del 23 de septiembre del 2016. Minorías Indígenas.....	1
2) TRIBUNAL AGRARIO, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ , resolución n°1131-2018 a las 14:13 hrs. del 19 de diciembre del 2018. Interdicto agrario de amparo de posesión y la innecesaria condición de indígena para su interposición.....	5

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y cincuenta y uno minutos de veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis.

Recurso de amparo interpuesto por **R.A.S.L.**, mayor, casada, indígena, presidenta de la Asociación amparada, cédula de identidad No. (...), vecina de Patiño de Hone Creek, Talamanca, **a favor de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Bribri de Kekoldi (Cocles) (ADITIK)**, cédula jurídica No. 3-002-08479, **contra el Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI).**

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:33 hrs. del 16 de agosto del 2016, la recurrente interpone recurso de amparo contra el Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) y expresa que ante los constantes conflictos de tierras en territorio indígena, se han dado una serie de procesos en contra de la asociación de desarrollo que representa. Señala que, dentro de dichos procesos, se encuentran los expedientes Nos. 15-007355-1027-CA, 15-007359-1027-CA, 15-009373-1027-CA, 13-004996-1027-CA, 16-003167-1027-CA, 15-007358-1027-CA, 16-003158-1027-CA, 16-002492-1027-CA y 15-008519-1027-CA. Explica que ha tratado de buscar asesoría y respaldo de abogados particulares para poder hacer frente a estos procesos y a los que, eventualmente, se presenten, pero, el cobro es muy elevado. Indica que ha pedido ayuda a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, pero, sus abogados se han negado a llevar estos procesos, indicando que están imposibilitados, a pesar que, como entidad rectora y representativa de los indígenas y sus instituciones, tienen la obligación de velar, precisamente, por los intereses indígenas. Agrega que el problema que enfrentan es que son notificados de los procesos, pero, ni siquiera, los

pueden contestar por no contar con abogados y dinero para contratarlos. Por lo anterior, acude a la Sala en protección de los derechos fundamentales que le asisten a su representada. Solicita declarar con lugar el recurso y ordenar a la CONAI o a la Defensa Pública que los asistan y representen en esos procesos y en cualquier otro tipo de procesos judiciales y extrajudiciales. Así como a los indígenas de su territorio en asuntos de familia, agrario, comercial, civil y otros.

2.- Informa bajo juramento U.M.P., en su condición de presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) (escrito presentado a las 15:26 hrs. del 23 de agosto del 2016), que, efectivamente, en muchos de los Procedimientos Contenciosos Administrativos se tienen como demandados a las Asociaciones de Desarrollo, entre ellas, la Asociación de Desarrollo de Kekoldi. Señala que dichos procesos son "*Procesos de Conocimiento*" que tienen por objeto la indemnización de tierras dentro de los Territorios Indígenas. Expresa que, lamentablemente, están imposibilitados a ayudar y a representar a las Asociaciones de Desarrollo demandadas y a los indígenas en general con fundamento en el Criterio de la Procuraduría General de la República, Informe AEP-INF-018-2015, el cual les impide brindar patrocinio a particulares. Alega que su representada, como ente público, se encuentra sometido al principio de legalidad y a las directrices de la Procuraduría General de la República, de ahí la imposibilidad actual de atender esta especial población, a pesar de que en años anteriores sí se cumplía con ese servicio. Acota que en caso de seguir haciéndolo, los profesionales en Derecho se expondrían, tal y como lo dice el informe de la Procuraduría que se adjunta, a ser sancionados por violación a su contrato de dedicación exclusiva y a su deber de probidad. Por todo lo anterior y existiendo una causa justificada, solicita rechazar el recurso.

3.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Castillo Víquez**; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso. La recurrente alega que la Junta Directiva de CONAI impide que su departamento legal asesore y represente jurídicamente a los indígenas, tanto individualmente como a las asociaciones indígenas, lo cual a su juicio es contrario a su ley constitutiva y al Convenio 169 de la OIT.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a. En muchos de los Procedimientos Contenciosos Administrativos que tienen por objeto la indemnización de tierras dentro de los Territorios Indígenas, son demandadas las Asociaciones de Desarrollo, entre ellas, la Asociación de Desarrollo de Kekoldi (informe de la autoridad recurrida).

b. Los abogados de la CONAI están imposibilitados para ayudar y representar a las Asociaciones de Desarrollo demandadas y a los indígenas en general con fundamento en

el criterio de la Procuraduría General de la República expuesto en el Informe No. AEP-INF-018-2015 de las 9:15 hrs. del 26 de octubre del 2015, el cual les impide brindar patrocinio a particulares (informe de la autoridad recurrida).

III.- Sobre el fondo. En el presente asunto estamos ante una persona que demanda tutela para una asociación integrada por un grupo étnico al que el ordenamiento jurídico internacional le garantiza un grado de protección especial a partir de sus condiciones particulares. En este sentido, el Convenio 169 de la O.I.T. es claro, en su numeral 12, cuando afirma, en lo conducente, que los Estados deben tomar “(...) *medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces*”. El medio eficaz para lograr el propósito del Instrumento Internacional de Derechos Humanos en este amparo, es que el Estado, a través de la institución competente –CONAI-, le brinde asesoría a las asociaciones indígenas que son parte en un proceso contencioso-administrativo, de forma tal que se le garantice el derecho a una defensa efectiva y a una protección integral de sus derechos humanos. Por su parte, la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece lo siguiente: “**Artículo 40.** *Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos*”. Con base en esta norma –solf law-, que no es vinculante para el Estado de Costa Rica y la anteriormente apuntada, así como el artículo 4º, inciso e), de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), Ley No. 5251, que dispone “**Artículo 4º.-** *Son objetivos fundamentales de la Comisión Nacional de Asuntos 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 ...*”, resulta procedente que CONAI preste asesoría jurídica a las asociaciones indígenas en los procesos contencioso-administrativos. Se trata de una población a la cual debe aplicársele la ley desde otra perspectiva completamente distinta, sobre todo a la vista del Convenio 169 de la O.I.T., antes referido, que es una norma de rango superior a la ley según lo dispone el artículo 7º de la Constitución y sobre el que la Sala emitió opinión consultiva favorable por sentencia No. 3051-92 y que hoy es ley de la República, No. 7316. En este caso se trata de una Asociación de Desarrollo Integral que si bien su naturaleza jurídica es de derecho privado, regidas por esa normativa y bajo los principios que regentan la actividad de los privados, ha sido declarada de interés público, al igual que sus similares, pues su objetivo es velar por los interés del pueblo indígena Bribri, por lo que resulta razonable que cuando los represente y no por un caso individual, reciba asesoría jurídica de parte del Estado, en este caso, de la CONAI. Sin embargo, el anterior criterio no aplicaría en supuestos donde haya intereses de la Institución, ya que en ese caso, la persona abogada

de CONAI solo debe representar a ésta, como bien se indica en el informe de la Procuraduría General de la República que aporta el recurrido. Bajo esa tesitura, se considera procedente el recurso y con los efectos que se indican en la parte dispositiva de esta resolución.

IV.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE. Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "*Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial*", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a U.M.P., en su condición de Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o a quien en su lugar ejerza el cargo, que tome las medidas que corresponda para que se le brinde asesoría legal a las asociaciones indígenas que son parte en un proceso contencioso-administrativo, excepto en los casos en que el CONAI figure como parte. Lo anterior bajo el apercibimiento de que, con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a U.M.P. o a quien ocupe el cargo de Presidente de la Junta Directiva de CONAI, en forma personal.

Fernando Cruz C.
Presidente a.i.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

Aracelly Pacheco S.

José P. Hernández G.

**TRIBUNAL AGRARIO, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ,
resolución n°1131-2018 a las 14:13 hrs. del 19 de diciembre del 2018. Tema:
Interdicto agrario de amparo de posesión y la innecesaria condición de
indígena para su interposición.**

"IV.- Lleva razón el recurrente en sus agravios. Sin duda alguna el a-quo comete un error de derecho y de interpretación normativa, pues toda su argumentación se basa en que el actor en un interdicto, dentro de una Reserva Indígena, para poder tener legitimación activa, debe tener la condición de indígena. Para ello argumenta en base a sentencias de la Corte Interamericana y de la Sala Constitucional que se refieren a la propiedad indígena como derecho de propiedad o posesión colectiva. Ciertamente este Tribunal ha reconocido en casos concretos las características de los derechos de propiedad agraria indígena y los derechos de posesión agraria indígena (ver, entre muchas, la sentencia 304-2006, de las 8 horas del 29 de marzo del 2006). Pero esa protección que establece la misma Ley Indígena, no significa que no deba ampararse la posesión agraria como mero hecho posesorio (independientemente del derecho de propiedad o de posesión, que ciertamente no pueden ostentar los no indígenas dentro de los territorios ancestrales). Porque justamente la acción interdictal agraria fue creada para evitar la justicia por mano propia, manu militari, a la fuerza, con violencia, pues si todas las personas actuaran de esa manera, se produciría un caos, situaciones de violencia social y familiar. Se impone la heterocomposición del conflicto, por las vías jurisdiccionales ordinarias, y no la autocomposición, por las vías de hecho. Los interdictos, son útiles para brindar seguridad jurídica y mantener la paz social. Su protección es provisional, mientras se discute en una vía más amplia, como puede ser la vía declarativa, los derechos de propiedad o de posesión definitivos. La legitimación activa se basa, simplemente, en la mera posesión de hecho, actual y momentánea, únicamente. No depende de una particular condición subjetiva para su tutela (no importa si la posesión es de buena o de mala fe, si es legítima o ilegítima, si es en condición de indígena o no), porque lo que se busca es el mantenimiento de la paz social, y evitar que las personas se hagan justicia por su propia mano. En ese sentido, el legislador decimonónico dispuso: "El poseedor, de cualquier clase que sea, tiene derecho para reclamar la posesión de que ha sido indebidamente privado, y una vez respuesto en ella, se considera para los efectos de prescribir, como si no hubiera sido desposeído.

No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde; mientras el actual poseedor se oponga, debe reclamarse judicialmente" (artículo 317 Código Civil) y la norma siguiente indica: "Para ser restituido en el goce de un derecho, basta que el poseedor pruebe el hecho de la posesión y de haber sido privado de ella ilegalmente". Todo lo anterior concuerda con lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política que establece que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes." pero no recurriendo a la fuerza, manu militari, o a la violencia. En relación con la posibilidad de acudir a la acción interdictal agraria para la protección posesoria, este Tribunal ha indicado lo siguiente: "III.- Lleva razón el recurrente en sus agravios. El acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes el día 31 de octubre del 2012, es absolutamente nulo, por ser contrario a lo dispuesto en la Ley Indígena, que establece que la administración de dichos territorios corresponde a las Reservas Indígenas y que, además, dichos terrenos tienen como características se propiedades colectivas. De ahí que no es factible a través de un proceso interdictal, en donde se discute el mero hecho de la posesión, disponer de derechos definitivos de posesión o propiedad, entre particulares, mucho menos si éstos no son indígenas, pues ello vendría en total contradicción con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 4 5 de la Ley Indígena. Lo que sí resulta factible es que se discuta la posesión de hecho, para mantener la paz social y la seguridad jurídica. En los acuerdos conciliatorios, como el que nos ocupa, el juez no debe solamente fijarse en el interés de los particulares, sino también la existencia de eventuales derechos o intereses colectivos que puedan verse afectados, y que tienen una tutela especial en la legislación especial agraria, pues de lo contrario, a través de un acuerdo privado se estarían derogando normas de interés público (publicización), lo que es totalmente contrario al Ordenamiento Jurídico." (Tribunal agrario, sentencia 1262-F-15, del 4 de diciembre del 2015) En otro voto, este Tribunal señaló: "II.- Si bien es cierto, la normativa indígena nacional, así como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Costa Rica, establece en su artículo 9 el principio sobre el respeto a los métodos a que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la resolución de los conflictos surgidos entre sus miembros, tal disposición no es de aplicación a este caso concreto. El gobierno local de cada comunidad tiene potestades para dirimir los conflictos que se susciten entre indígenas de su misma comunidad. El conflicto sometido en esta vía interdictal, no encaja dentro de ese supuesto normativo, porque este proceso ha sido interpuesto por un no indígena. Así se puede concluir indiciariamente por las calidades expuestas en el escrito de demanda por el mismo actor, además de lo manifestado por el demandado en la contestación a folio 12, en la que se indica que don Augusto Boirivant no está legitimado para arrendar tierras dentro de la Reserva Indígena, porque sólo a indígenas está reservado el derecho como posesionarias. El mismo demandado en su escrito de contestación, se refiere a la condición de no indígena del actor, lo cual no

ha sido controvertido por éste al contestar la respectiva audiencia. Partiendo de esta circunstancia, no le sería de aplicación a este interdicto la norma indígena citada en cuanto a que su resolución sea emitida por el gobierno local indígena representado por la Asociación Indígena Kekòldi. La intervención de esta Asociación lo es para la resolución de conflictos surgidos entre indígenas miembros de esa comunidad, no así para litigios entre no indígenas, tal y como ocurre en este caso. El artículo 457 del Código Procesal Civil aplicado supletoriamente a la materia agraria por remisión del artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria, establece: "Los interdictos sólo procederán respecto de bienes inmuebles y de ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre las cuales no se admitirá discusión alguna". Nótese esta norma es clara en establecer la sentencia de este interdicto en nada afectaría el derecho de propiedad y posesión indígena, pues solo se tutela la posesión actual y momentánea sea ésta ilegítima o no. De allí, no se estaría transgrediendo el poder de decisión del gobierno indígena en cuanto su disposición sobre el territorio indígena, pues la sentencia interdictal no produciría cosa juzgada material sino formal." (Voto 716-C-06 del 12 de julio del 2016).

V.- Este Tribunal observa que el criterio del a-quo, posiblemente esté fundamentado en un criterio anterior de una conformación distinta del Tribunal Agrario, que al respecto dispuso: "V.- El proceso interdictal de amparo de posesión y restitución, tienen como objeto la tutela de la posesión cuando se es perturbada o despojada. Es una acción de protección a la posesión sobre bienes inmuebles que sean objeto de ser jurídicamente poseídos, en el caso concreto sobre un terreno declarado como territorio indígena. Este tipo de inmuebles tienen características especiales que hacen su naturaleza jurídica sea distinta del resto, siendo de aplicación las leyes especiales que les regulan. Concretamente el artículo 3 de la Ley Indígena, 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. 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". Esta norma es clara en indicar las tierras comprendidas dentro de territorios indígenas son de uso exclusivo para los miembros de la comunidad indígena de que se trate, es decir, aquella persona que no sea miembro no podrá reclamar tutela a su ocupación, pues su permanencia dentro de dicho territorio no le puede generar derecho alguno, y mucho menos tutela a través de una de las acciones protectoras del derecho de posesión, dado que no es factible un territorio indígena sea ocupado por alguien fuera de esa comunidad, a lo máximo que puede aspirar un ocupante en estas condiciones, es a que le sea indemnizado por expropiación en caso de haber adquirido la propiedad con antelación a la creación del territorio indígena. Esta normativa nacional, tiene

consonancia con lo dispuesto en el Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo (O.I.T) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en su parte II, Tierras, artículos 13 al 19 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos 25 al 28, respecto a la especial protección de sus territorios y su uso exclusivo por los miembros de su misma comunidad indígena, y en el caso del actor no demostró ser indígena miembro de la etnia a la que pertenece ese territorio, siendo que la carga de la prueba en este sentido le incumbía a éste, de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a la materia agraria. En su primer agravio, la recurrente indica se hace una discriminación por etnia al resolver este asunto, pues se desviste al actor de su condición de indígena y de ser humano para indicar que los únicos que tienen derechos son los indígenas demandados, por lo que se incurre en fallo contradictorio a los Derechos Humanos, ya que se viola otros instrumentos legales como la Convención Americana contra toda forma de Discriminación. Aduce se desconoce su derecho a la propiedad individual y su trabajo realizado en el terreno en cuestión, pues la costumbre del lugar es que la forma de tenencia de la tierra actualmente es individual, teniendo cada quien sus propios cultivos y cercas, pues ya no se comparten en forma colectiva. Este trato diferenciado para reconocer un territorio indígena y distinguirlo de otras formas del derecho de propiedad, no es discriminatorio como lo afirma la apelante, pues no puede haber desigualdad cuando se toman políticas o medidas tendientes a eliminarla, desigualdad que ha sido sistemática e histórica respecto a grupos vulnerables como lo son los pueblos indígenas. "Los pueblos indígenas ha sido discriminados durante siglos. En otras palabras, los hombres, mujeres, los niños y las niñas, de los pueblos indígenas ha sido tratados como "pueblos inferiores", sin derechos. Esto ocurre porque el color de su piel, sus lenguas, sus costumbres y sus formas de trabajar, son menos valoradas que las de otros pueblos." (IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas. San José, 2003, pag 19).- Toda acción afirmativa tendiente a eliminar esa brecha de desigualdad no es discriminatoria respecto a quienes no se vean cobijados por la acción positiva (normativa especial indígena), pues ellos no forman parte de ese grupo discriminado y por ende no requiere de acciones para estar equiparados en derechos respecto al resto de la sociedad. A esto se le conoce como discriminación positiva que es el término que se da a una acción que pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes. El objetivo es el de mejorar la calidad de vida de los grupos desfavorecidos y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que han sido víctimas. El término acción afirmativa, en este sistema, hace referencia a aquellas actuaciones (medidas legales, administrativas o prácticas) dirigidas a reducir o, idealmente, eliminar las prácticas discriminatorias en contra de los sectores históricamente excluidos como los indígenas, cuestión que es hoy en día un

asunto de especial tratamiento cuando se pone en la balanza el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos individuales. Por ello, el aplicar esta normativa indígena, no vulnera la Convención Americana contra toda forma de Discriminación, el mismo Convenio 169 de la OIT o nuestra Constitución Política respecto a la propiedad privada e individual regulada en el artículo 45, pues se establece y reconoce un derecho de propiedad indígena el cual se rige por disposiciones especiales que hacen su naturaleza sea distinta al derecho de propiedad y posesión común, como para reconocer la ocupación del actor como un derecho de posesión, en un terreno donde de antemano el actor sabía las condiciones especiales que le regían por estar dentro de territorio indígena. Así lo reconoció el actor en el documento de compra venta suscrito el 23 de julio del 2013 (folio 39), donde expresamente indica que conoce que la propiedad se encuentra en territorio Indígena Cabagra, así mismo reconoció los alcances de la Ley Indígena que le rige. El actor entra a ocupar el terreno de marras, con conocimiento pleno de las disposiciones especiales en la Ley Indígena, es decir, las mismas que dan fundamento a este fallo indicadas supra. No es de recibo el agravio de la recurrente al indicar debe seguirse la costumbre de la zona, por lo que debe reconocerse la propiedad individual, pues cada quien respeta los cultivos y cercas de otros, siendo que dejó de ser colectiva. El que sea costumbre el vulnerar el territorio indígena, teniendo cada quien (no indígena) propiedad individual, no significa el derecho de ese grupo étnico se haya extinto, pues como ya se dijo al citarse el artículo 3 de la Ley Indígena, el derecho de este tipo de propiedad es imprescriptible e inalienable. Como SEGUNDO agravio, expone la apelante, que se ha dejado de lado el espíritu del interdicto agrario, pues logró acreditar los hechos demandados sobre la perturbación de la posesión, y se deja en estado de indefensión a las víctimas poseedoras de esos terrenos, y se le abre las puertas para que se continúe dando hechos de violencia y abuso por parte del pequeño grupo, quienes deben cumplir con las obligaciones correspondientes en el mismo Convenio 169 en su artículo 4 inciso 3, y 8, como cualquier ciudadano costarricense máxime que los territorios indígenas son parte de Costa Rica. Como se dijo supra, la ocupación del actor no puede ser tutelada como una posesión a través de la vía interdictal, dado que la misma se da sobre un terreno donde es prohibido en forma expresa hacer uso de él al no pertenecer a la comunidad indígena (no demostró pertenecer a esa etnia). En este sentido, el autor Picado Vargas (CARLOS) y Artavia Barrantes (SERGIO), en su obra *Los Interdictos*, 2º Ed, Editorial Jurídica Faro, San José, 2017 página 77 dice: "Se establece, en el art. 6 de la Ley Indígena, la exclusividad en la posesión de los indígenas, en forma individual o colectiva sobre los terrenos abarcados en las reservas creadas para esos efectos. Esta posesión es de tipo agraria, pues la norma citada indica expresamente que "solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar recursos maderables o plantar cultivos para su provecho directo dentro de los límites de las reservas". Esta norma viene a modificar los presupuestos de la tutela interdictal. Si bien la regla en el interdicto es no entrar en pormenores de asuntos de titularidad registral, por la especialidad de la Ley

Indígena, el hecho de que un conflicto interdictal acontezca en una de estas reservas va a influir directamente en la legitimación activa y pasiva del caso concreto, ya que no se podría tutelar una posesión de un individuo no indígena alegue tener en una área reservada y restringida por ley....Por ende, a criterio de este sector de opinión, una persona no indígena no estaría legitimada para la tutela interdictal en reservas indígenas pues su posesión se encuentra prohibida expresamente por ley, pues la protección especial posesoria, está destinada también a la condición ancestral de nuestros aborígenes".- Por lo expuesto, el actor no demostró cumplir con las condiciones de legitimación activa, pues no bastaba ser ejercer una ocupación, sino demostrar que era parte de la etnia a la que pertenece el territorio indígena ya declarado como tal." (Tribunal Agrario, 648-f-18 del 13 de julio del 2018). Como puede observarse, se incurre en el error de no distinguir entre una posesión de hecho, actual y momentánea, que es lo que se protege en la vía interdictal para el mantenimiento de la paz social, y de una posesión de derecho, calificada como "ilegítima" o "contra legem" (contra la Ley Indígena), que es una cuestión que debe discutirse en la vía ordinaria declarativa, y no en la sumarísima del interdicto posesorio. De lo contrario, como se indicó más arriba, se podrían producir múltiples acciones de violencia y despojo, sin respetar los procedimientos o cauces administrativos o judiciales para la recuperación de los derechos posesorios o de propiedad de la comunidad, o sus legítimos representantes. Esas acciones de violencia y despojo, así como daños a la actividad agraria, fue reclamada por la parte actora, cuando señaló que la medida cautelar ordenada por el Tribunal se estaba irrespetando. En efecto, en el escrito del 7 de abril del 2017, la defensa pública agraria del actor puso en conocimiento del Juzgado lo siguiente: "Mataron la mayoría de las ovejas que se observaron en el reconocimiento judicial para medida cautelar, destruyeron la bodega del corral, le quitaron reglas al corral, quemaron la casa de peón que el actor tenía en la finca y que fue tomada y ocupada ilegítimamente por la parte demandada. Realizaron una tala ilegal, quitan el agua al ganado, destruyen las tuberías, siguieron dejando abiertos los portones para que el ganado transitara por todos los apartos y no se diera la recuperación de potreros al propiciar el consumo del rebrote de los pastos".(ver escritorio virtual, escrito incorporado el 18/04/2017). Tales hechos el Tribunal agrario, bajo ninguna circunstancia, puede pasarlos desapercibidos, por cuanto de ser ciertos se constataría una serie de daños y perjuicios para la parte accionante, derivadas del despojo, y además, del incumplimiento grave de la medida cautelar ordenada por el Tribunal, con total desprecio de la administración de justicia ordinaria y de las órdenes emanadas de una autoridad jurisdiccional, lo cual es un grave irrespeto al Estado social y democrático de derecho.

VI.- Es importante reiterar lo que señaló este Tribunal en la medida cautelar provisional -aparentemente irrespetada por la aquí demandada-, respecto a la tutela posesoria interdictal: "La administración de justicia y, en particular la jurisdicción agraria, fue creada para mantener la estabilidad, la seguridad jurídica y la paz social en el campo, y resolver con criterios de equidad y de derecho las controversias, a fin

de evitar que las partes acudan a las vías de hecho, para el reclamo de los derechos que aducen ostentar. La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Jurisdicción Agraria y el mismo Código Procesal Civil, revisten a la autoridad judicial de los poderes suficientes para hacer respetar el ordenamiento jurídico y los derechos humanos. Uno de los instrumentos más eficaces son, precisamente, las medidas cautelares, tanto típicas como atípicas, las cuales muchas veces son acompañadas de la denominada "prueba anticipada". Así, el artículo 242 del Código Procesal Civil, en asocio al 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria, permite adoptar medidas -provisionales- tendientes a garantizar la protección de la producción agraria en sus actividades principales (cría de animales y cultivo de vegetales), para lo cual lo único que se requiere por parte de las personas juzgadoras es que exista un "juicio de verosimilitud", y se constate la apariencia de buen derecho. Muchas veces, ese juicio de verosimilitud se logra establecer de manera "sumarísima", mediante la práctica de un reconocimiento judicial, con la cual se pueda identificar la aparente situación "de hecho" existente en el inmueble en conflicto. En este caso, de los elementos aportados al proceso (como prueba indiciaria de un sumario interdictal, donde lo único que interesa es la posesión agraria, actual y momentánea, independientemente de los derechos de propiedad o de posesión agraria, que debe ser objeto de la vía declarativa ordinaria), se desprende y se ha tenido como demostrado lo siguiente: a) Aparentemente, el actor ostenta la posesión agraria del terreno en conflicto desde hace varios años (ver documento de folio 2); b) El actor, tiene inscrita la marca de ganado BN E4; c) En el reconocimiento judicial practicado el 01 de diciembre del 2015, se constató en el inmueble el conflicto la existencia de un sembradío de plátano en plena producción, debidamente asistido, en algunas partes cosechado y en otras resembrado. También hay una área de repastos, con apartos, bebederos, donde hay aproximadamente 2 toros, 64 vacas y 34 terneros con el fierro o marca BN E4. Hay una bodega con insumos y una casa de madera. También hay un salón, y detrás hay un repasto de brizanta con 20 caballos (ver acta de reconocimiento judicial de folios 19 a 22). Por lo anterior, no lleva razón quien recurre en el sentido de que existe una indebida fundamentación de la sentencia del juez de primera instancia, toda vez que toma en consideración todos esos elementos para acoger la medida cautelar provisional, sin anticipar en absoluto el criterio de fondo que debe vertir en el fallo para indicar si otorga o no la protección posesoria interdictal. En segundo lugar, tampoco lleva razón, en cuanto a la no existencia de presupuestos, pues la apelante confunde lo que son con el derecho de fondo que solo podría discutirse en la vía ordinaria. En efecto, como se indicó, aparentemente el actor es el poseedor agrario del inmueble, porque tiene una marca de ganado (vacuno y caballar), en el fundo se encontraron gran cantidad de reses con su respectiva marca, y además existen cultivos de plátano debidamente asistidos, en plena producción. Existe, por ende ese "fumus bonis iuris" o apariencia de buen derecho, que en este caso no se traduce en un derecho de posesión, sino en el aparente "hecho" de la posesión misma, lo cual hace plausible la medida solicitada frente al aparente despojo o perturbación sufridas por el actor, y se dice aparente,

porque como lo indica el a-quo, algunos animales estaban con poco pasto y tuvieron que ser trasladados a otros repastos para garantizar su alimentación. Ello evidencia el segundo presupuesto de la medida cautelar, cual es el peligro en la demora, pues mediante este tipo de medidas se pretende evitar que, provisionalmente, una parte le cause daños a otra parte que aparenta ostentar la posesión agraria del bien objeto de la controversia. La residualidad se da porque no existe una medida típica que tenga la fuerza o capacidad de evitar, lo que se busca evitar con la medida cautelar atípica, cual es garantizar la continuidad de la producción agraria y evitar un daño o perjuicio irreparable o de difícil reparación. Todo lo anterior, como se dijo más arriba, independientemente de los derechos de propiedad o de posesión que puedan corresponderles a cada una de las partes, o independientemente del resultado final del mismo proceso interdictal (que lo que busca es tutelar únicamente la posesión agraria actual y momentánea y la promoción de la paz social en el campo). Sobre el tercer agravio, y los otros relacionados con la violación a lo dispuesto en la Ley 6172, que establece que solamente los indígenas pueden habitar y cultivar esas tierras, el Convenio 169 de la OIT, en cuanto a las modalidades de transmisión de los derechos, y el artículo 7 de la Constitución Política, apartándose a su juicio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y para lo cual se aporta como pruebas, certificaciones del Registro de Propiedad, y el Acta de la Junta Directiva de la Asociación, en la cual se reconocen derechos de posesión a la demandada; debe reiterarse a la apelante, que estamos frente a una medida cautelar, de carácter provisional, basado en un juicio de verosimilitud, y mediante la cual se busca mantener -también provisionalmente- la situación de hecho existente. Todos sus argumentos en cuanto a quién ostenta la posesión legítima (derecho), o quién es indígena o no, o bien, que la administración de la propiedad colectiva corresponde la Comunidad, por ser la titular de la propiedad, son aspectos que se alejan de la tutela cautelar, e incluso de la protección posesoria de la posesión agraria (que busca mantener la paz social y la seguridad jurídica). A mayor abundamiento, resulta aplicable lo dicho por la jurisprudencia constitucional: "...Asimismo, en los autos no existe un solo elemento que permita confirmar la situación posesoria, en su condición de indígena, de la recurrente y derivar de ahí, el derecho que, en ese supuesto, le asistiría. Este Tribunal, como se ha indicado no es el llamado a decidir quién tiene mejor derecho sobre las tierras en conflicto, por tratarse en principio de una propiedad colectiva, corresponde a la propia Comunidad, a través de las estructuras comunitarias creadas a tal fin, disponer sobre la distribución y uso adecuado de la tierra, por parte de las personas indígenas, velando por el desarrollo y bienestar de la entera Comunidad. Por otra parte, si la recurrente está disconforme con lo actuado por la misma Comunidad, debe plantear el asunto ante la legalidad ordinaria. Lo procedente, en consecuencia, es desestimar el recurso sin perjuicio que la recurrente presente sus alegatos en la vía administrativa o judicial que corresponda (ver en similar sentido, votos número 2004-012743 de las diez horas y dieciocho minutos del doce de noviembre de dos mil cuatro, y número 2009-011038 de las once horas y once minutos del diez de Julio del dos mil nueve) (...)IV.- CASO

CONCRETO. En el presente asunto existe un acto en ciernes de la Asociación de Desarrollo Integral Indígena Salitre, dirigido a recuperar un bien inmueble que, según aseveró su representante en el escrito de contestación de la audiencia conferida, se encuentra en posesión de una persona no indígena. El promovente plantea el recurso de amparo como una forma de oponerse a tal decisión de la entidad recurrida. Vemos que, en el fondo, existe un problema de reivindicación de tierras que no compete a esta Sala Constitucional dirimir. En efecto, determinar quién tiene un mejor derecho de posesión, es una cuestión de evidente legalidad que excede, tanto la naturaleza sumaria del amparo, como la competencia de este Tribunal, definida por la Ley y la propia Constitución Política. Tal y como se hizo constar en el precedente citado, esta materia es propia, en primera instancia, de las estructuras administrativas comunitarias y, excepcionalmente, de la jurisdicción ordinaria. Bajo este orden de consideraciones, el recurso deviene manifiestamente improcedente y así debe declararse. (Sala Constitucional, No. 1071 de las 9:05 horas del 25 de enero del 2013, lo subrayado no corresponde al original). V.- Este Tribunal agrario, nunca ha desconocido la particularidades de la propiedad agraria indígena. Por el contrario, los ha reconocido y potenciado (véase, entre muchos otros, el voto 304-2006). Sin embargo, existen mecanismos para poder reclamar, de manera pacífica y legítima, sin acudir a las vías de hecho (como "aparentemente" pareciera ocurrir en este caso), el ejercicio de los derechos legítimos de posesión y propiedad en los territorios indígenas. De no existir este tipo de tutelas provisionales (a través de la medida cautelar) o interdictales (si fuere procedente en este caso, lo que tendrá que resolverse en la sentencia de fondo), la administración de justicia estaría permitiendo que se altere el orden y la paz social. De manera que no solamente hay apariencia de buen derecho, sino también peligro en la demora, y atendiendo a la ponderación de los intereses en juego, resulta evidente que es necesario atender a la tutela de la actividad productiva ganadera, y la producción agraria, de manera provisional, para evitar que se produzcan daños de difícil o imposible reparación (artículo 242 del Código Procesal Civil y 41 de la Constitución Política). De ahí que deberá confirmarse la resolución apelada. (Tribunal Agrario, Voto No. 529-F-16 del 7 de de junio del 2016). Los hechos probados de la demanda, tenidos en la sentencia de primera instancia, no vienen mas que a confirmar la necesidad de esa tutela sumaria provisional, para evitar que acciones como esta -justicia por mano propia- sea repetidas a lo interno de las comunidades indígenas.

VII.- En virtud de lo anteriormente expuesto, habiéndose demostrado los elementos necesarios para la protección interdictal sumaria, provisional y en respeto a la seguridad jurídica y a la promoción de la paz social, dentro o fuera de las Reservas Indígenas, lo procedente es REVOCAR, la sentencia recurrida en todos sus extremos, en cuanto rechazó la demanda interdictal. En cuanto a la excepción de caducidad, si bien es cierto el a-quo no se pronunció sobre la misma, tampoco es motivo para anular el fallo, toda vez que los hechos probados quedan incólumes, al no ser combatidos por ninguna de las partes, y precisamente en cuanto a la fecha de

la perturbación y despojo, el hecho c) es claro al indicar que fue en el mes de noviembre del 2015, cuando H.V.R. se presentó a la finca en Lagarto a realizar los actos de despojo, junto con otro grupo de personas, y si la demanda interdictal fue planteada el 25 de noviembre de ese mismo año, es evidente que está dentro del plazo legal. Por ende debe rechazarse la caducidad invocada. También se rechaza la excepción de falta de legitimación activa y falta de derecho, dado que el actor demostró, según consta en el hecho probado a), la posesión agraria, actual y momentánea, y por ende le asiste el derecho a la tutela posesoria, sumaria, por la vía interdictal, pues demostró claramente la existencia de una actividad ganadera, de aproximadamente 100 reses con el fierro que consta en el reconocimiento judicial, así como la reconstrucción que tuvieron que hacer del rancho de la finca (ver acta de reconocimiento judicial en archivo), así como los daños que se ocasionaron a la casa, al galerón y al corral. En la prueba confesional a la demandada admitió los hechos o actos perturbatorios realizados los días 21, 22 y 23 de noviembre del 2015, indicando que lo hizo porque se considera la dueña. Tales actos perturbatorios fueron ratificados por el testigo J.M.L.N. (minuto 6 y siguientes de su declaración) y A.O., quienes laboran para el actor. Por ende se declara: a.- Que C.E.V.A. ha sido el poseedor agrario, actual y momentáneo de los terrenos objeto de esta litis. Se ordena la restitución y mantener en posesión de la finca. Se ordena el desalojo de la demandada y demás personas ocupantes, poniendo al actor en efectiva posesión de los bienes mencionados. b.- Se ordena a la demandada se abstenga de seguir llevando a cabo las perturbaciones, alteraciones o daños, de manera personal o por medio de terceras personas, con la advertencia de ser juzgada por el delito de desobediencia a la autoridad. c.- Se condena a la parte demandada, al pago de daños y perjuicios, los cuales se liquidarán en la etapa procesal correspondiente. d.- Se condene a la demandada al pago de ambas costas del proceso."