

Universidad de Costa Rica  
Sede Rodrigo Facio  
Facultad de Derecho  
Consultorios Jurídicos Ambientales  
Convenio Universidad de Florida/ UCR

*Acceso de los Indígenas Malekus sobre los  
Recursos naturales, participación en el Refugio de  
Vida Silvestre Caño Negro*

Integrantes:  
**Ian Boisvert**  
**Raquel Salazar Bejarano**  
Coordinadora:  
**Ma.Fernanda Esquivel Rodríguez**

S-I  
2004

*“ Human beings are at the centre of concerns  
for sustainable development”  
Rio Declaration. Principle 1.*

## INDICE

OBJETIVO .....	4
INTRODUCCION .....	5
CAPITULO I .....	7
<b>Análisis</b> .....	8
1. DERECHO INTERNACIONAL .....	8
II Convención Ramsar .....	9
III Convenio 169 – OIT .....	15
IV. Convención de Biodiversidad.....	18
V. Declaración de Río.....	21
2. LEGISLACIÓN NACIONAL .....	23
I. DERECHO DE LOS GRUPOS INDÍGENAS A CONSERVAR SU CULTURA...25	
A. Ley Indígena No. 6172 .....	25
B. Ley de biodiversidad No. 7788 .....	25
II. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS GRUPOS INDÍGENAS.....	31
CAPITULO II .....	35
CONCLUSIONES .....	36
RECOMENDACIONES.....	39

## **OBJETIVO**

Realizar un análisis legal objetivo de la normativa internacional, leyes y jurisprudencia nacional que tiene como fin:

1. Situar el derecho de los Malecus en relación con el Refugio de Vida Silvestre Caño Negro, en dos puntos:
  - Participación de los Malecus en el manejo, administración y conservación del Refugio de Vida Silvestre Caño Negro.
  - Analizar el derecho de la comunidad indígena Malecu de acceder y disfrutar racionalmente de los recursos existentes en Caño Negro, con el objetivo conservar sus practicas tradicionales.
2. Iniciar un proceso que busqué hacer efectivos los derechos que le corresponde a los Malecus en relación con el Refugio de Vida Silvestre Caño Negro. Así como incentivar que se de una cohesión entre los diferentes grupos involucrados ( CONAI, ADI, MINAE, comunidad local, etc) para lograr una mejor administración del Refugio.

## INTRODUCCION

El Refugio Nacional de Vida Silvestre de Caño Negro se estableció el 4 de enero de 1984 y se considera una de las zonas vitales para el mantenimiento de la calidad ambiental del Noreste de Costa Rica. Fue declarado como humedal de Importancia Internacional por la Convención Ramsar en 1990.

Este refugio se caracteriza por ser una llanura sedimentaria que comprende las Lagunas de Caño Negro y sus alrededores. Se clasifica como una zona de mal drenaje natural, pantanoso, donde la vegetación es dominada por ciénagas herbáceas, palmas y marillales.

El refugio busca proteger procesos y servicios ambientales como la reglamentación de inundaciones y los caudales de los principales ríos como el Río Frío. La superficie del refugio es aproximadamente de 9.969 hectáreas.

Según el Plan de Manejo del Refugio, el principal objetivo de éste es recuperar y mantener los procesos ecológicos, proteger especies de vida silvestre y promover el desarrollo de las comunidades locales, ubicadas dentro y en los alrededores, como objetivos específicos lo que busca recuperar y fortalecer las relaciones culturales sustentables de las comunidades locales y finalmente, enmarcar el manejo dentro de los procesos internacionales.

El grupo indígena de los Malecus viven afuera de los límites del Refugio de Caño Negro, en su propia Reserva, está incluye tanto personas indígenas como no indígenas. Esta reserva tiene una superficie de 2.743 hectáreas. La ubicación de la reserva es en la provincia de Alajuela, Cantón de Guatuso y San Carlos. En total hay 460 habitantes indígenas que viven en los palenques El Sol, Tonjibe y Margarita. Aunque todo el pueblo habla español setenta por ciento de los Malecus conserva su idioma. Sin embargo la vida comunal ha cambiado y continúa cambiando y adaptándose cada vez a las de costumbres tradicionales diarias hasta actividades más común con la cultura occidental. Por ejemplo, las religiones principales son cristianos, 98 porcentaje Católica y el resto protestantes. También las actividades económicas reflejan éste cambio por el ejemplo que la agricultura y ganadería han crecido mucho.

Algunos Malekus todavía practican algunas actividades tradicionales y quieren conservar su vida nativa. Un ejemplo de éste es el deseo de volver a Caño Negro para realizar la celebración de las tortugas. Históricamente este grupo autóctono habitaba el territorio en el que actualmente se ubica el Refugio. Éste era considerado de vital importancia por constituir un sitio en el que realizaban sus costumbres religiosas, culturales, fuente de alimento y materias primas. Posteriormente, este grupo indígena se trasladó a su actual Reserva.

Sin embargo conservaron la celebración de la Fiesta de la Tortuga, ésta práctica tomaba lugar durante el estación seca cuando se iban a las lagunas al dentro y alrededor de Caño Negro. Ellos viajaban en lanchas de seis u ocho personas para coleccionar tortugas. Regresaban al pueblo en lanchas llenas de tortugas cuales eran comidas durante una celebración hecha por todo el pueblo. Esta celebración tenía importancia espiritual, cultural y social. Actualmente a causa del cambio de su manera de vivir que conlleva a una pérdida de sus tradiciones, sumado a la falta de apoyo por parte de las instituciones que los representan, así como la escasa legislación en materia de acceso a los recursos, ellos no practican esta celebración. Sin embargo la importancia de sus alrededores naturales no ha desaparecido.

**CAPITULO I**  
**ANALISIS LEGAL**

## **Análisis**

En la siguiente presente sección se realizará un análisis de la legislación tanto nacional como internacional aplicable a este caso de estudio, el cual pretende dilucidar si existen las suficientes bases legales y normativas para autorizar a los indígenas Malekus a que tengan acceso a los recursos naturales de Caño Negro para que realicen sus prácticas tradicionales, en orden para que puedan conservar una parte de su cultura. Lo anterior, tomando en cuenta la tutela al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual debe prevalecer en armonía con el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígena, “sin dejar de lado la legislación ambiental que busca garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” para todos los habitantes de este país, así como una uso sostenible de nuestros recursos naturales.

### **1. DERECHO INTERNACIONAL**

Esta sección se concentra en evaluar la legislación internacional. Es importante mencionar que se desarrollara transversalmente y a lo largo de toda ésta sección, la viabilidad y el derecho que tienen los Malecus a una participación activa en la administración y manejo del Refugio de Vida Silvestre de Caño Negro.

Lo anterior debido a que aunque se considera una temática íntimamente relacionada al derecho de conservar su patrimonio cultura, está íntimamente relacionado con esté.

#### **I. Constitución Política**

El siguiente análisis se basa en el artículo 7 de la Constitución Política, ya que éste establece la jerarquía que se debe seguir para aplicar la legislación en nuestro país:



*“[l]os tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.”<sup>1</sup>*

## **II Convención Ramsar**

Como parte signataria Costa Rica se comprometió en 1987 a *“aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional.”<sup>2</sup>*

La Convención de Ramsar es de acatamiento obligatorio para nuestro país, según el artículo 7 de la Constitución Política.

La Tercera Convención de las Partes de Ramsar (COP3) define uso racional como *“uso sostenible para beneficio de la humanidad de manera compatible con el mantenimiento de las propiedades naturales del ecosistema.”<sup>3</sup>* La Convención de Ramsar es una convocación de los partes contratantes para establecer nuevas obligaciones. Realmente las convenciones no tienen la misma fuerza del convenio original. Por lo que se puede afirmar que el manejo que está Convención hace de uso racional es sinónimo de desarrollo sostenible, concepto que ha sido ampliamente desarrollado no solo en múltiples tratados internacionales sino también como principio esencial del derecho internacional ambiental.

En 1999 los Partes de Ramsar se reunieron en San José, Costa Rica para realizar la Séptima Convención. El producto de esta convención fue la Resolución VII.8, la cual explícita y específicamente establece el derecho de las comunidades indígenas locales a acceder los recursos de los Humedales protegidos por Ramsar, siempre y cuando se haga bajo el marco de desarrollo sostenible. (COP 7 Resolución VII.8.I.2.) Reconoce que la participación de

---

<sup>1</sup> Constitución de la Republica de Costa Rica. Título 1, artículo 7.

<sup>2</sup> La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas. 2 de Febrero, 1971, Artículo 3 [en el futuro Convención de Ramsar].

<sup>3</sup> La Séptima Resolución de las Partes Contrantes de la Convención de Ramsar. 18 de Mayo, 1999. Resolución VII.8, Anexo, en el futuro COP 7 Revolución VII.8.

las comunidades locales e indígenas representa una “*contribución sustancial a las prácticas de manejo que fomentan los objetivos de uso racional de Ramsar* .”<sup>4</sup>

- **COP7**

a. COP 7 Resolución VII.8.I.4, establece tres supuestos en los cuales las partes signatarias deberán involucrar a las comunidades locales y pueblos indígenas en el manejo de los humedales. Los cuales son los siguientes:

a.1. El inciso número uno establece: “*el compromiso activo y la colaboración de los interesados directos son esenciales para el manejo/gestión de un humedal (habitado por propiedad privada)*.”<sup>5</sup> Dentro de los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre Caño Negro hay propiedad. Lo que se busca con este supuesto es propiciar la participación de las comunidades locales y pueblos indígenas en la administración del humedal cuando sea esencial. Sin embargo el texto no contiene una interpretación de cual es una participación esencial por lo que se podría interpretar que la comunidad local o los indígenas tienen una participación esencial según este supuesto si viven dentro del Refugio, o por el contrario que es esencial la participación de todo grupo o comunidad que se vea afectado por la creación del Refugio. Siguiendo esta última interpretación se podría decir que, el manejo actual que se hace en Caño Negro no tiene una previsión que permita la participación de los Malekus, y que por lo tanto contraría esta disposición. Sin embargo, este argumento no se recomienda utilizarlo ya que se considera que este caso encuadra mejor en los dos siguientes supuestos.

a.2. El inciso 2 establece el siguiente supuesto “*el acceso a los recursos naturales en el interior del humedal es esencial para la subsistencia, la seguridad y el patrimonio cultural local*.”<sup>6</sup> Es importante recalcar que la manera de vivir y la alimentación de los Malekus ha cambiado. La actividad principal ha dejado de ser la

---

<sup>4</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.2

<sup>5</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.2.a

<sup>6</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.4.b.

caza y pesca para convertirse en agrícola.<sup>7</sup> Su patrimonio cultural sin embargo, depende del mantenimiento de sus actividades culturales, de las cuales la Fiesta de la Tortuga se considera un elemento muy importante.<sup>8</sup> Sin embargo, los términos de seguridad y modo de vida no estén definidos en la Convención, lo que dificulta la aplicación de esta disposición a nuestro caso.

**a.3.** Por último el inciso 3 establece, “*las comunidades locales y pueblos indígenas expresan un fuerte interés en participar en el manejo.*”<sup>9</sup> Existen Malecus que han expresado interés en participar en el manejo del refugio de Caño Negro. Entre ellos podemos citar a Edwin Elizondo; presidente de la Asociación de Desarrollo Indígena, Don Francisco líder reconocido en el palenque y Isidro Acosta Acosta cazador. Este criterio podría ser utilizado como un argumento si se hiciera un estudio o investigación (encuesta) que demuestre la intensidad del interés que tienen los miembros de la comunidad indígena Malecu.

**b.** El artículo 5.1 establece tres situaciones en las cuales, la participación de las comunidades y pueblos indígenas es necesaria o se justifican aún más<sup>10</sup>.

**b.1.** El inciso primero establece “*los interesados directos locales que han gozado históricamente de derechos consuetudinarios legales sobre el humedal...*”<sup>11</sup> Los interesados directos están definidos como “*quienes representan distintos intereses y o aportan contribuciones al manejo de los humedales.*”<sup>12</sup> Históricamente los Malecus tenían derechos consuetudinarios en la utilización de los recursos naturales de Caño Negro. Este hecho es reconocido tanto por MINAE como por la comunidad de Caño Negro<sup>13</sup>, lo cual reitera que los Malecus poseían ciertos derechos consuetudinarios, que se consistían en la caza tortugas e iguanas que se encontraban las lagunas de Caño Negro y sus alrededores. Además de recolección de vegetación.

Los Malecus encuadran en la definición de interesados directos, debido a que poseen un interés de seguir practicando sus actividades tradicionales. Es importante destacar,

---

<sup>7</sup> Conversación Personal con Don Luciano Castro en el 2 de Junio, 2004.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.4.c.

<sup>10</sup> Es la expresión literal que utiliza el texto de la Resolución.

<sup>11</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.5.a.

<sup>12</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.8

<sup>13</sup> Conversación Personal con Fabio XXXXX de MINAE del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Caño Negro en el 11 de Junio, 2004.

que dicho interés no fue tomado en cuenta para el desarrollar el Plan de Manejo, pues en ningún momento se hace mención o se analiza.

**b.2.** El inciso 2 establece si *“los intereses locales se ven fuertemente afectados por la manera en que se gestiona el humedal [...]”*<sup>14</sup> En relación con este articulado se puede comentar que si se llega a dar un permiso a el grupo indígena para volver a cazar tortugas en los humedales este tendría impactos tanto a nivel social, como en la biodiversidad del humedal. Entre los cuales se pueden mencionar, es probable que este permiso puede impactar el zoológico de la tortugas de Caño Negro, que a su vez podría ocasionar un conflicto social entre la comunidad local y el pueblo Malecu, ya que la comunidad local puede ver el permiso para cazar tortugas como un privilegiado, otro posible impacto es que de la celebración de los Malecus en Caño Negro podría limitar el acceso recreativo a las lagunas durante este tiempo. Por lo tanto, los intereses locales se pueden ver fuertemente afectados, consecuentemente con el fin de respetar esta disposición se considera necesario que se debe integrar en la mayor medida posible a la comunidad local de Caño Negro no solo en la toma de la decisiones, sino también posteriormente en el control de esta actividad y en la administración del Refugio en general.

**b.3.** El tercer inciso establece que cuando *“las decisiones que se deben adoptar son complejas o controvertidas (por ejemplo cuando es necesario armonizar valores diferentes o existe desacuerdo sobre la propiedad de la tierra o los recursos naturales...”*<sup>15</sup> Desde el punto de vista del director del refugio de Caño Negro así como los integrantes de la comunidad Malecu, se piensa que la potencialidad del permiso crea una situación muy compleja entre la comunidad local y el pueblo Malecu.

**b.4.** El cuarto inciso establece que *“el régimen de manejo existente no ha permitido un uso racional.”*<sup>16</sup> En cuanto a este argumento no es posible llegar a una conclusión certera ya que existen dos posiciones válidas. Aunque el texto tiene una definición para el uso racional<sup>17</sup> no es posible extraer cuando se cumple o se alcanza el uso racional de los

---

<sup>14</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.5.b.

<sup>15</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.5.c.

<sup>16</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.5.d.

<sup>17</sup> Se define como el uso *“compatible con el mantenimiento de las propiedades naturales del ecosistema.* COP 7 Resolución VII.8.I.2

recursos. Por lo tanto, se puede argumentar, por un lado que en el manejo actual no se ha sido acorde con la idea de uso racional a causa de que no incluye al pueblo Malecu en la gestión, (como está Resolución exige), no se han incorporado los derechos consuetudinarios de los Malecus,<sup>18</sup> y tampoco se ha invitado a los Malecus a participar en la administración de los humedales. El último punto de este argumento es que la administración ha fallado porque las “actuales disposiciones legales del refugio”, no permiten que los Malecus realicen sus derechos consuetudinarios como la celebración de las tortugas. Sin embargo se puede contra-argumentar, desde el punto de vista de la comunidad local, que con que el hecho de que el MINAE permita un uso mixto dentro de los límites del refugio, cumple con el concepto o idea de uso racional. Por lo tanto, también se puede válidamente argumentar que el manejo actual no está violando el concepto de uso racional. Al final el uso que se haga de este artículo va a estar dado según la interpretación subjetiva que el intérprete haga de uso racional. En este argumento resulta también muy importante analizar la idea de manejo/gestión usado por el texto (*la participación de las comunidades locales y pueblos indígenas.*)<sup>19</sup> y si ésta es consistente con la idea de uso racional.

**b.5.** El inciso número 5 establece “*los interesados directos están dispuestos a colaborar y solicitan hacerlo.*”<sup>20</sup> Para satisfacer este criterio no es necesario que *todos* los interesados directos quieran colaborar y requieran hacerlo. Ya que se puede interpretar que si las Partes contratantes hubieran querido establecer que para que fuera necesaria la participación todos los miembros del grupo que se considera interesado directos tenían que manifestar su interés, hubieran incluido la palabra “*todos*” en el texto del inciso. Pero en la forma que está redactado, solo se dirige a los interesados directos en general. Es importante establecer el uso o interpretación que se hace de “*interesados directos*”<sup>21</sup>. Debido a que esto va a definir si este supuesto aplica en nuestro caso. En vista de que en ningún lugar del texto se hace referencia a que deben ser todos los miembros del grupo “*interesado directo*” los que deben manifestar su interés, se puede

---

<sup>18</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.4.a. COP 7 Resolución VII.8.I.5.a.

<sup>19</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.7

<sup>20</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.5.e

<sup>21</sup> Define como “*quienes representan distintos intereses y/o aportan contribuciones al manejo/gestión de un humedal, atribuyéndose especial importancia a los grupos de interés en el seno de las comunidades locales y pueblos indígenas*”

interpretar que con solo que haya algunos miembros de este grupo interesados se puede aplicar el supuesto. Situación que se da en este caso de los Malecus, ya hay varios miembros que expresan su interés para volver a Caño Negro a cazar tortugas, lo cual es suficiente para satisfacer criterio. Por lo tanto este se considera uno de los argumentos más fuertes que puede ser utilizado.

En síntesis, MINAE como órgano estatal competente tiene la obligación ejecutar y velar por el cumplimiento de la Convención de Ramsar y la Resolución VII.8 del COP7, basado en los artículos 11 y 7 de la Constitución Política.

La Convención de Ramsar reconoce específicamente la obligación de las partes contratantes de incorporar a los pueblos indígenas en el manejo/gestión de los humedales incorporados en sus anexos.<sup>22</sup> Con base en esta disposición más la petición de algunos Malecus para que se les de participación en el comanejo del Refugio e interés de reiniciar su celebración de las tortugas, se puede afirmar que aunque hay duda sobre si se da un uso racional en el manejo de Caño Negro, los indígenas Malecus tienen derecho a formar parte de la administración activa del Refugio. Por esas razones se sugiere que la Dirección General de Vida Silvestre, como la agencia encargada de velar por la administración de Caño Negro, debe actualizar el Plan de Manejo, para que cumpla con los criterios de la Resolución VII.8. Específicamente, es importante brindarle a este grupo una participación activa en el manejo del Refugio. En cuanto a la autorización para que los Malecus vuelvan a realizar su celebración de las tortugas, esta debe de estar totalmente supeditada y limitada por el concepto de uso racional o práctica sostenible, lo cual se debe determinar mediante un estudio de impacto ambiental.

---

<sup>22</sup> COP 7 Resolución VII.8.I.3

### **III Convenio 169 – OIT**

El Convenio No. 169 Sobre Los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (Convenio No. 169) fue adoptado por La Asamblea Legislativa bajo la Ley No. 7316.

- a. El preámbulo del Convenio reconoce que los pueblos indígenas han sido sujetos de discriminación, pero al mismo tiempo reconoce:
- El papel que puede jugar el derecho internacional actual para evitar que se siga dando esta situación.
  - La gran contribución que hacen los grupos indígenas en la biodiversidad cultural.
  - El interés de la comunidad internacional de devolver a los pueblos indígenas el derecho fundamental de asumir el control de sus propias instituciones y prácticas culturales<sup>23</sup>. Se conoce como el derecho a la autodeterminación. Ha sido reconocido desde 1976 como un derecho fundamental.<sup>24</sup>

El Convenio 169 establece derechos afirmativos que dan a los Malekus la base de su autodeterminación a usar las tierras que han usado históricamente.

- b. El artículo 7.1 del Convenio No. 169 ( al igual que la Convención de Ramsar) establece:

*“los pueblos indígenas deberán tener el derecho de establecer sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo que afecte sus vidas o las tierras que utilizan de alguna manera, así como de controlar su propio desarrollo cultural y social”<sup>25</sup>*

---

<sup>23</sup> Convenio No. 169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio, 1989, preámbulo, en el futuro Convenio No. 169.

<sup>24</sup> Acuerdo Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Cultural. 3 de enero, 1976.

Acuerdo Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo, 1976. U.N. Doc A/6316 (1996).

<sup>25</sup> Convenio No. 169, artículo 7.1.

El texto lo que desarrolla es el concepto de autodeterminación ya que establece que dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas que puedan afectarles directamente.

Aunque el concepto de desarrollo no está definido en el texto de la OIT, se puede definir como *“una acción que crea algo que afecta el uso de la tierra.”* En este sentido el establecimiento de Caño Negro es una forma de desarrollo porque la creación de este ha provocado un impacto directo en el uso de la tierra dentro y fuera debido de los límites del Refugio. Siguiendo esta idea de desarrollo, el artículo 7.1 establece un derecho afirmativo para los Malekus de participar en el manejo/gestión de los programas de desarrollo que afectan las tierras que utilizan o han utilizado. Con base en lo anterior, es que se afirma que los Malekus deben de tener un papel en el manejo u administración actual y futura del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Caño Negro.

c. La Sección II – Tierras – artículo 3.1. se establece:

*“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera.”*

Este artículo crea la obligación de cualquiera de los países partes, de respetar las tierras utilizadas por los pueblos indígenas que tienen valor cultural y espiritual. Aunque de este artículo no se deriva un argumento con el cual se pueda afirmar que los Malekus pueden regresar a Caño Negro, si crea una base para que se reconozca Caño Negro como tierra importante a los Malekus. Lo que puede contribuir en la construcción del argumento de que los Malekus tienen derecho a que participen en la gestión de Caño Negro.

d. Específicamente artículo 14.1 dice que:

*“en los **casos apropiados**, deberán tomarse medidas para **salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.**”*



El Convenio no define cuales son los “casos apropiados.” Sin embargo la situación de Caño Negro puede ser considerada como un caso apropiado por las siguientes razones:

**1.d.** No hay evidencias de que el gobierno de Costa Rica haya implementado medidas para garantizar a los Malecus acceso a Caño Negro, para realizar sus costumbres tradicionales.

**2.d.** El uso histórico, todavía existe una pequeña minoría de Malecus que creían y creen que las lagunas y aguas de Caño Negro son sitios de algunos dioses.

**3.d.** Otra razón es que los Malecus aunque no ocupan Caño Negro, históricamente si han utilizado estas tierras, ya que tradicionalmente viajaban desde sus palenques hasta las lagunas y acampaban en el recorrido<sup>26</sup>.

Basados en estas razones es que la situación de los Malecus se puede considerar como un caso apropiado. Sin embargo si se considera que el gobierno no esta aplicando el último artículo citado, el artículo 14.2 provee la solución, ya que expresamente manifiesta que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión<sup>27</sup>. Aunque el artículo 14.2 no establece mecanismos específicos para llevar a cabo esta acción, crea explícitamente la obligación del Estado de garantizar a los grupos indígenas la protección efectiva de sus derechos de posesión. Los Malecus han tenido acceso históricamente a las tierras y recursos naturales de Caño Negro, por lo tanto se puede decir que aunque no poseen un derecho de propiedad sobre el Refugio, si ostentan un derecho de posesión y usufructo sobre los recursos de Caño Negro, los cuales según este inciso el Estado está obligado a garantizar.

e. El artículo 15.1 “Protección Especial de Los Recursos Naturales”, establece que

*“los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes **en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”***

---

<sup>26</sup> Conversación Personal, Don Luciano Castro, 2 de junio, 2004

Conversación Personal, Don Lolo (fundador de Caño Negro), 15 de junio, 2004

<sup>27</sup> Convenio No. 169, artículo 14.2.

Se puede argumentar que “sus tierras” significa solamente la tierra dentro de una reserva indígena. Sin embargo el artículo 13.2 dice que el termino “tierras” al que hace mención el artículo 15 “*debe incluir...la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o han utilizado de alguna otra manera.*”

Caño Negro es una área utilizada, manejada y conservada por MINAE y la comunidad local de Caño Negro, y el Plan de Manejo por medio del cual lo administran, no provee la oportunidad a los Malecus para acceder los recursos naturales del refugio con el objetivo de conservar su cultura ni de participación en el manejo de los mismo. Según conversaciones con funcionarios de MINAE y miembros de la comunidad Malecus es un hecho que los Malecus nunca han recibido una invitación a participar en la administración del refugio de Caño Negro.<sup>28</sup>

Los Malecus tienen acceso como cualquier otra persona a pescar en el refugio durante mientras no se encuentre en el periodo de veda. Aunque los Malecus tienen acceso a pescar en los humedales las regulaciones no incorporan sus actividades tradicionales como las que proveen los artículos 14.1 y artículo 15.1, con lo cual se está incumpliendo con estas disposiciones.

#### **IV. Convención de Biodiversidad**

Costa Rica firmó el Convenio el 13 de junio, 1992 y lo ratificó el 26 de agosto, 1994<sup>29</sup>.

- a) El artículo 8: Conservación in-situ, habla específicamente de las obligaciones de las partes contratantes en relación con las costumbres indígenas. Se define conservación in-situ como “*la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el*

---

<sup>28</sup> Conversación Personal, Funcionario de MINAE 9 de julio, 2004. Isidrio Acosta Acosta (Malecu) 8 de julio, 2004.

<sup>29</sup> <http://www.biodiv.org/world/parties.asp?lg=1>.

*mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales.”*<sup>30</sup>

El Refugio de Vida Silvestre aplica a la presente definición, por lo que se le aplica el artículo de la conservación in-situ, debido a que es evidente que conserva los sistemas ecológicos y hábitats naturales.

Por lo anterior, puede aplicarse el artículo 8(j)<sup>31</sup> del cual se pueden puntualizar las siguientes consideraciones:

**a.1** La primera parte del artículo establece “*respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible*”, por lo que, permitir a los indígenas que vuelvan a practicar la celebración de las tortugas complicaría la meta de conservación en Caño Negro, sin embargo, si se sigue un plan de manejo basado en un estudio de impacto ambiental que pruebe que su celebración sea sostenible, se debe permitir la práctica porque ellos tienen derecho a conservar sus prácticas tradicionales. A pesar de lo anterior, también se puede argumentar que el pueblo Malecu ha perdido en gran parte su cultura y su estilo de vida no es tan tradicional como lo era tiempo atrás.

**a.2.** La parte contratante deberá promover aplicaciones más amplias de las prácticas indígenas “*con la aprobación y la participación de quienes posean*” estas prácticas.<sup>32</sup> Igual que los primeros documentos ésta frase le exige a la parte contratante darle a los Malecus participación en la toma de decisiones que les afecten, ya que son un grupo de personas que poseen una cultura particular con ciertas prácticas tradicionales que tienen derecho de conservar, por lo tanto es importante tomarlos en

---

<sup>30</sup> Artículo 2. Convención de Biodiversidad.

<sup>31</sup> El cual exige a las partes contratantes “*con arreglo a su legislación nacional, respetara, preservara y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación mas amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentara que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente*”

<sup>32</sup> Artículo 8(j). Convención de Biodiversidad

cuenta para lograr completamente los objetivos que plantea un desarrollo sostenible. Además éste artículo también hace referencia a que se debe dar una aplicación de la práctica, innovación o conocimiento más amplia.<sup>33</sup> Aunque los Malecus no buscan una ampliación de la celebración o un permiso desprovisto de cualquier tipo de límites o restricciones, sí buscan que se elimine la prohibición total que en estos momentos existe. En el artículo de conservación in-situ, Costa Rica acordó preservar y mantener las prácticas indígenas. La utilización sostenible esta definida como “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de esta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.”<sup>34</sup> Por consiguiente, para que el MINAE esté cumpliendo con el artículo 8 (j) debe permitir a los Malecus a realizar la celebración de tortugas en manera sostenible, aunque ello constituya algo meramente simbólico y readecuado a la actualidad.

**b)** El Artículo 10(c) del mismo Convenio reitera el último punto de artículo 8(j). Éste establece los criterios que se deben observar para que se dé un uso sostenible. Requiere que la parte contratante, en lo posible, proteja y aliente “la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.”<sup>35</sup>

Con base en este artículo MINAE tiene como obligación, proteger y alentar las prácticas culturales. Pero estas obligaciones están limitadas por la utilización sostenible de los componentes de la biodiversidad. Por lo tanto, lo que es necesario es un estudio de impacto ambiental que evidencie que es factible que se de caza de las tortugas sin causar un desequilibrio en el ecosistema. Si la caza no es sostenible ni es compatible con el objetivo de conservación, el MINAE no debe permitir está práctica, sin embargo debe buscar alternativas para que a los grupos indígenas no se les deniegue del todo el derecho de conservar su cultura.

---

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> Artículo 2, Convención de Biodiversidad

<sup>35</sup> Artículo 10(c), Convención de Biodiversidad

## **V. Declaración de Río**

Principio 22 Declaración de Río dice que *“las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y practicas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.”*

Aunque los términos del principio son un poco vagos y débiles, este principio es importante ya que reconoce dos puntos relevantes:

1. Que los pueblos indígenas juegan un papel fundamental en el concepto de desarrollo sostenible y manejo del medio ambiente. Y que reconoce la importancia que tienen sus conocimientos y practicas tradicionales en el mismo.
2. Establece que el Estado debe de reconocer y hacer posible la participación efectiva de las comunidades indígenas en el desarrollo sostenible.

## **Síntesis**

En síntesis cada una de las convenciones anteriormente mencionadas (Convención de Ramsar (incluye la Resolución VII.8), el Convenio 169, la Declaración de Río, y la Convención de la Biodiversidad, contienen cuatro criterios comunes que se pueden aplicar al caso en estudio

- Primero el hecho de que la habilidad de realizar sus actividades es un derecho garantizado por las partes contratantes.
- Segundo, que es necesario que la actividad tradicional siga un uso racional/sostenible.
- El tercer criterio común es que estas actividades tradicionales deben de estar realizadas por medio de un co-manejo entre el gobierno y otros grupos afectados, sea comunidades locales y pueblos indígenas.

- El último es que para autorizar la práctica de actividades tradicionales se debe de hacer un estudio del impacto de los impactos actividad en la comunidad local.

## **2. LEGISLACIÓN NACIONAL**

En esta sección se llevará a cabo un análisis de la legislación nacional y jurisprudencia constitucional que se relaciona con el conflicto que plantea nuestro caso de estudio.

Este análisis se desarrollará principalmente a luz de dos criterios, los cuales son:

- El derecho que tienen los grupos indígenas de conservar su cultura; en el cual se analizará subsidiariamente el choque que existe entre este derecho y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
- El derecho de participación de los grupos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. En nuestro caso el Refugio de Vida Silvestre de Caño Negro y concretamente su participación y toma en cuenta en el Plan de Manejo de Caño Negro.

Es importante destacar que estos derechos han sido desarrollados más que todo en legislación internacional y jurisprudencia constitucional, por lo cual la metodología del análisis va a variar ya que se indicará por separado, la legislación que aplica a cada uno de los criterios arriba mencionados aparte de hacer referencia a la jurisprudencia constitucional pertinente.

Antes de entrar a hacer un análisis más detallado de cualquiera de los criterios se debe empezar por citar la Constitución Política, ya que esta establece el marco base sobre el cual se asienta y desarrolla nuestro estudio.

- **Constitución Política**

Para analizar la situación que plantea nuestro caso de estudio es necesario mencionar los siguientes artículos:

a) **Artículo 7:** Toma verdadera importancia en este caso ya que establece que los convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, “*tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes*”. Por lo que todos los tratados internacionales relativos a la conservación del medio ambiente, son obligatorios y son superiores a la ley. Además, a partir de éste artículo, el 48 de nuestra Constitución Política y el 73 inciso e de la Ley de Jurisdicción Constitucional; la Sala Constitucional ha interpretado que la normativa internacional que verse sobre derechos fundamentales ha de tenerse por incorporada al ordenamiento jurídico con rango constitucional<sup>36</sup>. Por lo anterior, el Convenio 169 OIT, así como otros tratados internacionales, adquieren una jerarquía y aplicación coercitiva, ya que se ha sido reconocido ampliamente por la Sala Constitucional que el derecho de los grupos indígenas de conservar su cultura es un derecho fundamental.<sup>37</sup>

b) **Artículo 50:** este artículo consagra no solamente el derecho que tienen todos los costarricenses a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sino también el deber que tiene el Estado de garantizar, defender y preservar este derecho. La Sala Constitucional ha venido interpretando este artículo con una visión antropocéntrica, ya que establece que el deber del Estado señalado en el artículo 50 de la Constitución Política, contiene el deber de garantizar la conservación de los recursos naturales y la biodiversidad no solo en tanto afecten la salud humana, sino también por el hecho de conservar un ambiente ecológicamente equilibrado para el disfrute de las generaciones presentes y futuras.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6229-1999.

<sup>37</sup> “*Es necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de la población indígena, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado ...*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia: 3003-92.

<sup>38</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1250-99. “*El Estado también tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente, consecuentemente, debe tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación y en general las alteraciones producidas por el hombre que constituyan una lesión al medio. ...*”



En este punto se observa, que en el caso en marras lo que existe es un choque de derechos, ambos de rango constitucional. Esta situación se debe resolver según la Sala Constitucional, evaluando las características propias del caso y buscando un equilibrio entre los dos derechos en pugna.<sup>39</sup>

Teniendo esta situación clara, se procederá a analizar los puntos en cuestión:

## **I. DERECHO DE LOS GRUPOS INDÍGENAS A CONSERVAR SU CULTURA**

### **A. Ley Indígena No. 6172**

Esta Ley fue promulgada en 1977 y viene a reconocer una serie de derechos muy importantes a los indígenas como el derecho a su identidad, a su organización propia, tenencia de tierra y otros derechos fundamentales. Sin embargo es omisa en relación al aspecto del acceso de los recursos naturales fuera de la Reserva Indígena.

En sus artículos 6 y 7 regula el tema del acceso, uso y derecho que tienen los indígenas para utilizar sus tierras y los recursos naturales contenidos en ellas, sin embargo esto tiene competencia únicamente en las Reservas Indígenas.

### **B. Ley de biodiversidad No. 7788**

#### **1) Artículo 58**

---

<sup>39</sup> “En varias oportunidades, la Sala ha reconocido la necesidad de tomar en consideración las características propias de los grupos indígenas que se mantienen en sus propios territorios, a la hora de interpretar y aplicar las distintas normas que conforman el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la resolución No. 1786-93 de las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, establece, entre otras cosas, lo siguiente: "Así, nuestra Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los hombres ..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3886-97

*“...Durante el proceso de cumplimiento de **requisitos** para establecer áreas silvestres protegidas estatales, los **informes técnicos** respectivos **deberán incluir** las recomendaciones y justificaciones pertinentes para determinar la categoría de manejo más apropiada a que el área propuesta debe someterse. En todo caso, el establecimiento de áreas y categorías **tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos** por las **poblaciones indígenas** o campesinas y otras personas físicas o jurídicas, **subyacentes o adyacentes a ella.**”*

Este artículo obliga al MINAE a respetar los derechos consuetudinarios previamente adquiridos por los indígenas que vivan en el área que se va a declarar protegida o que sean adyacentes a ella. Ello, porque el establecimiento y manejo de esta puede afectar directa o indirectamente el estilo de vida o tradiciones de los grupos indígenas. Lo anterior debido a que el Estado está obligado a velar por un desarrollo y uso sostenible de nuestros recursos, y el concepto de desarrollo sostenible tiene como uno de sus componentes la biodiversidad cultural<sup>40</sup>. Adicional a ello, a los grupos indígenas se les ha reconocido el derecho a conservar sus prácticas tradicionales. Si bien, se puede argumentar que esta ley es posterior a la creación del Refugio de Caño Negro, el presente artículo todavía aplica, ya que se refiere no solo a la definición del área protegida, sino también a la categoría de manejo. La cuál aunque ya se definió como mixta, se debe reflejar en los Planes de Manejo, en los cuales se debe de tomar en cuenta los derechos de los grupos indígenas subyacentes o adyacentes a ella, situación que no sucede en este caso.

## **2) Artículo 9**

Se establecen los principios generales para la aplicación de esta ley, entre los cuales es importante mencionar los siguientes:

*“3.- **Respeto a la diversidad cultural.** La diversidad de prácticas culturales y conocimientos asociados a los **elementos de la biodiversidad deben ser respetados y fomentados**, conforme al marco jurídico nacional e internacional, **particularmente en el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y otros grupos culturales.**”*

---

<sup>40</sup> Artículo 10 Convención de Biodiversidad.

4.- *Equidad intra e intergeneracional. El Estado y los particulares velarán porque la utilización de los elementos de la **biodiversidad se utilicen en forma sostenible**, de modo que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de **manera justa para todos los sectores de la sociedad** y para satisfacer las necesidades de las generaciones futuras.”*

En este artículo se nota nuevamente el choque de derechos existentes, pues consagra el derecho de la diversidad cultural al mismo tiempo que el deber del Estado de velar por que se conserve la biodiversidad y se utilice en forma sostenida.

Si bien es cierto, el derecho a conservar las prácticas tradicionales casi no está desarrollado en la legislación nacional, el deber del Estado de conservar la biodiversidad y garantizar que nuestros recursos naturales se utilicen en una manera sostenible, si es una preocupación que se ve reflejada en múltiples cuerpos normativos los cuales se enumeraran a continuación.

### **B.1. a Deber de conservar y garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.**

Se encuentra regulado en los siguientes cuerpos normativos, artículos 60 y 61 de la Ley No. 7788 Ley de Biodiversidad<sup>41</sup>, ambos artículos se relacionan específicamente con las áreas silvestres protegidas. El artículo 60 establece que pueden existir áreas protegidas mixtas, a su vez este artículo reconoce la importancia que tienen estas áreas en la conservación de la biodiversidad y por ello la obligación del MINAE y demás entes

---

<sup>41</sup> Ley de Biodiversidad, artículo 60 “*Las áreas silvestres protegidas, además de las estatales, pueden ser municipales, mixtas o de propiedad privada. Por la gran importancia que tienen para asegurar la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad del país, el Ministerio del Ambiente y Energía y todos los entes públicos, incentivarán su creación, además, vigilarán y ayudarán en su gestión*”

Ley de Biodiversidad, artículo 61 “*El Estado debe poner atención prioritaria a la protección y consolidación de las áreas silvestres protegidas estatales que se encuentran en las Áreas de Conservación. Para estos efectos, el Ministerio de Ambiente y Energía en coordinación con el Ministerio de Hacienda, deberá incluir en los presupuestos de la República, las transferencias respectivas al fideicomiso o los mecanismos financieros de áreas protegidas para asegurar, al menos, el personal y los recursos necesarios que determine el Sistema Nacional de Áreas de Conservación para la operación e integridad de las áreas silvestres protegidas de propiedad estatal y la protección permanente de los parques nacionales, las reservas biológicas y otras áreas silvestres protegidas propiedad del Estado.*”

públicos de “vigilar y ayudar en su conservación”. El artículo 61 regula la protección de las áreas silvestres protegidas, éste explícitamente establece “*El Estado debe poner atención prioritaria a la protección y consolidación de las áreas silvestres protegidas estatales que se encuentran en las Áreas de Conservación*” En el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ambiente<sup>42</sup> se establece que el Estado está obligado a velar por la utilización racional de los recursos a propiciar un desarrollo sostenible.

Estos son algunos entre otros cuerpos normativos que establecen explícitamente el deber del Estado de velar por la conservación y uso racional de nuestros recursos naturales. De la repetición de este deber en múltiple legislación, se denota la gran trascendencia que tiene este derecho para nuestro sistema, así lo ha reconocido la Sala Constitucional al manifestar “... *es un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelado y reinterpretando sus institutos*”<sup>43</sup> ...”

A parte de esto la Sala Constitucional desde 1989 ha venido desarrollando una serie de jurisprudencia en materia ambiental dónde ha tratado de definir el alcance y contenido que engloban este deber, un ejemplo de esto se refleja en la siguiente cita “**garantizar** es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, **defender** es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho y **preservar** es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones”. Basados en la insistencia de la Sala en reiterar la importancia de que el Estado cumpla con este deber, se puede decir que la Sala Constitucional se ha convertido en una especie de garante del cumplimiento por parte del Estado de la legislación ambiental tanto nacional como internacional<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Ley Orgánica del Ambiente, **Artículo 2:** *Los principios que inspiran esta ley son los siguientes:*

C) *El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.*

<sup>43</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 00644-99.

<sup>44</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1250-99 “ ... *Demuestra que se han violentado los artículos 7, 50, 89 de la CP al no cumplirse con la protección establecida en los Convenios*

Lo anterior aplica a nuestro caso, en cuanto queda bien claro que aunque el derecho de los grupos indígenas de conservar sus prácticas tradicionales ha sido ampliamente reconocido, no se puede obviar, el derecho que tienen todos los demás ciudadanos- generaciones presentes y futuras- de conservar un ambiente ecológicamente equilibrado. Por lo que la realización de ésta práctica queda supeditada a que sea acorde con el concepto de desarrollo sostenible o uso racional, o sea que no vaya a causar un impacto severo en la población de tortugas u otras especies involucradas a corto ni a largo plazo. Lo cual debe estar respaldado y comprobado por estudios científicos.

### **B.1.b. Presentación de estudio de impacto ambiental**

En caso de que se reconozca la importancia de permitir a los Malekus volver a practicar sus tradiciones, se debe iniciar un proceso para determinar si esa actividad no va a causar ningún desequilibrio en el ecosistema o medio ambiente de Caño Negro, lo anterior basado en:

- La prohibición que impone el artículo 45 de la Ley Orgánica del Ambiente: *“Se prohíben las actividades orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedad, como ... o cualquier otra alteración que provoque el deterioro y la eliminación de tales ecosistemas”*
- El deber establecido en el artículo 82 de la Ley de Conservación para la Vida Silvestre de que las personas que deseen realizar cualquier actividad o proyecto para explotar los recursos naturales de los refugios de vida silvestre mixtos o privados, cuenten con una autorización emitida por la Dirección de Vida Silvestre correspondiente: *“ Dicha autorización deberá otorgarse con criterios de conservación y de estricta " sostenibilidad " en la protección de los recursos naturales y se analizará mediante la presentación de una evaluación de impacto de la acción por*

---

*Internacionales, desprotegiéndose en esa forma el derecho a un ambiente sano y sobre todo ecológicamente equilibrado, para el cual deben de establecerse mecanismos preventivos para evitar la extinción de las especies, lo que requiere de una actitud cierta y responsable de las autoridades administrativas competentes ...”*

*desarrollar, siguiendo la metodología técnico científica que se aplica al respecto...”*

En el artículo 92 <sup>45</sup>de la ley anteriormente mencionada, se establece que la manera adecuada para respetar la prohibición, cumplir con el deber y determinar la gravedad del daño se debe hacer mediante la presentación de un estudio de impacto ambiental. El cual va a ser requerido a juicio de la Oficina de la Comisión, quien lo solicitará cuando considere que estas actividades o proyectos pueden afectar la biodiversidad, además establece que este estudio se debe realizar de conformidad con el artículo 17 <sup>46</sup>de la Ley Orgánica del Ambiente.

En relación con este punto la Sala Constitucional ha señalado la necesidad de realizar un estudio de impacto ambiental, integrando normativa nacional con principios de derecho internacional como el principio precautorio. Ha dejado claro en múltiples ocasiones que se viola el artículo 7 de la Constitución Política, ya que se está incumpliendo con los convenios internacionales ( Convención de Biodiversidad y Convención de Río) cuando se lleva a cabo una actividad o proyecto sin bases científicas suficientes para acertar si es posible y en qué medias, y que la inconstitucionalidad reside en el hecho de que se contraria el principio pro natura, donde solo la duda del perjuicio que se le pueda causar al equilibrio ecológico es suficiente para protegerlo *“El principio precautorio integra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado ... no es posible que el Estado ejecute o autorice la ejecución de proyectos sobre los cuales existe duda en cuanto al impacto negativo que puedan generar el ambiente. En consecuencia, la omisión de efectuar un estudio de impacto ambiental previo, se traduce en una violación del*

---

<sup>45</sup>Ley de Conservación para la Vida Silvestre, artículo 92” A juicio de la Oficina Técnica de la Comisión, se solicitará la evaluación de impacto ambiental de los proyectos propuestos cuando se considere que pueden afectar la biodiversidad. La evaluación se aprobará de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente”

<sup>46</sup> Ley Orgánica del Ambiente, **Artículo 17** “Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Las leyes y los reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán la evaluación de impacto ambiental”

*artículo 50 constitucional*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 02219-99.

## II. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS GRUPOS INDÍGENAS

El tema de la participación de los grupos indígenas en los proyectos, programas, instituciones que les afecten o les puedan afectar y su participación en el comanejo de las áreas protegidas que utilicen o hayan utilizado, no está explícitamente en ningún texto de nuestra legislación nacional.

Los artículos que hacen alguna referencia al derecho de participación, son los siguientes artículos:

1. Artículo 6 de la Ley Orgánica del Ambiente: en éste artículo se implanta el deber de las instituciones del Estado de fomentar la participación activa y organizada de todos los habitantes de la República que vayan dirigidas a proteger el ambiente.<sup>47</sup>

2. Artículo 58 de la Ley de Biodiversidad: este es un poco más específico y se podría aplicar al caso, ya que se pueden extraer dos puntos importantes:

2. a. La primera parte de éste artículo define que son áreas protegidas pero además establece cual es su objetivo:

*“Han sido declaradas como tales por **representar significado especial** por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su **significado histórico y cultural**. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el*

---

<sup>47</sup> Ley Orgánica del Ambiente, **Artículo 6** “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente.”

*recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general”*

De este texto se puede inferir que la conservación de las prácticas tradicionales de los indígenas también forma parte del propósito de creación de un área protegida, pues la conservación de la diversidad cultural es uno de los elementos que integran el concepto de biodiversidad. Por lo tanto, el elemento cultural es un criterio que forma parte también de la idea de desarrollo sostenible y debe de ser tomado muy en cuenta si se quiere lograr la meta del desarrollo sostenible. Y lo anterior se logra únicamente a través de una participación real de los grupos interesados en el manejo del Refugio, para así poder velar por sus intereses y que les afecte en la menor medida posible la conservación de las prácticas tradicionales.

En el caso en estudio, aunque en el plan de manejo se establece como uno de sus objetivos específicos que se recuperar y fortalecer las relaciones culturales sustentables de las comunidades locales y finalmente, enmarcar el manejo dentro de los procesos internacionales, ello no se está cumpliendo, ya que aunque reconoce que el grupo Malecu es una comunidad afectada, no se le toma en cuenta en ningún momento en la administración del Refugio o alguna otra medida.

**2.b.** La segunda parte del artículo establece:

*“ ... En todo caso, el establecimiento de áreas y categorías tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas o campesinas y otras personas físicas o jurídicas, subyacentes o adyacentes a ella.”*

De este se podría interpretar que al reconocer que se debe tomar en cuenta los derechos previamente adquiridos de los grupos indígenas, inclusive los que se encuentren subyacentes o adyacentes al área protegida para determinar la categoría de manejo es esencial, la única manera de hacer valer está disposición es darles



participación a estos grupos no solamente en la definición de la categoría de manejo sino en el manejo o administración misma. Lo anterior debido a que con el establecimiento de esta área se les están afectando derechos previamente adquiridos y si no se les da participación en la definición y manejo es igual a que no se estén tomando en cuenta sus derechos y por lo tanto se está violando el artículo.

Sin embargo también se podría argumentar que este artículo no aplica a nuestro caso ya que es posterior a la creación del Refugio de Vida Silvestre Caño Negro.

Se considera que esta discusión no es relevante, debido a que la aplicación de este artículo no hace falta, pues la normativa internacional y la jurisprudencia constitucional han llenado ese vacío. La Sala Constitucional integrando el derecho internacional, especialmente el Convenio 169 OIT en reiteradas ocasiones ha reconocido este derecho y lo ha hecho valer.<sup>48</sup>

Por lo tanto, es un hecho que los indígenas Malekus tienen el derecho de participar en la administración de Caño Negro, en cuanto este relacionado con la conservación de su cultura o prácticas tradicionales.

---

<sup>48</sup> *“El Convenio 169 de la OIT plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendientes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales a los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de la situación deprimida ... Que es necesario reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que están sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social;*

*b) Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones.*



## **CAPITULO II**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## CONCLUSIONES

- Del siguiente análisis, se puede afirmar que los indígenas Malecus tienen el derecho al acceso y uso de los recursos naturales en el Refugio Nacional de Vida Silvestre de Caño Negro, basándonos en el artículo 7 de la Constitución política, y demás normativa internacional que les otorgan ese derecho. Lo anterior siempre y cuando también se respete el artículo 50 de la Constitución Política y la demás normativa internacional que respalda el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el deber del Estado por velar porque se de un uso sostenible de los recursos.

Por lo tanto la restricción de utilización de recursos en las áreas protegidas cede, en tanto esta práctica responda únicamente al derecho e interés de los Malecus de conservar su cultura y sea razonable con el ambiente.

- Aunque con una visita de campo de unas pocas horas, se puede fácilmente notar que los indígenas Malecus no viven de acuerdo a patrones de vida tan apegados a sus tradiciones, como lo hacían antes; y que han perdido gran parte su cultura, especialmente las generaciones jóvenes, no se debe menospreciar la preocupación del grupo interesado en rescatar sus tradiciones, ni se puede coartar su iniciativa por hacerlo. A los Malecus como grupo indígena se les ha reconocido ampliamente ese derecho. Por lo tanto el MINAE debe cooperar en la medida que le sea posible con el grupo Malecu para tratar de rescatar sus tradiciones, sin embargo también debe tomar las medidas pertinentes para que con el no se cause un daño severo al ecosistema de Caño Negro.
- Es evidente que existe legislación tanto a nivel nacional como internacional que otorga a los indígenas el derecho de conservar sus prácticas tradicionales, queda también totalmente claro que estas prácticas están supeditadas a un uso sostenible. Por lo tanto es necesario determinar si es un uso racional y consistente con el concepto de desarrollo

sostenible mediante un estudio de impacto ambiental que demuestre que está práctica no van a causar un impacto severo en el ambiente.

- La Dirección de Vida Silvestre debe tener en cuenta que según legislación se debe hacer todo lo posible para promover y ayudar a los grupos indígenas por conservar sus prácticas tradicionales. Por lo tanto, en relación con los Malecus debe saber que es totalmente factible imponer limitaciones o restricciones a la realización de la práctica con el fin de adaptarlos mejor al uso sostenible. Por ejemplo tomar en consideración los periodos de veda, el número de personas que pueden asistir a la cacería, el número de veces al año que pueden realizarla, el número de tortugas que pueden extraer, lo anterior sin desnaturalizar la tradición.
- Con la realización de este trabajo se concluye que en estos momentos es necesario y urgente darle a los Malecus participación en el manejo de Caño Negro, no solo porque existe basta legislación que lo establece y exige, sino también para el beneficio de ambas comunidades y para lograr un desarrollo más integral.
- El comanejo puede traer muchas ventajas para ambos y de esta forma se puede cumplir mejor con el fin integral de la idea de desarrollo sostenible.
- En la medida en que se les da a los Malecus una participación real en el manejo y toma de decisiones de Caño Negro se esta avanzando en el cumplimiento y aplicación de muchos de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, tales como el derecho a participar en la toma de decisiones que los afecte, del derecho la autodeterminación, derecho de decidir sus prioridades y su modo de desarrollo.
- Se considera que está es una materia muy sensible y una decisión complicada porque en la medida que cambia la dinámica u orden social establecido en Caño Negro puede traer muchas repercusiones sociales. Éstas deben ser previamente evaluadas y se debe tomar las medidas adecuadas para mitigarlas, con el fin de prevenir que se de un conflicto mayor entre los diferentes grupos involucrados.

- El proceso de la toma de la decisión, tanto del comanejo como de la autorización para la caza de tortugas debe ser muy participativo y abierto. Se deben propiciar foros y espacios de discusión.
- Para que se de una participación real de los indígenas en la administración del Refugio se debe empezar por preguntar a los Malecus su opinión, intereses y necesidades, para así poder determinar que tipo de participación van a tener y el modo de implantación.

## **RECOMENDACIONES**

Las siguientes recomendaciones siguen los criterios sintetizados. Antes de otorgar cualquiera permiso es necesario que haya una investigación técnica y científica para establecer y concluir cuales pueden ser los posibles impactos ambientales de la caza de las tortugas. Esta investigación tiene que establecer que los efectos derivados de esta practica contradigan el espíritu del artículo 50 de la Magna Carta. La investigación tiene que determinar el número de tortugas (porcentaje por población) que los Malecus puedan cazar sin que ellos pongan en peligro la población de las mismas.

El cuerpo científico debe de incluir en su investigación inter alia las presiones humanas a Caño Negro (incluir el crecimiento de las presiones humanas), cómo va a entrecruzar la caza de las tortugas con el criadero local de las tortugas, el impacto de las herramientas y manera de cazar y la necesidad de los Malecus por la consideración que esta celebración es un acto de su tradición y que no se busque en ningún momento un fin comercial. Estas recomendaciones no son todas ni exhaustivas pero ellas representan algunos criterios para incluir en la investigación.

Los interesados directos, junto con MINAE, deben de crear un grupo para el co-manejo. Es necesario que este comité trabaje sobre el entendimiento de que los Malecus tiene un derecho fundamental concedido por la Constitución Política y la legislación internacional, de participar en la en el manejo de Caño Negro y de realizar sus prácticas tradicionales mientras estas se encuentren en el marco del desarrollo sostenible y sean acordes con un uso racional. Este comité debe de crear un Plan de Manejo focalizado en la realización de las actividades tradicionales y es necesario que este plan responda a los datos arrojados por la investigación científica.

Es importante que el grupo establezca un proceso sin sesgo, mejor dicho, objetivo y justo para resolver los conflictos que podrían surgir, originados por la tensión y diferencias sociales que existen entre la comunidad local y pueblo indígena. También el comité de co-manejo debe de delinear la manera, el tiempo y lugar apropiado en el cual los Malecus puedan realizar sus actividades tradicionales. Tomando en cuenta las necesidades culturales, espirituales y

tradicionales de los indígenas, pero sin dejar de lado el uso racional. En resumen, es necesario que el comité reglamente las actividades Malekus a partir de las recomendaciones de la investigación científica.





