**Capítulo 4**

**Casos Prácticos**

**FLUJO GRAMA DEL CASO INDÍGENA**

Presentamos a continuación **un análisis de casos** resueltos por el Poder Judicial, mediante una sencilla **secuencia o pasos** que permitan alertar a quien tiene ante sí *un proceso, una denuncia, una consulta, o una asesoría jurídica*, las consideraciones jurídicas básicas necesarias, cuando al menos una de las partes **ES INDÍGENA**, a fin de aplicar la normativa específica vinculante.

Identificaremos así: personas usuarias, legislación aplicable, jurisprudencia pertinente y resolución final de los mismos, con la intención de quienes utilicen este Manual y se encuentren con casos que involucran habitantes indígenas, **encuentren una orientación práctica, doctrinal y jurisprudencial, que garanticen una atención especializada** de los mismos.

Para ello seguiremos 3 simples pasos:

 RESULTADO

Una atención especializada a los pueblos indígenas, permite el desarrollo de acciones institucionales que impactan positivamente la calidad de vida de los pueblos indígenas, las cuales denominamos buenas prácticas institucionales, que son ejemplos a emular y que pueden y deben ser desarrolladas por quienes son parte en un proceso, consulta, asesoría, causa o denuncia donde una de las partes es al menos, una persona indígena.

Algunas de estas buenas prácticas, fueron presentadas en el capítulo anterior para su consideración, con el fin de promover y generar mayores esfuerzos para su generación a la luz de los siguientes casos concretos.

1. **CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN**
2. **DISPOSICIONES JURÍDICAS APLICABLES**
3. **HERRAMIENTAS DE ESPECIFICIDAD AL CASO CONCRETO**

**CASO 1**

**Res:**2010-01102. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las catorce horas y cero minutos del quince de octubre del dos mil diez. Delito de **Homicidio Calificado en estado de Tentativa**. Mediante sentencia N° **132-2010,**dictada a las trece horas treinta minutos del veintiuno de abril del dos mil diez, el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón, resolvió: **“POR TANTO: […]** se acuerda por unanimidad: Declarar a **V.**autor responsable de Un delito de **HOMICIDIO CALIFICADO en estado de Tentativa** en daño de **C.A.M.Ch (menor de edad)**, imponiéndosele como sanción el cuantum de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN**. 2**.** Contra el anterior pronunciamiento, las licenciadas Ariana Céspedes López y Loyda Douglas Blandell en su condición de Fiscal de Asuntos Indígenas y defensora pública del encartado, interpusieron recurso de casación.

Alegatos de la Defensa Pública considerados de recibo por Casación[[1]](#footnote-1):

1. Violación al **Debido Proceso y al Derecho de Defensa** por inobservancia del principio de **Accesibilidad a la Justicia** contenido en las REGLAS DE BRASILIA.

El Ministerio Público faltó al deber de objetividad al preocuparse únicamente de trasladar los testigos de cargo por medio de un helicóptero de Seguridad Pública, y no así los de descargo. A su vez, el tribunal de juicio tampoco colaboró con el traslado, negándose a solicitar la ayuda al Ministerio de Seguridad Pública, alegando intromisión de un poder de la República en otro. Sin embargo, el OIJ detuvo al imputado utilizando también una aeronave de dicho ministerio, comprobándose que la única forma de traer a los testigos, era utilizando el medio aéreo antes dicho. Pese al criterio del Tribunal, ni para la actuación del OIJ ni del Ministerio Público, se alegó intromisión alguna.

En criterio de la defensa el padre accionó un arma en forma accidental cuando salió a cazar o montear con su hijo menor de edad, sin embargo, como el padre tenía una condena anterior por un delito contra la vida, se utilizó este argumento para sacarlo del lugar.

1. Afectación al mismo **principio de acceso a la justicia**, por inobservancia de las reglas de pertinencia cultural del acusado, vulnerándose el art. 339 del Código Procesal Penal y las REGLAS DE BRASILIA, porque el Tribunal de Juicio de Limón, **no realizó el debate en el lugar donde ocurrieron los hechos** dejando de lado que **todas las partes involucradas son personas indígenas** y así conocer los **usos y costumbres** del lugar.

La Sala III consideró que:

1. El imputado indígena de Alto Telire, Talamanca, tiene como idioma de comunicación normal el cabécar, y en el acto en que **rinde su declaración indagatoria**, NO CONTÓ CON INTÉRPRETE acorde con el art. 130 y 131 del Código Procesal Penal, sin que fuera advertido ni por la defensa pública que atendió el acto, ni por el Ministerio Público, quebrantando el principio de accesibilidad a la justicia, contemplado tanto en la legislación interna como en las Reglas de Brasilia, para garantizar los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad social o cultural.
2. Los juzgadores tiene el **deber de objetividad** y por lo tanto como parte de sus funciones a preservar el **principio de igualdad procesal** y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten, a fin de averiguar la vedad mediante la prueba permitida, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación. Sin embargo, ni el Tribunal de Juicio ni el Ministerio Público cumplieron con sus deberes de objetividad e igualdad procesal, al encontrarse la defensa del justiciable, con dificultades para el acceso a la prueba y a los testigos de descargo. El departamento de la defensa pública, cuenta con escasez de recursos materiales para solventar situaciones especiales como estas. Las citaciones no pudieron ser entregadas, según indicó el oficial de localización asignado, ya que para ingresar a Alto Bleik **se duran 3 días de camino solo de ida**, o subiendo en helicóptero como la otra opción. Es deber del tribunal asegurar la comparecencia de testigos que residan en lugares lejanos a la oficina judicial y carezcan de medios económicos para trasladarse.
3. Estas actuaciones eluden la responsabilidad del país en las obligaciones contraídas en **convenios internacionales** representado por el Poder Judicial, dentro de los que se encuentran las REGLAS DE BRASILIA (Reglas 1, 9, 24 y 42).
4. La Sala considera que los argumentos del Tribunal de Juicio obedecen a una **interpretación errónea de los juzgadores** respecto al cumplimiento constitucional y legal de sus funciones. El Tribunal es el llamado a citar testigos, peritos, solicitar objetos y documentos, y disponer las medidas necesarias para organizar y desarrollar el juicio público, sin perjuicio que las partes, y el Ministerio Público, coadyuven. Por ello es el Tribunal quien debió interponer sus buenos oficios para lograr la coordinación necesaria en cumplimiento de los mandatos constitucionales y disposiciones internacionales de acatamiento obligatorio para el país.
5. Sobre la **no realización del juicio en la comunidad indígena**, la Sala señala que precisamente los problemas existentes en el caso para el traslado de las partes, víctimas y testigos, es por la lejanía de la comunidad en la que habitan y las **condiciones socio-económicas** en que se encuentran, por ello los ubica como un **grupo social de absoluta vulnerabilidad**, según la normativa internacional señalada, y siendo la finalidad de la audiencia oral y pública, la averiguación de la vedad y el equilibrio procesal de las partes para un efectivo acceso a la justicia, el nuevo debate debe llevarse a cabo en la comunidad de pertenencia de las partes, donde se cometió el hecho acusado, debiendo el Tribunal efectuar la coordinación necesaria con las autoridades correspondientes para su realización con todas las garantía que la ley otorga, resguardando el orden pública y la seguridad de todos los participantes.
6. De igual manera y con la debida antelación se asegure la intervención de los intérpretes que se requieran en la lengua propia, tanto del imputado, como del menor ofendido y los testigos que deban deponer en la audiencia (bribri y cabécar indistintamente).
7. **Se anula la sentencia dictada** que condenó al imputado como autor del delito de tentativa de homicidio calificado donde se impuso a una pena de diez años de prisión, así como la condena civil del acusado. Se orden el reenvío de la causa a su oficina de origen a efecto de que otro Tribunal con diferente integración, proceda a sustanciar un nuevo juicio.

**ANALISIS DEL CASO**

Este caso nos permite ejemplificar las consideraciones y pasos mínimos (flujo grama del caso) que debemos tomar en cuenta cuando en un proceso o disputa legal, una de las partes (al menos) es INDÍGENA.

1. **CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN**
* **A. AUTOIDENTIFICACIÓN**

**Lo primero que debemos hacer es identificar si es un caso indígena porque alguna de las partes lo sea**. Precisamente la identificación de LO INDÍGENA, puede manifestarse de diversas maneras, algunas de ellas son: **porque** l**a (s) persona (s) se auto identifica como indígena; porque no habla en español o indica que su idioma materno no es el castellano sino un idioma indígena; porque señala que vive en una comunidad indígena (territorio indígena); porque en su comunidad se resuelven las disputas de forma diferente acorde con sus tradiciones milenarias; o porque utilizan el traje tradicional si es el caso de las mujeres ngöbe y buglé, entre otras.**

Generalmente los casos se tramitan todos igual, como uno más, y precisamente esto es lo que debemos evitar. NO SE TRATA DE UNA GENERALIDAD, sino por el contrario, de una ESPECIFICIDAD que debe ser visibilizada en el proceso, a fin de brindar la protección específica que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce como PUEBLOS INDÍGENAS; sujeto del derecho internacional con características históricas específicas. Su invisibilización provoca un trato discriminatorio, al ser una parte procesal que requiere equiparar condiciones para que pueda ser tratado en medios de igualdad.

Para comprender de manera integral LO INDIGENA, por favor lea la definición de **pueblos indígenas** en la sección de **Referente Conceptual**.

* B. MAPA

En segundo lugar el imputado (indica el Tribunal) es **indígena de Alto Telire de Talamanca**. En este caso, no se pone en duda si es indígena, sin embargo, la ayuda de un mapa y la verificación de las condiciones de acceso al lugar de los hechos, podrían haber sido claves para la comprensión del **entorno cultural**, básicamente la necesidad de atender en forma específica el asunto: es decir, lejanía, idioma e inaccesibilidad de la comunidad.

Por favor verifique en el mapa de **pueblos indígenas de Costa Rica el territorio de Talamanca**

Asimismo, una búsqueda rápida en los indicadores del INEC del X Censo Nacional y de Vivienda 2011, permitiría comprender los dos idiomas que se hablan en este territorio (bribri y cabécar), y la lejanía, acceso y condiciones de vida de la comunidad de procedencia de las partes.

Por favor verifique en los indicadores del INEC **pueblos indígenas en Costa Rica y la comunidad de Alto Telire (p.25 en adelante del documento).**

En este mismo sentido, obsérvese en esta misma fuente de consulta (INEC), que Alto Telire es un pueblo indígena de la cultura bribri y que por ende la comprensión no solo de lo que verbalmente se pueda decir, sino de los tecnicismos legales de un proceso judicial, implican la necesidad de un **intérprete, es decir, de una persona que comprenda el idioma español y el idioma indígena (bribri) a fin de informar a las partes todos y cadaq uno de los actos del proceso, su implicación y consecuencias jurídicas**. Sin embargo, el intérprete no fue solicitado por ninguna parte del proceso.

Llamamos la atención en este punto que puede resultar uno de los más polémicos, ya que si bien es cierto, muchas personas indígenas hablan y comprenden el idioma español, el tecnicismo de un proceso legal, sobre todo como el presente caso en materia penal, hace realmente difícil la comprensión de lo que se puede discutir en el mismo. Por ello, la defensa pública ha optado como política rectora, que como principio se solicite siempre intérprete para los pueblos indígenas, haciendo la advertencia y salvedad para aquellas culturas que no hablen ya ningún idioma. Sin embargo, y no siendo este el caso del territorio indígena de Talamanca, se cometió una omisión por parte de los operadores jurídicos que posteriormente implicó la nulidad de los actos procesales que debieron ser subsanados.

Adicionalmente es conveniente tener en consideración, que los mismos pueblos indígenas han señalado al Poder Judicial en distintos foros, talleres y visitas en situ a las comunidades indígenas, que muchas de los términos que se emplean en español, no se encuentran en el idioma indígena, por ejemplo la palabra DERECHO, entonces lo que se hace es interpretar lo que es para la cultura occidental esta palabra y buscar un referente en la cultura indígena que pueda evocar la idea de tal concepto. Así, en bribri y cabécar se ha optado por usar la palabra VALORES[[2]](#footnote-2).

Lo anterior es un simple ejemplo que merece una profunda reflexión sobre la necesidad de interpretación a idiomas indígenas, gracias a lo cual hoy se cuenta con una lista oficial de intérpretes.

Esta omisión en el caso en estudio, provocó **la violación al debido proceso** y por ende fue parte considerativa fundamental para anular lo que se había actuado.

* C. CULTURA

 Para una comprensión integral por favor leer **CULTURA** y **COSMOVISIÓN INDÍGENA** en el Referente Conceptual.

Este componente de identidad resulta ser uno de los más ricos y complejos que deben informar al proceso judicial de los elementos esenciales para comprender ese mundo indígena que les es extraño, desconocido, quizás incluso incomprensible a la mayor parte de los operadores jurídicos, en el cual intervienen y resuelven sobre aspectos medulares de la vida de la comunidad.

Precisamente, aspectos como el hecho *de durar 3 días a pie para llegar a la comunidad*, son elementos que deben ser tomados en cuenta, incluso para visualizar en forma más integral, la relación de las partes y su forma de vida, así como su relación o no con la cultura no indígena.

En este sentido, los idiomas, las creencias, su forma de ser, de pensar, de concebir al mundo, de comportarse, de relaciones de parentesco, etc. forman parte del acervo cultural que debe ser respetado y traído al proceso de diversas maneras según veremos a continuación.

Adelantamos que el peritaje cultura es la herramienta jurídica más efectiva para lograr un puente para el entendimiento de dos culturas distintas. Ello lo veremos seguidamente

 Por ello, la realización del juicio fuera de su comunidad, es uno de los elementos centrales que devienen en la nulidad del proceso, por inequidad de oportunidades para las partes.

1. **DISPOSICIONES JURÍDICAS APLICABLES**

Tratándose de casos que involucran a miembros de pueblos indígenas, la **normativa específica aplicable** es la que se señala jerárquicamente a continuación:

1. Convenio 169 de la OIT **Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes**
2. **Declaración de Naciones Unidas** sobre los derechos de los pueblos indígenas.
3. **Las Reglas de Brasilia**
* Jurisprudencia internacional sobre la materia y jurisprudencia nacional cuando desarrolle los principios rectores del derecho internacional que incorporan esta normativa internacional al bloque de constitucionalidad interno del país.
1. Constitución Política, leyes, reglamentos, directrices, reglas y otros (nacionales). Destacamos ***las Reglas Prácticas para facilitar el acceso de las poblaciones indígenas*** por parte del Poder Judicial y las ***Circulares de la Fiscalía de Asuntos Indígenas y la Defensa Pública sobre el tema.***
* Jurisprudencia Nacional

 Para acceder a los textos y normas indicados, por favor ubicarlos en su versión digital en la parte final de este Manual: **Normas Internacionales y disposiciones específicas nacionales.**

Obsérvese que uno de los principales alegatos iniciales de la Sala es que ante la **declaración indagatoria**, *no se contó con intérprete […]; ni el Tribunal de Juicio ni el Ministerio Público cumplieron con sus deberes de objetividad e igualdad procesal, al encontrarse la defensa del justiciable, con dificultades para el acceso a la prueba y a los testigos de descargo****. Estas actuaciones eluden la responsabilidad del país en las obligaciones contraídas en convenios internacionales representados por el Poder Judicial, dentro de los que se encuentran las REGLAS DE BRASILIA (Reglas 1, 9, 24 y 42)[[3]](#footnote-3).***

Y añade***:*** *Sobre la* ***no realización del juicio en la comunidad indígena****, la Sala señala que precisamente los problemas existentes en el caso para el traslado de las partes, víctimas y testigos, es por la lejanía de la comunidad en la que habitan y las* ***condiciones socio-económicas*** *en que se encuentran, por ello los ubica como un* ***grupo social de absoluta vulnerabilidad****, según la normativa internacional señalada, y siendo la finalidad de la audiencia oral y pública, la averiguación de la vedad y el equilibrio procesal de las partes para un efectivo acceso a la justicia, el nuevo debate debe llevarse a cabo en la comunidad de pertenencia de las partes, donde se cometió el hecho acusado, debiendo el Tribunal efectuar la coordinación necesaria con las autoridades correspondientes para su realización con todas las garantía que la ley otorga, resguardando el orden pública y la seguridad de todos los participantes.*

Así resulta vital destacar la implicación que tiene entonces para los Estados la ratificación de los tratados y convenios internacionales, y algunas pautas para la exigibilidad de su cumplimento. Por ello la referencia indispensable tiene que ver con la **Buena Fe** en el cumplimiento de los mismos, que es la base del sistema internacional de justicia, del que este principio forma parte.

Precisamente, el derecho internacional de los derechos humanos es una de las ramas del derecho internacional público de mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial. La base del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y de los Estados Americanos, radica en que los **Estados convinieron en aceptar soberanamente que a pesar de existir un ordenamiento jurídico interno, se sometían a un ordenamiento jurídico superior (internacional) que pudiera controlar los posibles actos de agresión entre los Estados y de los Estados para con sus ciudadanos**.[[4]](#footnote-4)

Es así como se ha establecido que “En el Derecho Internacional Público, desde el momento en que un Estado asume obligaciones internacionales de cualquier naturaleza, debe cumplirlas de buena fe. Ese principio de buena fe se conoce como principio ***pacta sunt Servanda*** y está claramente definido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la siguiente manera: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. [[5]](#footnote-5) Además hay una norma más clara que antepone la preeminencia de los estándares internacionales por encima del derecho interno: el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dicta: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado […] También hay que tener en consideración que si hablamos de tratados de derechos humanos, la norma a aplicar en un caso determinado, será la que más favorezca a la persona humana, independientemente de donde sea tomada. Entonces la discusión sobre la jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no tiene razón de ser en materia de derechos humanos porque el principio a aplicar es el “pro homine”, como se analizó anteriormente.[[6]](#footnote-6)

Es por ello, que esta propuesta metodológica del flujo grama aplica en primer término aquella normativa internacional sobre el tema, que se **IDENTIFICA COMO ESPECIFICIDAD (INDIGENA). Y a partir de la norma internacional, que al ser ratificada por el Estado se incorpora al bloque de constitucionalidad como parte de la normativa interna, la jurisprudencia internacional así como las leyes internas y resoluciones jurisprudenciales nacionales.**

**Este punto es fundamental para invertir la tendencia latinoamericana de la “lógica jurídica” que en la resolución de los casos, la referencia es únicamente a referentes nacionales, lo cual trae posteriormente reclamos internacionales de responsabilidad estatal.**

Según hemos visto en el **Referente Conceptual** y capítulos anteriores, las definiciones y aplicación de pueblo indígenas y sus distintas manifestaciones, tanto en el Convenio como la Declaración indicadas.

A continuación indicamos las siguientes disposiciones jurídicas vinculantes que deben informar el proceso penal en estudio, incluyendo las Reglas de Brasilia que según hemos visto fueron invocadas por la Defensa Pública en el recurso. Para ver los textos completos por favor ubicarlos en su versión digital en la parte final de este Manual: **Normas Internacionales y disposiciones específicas nacionales.**

**TABLA COMPARATIVA RESUMEN**

**Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas**

**Administración de Justicia**

|  |  |
| --- | --- |
| **Convenio 169 de la OIT** | **Declaración de las NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** |
| **Respeto al Derecho Indígena**“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. (Artículo 8.1) | **Servicios de interpretación** “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administra vas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.” (Artículo 13.2) |
| **Límites al reconocimiento del derecho indígena, mecanismos de coordinación**“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” (Artículo 8.2)  | **Sistema jurídico indígena**“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” (Artículo 34) |
| **Métodos de represión del delito**“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos come dos por sus miembros.” (Artículo 9.1) | **Solución de controversias, recursos efectivos y respeto de su cosmovisión de los pueblos indígenas en la administración de justicia** “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.”(Artículo 40) |
| **Peritaje cultural** “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” (Artículo 9.2) | **Otras situaciones**“Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. “ (Artículo 11.2)“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertenecientes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbre y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación sus tierras, territorios y recursos, comprendiendo aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.” (Artículo 27). |
| **Imposición de sanciones penales** “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.” (Artículo 10.1) |  |
| **Preferencia a sanciones diferentes del encarcelamiento** “Deberá darse la preferencia a pos de sanción distintos del encarcelamiento.” (Artículo 10.2) |  |
| **Derecho a recursos eficaces**“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.” (Artículo 12) |  |
| **Acceso a la justicia en el propio idioma**“Deberán tomarse las medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si considerare necesario, intérpretes u otros medios eficaces.” (Artículo 33) |  |

**TABLA TEMATICA RESUMEN SOBRE**

**LAS REGLAS DE BRASILIA Y PUEBLOS INDÍGENAS**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Tema (\*)[[7]](#footnote-7)** | **Regla** | **Contenido** |
| *Actuaciones interdisciplinarias* | 41 | ***Medidas de organización y gestión judicial*****Actuación interdisciplinaria**. Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad. |
| *Asistencia psicológica, trabajo social, traductores, e intérpretes.* | 64 | ***Asistencia*** **Previa a la celebración del acto**. Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial. |
| *Catálogo de instrumentos internacionales*  | 97 | ***Manuales de buenas prácticas sectoriales***Asimismo se elaborará un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente. |
| *Comprensión de las actuaciones judiciales (significado y alcances)* | 58 | ***Compresión de las actuaciones judiciales***.Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado. |
| *Coordinación intrainstitucional e interinstitucional* | 39 | ***Medidas de organización y gestión judicial*****Coordinación**. Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia. |
| *Cultura Jurídica (zonas rurales)* | 26 y 27 | ***Cultura Jurídica***(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades. |
| *Defensa pública (asistencia legal)* | 28 y 29 | ***Asistencia legal y defensa pública. Promoción de la asistencia técnico – jurídica de las personas en condiciones de vulnerabilidad.***(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: * En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
* En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
* Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la po- lítica pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados… Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo. |
| *Especialización de profesionales* | 40 | ***Medidas de organización y gestión judicial*****Especialización.**  Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.  |
| *Interpretación* | 32 | ***Derecho a intérprete***. Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.  |
| *Lugar de comparecencia.* | 66 | **Lugar de la comparecencia.** (66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.  |
| *Manuales de buenas prácticas* | 96 | ***Manuales de buenas prácticas sectoriales***. Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo. |
| *Notificaciones y requerimiento.* | 59 | ***Notificaciones y requerimientos.*** En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias. |
| *Preferencia para realización de actos judiciales* | 68 | ***Tiempo de la comparecencia*.** Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.  |
| *Prioridad y agilidad* | 38 | ***Medidas de organización y gestión judicial*.** Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales. (38) ***Agilidad y prioridad*.**  Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia. |
| *Proximidad (móvil)* | 42 | ***Proximidad.***  Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. |
| *Referentes emocionales en comparecencias* | 65 | ***Durante el acto judicial*.** Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad. |
| *Resolución propia de conflictos (peritajes culturales)* | 48 y 49 | ***Sistemas de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas***.(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma. |
| *Respeto a la dignidad, costumbres y tradiciones de pueblos indígenas en los actos judiciales.* | 79 | ***Integrantes de las comunidades indígenas.*** En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país. |

1. **HERRAMIENTAS DE ESPECIFICIDAD AL CASO CONCRETO**

**DISPOSICIONES DE ESPECIDAD INTERNAS**

**Con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en los convenios internacionales, se aprobaron 12 reglas prácticas para los operadores jurídicos, a fin de garantizar que los pueblos indígenas pudieran acceder a la administración de justicia (estatal).**

Por favor verifique en el capítulo anterior las Reglas Prácticas para Facilitar el Acceso a la Justicia de las Poblaciones Indígenas.

Para efectos prácticos, indicamos las pertinentes según el caso en estudio, así:

* *Las Autoridades Judiciales promoverán la realización de* ***diligencia “in situ”,*** *en aquellos lugares donde existan territorios indígenas.*
* *Dentro de cada presupuesto de los distintos programas se contemplará un rubro para brindar* ***ayuda económica*** *a las personas usuarias indígenas que la requieran, para cubrir algunos gastos que origine su traslado a los despachos judiciales, y otro de viáticos para las y los funcionarios que participen en las diligencias “in situ.*
* *Deberán los y las jueces, fijar los señalamientos de las audiencias y juicios dentro de un horario accesible,* ***contemplando las particularidades*** *de cada zona.*
* *La Administración de Justicia procederá a nombrar siempre a toda persona indígena intérprete y traductor en su lengua materna, con cargo al presupuesto del Poder Judicial, salvo que hablé y comprenda el idioma español.* ***El intérprete*** *y o traductor será nombrado dentro de la lista oficial, sin embargo, de modo excepcional, podrá nombrarse por “inopia”. En tal supuesto, la autoridad respectiva verificará que sea una persona idónea, considerando las particularidades de la situación concreta. Lo anterior sin perjuicio de que dicha persona nombre uno de su confianza, conforme lo establece el artículo 14 del Código Procesal Penal.*
* *Cuando se juzgue a una persona indígena, el juez que conoce del caso dispondrá cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costeado por Estado****, el peritaje antropológico y/ o cultural****, con fin de conocer las normas culturales particulares, la personalidad, vida del imputado, entre otras, vinculadas con el hecho atribuido, lo anterior de conformidad con el artículo 339 del Código Procesal Penal. La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido.*

Sin embargo, en el caso en estudio, obviamente que las mismas no fueron respetadas por los operadores jurídicos, todo lo cual deviene en la anulación de las actuaciones y la realización nuevamente del debate según los parámetros nacionales e internacionales dispuestos anteriormente.

De ellas, todas de gran valor para asegurar la igualdad procesal de las partes, el peritaje cultural es una de las herramientas que más recientemente se han utilizado por los estrados judiciales, cuya valía radica precisamente en ser el puente de mediación de una persona conocedora de la otra cultura (indígena), informa al juzgador y las partes sobre la misma a fin de que sea evaluada y se tenga un contexto más integral de la persona que se enfrenta a un proceso ante la justicia estatal.

Por favor verifique en el **Referente Conceptual** el término peritaje cultural o antropológico.

**Adicionalmente, el Poder Judicial cuenta con las siguientes CIRCULARES sobre la utilización de intérpretes y el deber de informarse con la comunidad sobre los alances del conflicto.**

***CIRCULAR N° 020-2001***

 *Asunto: Utilización de intérprete en los casos que sea necesario y el deber de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento.*

***A LAS AUTORIDADES JUDICIALES DEL PAÍS QUE TRAMITAN LAS MATERIAS CIVIL Y PENAL***

*SE HACE SABER QUE:*

*El Consejo Superior en sesión N° 05-2001 celebrada el 16 de enero del 2001, artículo XXXI, acordó comunicarles que en aquellos casos en que sea necesaria la intervención de un intérprete, deben realizar el nombramiento correspondiente, para brindar el apoyo necesario para la efectivamente aplicación del artículo 339 del Código Procesal Penal. Asimismo, dispuso comunicarles el deber que tienen de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella.*

*San José, 5 de marzo del 2001.-*

*Silvia Navarro Romanini. Secretaria General de la Corte*

*Publicación: En el Boletín Judicial Número 56 del 20-3-2001.*

***Intervención de Intérpretes de lenguas indígenas en los***

***procesos judiciales***

***CIRCULAR N° 44-09***

*ASUNTO: Intervención de intérpretes de lenguas indígenas en los procesos judiciales.*

*A LOS DESPACHOS JUDICIALES DEL PAÍS SE LES HACE SABER QUE:*

*El Consejo Superior en sesión N° 22-09, celebrada el 10 de marzo del año en curso, artículo LX, dispuso que la intervención de intérpretes de lenguas indígenas es obligatoria cuando en un proceso judicial, en cualquier etapa, una de las partes involucradas es un indígena y para su debida defensa o reconocimiento de sus derechos ciudadanos, requiere de esa asistencia. Para ello se debe recurrir a la lista oficial de peritos del Poder Judicial, y en caso de no existir alguno inscrito, nombrar por inopia al que estimen pertinente.*

*San José, 20 de abril del 2009.*

**El Ministerio Público cuenta con un amplio y rico bagaje de disposiciones internas para las causas indígenas. Sobre los temas de este caso señalamos las siguientes.**

**Circular 13 ADM 2011**

**Política de persecución penal y abordaje de CAUSAS INDÍGENAS**

**I.- ANTECEDENTES**

La  demanda  de  los  pueblos  indígenas  por  su  reconocimiento  ha  conllevado  a  la  creación  de  normativas y acciones  cuyo  fin es  brindar un  trato  diferenciado  respetuoso  de  las  diversas  culturas indígenas,  empero  parte  de  estos  elementos hasta  ahora  han  estado  sujeto  a  la  interpretación  de los operadores de justicia.

**[…]**

**III.- NOMBRAMIENTO DE TRADUCTOR**

Al  momento  de  iniciar  una  investigación  en  que alguna  de  las  partes  –  ofendido  o  imputado-  sea un ciudadano indígena, se debe garantizar - en los  casos  que  lo  requieran-  la  presencia  de  un traductor  o  intérprete  en  el  idioma  materno  del  usuario.

En  consecuencia,  es  obligación  del  fiscal  que atiende  a  la  persona  indígena,  consultarle  si requiere  la  asistencia  de  un  traductor  o intérprete,  debiendo  quedar  claramente consignado   dentro  del  acta  de  denuncia - en  el  caso  que  el  ofendido  sea  indígena  –  o  bien  en  la indagatoria, lo manifestado.

**IV.- PERITAJES CULTURALES**

En  el  proceso  penal  se  reconoce  la  diversidad  cultural,  contemplada  en  el  artículo  339  del  Código Procesal Penal, el cual reza:  **“…Cuando  el  juzgamiento  del  caso  o  la**

**individualización  de  la  pena  requieran  un tratamiento  especial,  por  tratarse  de  hechos cometidos dentro de un  grupo  social  con normas culturales  particulares o  cuando  por  la personalidad  o  vida  del  imputado  sea  necesario conocer  con  mayor  detalle  sus  normas  culturales de  referencia,  el  tribunal  podrá  ordenar  un peritaje  especial,  dividir  el  juicio  en  dos  fases  y, de  ser  necesario,  trasladar  la  celebración  de  la audiencia  a  la  comunidad  en  que  ocurrió  el hecho,  para  permitir  una  mejor  defensa  y facilitar la valoración de la prueba…”**

Queda  claro,  entonces  que  el  proceso  penal  para las  personas  indígenas  es  una  expresión  ajena  de cultura,  de  modo  que  debe  ser  tomada  en  cuenta la  forma  conforme  a  su  cultura  solucionan  los conflictos.

Al  valorar  la  pertinencia  del  peritaje  cultural,  es  importante  analizar  la  necesidad  de  dicha  prueba, la  cual  se  determina  no  solo  porque  la  parte procesal  sea  persona  indígena  sino  que  proceda de  un  entorno  social  con  un  marcado  arraigo cultural, pues una de las finalidades del peritaje es la traducción cultural y de las normas del contexto en el cual se desarrollaron los hechos, por ser este distinto al entorno  social  dominante.  Lo  anterior por  cuanto,  las  culturas  indígenas  obedecen  a normas  de  convivencia  social  y  administración  de justicia  derivados  de  procesos  ancestrales  con profundidad  histórica  y  social,  cuyo  alcance  y vinculación  dentro  del  proceso  solo  podrá  ser abordado mediante el peritaje cultural.

Al  respecto,  el  Convenio  169  de  la  Organización Internacional  de  Trabajo,  en  los  artículos  9  y  10, expresa:  **[…]**

Del  extracto  se  infiere  que  en  el  ámbito  de aplicación  del  proceso  penal  costarricense, resultan  posibles  las  soluciones  alternas  que establece  la  normativa  procesal,  aunado  al derecho  cultural  que  les  asiste  a  los  pueblos indígenas. Esto no implica una excepción al aplicar el  derecho,  sino  que  es  indispensable  contemplar a  lo  largo  de  las  investigaciones,  la  variabilidad cultural  y  las  nociones  que  un  colectivo  tiene sobre lo permitido y lo prohibido.

El  panorama  referido  no  implica  un  régimen  de excepción que permita la impunidad de los delitos a  conveniencia  del  sujeto  activo  por  el  mero hecho de ser parte de un pueblo indígena.  Así  las  cosas,  en  aquellos  casos  en  que  los  hechos están  relacionados  con  una  circunstancia normada o institucionalizada, se hace necesario la aplicación  de  un  peritaje  especial  para  analizar desde  la  perspectiva  cultural:  el  conflicto,  el motivo  que  lo  generó y  la  valoración  sociocultural que  se  realiza  del  mismo,  o  bien  valorar  la posibilidad  de  imponer  una  pena  distinta  a  la prisión.

Para  la  valoración  de  la  pertinencia  y  utilidad  de tal  experticia  deberán  los  fiscales  coordinar  con  la Fiscalía de Asuntos Indígenas.

**Adicionalmente y en referencia directa a los convenios internacionales y Reglas de Brasilia, la Fiscalía cuenta con un protocolo para la toma de denuncias de indígenas en la que se contempla también el traductor y forma sencilla de explicación a los usuarios, para ello ver en su integralidad, la CIRCULAR administrativa 03-ADM 2010, la cual hemos incluido en el capítulo anterior como buena práctica institucional.**

**Finalmente la Defensa Pública cuenta con circulares o directrices que en lo temático respecto al caso indicamos a continuación.**

**CIRCULAR 39 2003**

**DE:** Jefatura

**PARA:** Defensores (as) Públicos (as) de todo el país

**FECHA:** 31 de octubre de 2003

[…]Tratándose de una población a veces invisibilizada como lo es la población indígena, es importante recordar que tenemos referentes legales que reconocen la importancia de proteger a esta cultura diferenciada. Es por ello que en cumplimiento del Convenio 169 de la O.I.T sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Costa Rica desde el 2 de abril de 1993, consideramos importante emitir las siguientes directrices para los defensores públicos.

1. ***Identificar al usuario / usuaria indígena:***

El defensor debe preguntarle si se considera indígena y de igual manera podemos hacer la consulta a la comunidad si considera a esta persona indígena. Es importante esta identificación por cuanto nos encontramos ante un grupo que presenta como una de sus características principales, la preservación de sus costumbres, el lenguaje que cada uno de estos grupos utiliza y una serie de usos y costumbres. Por lo anterior, y ante la diversidad cultural que los caracteriza, el Estado costarricense, que ha ratificado los Convenios de la O.I.T. No. 107 y 169, ha reconocido y aceptado el respeto a sus costumbres, creando legislación adecuada en ese sentido.

El artículo 339 del Código Procesal Penal establece como obligación del Juez reconocer la diversidad cultural, inclusive a través de un perito que tratándose de aborígenes debería ser antropólogo, esto para el juzgamiento del caso o la individualización de la pena.

La identificación del cliente como indígena es esencial para el correcto asesoramiento, siendo que la relevancia de esta situación se evidencia con mayor grado en la materia penal por la presencia de una norma como la indicada con anterioridad, que obliga al Juez de Juicio a valorar para la resolución del caso *“ las normas culturales”* del imputado, y evidentemente, relacionando esto con el error de prohibición (art. 35 del Código Penal) lo cual se convierte en un arma importante de defensa.

Es importante conocer el medio socio-cultural del indígena, para esto es indispensable contar con un perito que interprete y que además ayude a comprender las necesidades existentes en su comunidad, su cultura, sus costumbres, el total entendimiento y empleo de la lengua española, a fin de dilucidar si el imputado indígena está entendiendo el proceso que existe en su contra. Cabe aclarar que identificado un imputado como indígena, podría negociarse la aplicación de una solución alterna dentro del seno de la comunidad, con la Junta de Vecinos o bien con el Presidente de la Asociación a la que pertenecen.

Los criterios que generalmente se utilizan para determinar si una persona es indígena son:

* Si pertenecen a algún pueblo o comunidad indígena.
* Por medio del lenguaje y costumbres.
* Mediante el análisis de la denuncia, ver quién denuncia y el lugar de lo hechos.
* El análisis de los datos brindados en la indagatoria.
* Rasgos físicos (tez morena, estatura).
* Conducta social (personalidad callada y pausada)
* Vestimenta.
* Antecedentes aborígenes (ascendientes)
* Si el imputado se identifica como indígena cuando es atendido en alguna diligencia (conciencia de identidad indígena o tribal, art. 1.2 del Convenio 169 O.I.T.)
1. ***Identificación de los territorios aborígenes mediante un mapa.***

Los territorios donde se localizan poblaciones aborígenes serán marcados en un mapa que los Defensores y Defensoras tendrán en sus oficinas de manera visible, en aquellas oficinas en que se atiende a esta población, así como debemos tener identificados los territorios en que se ha dividido la población indígena, que son 22, y las diferentes poblaciones que integran esos 22 territorios. Cada territorio tiene una Asociación y Junta Directiva con facilidades para comunicarnos directamente con ellos. Deberán tener actualizada la lista de nombres que integran la Junta Directiva y el nombre del Presidente de la Asociación de Desarrollo Integral Indígena.

1. ***Procurará el defensor o defensora que las autoridades cumplan con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio No. 169 de la O.I.T.***

Los artículos citados establecen que, para la aplicación de la legislación nacional, deberá consultarse a la Comunidad Indígena a que pertenece la persona acusada, respetando la posible solución que le puedan dar por medio de un procedimiento establecido en cada comunidad; es decir, en delitos menos graves le corresponde a la Comunidad Indígena resolver el conflicto, buscar si el caso lo permite, la reparación del daño y restablecer la armonía de ese grupo. Resulta importante la consulta que debe hacerse a la Comunidad Indígena para respetar el cumplimiento del Convenio 169 y como reconocimiento al principio de autodeterminación de los pueblos que reconoce el convenio a fin de evitar que se sancione a la persona indígena dos veces, ante la Autoridad Indígena y ante la Autoridad Judicial.

1. *El intérprete*

 En caso de que el usuario / usuaria fuera indígena deberá el defensor solicitar un intérprete si esta persona no comprende a plenitud, y en la medida de lo posible, que pertenezca al mismo pueblo indígena del patrocinado; podría ser recomendado por la misma Asociación de Desarrollo Integral Indígena. También el Poder Judicial debe tener o incluir en su lista a estos intérpretes. A este aspecto se le dar especial atención, porque lo que más dificulta nuestra labor es la comunicación entre estos usuarios (as) y los funcionarios judiciales.

1. ***Pago de viáticos al imputado y a los testigos***

Estas personas muchas veces deben caminar largas distancias y hasta por varios días para acudir a las diligencias judiciales o a visitar a su defensor para que le informe con regularidad del trámite del proceso. También debemos tomar en consideración que, en su gran mayoría, se trata de personas con ínfimos recursos económicos, por lo que el defensor deberá concientizar a los demás operadores jurídicos sobre esta situación y también hacer las gestiones pertinentes ante la Autoridad Judicial y la Unidad Administrativa correspondiente a fin de obtener el pago de los viáticos, tanto al imputado como a los testigos de la Defensa. El no pago de estos recursos podría convertirse en un obstáculo para la defensa del imputado.

1. ***Diligencias en las comunidades aborígenes***

El defensor o defensora deben de promover y estar anuentes a desplazarse a realizar los juicios y audiencias a lugares cercanos a las comunidades aborígenes, en aquellos lugares donde el traslado del imputado o sus testigos resulte casi inaccesible. En este mismo sentido la norma del artículo 339 del CPP establece que el Tribunal de Juicio puede trasladar la realización de la audiencia a la comunidad dónde ocurrió el hecho. Recordemos la máxima de que la Justicia debe llegar a las comunidades y no a la inversa.

[…] 7. ***Perito o consultor técnico antropólogo***

Este auxiliar podría colaborar en la labor de la defensa, a fin de facilitar la interpretación del lenguaje, de las costumbres y usos de la población indígena de la que se trate en el caso concreto, al resto de operadores jurídicos.

[…]

CIRCULAR 25 2009

**DE:** JEFATURA Y SUBJEFATURA DE LA DEFENSA PÚBLICA.

**PARA:** PERSONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE TODO EL PAÍS.

**FECHA:**  15 DE JUNIO DE 2009.

Disposiciones en materia de usuarios y usuarias indígenas

De conformidad con las conclusiones del Taller **"El Fortalecimiento del Servicio de Defensa Pública con Pertinencia Cultural"** realizado por la Defensa Pública el 27 de febrero de 2009 y con la aprobación y ejecución de las **Reglas Prácticas para  Facilitar el Acceso a la Justicia de las  Poblaciones  Indígenas**, aprobadas por el Consejo Superior del Poder Judicial en la Sesión sesión N° 77-08 del 14 de octubre del año 2008 y la **Circular de la Secretaría General de la Corte No. 44-09**  sobre la Intervención de Intérpretes de Lenguas Indígenas en los Procesos Judiciales, y las **Reglas de Brasilia,** con el fin de cumplir con una política de fortalecimiento en la prestación del servicio público que nuestra Institución brinda a los usuarios y usuarias indígenas, la Dirección de la Defensa Pública les comunica las siguientes directrices, las cuales deben ser acatadas por los Defensores y Defensoras Públicas de **todas las materias**:

1. En aquellas causas en las que figure como uno de nuestros usuarios una persona indígena, el Defensor o Defensora Pública debe velar porque se apliquen las **Reglas Prácticas para Facilitar el Acceso a la Justicia de las Poblaciones Indígenas**, aprobada por el Consejo Superior en la Sesión N°77-08 del 14 de octubre del año 2008, insistiendo en que la diligencias judiciales deban practicarse en el territorio indígena.

2. **Identificación Cultural**: en todas las causas en las que nuestros usuarios o usuarias sean indígenas, se deberá rotular la carátula del expediente a fin de que se determine que el usuario o usuaria es persona indígena, consignando además el grupo étnico al que pertenece. Lo anterior con el fin de cumplir con la identificación de la diversidad cultural.

3. **Uso de Normativa Internacional**: Se les recuerda la importancia de hacer uso en sus estrategias de defensa de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Año 2007, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como los instrumentos internacionales generales en materia de derechos humanos y los referidos de forma específica a la protección del derecho de igualdad y no discriminación.

4. **Traductores e Intérpretes**: en todos aquellos casos en los que uno de nuestros usuarios se identifique como persona indígena y no **"domine"** el idioma español, es obligación del defensor o defensora pública, solicitar el nombramiento de un traductor o intérprete en el idioma autóctono del usuario o usuaria. De no existir traductores o "**traductoras"** inscritas en la nómina del Poder Judicial, de conformidad con las disposiciones emanadas de la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, lo único que se debe realizar para el nombramiento de un traductor o intérprete es enviar a la Unidad Administrativa del lugar, una pequeña nota suscrita por el traductor o intérprete, ofreciendo sus servicios; lugar o lugares en donde desean prestar los servicios; en qué lenguaje; y medio para localizarlo (teléfono, fax; dirección, etc.). Si la diligencia para la defensa es de carácter urgente, se puede solicitar el nombramiento por inopia. Esta disposición deberá cumplirse tanto para diligencias judiciales como para visitas carcelarias.

5. **Peritajes Culturales**: en aquellas causas en las que resulte necesario demostrar la condición de indígena de alguno de nuestros usuarios o usuarias, o la ponderación de valores o bienes jurídicos de la étnia a la que pertenecen, o prácticas consuetudinarias, deben de solicitar la realización de peritajes culturales. En el caso de asuntos penales debe realizarse la gestión solicitando la aplicación de lo dispuesto en el artículo 339 del Código Procesal Penal.

6. **Derechos de los Privados y Privadas de Libertad**: en el caso de que el usuario o usuaria sea una persona indígena privada de libertad, el defensor o defensora pública encargado de la causa deberá velar para que a la persona indígena no se le prive de su derecho a contar con salud, alimentación, apoyo espiritual y ejercicio de prácticas o ritos, comunicación, y demás derechos, de conformidad con su cultura indígena.

7. **Conocimiento del Entorno Cultural**: en la medida de lo posible, los defensores y defensoras públicas de oficinas ubicadas en lugares de atracción de asuntos indígenas, deberán realizar visitas a las comunidades indígenas, con el fin de conocer el entorno cultural en el que se desenvuelve la persona indígena usuaria de nuestros servicios. La autorización y calendarización de estas visitas estará a cargo del Coordinador o Coordinadora de oficina.

[…]

**JURISRUDENCIA INTERNACIONAL**

**Caso Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008:**

95. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, la Corte ha establecido, *inter alia*, que “es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada representación o gestión de los intereses o las pretensiones de aquellos cuyos derechos u obligaciones estén bajo consideración judicial”[[8]](#footnote-8). Asimismo, esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o práctica del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención[[9]](#footnote-9). Esto tiene particular relevancia en casos de desaparición forzada de personas, dado que el derecho a las garantías judiciales comprende también el derecho de los familiares de la víctima a acceder a éstas.

96. Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” [[10]](#footnote-10).

97. De los hechos establecidos, así como de la declaración de Victoriana Tiu Tojín, víctima en el presente caso y hermana de María Tiu Tojín, se desprende que los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya. Al respecto, Victoriana Tiu Tojín manifestó, *inter alia*,en su declaración ante la Corte que: Acudi[ó] con las organizaciones que [la] apoyaban debido a que [tienen] las experiencias de que cuando llega[n] a los juzgados, [los] miran con [sus] trajes y todo, [sus] demandas esperan y por eso tuv[o] que acudir a estas personas para que las autoridades le hicieran caso a sus peticiones […] Que sentía temor al ir a las autoridades, que sienten un gran miedo de entrar a una autoridad o de explicarle sus casos específicos […] Que ninguna autoridad del Estado, sólo las organizaciones que la apoyaban durante […] estos trámites fueron las que le hicieron las traducciones pero de parte del Estado no recibió atención en su idioma […][[11]](#footnote-11). 98. En el mismo sentido, la perito Helen Mack, señaló que: Si bien es cierto que se hicieron Centros de Administración de Justicia en tres regiones distintas, como no hay carreteras disponibles muchas veces esto se hace ineficaz, por ejemplo trasladarse de un pueblo a otro pueblo a pie tarda más de seis horas […], eso por un lado, por el otro es decir el costo económico que eso implica porque si te vas a pie, [tienes] que dejar varios días de trabajo para poder ir al sistema de justicia y si se va en camioneta pues es más difícil porque tampoco hay carreteras suficientes para poderlo hacer. Ahora por supuesto hay un poco más, pero tiene un costo muy alto el poder trasladarse. Hubo todo un programa también de intérpretes a nivel de justicia, hubo un programa en donde se sacaron 300 intérpretes, de esos 300 intérpretes la Corte Suprema de Justicia solamente contrató a 60, se le dio seguimiento a estos 60 intérpretes y se logró establecer que muchos de éstos intérpretes no hablan todos los idiomas de los pueblos indígenas y hay algunos que ni siquiera hablan ningún idioma indígena, ni están en las regiones en donde deberían de estar, de tal manera que éstos intérpretes no son accesibles a los pueblos indígenas.

99. La Corte advierte que el acceso a la justicia y la protección especial que se debe otorgar a los pueblos indígenas se encuentra regulado en la Constitución del Estado de Guatemala[[12]](#footnote-12). No obstante, este Tribunal ha establecido que “la legislación por sí sola no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención Americana, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” [[13]](#footnote-13).

100. Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria (*infra* párr. 128).

Adicionalmente puede consultarse Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de2008. Serie C No. 190, párr. 97.

**JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Tomamos como estudio el presente caso como parte de la riqueza del desarrollo jurisprudencial de nuestro país, indicando que puede ampliarse en este sentido las resoluciones de la Sala Constitucional y materias varias que puede ver en la **Guía Didáctica.**

**LECCIONES APRENDIDAS**

El presente caso es un extraordinario ejemplo de lecciones aprendidas para superar las falencias evidenciadas por la Sala y evitar que en casos presentes o futuros, ocurran situaciones similares, que resultan en sí mismas la violación a derechos fundamentales de personas indígenas, aunado a la pérdida de recursos y esfuerzos institucionales. Así destacamos:

* Para poder comunicarse e informar (e informarse) sobre hechos ocurridos e imputaciones alegadas, es indispensable contar con un intérprete desde un inicio del proceso; es un principio básico fundamental de respeto al debido proceso. Obsérvese que siendo en este caso el imputado y la víctima indígenas, ambos deben contar con el mismo, teniendo en cuenta siempre que la posibilidad de hablar relativamente o comprender parcialmente el español, no es necesariamente una señal suficiente de que en un proceso judicial el tecnicismo y la fluidez requerida de información, implican que el intérprete no va a ser requerido.
* La realización de un juicio en un despacho judicial al cual las partes debieron desplazarse al menos tres días de camino, es una clara evidencia que las audiencias no son accesibles para todas las personas indígenas que deben ser citadas. Por ello, existe la necesidad de brindar ayudas económicas como transporte, alimentación y hospedaje previsto por el Poder Judicial. Sin embargo, el principio que debe regir es que este acto debe realizarse en el lugar de los hechos, es decir, en la comunidad indígena. Ello hubiera evitado en gran medida, la disparidad de las partes en cuanto al uso de un helicóptero para su traslado al debate y la imposibilidad del acceso a las pruebas en igualdad de oportunidad para todas las partes del proceso.
* El contexto cultural de las partes es indispensable que sea traído al proceso a fin de comprender la realidad y vida donde se desarrollan los hechos. Para ello, la incorporación de un peritaje cultural, resulta el medio idóneo para sea informado quien juzga y tenga elementos de valoración integrales en la toma de decisiones.
* La privación de libertad de una persona indígena, resulta ser una de las medidas más gravosas, que si bien lo es para toda sociedad, tratándose de miembros de estas comunidades, esta se incrementa exponencialmente, sobre todo porque el encierro en una cultura distinta, sin hablar el idioma, sin comprender la dinámica penitenciaria, alejado de su comunidad, sin visita familiares, sin posibilidad de acceder prácticamente a beneficios penitenciarios por su mismo contexto cultural, le ubican en una situación de mucho mayor vulnerabilidad. Por ello, las medidas alternas a la prisión es un tema pendiente en el país que requiere ser desarrollado, modificando la legislación secundaria para primacía y vivencia de los principios rectores internacionales sobre la materia.
* Las sentencias nacionales e internacionales aludidas en el presente caso, precisamente son coincidentes en la forma de analizar y utilizar las disposiciones jurídicas específicas sobre pueblos indígenas. Es decir, en primera instancia los convenios internacionales y en segundo plano las disposiciones jurídicas nacionales, que no pueden contravenir las primeras, según hemos visto por acuerdos internacionales centenarios en que los Estados se someten a un orden internacional superior. Precisamente el error más frecuente de algunas resoluciones jurídicas y de análisis de algunos operadores jurídicos, es que a la hora de resolver el caso concreto, no siguen este orden interpretativo, sino por el contrario, generalmente se restringen a un análisis nacional del tema, lo que contraviene obviamente toda la doctrina internacional de derechos humanos.
* Finalmente, las disposiciones jurídicas internas aludidas en el presente caso y observables íntegramente en el apartado de Normativa Internacional y Disposiciones Nacionales, dan cuenta de la amplia tutela y promoción por el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, por lo que el error ha estado en la omisión de aplicación de dichas disposiciones. Precisamente la resolución de la Sala anula todas las actuaciones realizadas, siendo en la mayoría de las consideraciones, omisiones a las disposiciones específicas previstas para pueblos indígenas.

**CASO 2**

**RES: 000297-F-S1-2014. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**San José, a las once horas cuarenta minutos del seis de marzo de dos mil catorce. Proceso preferente interpuesto en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José por **ASOCIACIÓN DE DESARROLLO INTEGRAL DE LA RESERVA INDÍGENA BRIBRÍ DE KËKÖLDI […]**

* La Asociación de Desarrollo Integral de Bribrí Këköldi presentó demanda contra el Estado, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) y el Instituto de Desarrollo Agrario (hoy Instituto de Desarrollo Rural – INDER-) ya que por distintos decretos se creó el territorio de Këköldi, primero como un anexo del territorio de Talamanca, y luego en forma independiente. Con el tiempo y nuevos decretos se modificaron sus límites despojándosele de una de las partes más valiosas colindantes con el mar.[[14]](#footnote-14) Sobre diversos procesos que evidenciaron la presencia de no indígenas en el territorio, se solicitó realizar estudios y avalúos para restituir las tierras a los indígenas, comprando aquellas que fueran procedentes, y desalojando a quienes correspondiera. El territorio mide 5.480 hectáreas y 6.780 metros cuadrados, no obstante lo anterior, los indígenas solo están poseyendo 1.500 hectáreas, de las cuales 1.100 están destinadas a la conservación de bosque; el resto está ocupado por terceras personas.
* El tribunal resolvió: en sentencia se le ordene al IDA y al Conai realizar los estudios y avalúos sobre las propiedades a indemnizar; asimismo, una vez hechos se proceda al trámite de indemnización incluyendo las posibles expropiaciones. Se le ordene al Poder Ejecutivo realizar las gestiones correspondientes para que el Poder Legislativo conozca lo concerniente al presupuesto extraordinario necesario para llevar a cabo las indemnizaciones. Se le ponga en posesión de todo el terreno que corresponde a la “Reserva” indígena Bribrí de Këköldi.
* Personas afectadas que serían desalojadas o reubicadas, nunca fueron escuchadas ni parte del proceso, por lo que inician acciones contra dicha resolución, alegando no saber a cuáles decretos se refiere; a cuáles límites y terrenos se involucra en la sentencia.
* En el fondo de la discusión y análisis del caso, se encuentra la necesidad de determinar quiénes son indígenas y quiénes no, a efecto de poder cumplir la sentencia. Sin embargo, para ello, el tribunal contencioso determina que es CONAI con el INDER quienes realicen dicho estudio, lo cual es analizado por la Sala I, considerándose improcedente este actuar, ya que es la propia comunidad quién debe identificar las personas indígenas y no indígenas, y no dos entes estatales externos. Para ello, además se requiere que un **peritaje cultural** incorpore los elementos indispensables que puedan indicar al tribunal, los elementos de la **identidad indígena,** a fin de tener una visión integral del caso y, poder tomar las decisiones jurídicas adecuadas, acorde a la legislación y jurisprudencia internacional, así como a las resoluciones constitucionales, leyes y reglas nacionales, que imperan sobre la materia.

La Sala consideró:

1. ***VIII.****La normativa internacional vigente y aplicable: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, y las* ***Reglas de Brasilia****; así como la jurisprudencia internacional de derechos humanos emitida por Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la jurisprudencia constitucional, todas las cuales se citarán con posterioridad,* ***establecen que es la comunidad indígena quien debe establecer cuáles personas son indígenas y quienes no lo son, ya sea directamente o mediante las personas que la comunidad indígena como un todo elija****. (negrita y subrayado no son del original).*
2. *Para* ***la determinación de si una persona es indígena o no, es preciso disponer de peritajes culturales antropológicos*** *que con base en la determinación de las* ***costumbres y la cosmovisión*** *de las personas indígenas de un determinado territorio, determinen cuáles personas pueden ser calificadas o no como indígenas. Debe ser el tribunal el que se ocupe de la designación de la persona experta quien realizará esa experticia en consuno con la comunidad, conforme a los lineamientos institucionales que se han establecido para tal efecto, dentro de las reglas dispuestas por Corte Plena y el Consejo Superior del Poder Judicial, en forma coherente con la normativa internacional citada, de carácter supraconstitucional al tratarse de derechos humanos de las poblaciones indígenas. (Negrita y subrayado no son del original).*
3. *[…] Tal y como se puede apreciar de la normativa citada, los Estados miembros, tienen la obligación cuando se trata de territorios donde habitan poblaciones indígenas y estos se vean de alguna manera afectados por decisiones gubernamentales o legislativas, están en la obligación de contar con la participación de dichas personas indígenas para tomar las decisiones finales. Como se expuso anteriormente, no solo se impone la consulta, sino que además, se establece la obligación de que las Naciones, colaboren con los recursos técnicos necesarios para llevar a cabo un estudio correspondiente de la situación. Cabe aclarar, que sobre la vulnerabilidad de las poblaciones indígenas y su debida protección, la* ***CIDH*** *no ha sido ajena y ha mantenido su línea jurisprudencial relativa al respeto y cumplimiento que deben tener los Estados de toda aquella normativa. Así por ejemplo en una de las resoluciones más recientes, el caso del* ***Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador****, fallo del 27 de junio de 2012, conflicto que se sometió a su decisión, a raíz del permiso otorgado por el gobierno de Ecuador a una empresa petrolera privada para que realizara actividades de explotación y exploración petrolera en el territorio indígena del Pueblo Sarayaku ubicado en la selva amazónica, sin que se hubiese consultado previamente a dicha población y sin su consentimiento. (Negrita no es del original).*
4. *En dicha resolución, se reconoce la obligación que tienen los Estados de realizar procesos de consulta****especiales y diferenciados****cuando se vayan a afectar intereses de las comunidades indígenas, debiéndose respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo, para que este pueda entender de manera adecuada y efectiva la situación. Lo que conlleva necesariamente, el deber de estructurar las normas e instituciones para que dicha consulta se pueda llevar a cabo de conformidad con los estándares internacionales. Recalca también el fallo, no se debe obviar que la consulta se debe realizar desde las primeras etapas de elaboración o planificación de la propuesta, con el fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, siendo obligación del Estado en realizar la fiscalización y control, debiendo tutelarse de manera efectiva el que se lleve a cabo a derecho la consulta. Aunado a lo anterior, insiste la CIDH, no se debe olvidar que esta debe realizarse con base en la buena fe, lo cual se lleva a cabo a través de procedimientos culturales adecuados, teniéndose la obligación de consultarse de conformidad con las tradiciones de la comunidad, asegurándose que todos los pobladores tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos que se deriven del proyecto que se quiere poner en práctica. La CIDH considera: “el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática /288. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio Nº 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”. (También se puede consultar de ese mismo Órgano decisor, entre otras, las siguientes resoluciones: caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006. Caso Yatama Vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005).*
5. *Ahora bien, vale mencionar que la Sala Constitucional también se ha referido al tema de la protección y respeto de los pueblos indígenas, en este sentido ha considerado: “los grupos de personas pertenecientes a las comunidades autóctonas tienen el derecho de vivir en las tierras donde históricamente han estado asentados, y el Estado debe garantizar plenamente el disfrute de este derecho fundamental. Reconoce de esa forma, nuestra jurisprudencia constitucional, una jerarquía superior a los Convenios Internacionales, tales como el de la OIT, N° 169 (Ley 7316 del 3 de noviembre de 1992), un grado de tutela superior a las personas y comunidades indígenas, es decir, un “nivel elevado de protección” respecto de aquellos derechos humanos contemplados en la propia Constitución Política, y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes. […]****Sobre la propiedad de las comunidades indígenas.****Importante es indicar sobre el carácter colectivo o comunitario de la propiedad indígena, ya que la pertenencia de ésta no es personal, sino del colectivo como tal. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Las asociaciones de Desarrollo, como “estructura comunitaria”, son las competentes para disponer de la posesión de la tierra a fin de garantizar el acceso a ella a todos los pobladores indígenas, y en lo que atañe a la propiedad indígena por ser de carácter colectiva, resultan inaplicables las normas sobre derechos individuales para la tutela de la propiedad y la posesión individuales dispuestas en el ordenamiento jurídico al efecto. […]****Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.****El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.****Una reserva indígena, es una propiedad agraria originaria y de carácter colectivo, no pudiendo reclamarse sobre ella ningún derecho de propiedad o de posesión individual en perjuicio de la comunidad de pertenencia, siendo su propietario la totalidad de la comunidad, no pudiendo ser desmembrada en propiedad privada precisamente por su naturaleza jurídica destinada a la colectividad.****[…]” Resolución de las 9 horas 36 minutos del 14 de enero de 2011, que responde al número de voto 2011000281.*
6. *En otro fallo de gran relevancia, ese Órgano jurisdiccional estableció: “Cuando se hace referencia a los derechos de las personas indígenas, debe destacarse que las costumbres y tradiciones de éstos son preponderantes, así lo reconoce por ejemplo el artículo 11 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que indica que:“Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (…)”,y es un punto clave cultural de los indígenas que son las personas mayores, es decir de más edad, los que han tenido un papel primordial en la determinación de quien es indígena o no. Así las cosas,****no puede de manera arbitraria la Asociación determinar que un solicitante no es indígena, ya que ello según sus costumbres lo determinan los ancianos de la comunidad, lo cual no se observa haya sucedido en el caso concreto, en el que no consta un dictamen rendido por una persona mayor de la comunidad para establecer bajo criterios razonables que la persona no reúne las características necesarias para ser considerado indígena.****[…] Para poder denegar de manera legítima la afiliación a una Asociación por este punto, debe realizarse un peritaje cultural con el fin de que sean personas con la formación técnica necesaria los que se pronuncien sobre si un territorio pertenece o no a una determinada comunidad étnica. Debe aclararse que esta Sala no pretende establecer que cualquier persona que resida en cualquier territorio puede integrar una Asociación […]”. (Lo último destacado no responde al original). Fallo de las 10 horas 50 minutos del 11 de junio de 2010, correspondiente al voto 2010-010224. Lo anterior adquiere particular relevancia debido a que en criterio de esta Sala debe determinarse quiénes de las personas que ocupan el territorio objeto de esta litis son indígenas y quiénes no lo son. Ha de tomarse nota de que le Poder Judicial cuenta con peritos culturales, al haberse aprobado dentro de las acciones de acceso a la justicia para las personas indígenas, tanto la gratuidad, cuanto la celebración de las audiencias en el lugar de los hechos.*
7. *De la normativa transcrita se colige que la identidad de las personas indígenas es su espíritu y como tal, uno de los derechos fundamentales que forma parte de su identidad y ciudadanía; es un tejido social colectivo, donde ser parte en lo individual y lo colectivo viene a ser su esencia. Por ende, serían las mismas personas indígenas y las autoridades tradicionales o las personas adultas mayores de la comunidad respectiva a quienes les corresponde definir este derecho esencial. Así las cosas, es criterio de esta Cámara, que los juzgadores, quienes resuelvan el fondo de este asunto, no podrán ser ajenos a los lineamientos antes expuestos, por lo cual se sugiere solicitar un peritazgo cultural antropológico necesario para que entre otros puntos, se logre determinar con certeza quiénes son las personas indígenas que habitan ese territorio y por ende quiénes no lo son. De igual manera deberá valorarse la cosmovisión y situación de otras poblaciones vulnerables o vulnerabilizadas involucradas.*
8. ***X.****A su vez se le hace la observación al Tribunal, de tomar en cuenta las acciones o reglas de acceso a la justicia que esta Institución ha adoptado como obligatorias, en primer término se ha de acudir a las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas como Políticas Institucionales en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena número 17-2008, celebrada a las 8 horas 30 minutos del 23 de mayo de 2008. Con base en esta línea de pensamiento, el Consejo Superior en sesiones números: 77-08 el 14 de octubre de 2008, artículo XLI; 104-09 del 17 de noviembre e 2009, artículo LXVII; 61-11 del 7 de julio de 2011, artículo LIII, aprobó las reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas […][[15]](#footnote-15)*
9. ***XI.****[…] Así las cosas, se deberán declarar con lugar los recursos de casación planteados, en razón de lo cual, se anulará la sentencia del Tribunal y se decretará la necesidad de integrar una litis consorcio pasiva necesaria, con todas aquellas personas físicas y jurídicas quienes pudieran verse afectadas con la sentencia final. Se devolverá el asunto al Tribunal de origen para lo de su cargo.* ***POR TANTO*** *Se declaran con lugar los recursos. Se anula la sentencia del Tribunal. Se ordena la integración de la litis consorcio pasiva necesaria con todas aquellas personas físicas y jurídicas que pudieran verse afectadas con la sentencia final. Se devuelve el asunto al Tribunal de origen para lo de su cargo.*

**ANALISIS DEL CASO**

Este otro caso nos permite de nuevo ejemplificar las consideraciones y pasos mínimos (flujo grama del caso) que debemos tomar en cuenta cuando en un proceso o disputa legal, una de las partes (al menos) es INDÍGENA.

El presente caso involucra toda una comunidad indígena que padece una de las más severas violaciones a sus derechos fundamentales; por una parte la variación de sus límites territoriales, lo que ha devenido con el tiempo en una disminución de su territorio original; y por otra, la presencia de personas no indígenas que habitan dentro de sus límites. Ambas son contrarias a las obligaciones internacionales y nacionales sobre la materia, y que se refieren a uno de los temas más sensibles en todos los pueblos indígenas del mundo: la protección de **sus territorios y recursos naturales**. Su irrespeto implica la imposibilidad de sobrevivencia como una cultura diferenciada en sus propias comunidades, acorde con sus propias formas de vida: de amar, de sentir, de relacionarse, de crecer, de interrelacionarse, de alimentarse, de producción, de resolución de sus controversias y hasta la propia forma de nacer y morir, entre otras, todo lo anterior, en comunión con la cultura no indígena y dentro de un mismo Estado.

Históricamente el tema de la invasión de territorios indígenas es una lucha permanente de los pueblos indígenas en Costa Rica, lo cual fue corroborado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, durante su visita al país, ***La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, mayo 2011:***

*41. El caso del proyecto hidroeléctrico El Diquís pone de relieve cuestiones importantes para los pueblos indígenas de Costa Rica que van más allá del proyecto, tales como la recuperación de tierras y la necesidad de reformas legislativas para responder a las demandas de los pueblos indígenas sobre su autonomía y representatividad. Pasos decisivos hacia la resolución de estas cuestiones deberían complementar el esfuerzo de elaborar e implementar un proceso de consulta adecuado con respecto al caso específico del proyecto El Diquís.*

*[…]*

*42. El Estado ha otorgado protección legal a territorios indígenas en el país desde 1956[[16]](#footnote-16) y ha delimitado estos territorios mediante varios decretos.[[17]](#footnote-17) Sin embargo, estos territorios se encuentran en su mayor parte habitados por personas no indígenas. Algunas de estas personas cuentan con títulos de buena fe, con derechos correspondientes de indemnización bajo la Ley Indígena de 1977;[[18]](#footnote-18) pero la mayoría de ellas, según información recibida por el Relator Especial, no cuentan con títulos legales, habiendo tomado posesión de tierras dentro de los territorios indígenas por medio de asentamiento o transferencias irregulares, a veces con la anuencia tácita del Gobierno. Según Ley Indígena, las tierras en los territorios indígenas son inalienables e imprescriptibles.[[19]](#footnote-19) Sin embargo, la afluencia de personas no indígenas en territorios indígenas ha tenido como resultado cambios en la configuración demográfica dentro de los territorios y en los patrones de tenencia de tierra, inclusive cambios causados por el establecimiento de grandes fincas por personas no indígenas, como es el caso del territorio Térraba.*

*43. Se alega que en la gran mayoría de los casos nunca se ha llevado a cabo un proceso de indemnización para las personas que habitan los territorios indígenas en buena fe, ni se han realizado esfuerzos para recuperar las tierras en posesión de no-indígenas con base en asentamientos o transferencias irregulares. Aunque el Instituto de Desarrollo Agrario, la instancia de Gobierno con la responsabilidad bajo la legislación interna para indemnizar personas no-indígenas que cuentan con títulos de buena fe, ha realizado compras de algunas tierras como parte de procesos de recuperación de tierras indígenas, el Relator Especial fue informado sobre la lentitud e irregularidades presentes en estos procesos.*

*44. De acuerdo a la información recibida por el Relator Especial durante la visita, la recuperación de tierras es una de las prioridades principales de los pueblos indígenas en el país. El Relator Especial estima que es necesario, de manera prioritaria, tomar pasos decisivos para buscar soluciones en las que los pueblos indígenas puedan recuperar las tierras dentro de sus territorios. El Relator Especial considera que existe una oportunidad importante para tratar la cuestión de fondo respecto a la recuperación de tierras en el contexto de negociaciones sobre el proyecto El Diquís, lo que podría ayudar a establecer las condiciones para llevar a un consenso sobre el proyecto. Este proceso de recuperación de tierras en el territorio Térraba posiblemente pueda servir como modelo para los otros pueblos indígenas en el país que se encuentran en situaciones similares.*

En el caso presente resulta altamente positivo que se ordene al Estado realizar los estudios pertinentes para proceder a la devolución de los territorios originarios a sus habitantes indígenas; sin embargo, precisamente para poder llevar a cabo esta acción, hay que determinar **quiénes son aquellas personas (terceros) que no son indígenas, e** implica al menos probar el año en que estas personas llegaron a estas tierras, siendo que procedería la indemnización en caso de que las mismas lo hayan hecho antes de la emisión de la Ley Indígena, o su traslado si el mismo fuese posterior a dicha ley.

En este sentido, para probar quiénes son estas terceras personas ajenas a la comunidad indígena, hay que determinar también quiénes sí lo son; es decir, **QUIENES SON INDÍGENAS.**

Siguiendo los pasos propuestos, desarrollamos el primero de ellos mediante la identificación de lo indígena y su relación con la necesidad de participación comunitaria en el caso de estudio.

* **A. AUTOIDENTIFICACIÓN**

Precisamente, para ello hemos observado que la **identidad** se manifiesta **individual** y **colectivamente; es decir, la persona se auto identifica como indígena y la comunidad le reconoce como tal.**

**Por ello, recordamos que lo primero que debemos hacer es identificar si es un caso indígena porque alguna de las partes lo sea**. Reiteramos:

Generalmente los casos se tramitan todos igual, como uno más, y precisamente esto es lo que debemos evitar. NO SE TRATA DE UNA GENERALIDAD, sino por el contrario, de una ESPECIFICIDAD que debe ser visibilizada en el proceso, a fin de brindar la protección específica que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce como PUEBLOS INDÍGENAS; sujeto del derecho internacional con características históricas específicas. Su invisibilización provoca un trato discriminatorio, al ser una parte procesal que requiere equiparar condiciones para que pueda ser tratado en medios de igualdad.

Para comprender de manera integral LO INDIGENA, por favor lea la definición de **pueblos indígenas** en la sección de **Referente Conceptual**.

Según hemos visto íntimamente ligado al término indígena está el elemento territorial que es precisamente lo que transciende en este caso.

En este caso, la comunidad indígena implica cientos de habitantes bribris en su propio territorio (Territorio Indígena Bribri de Keköldi). Advertimos que nos referimos con el nombre de **territorio y no de “reserva”,** ya que según indicamos la normativa internacional[[20]](#footnote-20) así los ha reconocido, debiendo adecuarse la legislación secundaria a dichas disposiciones. En el mismo sentido, los pueblos indígenas han manifestado reiteradamente a lo largo de los años, la connotación peyorativa que emana de la palabra “reserva” y lo discriminatorio que para ellas y ellos puede resultar, lo cual respondió en su momento durante la década de los setentas, a una noción conceptual, hoy superada.[[21]](#footnote-21)

Recordemos que Íntimamente ligado a esta concepción, se encuentran otros elementos que conforman el **ser indígena** y que ha implicado la re-conceptualización de terminologías tradicionales, como es el caso de la **tierra**, donde la cultura occidental comprende por ésta un bien jurídico que puede ser privado, que se compra, se vende, se alquila, se usa, se explota comercialmente e incluso se abandona y desecha. Lógicamente bajo esta concepción, su tutela se restringe a estos ámbitos. Sin embargo, para los pueblos indígenas, sus espacios se denominan **territorios**, siendo estos integrales, colectivos, comunales, solidarios, inherentes de la naturaleza y espiritualidad donde interactúan las fuerzas del cosmos desde su creación. Podríamos decir que son una especie de cordón umbilical que los mantiene unidos a sus antepasados en el devenir de la vida.[[22]](#footnote-22)

***Los territorios*** *son espacios geopolíticos donde se desarrolla* ***la cultura****, el* ***idioma****, donde se* ***nace de la semilla de maíz****, se tejen las* ***artes****. Son el pulmón del que brota el agua revitalizando la existencia misma como pueblos. Por ello, los territorios no son cambiables, no son vendibles, no son privados, no son personales, no se comercian. En su íntima expresión, son el principio y el fin; son sagrados, como lo son todos los seres. Su titularidad es la comunidad misma que los gobierna bajo leyes milenarias tradicionale*s.[[23]](#footnote-23)

*Por eso es que el territorio es reclamado como un* ***derecho colectivo****, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. El territorio es una* ***necesidad cultural y política****, vinculado al derecho de* ***autonomía y libre determinación****[[24]](#footnote-24). Es así como el concepto de territorio[[25]](#footnote-25) abarca la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra forma. Ello implica, el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan o a las que hayan tenido acceso tradicionalmente (aunque no estén ocupadas exclusivamente por indígenas) para sus actividades. En este sentido, los recursos naturales en estos espacios comprendidos, constituyen parte de los derechos tutelados para que puedan participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Incluso, en aquellos casos en que los minerales sean propiedad de los Estados, estos deben participar por medio de la consulta adecuada y con anticipación sobre los efectos que la prospección o explotación de estos recursos pueda ocasionarles. En este caso, deben participar de los beneficios por las actividades que reporten tales actividades para resarcir cualquier daño producto de las mismas.[[26]](#footnote-26)*

Acertadamente la Sala indica que dos entes externos y estatales, la CONAI y el INDER, no pueden determinar quiénes son indígenas, y proceder con los no indígenas, pues según hemos visto se requiere la participación individual y comunitaria en su determinación. Por ello, aún más allá, la misma resolución indica la necesidad de dos acciones adicionales: la consulta a la comunidad con el aporte del peritaje cultural que informe al juzgador de lo indígena para una visión más integral de la resolución jurídica del caso. Ambas situaciones contemplamos seguidamente en el apartado correspondiente (herramientas del caso concreto).

* B. MAPA

En segundo lugar, no hay duda de si se trata o no de una comunidad indígena pues todo versa sobre esta concepción, por lo que podría ser de gran ayuda la utilización de un mapa y la verificación de las condiciones de vida de la comunidad, ya que puede haber elementos claves para una mayor comprensión del **entorno cultural**, básicamente la historia y necesidades particulares de sus habitantes a fin de que el juzgador y las partes en general, conozcan más del lugar en estudio.

Por favor verifique en el mapa de **pueblos indígenas de Costa Rica el territorio de Keköldi**

Asimismo, una búsqueda rápida en los indicadores del INEC del X Censo Nacional y de Vivienda 2011, permitiría comprender aún más las condiciones de este territorio, idioma, porcentaje de población, lejanía, acceso y condiciones de vida de la comunidad.

Por favor verifique en los indicadores del INEC **pueblos indígenas en Costa Rica.**

* C. CULTURA

 Para una comprensión integral por favor leer **CULTURA** y **COSMOVISIÓN INDÍGENA** en el Referente Conceptual.

Este componente de identidad resulta ser uno de los más ricos y complejos que deben informar al proceso judicial de los elementos esenciales para comprender ese mundo indígena que les es extraño, desconocido, quizás incluso incomprensible a la mayor parte de los operadores jurídicos, en el cual intervienen y resuelven sobre aspectos medulares de la vida de la comunidad. En el caso de Keköldi la información histórica del nacimiento a la vida jurídica de este territorio, su proceso, el índice de desarrollo humano, las condiciones generales de la población, son un referente indispensable en que acertadamente la Sala remite al peritaje cultural para el mismo, el cual pasamos a analizar adelante en las herramientas del caso concreto.

**2. DISPOSICIONES JURÍDICAS APLICABLES**

Tratándose de casos que involucran a miembros de pueblos indígenas, la **normativa específica aplicable** es la que se señala nuevamente y jerárquicamente a continuación:

1. Convenio 169 de la OIT **Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes**
2. **Declaración de Naciones Unidas** sobre los derechos de los pueblos indígenas.
3. **Las Reglas de Brasilia**
* Jurisprudencia internacional sobre la materia y jurisprudencia nacional cuando desarrolle los principios rectores del derecho internacional que incorporan esta normativa internacional al bloque de constitucionalidad interno del país.
1. Constitución Política, leyes, reglamentos, directrices, reglas y otros (nacionales). Destacamos ***las Reglas Prácticas para facilitar el acceso de las poblaciones indígenas*** por parte del Poder Judicial y las ***Circulares de la Fiscalía de Asuntos Indígenas y la Defensa Pública sobre el tema.***
* Jurisprudencia Nacional

 Para acceder a los textos y normas indicados, por favor ubicarlos en su versión digital en la parte final de este Manual: **Normas Internacionales y disposiciones específicas nacionales.**

Obsérvese que para poder determinar quiénes son indígenas y quiénes no, debe consultarse a la comunidad.

Para una comprensión integral por favor leer **CONSULTA Y PARTICIPACIÓN** en el Referente Conceptual.

A continuación indicamos las siguientes disposiciones jurídicas vinculantes que deben informar el proceso de consulta específicamente, que según hemos visto fueron invocadas por la Sala en la resolución. Para ver los textos completos por favor ubicarlos en su versión digital en la parte final de este Manual: **Normas Internacionales y disposiciones específicas nacionales.**

**Un análisis previo del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes** señala sobre **la consulta en general**: ***Artículo 6*** *1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. / 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*

**Por otra parte, este mismo Convenio señala:**

***Artículo 7*** *1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.*

**Sobre la consulta en el caso de explotación del subsuelo indica**

**Art.15.2:** *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en su tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

**En relación con la enajenación de tierras indica:**

**Art.17.2:** *Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.*

Por otra parte, estos principios vienen a complementarse y desarrollarse en forma más amplia por parte de la**Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas** que señala **sobre la consulta en general:**

**Art. 19*:*** *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Teniendo en cuenta este marco normativo por favor ver la síntesis de los pilares internacionales de la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos en relación con el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el **Referente Conceptual**, los cuales conforman un marco que redimensiona y clarifica algunos de los principales elementos indispensables para realizar efectivamente un proceso de consulta en los términos señalados. A este desarrollo conceptual se le ha denominado principios internacionales sobre los criterios mínimos y requisitos esenciales de la Consulta a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que no hay “recetas” o fórmulas únicas aplicables a todos los países y circunstancias sobre lo que es un proceso de consulta, por lo que el propio art. 34 del Convenio 169 establece que “la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Ello da cuenta de la riqueza, complejidad y diversidad que debe tenerse en cuenta para realizar una consulta según el derecho internacional de los derechos humanos.

**JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA**

**Sobre la identidad la Corte Interamericana señaló**

 *[…] la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede […] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones[[27]](#footnote-27). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.[[28]](#footnote-28)*

Sobre las tierras y territorios indígenas la Corte Interamericana indicó:

La Corte Interamericana indicó:[[29]](#footnote-29)  *Este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana[[30]](#footnote-30). […] Además, la Corte ha tenido en cuenta que entre los indígenas, existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado ultural [sic]y transmitirlo a las generaciones futuras[[31]](#footnote-31).*

En el mismo sentido continúa reafirmando la Corte: *Asimismo, la Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”[[32]](#footnote-32). Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas[[33]](#footnote-33).*

En el mismo sentido señaló también esta misma Corte:

En este sentido cinco principios rectores han sido establecidos a nivel jurisprudencial por medio de la Corte IDH[[34]](#footnote-34), los cuales redimensionan el concepto de propiedad y mediante una interpretación evolutiva de los derechos humanos: *El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas[[35]](#footnote-35), según la cual: 1*) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado[[36]](#footnote-36); 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro[[37]](#footnote-37); 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas[[38]](#footnote-38); 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe[[39]](#footnote-39), y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad[[40]](#footnote-40).

Adicionalmente por favor ver las Reglas de Brasilia como este fallo lo indica en el capítulo correspondiente en este Manual así como las Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas en el compendio de normas internacionales y nacionales sobre la materia.

1. **HERRAMIENTAS DE ESPECIFICIDAD AL CASO CONCRETO**

**DISPOSICIONES DE ESPECIDAD INTERNAS**

**Con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en los convenios internacionales, se aprobaron 12 reglas prácticas para los operadores jurídicos, a fin de garantizar que los pueblos indígenas pudieran acceder a la administración de justicia (estatal).**

Por favor verifique en el capítulo anterior las Reglas Prácticas para Facilitar el Acceso a la Justicia de las Poblaciones Indígenas.

Para efectos prácticos, indicamos las pertinentes según el caso en estudio, así:

* *Cuando se juzgue a una persona indígena, el juez que conoce del caso dispondrá cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costeado por Estado****, el peritaje antropológico y/ o cultural****, con fin de conocer las normas culturales particulares, la personalidad, vida del imputado, entre otras, vinculadas con el hecho atribuido, lo anterior de conformidad con el artículo 339 del Código Procesal Penal. La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido.*

**JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Tomamos como estudio el presente caso como parte de la riqueza del desarrollo jurisprudencial de nuestro país, indicando que puede ampliarse en este sentido las resoluciones de la Sala Constitucional indicadas por esta misma resolución arriba resumida (Resolución de las 09 horas 36 minutos del 14 de enero de 2011 número de voto 2011000281. Así como el fallo de las 10n horas 50 minutos del 11 de junio de 2010 voto 2010-010224).

**LECCIONES APRENDIDAS**

El presente caso es un extraordinario ejemplo de lecciones aprendidas para superar las falencias evidenciadas por la Sala y evitar que en casos presentes o futuros, ocurran situaciones similares, que resultan en sí mismas la violación a derechos fundamentales de personas indígenas, aunado a la pérdida de recursos y esfuerzos institucionales. Así destacamos:

* La identidad corresponde a la comunidad y a la persona individualmente ejercerla y manifestarla y no ninguna institución estatal en nombre de los pueblos indígenas. Por ello, el INDER y la CONAI como instituciones estatales, no pueden decir quién es y quién no es indígena.
* Precisamente el desconocimiento del mundo indígena por parte de los operadores jurídicos, puede y debe ser incorporado a la administración de justicia por medio de los peritajes culturales. Sin embargo, en el presente caso por ser la identidad de la comunidad la que está de por medio, debe consultarse a la misma para que informe sobre el particular.
* Por ello, el proceso de consulta como mecanismo de participación de los pueblos indígenas, es uno de los pilares fundamentales del la normativa internacional sobre la materia, lo cual ha generado las más grandes controversias a nivel mundial pues ha implicado un aprendizaje de todas las partes para implementación. A quiénes consultar y cómo es un rico y complejo proceso, y nunca podrá interpretarse simplemente como un sí o un no. Idiomas, cultura, autoridades tradicionales, financiamiento, información y tiempos respetuosos de la diversidad cultural, deberán ser tomados en cuenta para el Poder Judicial para poder llevar a cabo esta acción pendiente de devolución de sus territorios.
* En este sentido la normativa internacional y sobre todo la jurisprudencia interamericana sobre la materia, son referentes obligados para fundamentar las decisiones que como en este fallo, han sido vertidas en resguardo de todas las personas partes del proceso.
1. *La Fiscal Adjunta de Asuntos Indígenas interpuso* *recurso de casación por adhesión (folios 369 vto. a 373).**En su único motivo de forma reclama falta de fundamentación en la fijación de la pena. El reclamo no fue de recibo.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Alí García, Lingüista Universidad de Costa Rica, indígena del territorio indígena de Talamanca y miembro de la Subcomisión de Asuntos Indígenas del Poder Judicial. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Negrita no es del original*. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Op. Cit. Alto Comisionado de Derechos Humanos.* [↑](#footnote-ref-4)
5. *Rodríguez Rescia, Victor: Cursos Autoformativos sobre el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, IIDH, 2006 citado nota anterior.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibídem*. *Sobre este particular, debe entenderse que al margen de lo que cada Constitución de los distintos Estados establezca en relación con el valor que le dé a los tratados internacionales, es lo cierto que desde el punto de vista del Derecho Internacional, acarrearía responsabilidad internacional para un Estado el que un tratado debidamente ratificado no sea aplicado por ser contrario a las normas internas vigentes, ya que se estaría violando el principio pacta sunt servanda y se estaría anteponiendo el derecho interno por encima del derecho internacional.*  [↑](#footnote-ref-6)
7. En orden alfabético. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Cfr.* *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva* OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 28; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 132; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 108. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Cfr.* *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50; y *Caso Yvon Neptune Vs. Hait, supra* nota 73, párr. 82. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra* nota 102, párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.* *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178. [↑](#footnote-ref-10)
11. La Corte hace notar que esta declaración corresponde a la interpretación que del idioma K’ich’e se hizo al español en el transcurso de la audiencia pública celebrada el 30 de abril de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. La Constitución de Guatemala de 1985 establece, en sus partes pertinentes, que: (disponible en: <http://www.congreso.gob.gt/Pdf/Normativa/Constitucion.PDF>)

Artículo 29.- Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. [..]

Artículo 58.- Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Cfr.* *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra* nota 12, párr. 142; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, s*upra* nota 104, párr. 167. [↑](#footnote-ref-13)
14. *En lo que interesa arguyó que mediante Decreto Ejecutivo número 6036-G del 12 de junio de 1976, se reconoció al territorio Bribrí de Këköldi como un anexo administrativo de la denominada “Reserva”Indígena de Talamanca. Posteriormente, dijo, el 9 de agosto de 1977, en Decreto Ejecutivo número 7267-G se llevó a cabo la primera delimitación. Luego, expuso, en similar acto de número 16568-G del 25 de setiembre de 1985, se independiza a la “Reserva” Indígena de Talamanca y la convierte en “Reserva” Territorio Indígena. Expresó, años después, el 24 de junio de 1996, en Decreto Ejecutivo 25296-G, se modificaron los límites y se les despojó de una de las partes más valiosas del lugar, la parte que está junto al mar. Sostuvo, el 22 de marzo de 2001, mediante Decreto Ejecutivo 29956, se volvió a agregar una nueva área, redefiniéndose nuevos límites. Adujo, de acuerdo a lo dispuesto en este último acto, el territorio tiene una medida de 5.480 hectáreas y 6.780 metros cuadrados, no obstante lo anterior, los indígenas solo están poseyendo 1.500 hectáreas, de las cuales 1.100 están destinadas a la conservación de bosque; el resto está ocupado por terceras personas. Refirió, en el año 2003, el Ministerio de Hacienda, en coordinación con el Conai valoró los inmuebles de 71 ocupantes, pero el Poder Ejecutivo no tramitó el presupuesto extraordinario que se ordenó en ese Decreto. Más aún, manifestó, para el momento cuando se presentó la demanda, ninguna institución del Estado había realizado el resto de los estudios y avalúos correspondientes.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *1. Las autoridades Judiciales promoverán la realización de diligencias “in situ”, en aquellos lugares donde existan territorios indígenas. 2. Dentro de cada presupuesto de los distintos programas, se contemplará un rubro a fin de brindar ayuda económica a las personas usuarias indígenas que la requieran, para cubrir algunos gastos que origine su traslado a los despachos judiciales, y un rubro de viáticos para las y los funcionarios quienes participen en las diligencias “in situ”. 3. Los y las jueces, así como cualquier autoridad judicial establecerán como práctica la atención de las y los usuarios indígenas. 4. Los y las jueces, así como los y las funcionarios (as) judiciales darán prioridad de trato a las personas indígenas que se apersonen a los despachos judiciales. 5. Deberán los y las jueces, fijar los señalamientos de las audiencias y juicios dentro de un horario accesible, contemplando las particularidades de cada zona. 6. Los y las juezas, así como las autoridades judiciales, que requieran documentos de otras entidades en este tipo de asuntos; establecerán los canales de comunicación y coordinación necesarios para hacerlos llegar al caso concreto a la brevedad posible; y comunicarán a la Comisión de Accesibilidad los obstáculos que se les presenten para el cumplimiento efectivo de las recomendaciones. 7. Deberán aplicarse las directrices de no revictimización en los casos en que sean parte personas indígenas y especialmente mujeres, niñas, niños y adolescentes. 8. Colocar distintivos de color rojo en los expedientes en el caso de que una de las partes sea una persona indígena. 9. Los (as) servidores (as) judiciales propiciarán y colaborarán, junto con otras instituciones públicas, la incorporación de las personas indígenas a los procesos de enseñanza secundaria y universitaria que faciliten su participación en la solución de sus asuntos a partir de su propia perspectiva. 10. La Administración de Justicia procederá a nombrar siempre a toda persona indígena intérprete y traductor en su idioma materno, con cargo al presupuesto del Poder Judicial, salvo que hable y comprenda el idioma español./ El intérprete será nombrado dentro de la lista oficial; sin embargo, de modo excepcional, podrá nombrarse por “inopia”. En tal supuesto, la autoridad respectiva verificará que sea una persona idónea, considerando las particularidades de la situación concreta. Lo anterior sin perjuicio de que dicha persona nombre uno de su confianza, conforme establece el artículo 14 del Código Procesal Penal. 11. Cuando se juzgue a una persona indígena, el (la) juez (a) que conoce del caso dispondrá, cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costeado por el Estado, el peritaje antropológico y/ o cultural, con el fin de conocer las normas culturales particulares, la personalidad, vida del (de la) imputado (a), entre otras, vinculadas con el hecho atribuido, lo anterior de conformidad con el artículo 339 del Código Procesal Penal./ La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido. 12. La Contraloría de Servicios será la encargada de velar porque se cumplan las recomendaciones propuestas.* [↑](#footnote-ref-15)
16. *Véase Decreto Ejecutivo 34, Declara y Demarca Zonas como Reservas Indígenas (1956).* [↑](#footnote-ref-16)
17. *Véase, e.g. Decreto Ejecutivo 13572 (1982); Decreto Ejecutivo 13571 (1982); Decreto Ejecutivo 16570 (1985).* [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ley 6172, Ley Indígena, Artículo 5 (1977).* [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibídem, Artículo 3: “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”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. *Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas citadas.* [↑](#footnote-ref-20)
21. *En Colombia se identifican como Resguardos Indígenas; en Panamá como Comarcas Indígenas; y así otras denominaciones latinoamericanas como comunidades nativas.* [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ver Op.cit Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.* [↑](#footnote-ref-22)
23. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-23)
24. *Stavenhagen Rodolfo, Op.cit.* [↑](#footnote-ref-24)
25. *Convenio 169 de la OIT citado.* [↑](#footnote-ref-25)
26. *Op.cit Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.* [↑](#footnote-ref-26)
27. *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.* [↑](#footnote-ref-27)
28. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.* [↑](#footnote-ref-28)
29. *Caso Xákmok Kásek citado.* [↑](#footnote-ref-29)
30. *100 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra nota 5, párr. 137; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 118, y Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 88.* [↑](#footnote-ref-30)
31. *101 Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs.Paraguay, supra nota 20, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 90.* [↑](#footnote-ref-31)
32. *Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 101, párr. 149; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 120, y Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 89.* [↑](#footnote-ref-32)
33. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 120.* [↑](#footnote-ref-33)
34. *Caso Xákmok Kásek citado*. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra nota 5, párrs. 131; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 128, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs.Surinam, supra nota 16, párr. 89.* [↑](#footnote-ref-35)
36. *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 101, párr. 151, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 128.* [↑](#footnote-ref-36)
37. *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 101, párr. 151, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 128.* [↑](#footnote-ref-37)
38. *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 101, párr. 164; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra nota 45, párr. 215, y Caso del Pueblo Saramaka vs.Surinam, supra nota 16, párr. 194.* [↑](#footnote-ref-38)
39. *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 133, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 128.*  [↑](#footnote-ref-39)
40. *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, supra nota 20, párrs. 128 a 130.* [↑](#footnote-ref-40)