

Universidad de Costa Rica
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Facultad de Derecho

Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciado en
Derecho mención en Derecho Ambiental

Título:

*Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del
peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal
costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de
pueblos indígenas*

Sustentante:

Manuel Emilio Soto Aguilar

San José, Costa Rica

2014



30 de abril del 2014
FD-AI-300-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: **Manuel Emilio Soto Aguilar**, carné A65619, denominado: "Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis Jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Ronald Salazar Murillo
Presidente	Dr. Álvaro Burgos Mata
Secretaria (o)	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	MSc. Rodolfo Solórzano Sánchez
Miembro	Lic. Gustavo Enrique Cabrera Vega

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **15 de mayo del 2014**, a las 6:00 p.m. en la Sala de Replicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



Ava
Cc: Expediente

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

SD

Estimado Dr. Salas:

Tengo el agrado de informarle, que le he dado mi aprobación al Trabajo Final de Graduación denominado "*Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas*" realizado por el egresado **Manuel Emilio Soto Aguilar, carné A65619**, el cual será presentado como Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho de este centro de estudios.

El postulante ha incursionado en el tema de la pericia cultural como un elemento fundamental para permitir el acceso a la justicia de los indígenas, así mismo, para permitir aplicar una justicia más adecuada para este grupo de personas, permitiendo al Juez o Jueza emitir un veredicto más individualizado cuando se trata de personas indígenas.

En la introducción de la tesis el postulante realiza un vínculo entre la realidad que sufren los pueblos indígenas respecto del acceso a la justicia y el uso de la herramienta del peritaje cultural, como respuesta de reconocimiento de la diversidad cultural en los modelos de administración de justicia.

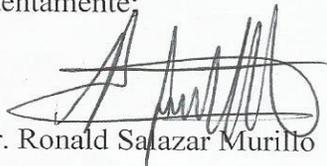
Además en los capítulos siguientes realiza un breve recorrido de las corrientes que acercan al Derecho, a una idea más cercana de pluralismo jurídico, complementa esta información realizando una radiografía de la realidad en otros países latinoamericanos y la nacional, con

breves caracterizaciones que vinculan el tema en cuestión con el ejercicio de otros derechos de los pueblos indígenas.

En unos de sus apartados distingue claramente lo que es el peritaje jurídico antropológico, del peritaje cultural que se propone, y se critica fuertemente la forma en que el Consejo Superior del Poder Judicial, como órgano encargado, ha abordado el tema en las circulares orientadoras sobre acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad, en tanto se demuestra (a) Problemas de índole conceptual y por consiguiente de abordaje, (b) Temor a romper con las estructuras homogéneas, monistas y silogistas del Derecho, con una clara cautela a lo diverso, que evita que los Juzgadores apliquen penas alternativas. (c) Desconocimiento de los juzgadores, fiscales y defensores, que permitan un trato diferenciado pero a su vez respetuoso de los derechos humanos de los pueblos indígenas. (d) Falta de modelos que adapten y garanticen un acceso a la justicia respetuoso de la diversidad cultural. Por otro lado, se demuestra que la jurisprudencia en casos particulares tiene serios defectos que podrían mejorarse en forma sustancial si se aplicara peritajes como los propuestos. Al final se concluye realizando una propuesta de reforma a nuestra legislación procesal penal. De forma que el presente tema constituye un valioso aporte y además estimo que la investigación realizada reúne todos los requisitos de forma y de fondo que exigen los reglamentos respectivos.

San José, 02 de abril del 2014

Atentamente:



Dr. Ronald Salazar Murillo

Director de Tesis.

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

SD

Estimado Dr. Salas:

Por este medio le informo mi aprobación definitiva de la tesis titulada "*Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas*" realizado por el egresado **Manuel Emilio Soto Aguilar, carné A65619**, el cual será presentado como Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho de este centro de estudios. Lo anterior en mi condición de lector del Comité Asesor del Trabajo Final de Graduación.

San José, 21 de abril del 2014

Atentamente;



Dr. Alvaro Burgos Mata

Lector de Tesis.

Gonzalo Monge Núñez

San Pedro de Montes de Oca, 21 de abril del 2014

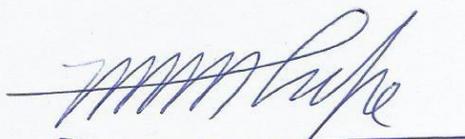
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado: *"Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas"*, elaborado por el postulante Manuel Emilio Soto Aguilar, carné A65619.

Se trata de una investigación seria e interesante, sobre un aspecto relevante y actual. Desde una perspectiva novedosa, se analiza el recurrente tema de los factores que limitan la garantía de acceso a la Justicia de los pueblos indígenas. Esta vez tratado en forma específica, a partir del peritaje cultural como medio de prueba. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, lo apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludar al señor Director muy atentamente:


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

Martes, 20 de mayo de 2014.

Atención

Dr. Ricardo Salas Porras

Director Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Hago constar que leí y corregí el proyecto del estudiante Manuel Emilio Soto Aguilar, cédula # 1-1319-0442, denominado: *"Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas."* Para optar por el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, mención en Derecho Ambiental.

Se revisaron errores gramaticales, de puntuación, ortográficos, de estilo y otros relacionados con el campo filológico, los cuales se manifestaron en el documento escrito.

Con base en lo anterior, se considera que dicho trabajo cumple con las exigencias establecidas por la Real Academia Española, las normas del APA (American Psychological Association) en su sexta edición, todo lo relacionado con la normativa filológica vigente y puede ser presentado como requisito de graduación.

Se subscribe cordialmente,



4-189-154

Filóloga. Universidad de Costa Rica.

Cedula: 4-189-154

Carné del Colopro: 43535

Dedicatoria

Al maestro y amigo Dr. Víctor Manuel Ardón Acosta.

Quien me enseñó a amar la justicia

A los amigos Luisa Bejarano Montezuma, Yamileth Blanco Jimenez, Cindy Vargas Ortiz,

Filidencio Cubillo Morales y Sergio Rojas Ortiz

A quienes les debo las enseñanzas...

Agradecimientos

A las y los soñadores, a las y los luchadores, a las y los caminantes, a las y los acompañantes en este proceso de crear “otro mundo posible”.

A todos aquellos que han marcado mi destino en especial a Mi Familia, en su sentido amplio, a Hady, Mario, Ana K, Gustavo, Maria Fernanda, Diego M., Tammy, Fabi, Ale, Ana Lucía, Karla, a mis amigos y por la especial colaboración a mi Director y Lectores.

Contenido

Dedicatoria	viii
Agradecimientos	ix
Tabla de abreviaturas	xii
Resumen.....	xiii
Ficha bibliográfica	xv
TÍTULO I: Introducción.....	1
Capítulo único: Planteamiento de la investigación	1
A) Introducción: Cultura, Derecho, Justicia.....	1
B) Justificación del tema	7
C) Problema de investigación	8
D) Preguntas de investigación	11
E) Objetivos de la investigación	12
F) Hipótesis.....	13
G) Marco Metodológico.....	13
TÍTULO II: Fundamentos teóricos y antecedentes de investigación	18
Capítulo 1: Fundamentos ulteriores del peritaje.....	18
A) Orígenes del problema: el Derecho ante la diversidad cultural.....	18
B) Aporte de la teoría crítica del derecho de Carlos Cossio.....	23
C) Diversidad cultural e identidad indígena desde el Derecho en la actualidad	28
D) Derecho consuetudinario, “derecho indígena propio”	34
Capítulo 2: Reflexiones sobre el tema a nivel Latinoamericano.....	47
A) Disposiciones constitucionales referidas a los pueblos indígenas.....	47
B) Derecho consuetudinario y peritaje en Guatemala.....	51
Capítulo 3: Los pueblos indígenas costarricenses ante el derecho.....	58

A)	Generalidad de los pueblos y territorios indígenas de Costa Rica	58
	Cuadro # 1: Población indígena perteneciente a alguna etnia en Costa Rica, según sexo	60
	Cuadro #2: Territorios indígenas de Costa Rica	61
	Figura # 1: mapa de los territorios indígenas de Costa Rica	64
B)	Reflexiones sobre el tema del derecho y la cultura indígena en Costa Rica	67
C)	Derechos indígenas y tutela jurídica ante el derecho penal.....	75
D)	Derechos indígenas que emanan de la aplicación de los tratados.	79
	Figura #2: Ciclo de la consulta previa de pueblos indígenas.	84
E)	Acceso a la justicia de los pueblos indígenas.....	90
	TÍTULO III: Análisis y reflexiones sobre el proceso penal y el peritaje.	101
	Capítulo 1: Generalidades del Peritaje Cultural	101
A)	Definiciones conceptuales.....	101
B)	Fundamentos y Marco Normativo del peritaje cultural.....	104
C)	Función del Peritaje Cultural como medio de prueba.	108
	Figura #3: Escenarios penales con imputados indígenas en los que se puede aplicar el Peritaje cultural como medio de prueba.	110
D)	Dictamen pericial y aplicación práctica del peritaje cultural	115
	Capítulo 2: situación jurídica del peritaje cultural en Costa Rica.	118
A)	Antecedentes, normas y legislación.	118
B)	Reflexiones sobre el error de comprensión culturalmente condicionado.....	121
C)	Jurisprudencia, casos del ámbito judicial costarricense.	128
	TÍTULO IV: Conclusiones, recomendaciones y propuesta.	139
	Conclusiones generales	139
	Recomendaciones.....	144
	Propuesta.....	146
	Bibliografía consultada	151

Tabla de abreviaturas

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ARADIKES	Asociación Regional Aborigen del Dikes
ADI	Asociación de Desarrollo Integral
CONAI	Comisión Nacional de Asuntos Indígenas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJUL	Centro de Información Jurídica en Línea
DIP	Derecho Internacional Público
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
FRENAPI	Frente Nacional de Pueblos Indígenas
SERPAJ	Servicio Paz y Justicia
INDER	Instituto de Desarrollo Rural
MIODHPI	Misión Internacional de Observación de Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas
PH	Proyecto Hidroeléctrico.
IDPP	Instituto de la Defensa Pública de Guatemala

Resumen

El acceso a la justicia es un reclamo que ha sido formulado con insistencia por los pueblos indígenas. Este reclamo se puede centrar en dos aspectos: Primero, se reclama el acceso en condiciones de igualdad a la jurisdicción del Estado, lo cual conlleva necesariamente que se imparta justicia de forma eficaz, que se garanticen sus derechos fundamentales respetando su diversidad cultural, garantizando el cumplimiento de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Segundo, el desarrollo - no solo desde las políticas públicas- sino desde el propio ordenamiento jurídico; de herramientas o de reelaboración de los existentes, que permitan un acceso con equidad y de acuerdo con sus especificidades culturales y étnicas. También se desprende del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central en su capítulo sobre Costa Rica, elaborado por el ACNUDH que el Estado debe garantizar el acceso a la justicia reconociendo sus particularidades culturales, así como la incorporación de los idiomas, valores y visiones del mundo, a los modelos educativos de dichos pueblos.

En el 2007, el Poder Judicial realizó un diagnóstico sobre la situación de los pueblos indígenas en condiciones de vulnerabilidad y relativo al acceso de las personas indígenas a la justicia estatal, en el cual se determinó que este se ve obstaculizado por múltiples factores como la falta de celeridad, el no contar con traducción ni con patrocinio jurídico especializado que conozca la realidad de las personas y comunidades indígenas. También se hace referencia a la falta de comprensión del tema y la inadecuada preparación de los y las juzgadoras para resolver asuntos relacionados con estos pueblos.

Razón por la cual, la investigación planteada, pretende abarcar el tema de la valoración jurídica, especialmente en torno a una herramienta, como lo es el peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal. Se busca determinar si este es un mecanismo apropiado e idóneo para alcanzar el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas existentes en el país, todo esto de acuerdo con la legislación nacional vigente y la jurisprudencia relevante al caso, y por tanto si la misma facilita el acceso a la justicia para pueblos indígenas.

Con base en lo anterior expuesto, las principales hipótesis de la presente investigación son que la utilización del peritaje cultural como medio de prueba dentro de los procesos penales que involucran personas de origen indígena, permitirá un mejor acceso a la justicia, tanto para los imputados como para las comunidades en general, además que dentro del sistema jurídico costarricense, a pesar que existen las indicaciones legales y la jurisprudencia necesaria para asegurar la necesidad y utilidad del peritaje como medio de prueba, esta herramienta sigue siendo ineficaz e inaccesible en muchos casos para asegurar el acceso a la justicia en casos que involucran miembros de pueblos indígenas.

Por su parte, el objetivo general consiste promover el peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense para garantizar el acceso efectivo a la justicia de los pueblos indígenas que habitan el Estado costarricense. Respecto de la metodología, se parte de un enfoque metodológico sistemático-analítico utilizando como principales técnicas la revisión bibliográfica y el análisis de casos tipo.

Lo que nos permite arribar a las siguientes conclusiones: que existen problemas de índole conceptual y por consiguiente de abordaje, que es notorio el temor a romper con las estructuras homogéneas, monistas y silogistas del Derecho, con una clara cautela a lo diverso. Además por el análisis de casos tipo es evidente el desconocimiento de los juzgadores, fiscales y defensores, que permita un trato diferenciado pero a su vez respetuoso de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Es clara la falta de modelos que adapten y garanticen un acceso a la justicia respetuoso de la diversidad cultural. Por otro lado el código procesal penal (art 339), señala el concepto de peritaje especial por consiguiente en el orden del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, Son las partes fiscal y defensor los que hacen la gestión de la pericia. Solo a inobservancia de estos lo hace el juez. Por lo cual, son estas partes las que deben consultar al referente de cultura material, antes que al antropólogo, pues el antropólogo hace una lectura de la realidad cultural, que suplanta la voz propia del indígena que demanda tener control sobre su identidad cultural.

Ficha bibliográfica

Soto Aguilar, Manuel Emilio. *Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2014 xv y 165

Director de tesis: Dr. Ronald Salazar Murillo

Palabras claves: acceso a la justicia, pueblos indígenas, imputado indígena, comunidades parte, ofendido, víctima, peritaje cultural, peritaje jurídico antropológico, identidad cultural, pluralismo jurídico, error de comprensión culturalmente condicionado y diversidad cultural.

Límites del acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas: el peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense para el respeto de la identidad cultural.

TÍTULO I: Introducción

Capítulo único: Planteamiento de la investigación

A) Introducción: Cultura, Derecho, Justicia

“ ... El mundo, perplejo, empieza a descubrir que pesa más la razón cultural de los pueblos, que la lógica racionalista del modelo de Estado que la identidad étnica está por encima de razones de Estado y es mucho más fuerte que sus políticas...”.
(Documento preparado por el Comité de Expertos IIDH. Para Taller de Consulta sobre Constitucionalidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas. Guatemala, Marzo 1994).

El acceso a la justicia es un reclamo que ha sido formulado con insistencia por los pueblos indígenas. Este reclamo se puede centrar en dos aspectos: *Primero*, se reclama el acceso en condiciones de igualdad a la jurisdicción del Estado, lo cual conlleva necesariamente que se imparta justicia de forma eficaz, que se garanticen sus derechos fundamentales respetando su diversidad cultural, garantizando el cumplimiento de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. *Segundo*, el desarrollo - no solo desde las políticas públicas- sino desde el propio ordenamiento jurídico; de herramientas o de reelaboración de los existentes, que permitan un acceso con equidad y de acuerdo con sus

especificidades culturales y étnicas. De acuerdo con el IIDH, por *acceso a la justicia* entendemos:

La posibilidad real que tienen todas las personas (independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones sociales y culturales) de llevar cualquier conflicto de intereses individuales o colectivos ante un sistema de justicia (todos los medios para atender y resolver conflictos reconocidos y respaldados por el Estado). Esta posibilidad real de acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia (entre otros), de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos, es un derecho humano fundamental y forma parte de la construcción del Estado de Derechos y de las democracias inclusivas, que contemplan la multiculturalidad de la ciudad. (IIDH, 2008)

Dicho de otro modo, el autor Casal menciona;

El acceso a la justicia debe entenderse como el conjunto de posibilidades que el Estado pone a disposición de las personas para resolver sus conflictos. El acceso a la justicia implica acercar los órganos de justicia a la gente, pero además, implica revisar la calidad del servicio por medio del cual el Estado resuelve la conflictividad social puesta en su conocimiento por medio de sus órganos. (Casal, citado por Ixchiu 2010: 37)

Sobre el particular, es de resaltar lo expuesto por Guevara sobre un aspecto central a considerar como antecedente del presente tema de investigación, referente al acceso a la justicia y al sistema judicial, indicando que:

Todas las comunidades indígenas se quejan del acceso a la justicia y de los resultados que se han obtenido cuando se logra. Por sus formalismos, el acceso al sistema judicial es casi imposible y, cuando se da, produce fallos tardíos o sesgados por el desconocimiento de los jueces con respecto a las costumbres y problemática indígenas, además del desconocimiento frecuente de la legislación indigenista vigente. Un factor positivo lo constituye el acceso a la Sala Constitucional, que ha producido una importante jurisprudencia, especialmente en torno a la aplicación del Convenio 169 de la OIT. (Guevara, 2000:4)

Y de una forma más actual en agosto del 2013, la Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. (MIODHPI) sistematizó información y en su informe final del 16 de octubre del 2013 concluyo que:

Los/as miembros de las comunidades manifestaron que el Estado aún no reconoce las normas tradicionales de sus Pueblos, tampoco las Autoridades Tradicionales, que pueden hacer justicia en muchos de los conflictos internos, más bien les quitan autoridad y desconocen sus resoluciones, como es el caso de los conflictos por tierras, cuando se han establecido “Tribunales Consuetudinarios”. (...) Se nos Informó de lo difícil del acceso a la Justicia ordinaria: la lentitud de los procesos ante los Juzgados Agrarios y Penales, así como la impunidad de la mayoría de las agresiones y actos contrarios a sus derechos (tanto individuales como colectivos) bien porque derivan de la realidad anteriormente descrita, o porque las denuncias no son investigadas o son desestimadas. Denunciaron que en muchos casos se nota la

acción discriminatoria de las autoridades judiciales, cuando la policía judicial (OIJ) como los Jueces, actúan rápido en las investigaciones y resoluciones finales, tratándose de delitos ó infracciones cometidas por un /una Indígena.

La mayoría nos relató la dificultad de las lejanías geográficas y la falta de recursos económicos para viajar a Oficinas Judiciales. Muchos de los/as agresores y promotores de violencia dentro de los territorios, son no indígenas, que viven cerca, quiénes los amenazan con más agresiones, en algunos casos la policía “toma nota de las denuncias” dice que las va a tramitar y nunca saben nada más. El idioma es una barrera cultural, para los entendimientos, así como el desconocimiento de la ritualidad judicial (actos – términos – palabras –), suman a esto el ambiente hostil de los Tribunales (edificios – la relaciones sociales – la seguridad para ingresar, p.ej.), los llena de temor que en muchas ocasiones los paraliza y no saben que decir o hacer. Además denuncian el desconocimiento o poca capacitación de los /as funcionarios /as judiciales, sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, así como la no aplicación de los Protocolos específicos y especiales, suscritos y ratificados por Estado de Costa Rica, como las “Reglas de Brasilia”. (Informe Final, 2013: 12-13)

También, se desprende del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central (2011) en su capítulo sobre Costa Rica, elaborado por el ACNUDH, que el Estado debe garantizar el acceso a la justicia reconociendo sus particularidades culturales, así como la incorporación de los idiomas, valores y visiones del mundo, a los modelos educativos de dichos pueblos. Lo cual

necesariamente implica reconocer particularidades culturales, los idiomas, las visiones, estructuras, formas de organización y modelos educativos.

En el 2007 el Poder Judicial realizó un diagnóstico sobre la situación de los pueblos indígenas en condiciones de vulnerabilidad y relativo al acceso de las personas indígenas a la justicia estatal, en el cual se determinó que este se ve obstaculizado por múltiples factores como la falta de celeridad, el no contar con traducción ni con patrocinio jurídico especializado que conozca la realidad de las personas y comunidades indígenas. También se hace referencia a la falta de comprensión del tema y la inadecuada preparación de los y las juzgadoras para resolver asuntos relacionados con estos pueblos.

Estos criterios solo vienen a confirmar los resultados de un Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia realizado en el 2003 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). De esta actividad surgieron algunas de las siguientes recomendaciones para los poderes judiciales.

1. Que adopten medidas especiales para responder al desequilibrio histórico de los pueblos indígenas como causa subyacente de su discriminación en los sistemas de justicia.

2. Que creen y mantengan sistemas de recolección de datos cualitativos sobre los pueblos indígenas y la administración de justicia, tales como índices de los niveles de arrestos, sentencias, encarcelamientos y penas capitales. Estos datos deben ser desagregados según el estatus de indígena, de género y de edad y deben ser publicados y accesibles con el fin de determinar situaciones de discriminación y sobre la representación de pueblos indígenas en los sistemas de administración de justicia.

3. Que el encarcelamiento de personas indígenas se utilice como último recurso y que se consideren, junto con las comunidades indígenas, alternativas basadas en la igualdad y la no discriminación que incluyan opciones diferentes a la privación de libertad.

4. Que desarrollen medidas, incluyendo la educación, formación y políticas de reclutamiento para aumentar el número de personas indígenas empleadas en los sistemas de administración de justicia.

5. Que promuevan programas de formación y educación para los cuerpos de funcionarios de los sistemas de justicia sobre las culturas de los pueblos indígenas, sus costumbres y prácticas jurídicas, como medidas para combatir la discriminación y promover el respeto de la diversidad cultural.

6. Que tomen medidas para que los pueblos indígenas, tanto individual como colectivamente, puedan entender o ser entendidos en los procedimientos legales por medio de intérpretes u otros mecanismos efectivos. (IIDH, 2006: 828-831 citado en Proyecto de Ley No. 17805 del 4 de agosto del 2010)

Razón por la cual la investigación planteada, pretende abarcar el tema de la valoración jurídica, especialmente en torno a una herramienta, como lo es el peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal. Se busca determinar si este es un mecanismo apropiado e idóneo para alcanzar el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas existentes en el país, todo esto de acuerdo con la legislación nacional vigente y la jurisprudencia relevante al caso, y por tanto si la misma facilita el acceso a la justicia para pueblos indígenas.

B) Justificación del tema

El tema sobre peritaje cultural, esencia del título de la presente investigación para optar por el grado de Licenciado en Derecho nace producto de la lectura de legislación comparada en Guatemala y de un acercamiento en los últimos años a líderes, mayores y activistas indígenas, por acciones y acompañamientos específicos voluntarios con el Frente Nacional de Pueblos Indígenas conocido por sus siglas –FRENAPI-.

Con lo anterior es necesario dejar clara la situación de que nuestro ordenamiento jurídico parte de una visión no inclusiva de las realidades culturales del país, empezando porque el orden constitucional que encarna los valores de un Estado, no reconoce la diversidad del mosaico cultural que nos constituye. Del mismo modo se evidencia un claro desconocimiento de los operadores jurídicos, relacionado con la definición del término “peritaje cultural”, que frecuentemente suele ser subsumido e interpretado como “peritaje antropológico” en su ámbito restrictivo, cuando puede ser una herramienta mucho más amplia. Es crítica esa relación que se entreteje, cuando este desconocimiento se refleja en los llamados a conocer el Derecho.

Hay peritaje cultural en diversas materias, pero la presente investigación se propone solo analizar un fenómeno específico el cual es el comportamiento y por tanto las problemáticas asociadas al peritaje cultural, entendido como medio de prueba en el proceso penal costarricense, especialmente aplicado a los pueblos indígenas. Es por eso que al concluir la investigación planteada, se pretende hacer un aporte a los procesos penales en Costa Rica, ofreciendo una herramienta acorde con la diversidad cultural que permita garantizar el acceso a la justicia, principalmente para los pueblos indígenas que suelen verse en situaciones de mayor vulnerabilidad respecto del resto de la población nacional.

Por consiguiente; como veremos más adelante el peritaje cultural es un mecanismo que busca la dignidad por el respeto de los derechos humanos de estos pueblos.

C) Problema de investigación

La presente investigación pretende juzgar los límites del acceso a la justicia de los miembros de pueblos indígenas en Costa Rica, centrándose especialmente en el uso de la herramienta jurídica del peritaje cultural.

Esta herramienta como medio de prueba dentro del proceso penal implica varias nociones, como el respeto a la autonomía y dignidad de las culturas indígenas, la aceptación de las normas del derecho consuetudinario, y la aplicación de varios preceptos normativos del derecho internacional suscritos por el Estado costarricense.

Dicho de otro modo:

El peritaje cultural, es un acto procesal, que debe desarrollarse por encargo del juez en todo proceso en que se aplique la legislación nacional a los pueblos indígenas, con el fin de tomar en cuenta su cultura y/o su método propio de resolución de conflictos en un caso concreto. Se trata de una actividad humana, por la cual se verifica la cultura en sus diversas manifestaciones como producto de hechos sociales; se establecen sus características, modalidades, calidades, y relación con los hechos sujetos a juicio. (Solórzano, citado por Ixchiú, 2010: 50)

El peritaje cultural es desarrollado para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes sometida al proceso judicial es miembro de un pueblo indígena o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas por lo cual:

Los operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, **inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales**, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico antropológico), a fin de garantizar el ejercicio efectivo del Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia (Valiente, 2012:67) (El resaltado no es del autor)

Es importante tener claro que el peritaje no es un elemento de juicio que busque a priori ser favorable o negativo para el imputado o víctimas:

Dentro de un proceso judicial el peritaje cultural no busca la inocencia ni la falta de voluntad de una persona frente a un hecho. Su función es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar los elementos de juicio para el juzgador; es decir, es una herramienta jurídica que permite aclarar los hechos porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea. (Instituto de la Defensa Pública Penal Guatemala, 2008)

Con miras a no generar confusión se hace la diferencia conceptualmente de: el peritaje cultural y el peritaje jurídico antropológico. Aunque algunos autores lo utilicen como sinónimo. Así pues, cuando se hable de perito cultural está más vinculado a la idea de un sabio de un pueblo o una autoridad tradicional y cuando sea mencionado el peritaje

jurídico antropológico es más bien el aporte reconocido que realiza un académico o profesional en la materia dentro del sistema occidental, en el proceso penal.

Se busca valorar a lo largo de la investigación si el peritaje cultural es un mecanismo apropiado e idóneo, que ayude en la búsqueda de respeto a la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas vinculados por una circunstancia u otra a un proceso penal, todo esto de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia relevante al caso.

Luego de hacer una valoración exhaustiva de las posibilidades de esta herramienta jurídica específica, se harán algunas sugerencias para que a futuro se puedan ejecutar peritajes culturales tendientes a garantizar el acceso eficaz a la justicia por parte de miembros de pueblos indígenas en nuestro contexto costarricense.

D) Preguntas de investigación

¿Qué implican conceptos como cultura, diversidad cultural, pluralismo cultural, y la diversidad específicamente aplicada en el ámbito jurídico, de acuerdo con la doctrina, la legislación y jurisprudencia costarricense?

¿Qué debemos entender y que implica el peritaje cultural como medio de prueba, el error de comprensión culturalmente condicionado y su aplicación en el proceso penal y el dictamen pericial, como elemento integrador del elenco probatorio?

¿Es el peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal, uno de los mecanismos apropiados e idóneos dentro de la legislación nacional, para alcanzar el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas existentes en el país?

¿Cómo puede ayudar el peritaje cultural para construir desde los saberes de los pueblos formas de acceso a la justicia?

E) Objetivos de la investigación

Objetivo general

Promover el peritaje cultural como medio de prueba especialmente dentro del proceso penal costarricense para garantizar el acceso efectivo a la justicia de los pueblos indígenas que habitan el Estado costarricense

Objetivos específicos

- Caracterizar el peritaje cultural como medio de prueba, dentro del proceso penal, a la luz de la normativa legal vigente y ante algunas problemáticas socioculturales atinentes a los pueblos indígenas.
- Analizar jurisprudencia emblemática donde el peritaje cultural influyó, incidió, aportó o puede hacerlo de manera relevante como parte del proceso de administración de justicia.
- Incidir para mejorar la utilización de esta herramienta jurídica como medio para fortalecer el acceso eficaz a la justicia por parte de miembros de pueblo indígenas vinculados a procesos penales.

F) Hipótesis

Primera hipótesis: La utilización del peritaje cultural como medio de prueba dentro de los procesos penales que involucran personas de origen indígena, permitirá un mejor acceso a la justicia, tanto para los imputados como para las comunidades en general.

Segunda hipótesis: En la actualidad, dentro del sistema jurídico costarricense, a pesar que existen las indicaciones legales y la jurisprudencia necesaria para asegurar la necesidad y utilidad del peritaje como medio de prueba, esta herramienta sigue siendo ineficaz e inaccesible en muchos casos para asegurar el acceso a la justicia en casos que involucran miembros de pueblos indígenas.

G) Marco Metodológico

g.1) Método a utilizar

Es necesario definir cuál método primordial del Derecho será aplicado para la presente investigación. La aplicación de un método científico estricto y específico es fundamental para asegurar la calidad de una investigación de tesis que aporte algo útil, válido y novedoso a las ciencias jurídicas.

Para esto, es necesario definir un enfoque metodológico dentro de las ciencias jurídicas. He escogido el *enfoque metodológico sistemático-analítico* que se puede definir como:

Estudia las formas en que se ordena un todo, una serie de conocimientos, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo. Las técnicas que hacen posible la mejor aplicación de este todo son las de captura y sistematización de datos, casos y procesos; y las de análisis y presentación de información... (Armenta, 1986:68)

Según este mismo autor, este método científico es sumamente necesario hoy en el campo del Derecho, principalmente cuando queremos discutir sobre la aplicabilidad y normatividad de una herramienta específica dentro de los procesos penales:

La poca aplicación de este método se observa en las deficiencias de la mayoría de las investigaciones jurídicas; por ejemplo en la producción legislativa, la presentación sistemática y dispersa de normas jurídicas; provocan oscuridad en las disposiciones y difícil acceso de la población a la justicia. (Armenta, 1986:68)

Dada la naturaleza de la presente investigación en el cual los dos componentes generales a ser analizados serán el tema del acceso a la justicia y el de diversidad cultural, es que se elige este método pues permite resolver la ambigüedad que muchas disposiciones del ordenamiento jurídico nacional e internacional producen en el plano de la práctica judicial.

Nos distanciamos del enfoque metodológico cualitativo y de la técnica etnográfica, pues para los fines y objetivos propuestos en la presente investigación, el problema particular que se nos propone, tiene más relación con la aplicabilidad y normatividad de la

herramienta del peritaje cultural, por lo cual, se pretende hacer una presentación sistemática, crítica y analítica del uso de esta herramienta.

g.2) Técnicas a utilizar

La presente investigación se desarrollará con base en dos técnicas fundamentales.

En primer lugar, la revisión bibliográfica, que se basará en una preselección de artículos, tesis, jurisprudencia, manuales y libros relacionados con los objetivos de la presente investigación. Es fundamental extraer los indicadores primordiales entre la abundante bibliografía relacionada con el tema indígena en el Derecho y en el ámbito latinoamericano, por lo que se privilegiará la información relacionada con casos penales donde estuvieran vinculadas personas indígenas donde el peritaje cultural jugó o pudo haber jugado un papel primordial.

En segundo lugar, utilizaremos la técnica de análisis de casos tipo, a fin de comparar las bases teóricas de la presente tesis con la realidad práctica de los Tribunales Penales. Respecto de la presentación de la información y los resultados de la misma, se procurará hacer una redacción ordenada, resumiendo en cuadros y esquemas aquellas principales conclusiones desprendidas del análisis de los casos.

Para efectos metodológicos, se analizarán algunas sentencias relevantes para el tema de investigación, las cuales se mencionan a continuación:

Voto	Relación temática
Exp: 11-008127-0007-CO Res. N° 2011-09763	La sala exige tomar en consideración la condición indígena del imputado dentro del proceso penal.
Exp: 11-000448-0006-PE, Res. 2012-00314	Abuso contra persona menor de edad, recurso de casación declarado inadmisibile.
Exp: 06-006035-0647-PE, Res: 2010-341	Invasión de Áreas de Protección y Otros., recurso de casación declarado sin lugar.
Sentencia: 01423 Expediente: 10-000037-0990-PE	Recurso de Casación contra imputado indígena.
Exp: 09-000377-0063-PE, Res: 2011-01334	Homicidio calificado en grado de tentativa, recurso de casación declarado con lugar.
Resolución : 2012-0711Expediente : 09-000985-0597-PE	Abuso sexual agravado contra menor de edad. Imputado indígena.

Estructura de la presente investigación

La investigación se organiza en cuatro grandes títulos, los cuales se distribuyen de la siguiente manera, el título I que corresponde al planteamiento de la investigación en el que también se encuentra la introducción al presente trabajo, el título II, referente a los antecedentes y fundamentos teóricos de la presente investigación, el título III, que corresponde al apartado de análisis tanto del entorno normativo, como de los aportes del peritaje, cerrando con el análisis de casos tipo y el título IV, que corresponde a las conclusiones, recomendaciones y que cierra con su correspondiente propuesta.

TÍTULO II: Fundamentos teóricos y antecedentes de investigación

Capítulo 1: Fundamentos ulteriores del peritaje

A) Orígenes del problema: el Derecho ante la diversidad cultural

Al reflexionar sobre los orígenes del problema de la relación entre Derecho y diversidad cultural, debemos observar la historia de la ciencia antropológica antes que en las ciencias jurídicas. Ambas ciencias tienen orígenes sumamente disímiles:

Mientras que la antropología se dedica principalmente y por tradición, aunque no exclusivamente al estudio de las sociedades no occidentales; el estudio del derecho ha nacido y se ha desarrollado dentro de una sola tradición social y cultural, sin ninguna obligación de tomar en cuenta la existencia de otras tradiciones sociales y culturales. Para la antropología, el etnocentrismo es una deficiencia, para los jurisperitos es una situación normal. (Korsbaek, 2002:52)

Aquí solo es posible hacer un breve repaso histórico y teórico sobre las propuestas más críticas que han fortalecido una visión plural de lo jurídico¹, iniciamos en el siglo XIX y nos encontramos con Henry Maine, en su obra “Ley Antigua” (1861), en dicha obra formula una teoría del cambio legal en la antigüedad romana, “se considera a Maine, el fundador de los estudios jurídicos comparativos”. (Ochoa, 2002: 97) Dicho autor tuvo un

¹En ese mismo sentido véase Ochoa García, Carlos. (2002) *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Cholsamaj: Guatemala.

claro enfoque evolucionista que influyo los estudios de Malinowski (1926) “Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje”; Llewelin y Hoebel (1941) “La vía Cheyene. Conflictos y casos legales en la jurisprudencia primitiva”. Por lo cual estos autores consideraban que las sociedades evolucionaban de la barbarie a la civilización.

El etnógrafo Bronislaw Malinowsky (1884-1942) es el pionero en pensar los problemas de la diversidad cultural en torno al derecho desde el método etnográfico, específicamente en su estudio “Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje” publicado en 1926. En esta obra, el autor afirma que los “primitivos” o “salvajes” no se sometían sin pensarlo a las costumbres sin más, si no que poseen reglas que pueden ser vistas como sistemas jurídicos diferentes al occidental. Estos sistemas se pueden observar en acciones cotidianas como el intercambio de bienes, donde se crea un sistema de reciprocidad que asemeja una especie de “comunismo primitivo”. Los cuerpos de leyes y regulaciones de las “sociedades salvajes” no tienen un sistema penal propiamente dicho, si no que ante la violación de estas normas existen sistemas punibles como la exclusión de la sociedad, el escarnio público y las acciones de brujería. Las reglas jurídicas destacan de otras actividades y costumbres y sociales puesto que “están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra” (Malinowski, 1985:77). Este autor identifica también la diferencia entre ley “civil” (cuerpo de leyes justas, deberes y responsabilidades) y ley “penal”, que son aquellas regulaciones que al ser quebrantadas atentan contra la vida humana y la propiedad (Malinowski, 1985:135).

Este aporte del antropólogo de principios de siglo pasado en buena parte, sigue siendo válido para una investigación en la actualidad puesto que pone sobre la mesa por primera vez el problema que las diversas sociedades y culturas del mundo respecto de que tienen

visiones diferentes sobre el tema jurídico, por lo tanto es imposible imponer un único sistema de pensamiento del Derecho.

Por otro lado, los problemas clásicos de la sociología jurídica, como lo son las funciones del Derecho en la sociedad, la eficacia social y la tipología de normas entre otros, son más evidentes en la obra de Emile Durkheim (1858-1917). Quien en su obra la “División del Trabajo Social” (1893) analizó la multiplicidad de los grupos sociales y de las formas de solidaridad y la progresiva sustitución del carácter restaurativo de la ley por un carácter más coercitivo y represivo. (Ochoa, 2002: 97)

Sin embargo, sobre diversidad cultural en el Derecho Malinowski sigue siendo un referente, pues es considerado el puente a las obras de Gluckman (1955) “El proceso judicial entre los Bartse”, Schapera (1955) “ A Handbook of Tswana Law and Custom” conocido por su nombre en español, “Manual de Derecho en Tswana”; Bohanan (1957) “justicia y juicio entre los Tiv”; entre otros, que siguieron el camino de los aportes de este autor. (Ochoa, 2002: 98)

Siguiendo los antecedentes teóricos aparece Max Weber (1858-1917), pues constituye un autor de consulta para quienes desean tener fundamentos teóricos con los cuales discutir los problemas originados en las relaciones del derecho-sociedad. “La sociología jurídica encuentra en Weber el paradigma sobre la creación del derecho moderno y el proceso de institucionalización de la norma jurídica”. (Ochoa, 2002: 97)

Esta concepción en Weber es criticada por LesCumes y Serverein quienes señalan que Weber ha sido mal interpretado al haberse visto en esta perspectiva de las diferencias una teoría sobre el origen de la ley- vista como imperativos de orden jurídico-. Esto significa que en todas las sociedades hay fenómenos jurídicos primarios y secundarios, pero de allí a derivar que los fenómenos primarios generan las reglas del derecho y que lo secundario es

resultado de la forma de aplicación de las normas hay una mala interpretación. (LesCumes y Serverein, 1988:171)

El antropólogo Leopold Pospisil (1971) elaboró una definición de pluralismo jurídico en el sentido de que cada sociedad comprende una multiplicidad de sistemas legales, con frecuencia jerárquicamente ordenados y siempre en dependencia del número de grupos que funcionan en una sociedad y bajo el supuesto de que la ley yace sobre el consenso en el grupo social.(Ochoa, 2002: 100) posteriormente dicho autor propuso que todo sistema legal para ser considerado como tal debe contener cuatro atributos a saber; autoridad, obligación, intensidad de aplicación universal y sanción. (Pospisil, 1958: 257-272)

En Malinowski y en Pospisil la noción de obligación implica que los individuos tienen un conocimiento general de sus derechos y de sus deberes (Ochoa, 2002: 100) por lo cual esto, como se verá durante la presente investigación, plantea una serie de problemas, lo que hace necesario hacer el vínculo con la autora Moore.

Sally Falk Moore (1973) asumió la perspectiva de una multiplicidad de sistemas legales, y planteo la idea de que todo grupo tiene y se dota de una normativa interna y organiza sus relaciones sociales con cierta semi-autonomía. Moore afirma que, “el derecho y el contexto social en el que opera deben ser estudiados como un todo” (1978:71 citado por Ochoa, 2002: 100), esta postura de Moore, nos aproxima a la posición teórica de que la noción de campos sociales semiautónomos se orienta al estudio de los procesos o las características procesales del Derecho por lo cual esta postura y la de Cossio autor que se verá en el siguiente apartado serán orientadores en la presente tesis.

Conforme las observaciones de Moore (1973) y por Pospisil (1971); sobresalen dos elementos importantes para efectos de la presente investigación: primero, los grupos sociales (en este caso los pueblos indígenas), no solo se distanciarán y diferenciarán de

los valores que encarna el Estado, sino que entre ellos mismos también van a registrarse diferencias y variaciones; segundo, El Estado sigue siendo el protagonista central, pues además de hacer del Derecho su lenguaje, usa el Derecho como vehículo para controlar a la sociedad. Es importante aclarar que Moore realiza una distinción entre la ley estatal y los espacios de producción no estatal de normas y sanción de las mismas. (Ochoa, 2002:110)

Los pueblos indígenas como colectivo dentro de un Estado gozan de una semi-autonomía, sin embargo, “los límites y la naturaleza de un espacio social semiautónomo no están definidos por su organización (...) sino por una característica procesal a saber, por el hecho de que pueden generar normas e inducir o forzar a su cumplimiento (Moore, 1978:57 citado por Ochoa, 2002: 110)

De Sousa Santos (1987), plantea que el derecho es un modo de representar y describir la realidad, aun mas, el derecho quiere imaginarla como deber ser y se propone, directamente, a construir relaciones sociales. El problema según el autor es que el Estado no tiene un monopolio real sobre la producción e imposición del derecho. (De Sousa, 1987: 299)

Hemos visto que cuando el derecho se cruza con la antropología, adapta elementos de las principales corrientes antropológicas. Es por eso que en sus orígenes, el derecho penal que se relacionará con lo indígena tenía tintes evolucionistas, que ponderaban a los pueblos indígenas como atrasados culturalmente a través de su inimputabilidad.

En épocas recientes, parece que el derecho se acerca a teorías antropológicas del relativismo y el pluralismo cultural. En la actualidad ya no se piensa al indígena como un “salvaje” o “extraño” a la visión hegemónica eurocéntrica, sino como parte de una construcción social en la diversidad intercultural; es un “otro” diferente con derechos específicos inherentes a su condición: “Hoy en día, la inimputabilidad sociocultural ya

parece superada, sobre todo por sus connotaciones peyorativas en cuanto a la supuesta incapacidad del indígena para comprender la ilicitud de su conducta y de determinarla conforme a esta comprensión por el solo hecho de pertenecer a una cultura diferente de la dominante.” (Amry, 2006:54)

El conflicto teórico continúa en la actualidad, y diferentes escuelas y opiniones influyen sobre el tema.

B) Aporte de la teoría crítica del derecho de Carlos Cossio

Varias vertientes teóricas de las ciencias jurídicas han reconocido el vínculo entre derecho y cultura. A lo largo del siglo XX la teoría del derecho reconoció varios enfoques que privilegiaron la importancia de la perspectiva cultural. Merece especial reconocimiento el aporte del pensador argentino Carlos Cossio, (1903-1987) quien desarrolló la teoría egológica del derecho, que asegura que la base y el objeto de esta ciencia es la conducta humana, la conducta intuita que es conocido por medio de su norma, la interferencia intersubjetiva y la experiencia. Esto ofrece una perspectiva sumamente distinta a la del racionalismo alemán (que asegura que el derecho es tal porque elabora normas) o la del racionalismo jurídico de Hans Kelsen, (que asegura que el derecho es tal porque conoce normas). Para Cossio y su teoría egológica, el Derecho es sumamente similar a la Cultura.

En contra del racionalismo jurídico, la teoría egológica considera que el objeto a conocer por el jurista no son las normas, sino la conducta humana... En contra del empirismo jurídico, la teoría egológica determina que la conducta humana es un objeto de experiencia diverso de los objetos naturales... En contra del historicismo jurídico, la teoría egológica establece que siendo el Derecho conducta y la conducta, libertad, la

experiencia jurídica que ha de analizar el jurista no se halla en la historia, sino en el presente. Finalmente, en contra del sociologismo jurídico, la teoría egológica determina que la Ciencia del Derecho conceptualiza el ser de la conducta en su deber ser. (Aidar, 1997:85)

En la actualidad, nos encontramos ante la situación innegable de la existencia de pueblos dentro de los Estados que responden a una diversidad cultural que reta a la supuesta homogeneidad que pretende instaurar el derecho y la legalidad.

Estos conflictos de los Estados con sus propios habitantes vienen a debilitar la teoría Pura del Derecho, impulsada primordialmente por Kelsen, quien sostenía que las normas jurídicas se fundamentan por el modo de producción de las mismas, ya que estas vienen en un orden jerárquico producido por el aparato del Estado en sus diversas instancias. Entonces, el Orden Normativo del Estado sería el único válido, impidiendo cualquier diversidad.

Según la teoría kelseniana de la jerarquía de las normas a “*peldaños*” la validez de cada norma vendría sustentada por la existencia de otra norma de rango superior y, así, sucesivamente. Este proceso no puede ser infinito y, para ello, debe existir una norma hipotética (ficticia) fundamental (la llamada *Grundnorm*)... La validez de las normas, por tanto, vendría dada por el modo de producción de las mismas y no por su contenido... (Pedemonte, 2007)

Esta concepción, dominante en muchos círculos jurídicos hoy día, es incompatible con la visión que señala al Derecho como producto de un complejo contexto cultural,

económico, político, histórico etc. Por el contrario, la teoría egológica del derecho, propuesta por Cossio, nos recuerda algo fundamental para discutir la posibilidad de una antropología jurídica: el Derecho es cultura, es contexto, responde a determinado poder.

Sin duda alguna, reflexionar sobre el Derecho de una forma más cercana al egologismo de Cossio, nos permitirá abarcar mejor los temas de la presente investigación.

No podemos concebir las ciencias jurídicas como simples normas surgidas de un pasado ulterior, o de un esfuerzo racional matemático, si no como fruto de la reflexión de una comunidad de comunidades, viva, diversa y cambiante que se manifiesta, entre otras formas, por medio de normas culturales.

Además, la teoría de Cossio nos recuerda que en Derecho no existen absolutos, si no que las normas y demás expresiones de las ciencias jurídicas son solamente manifestación de una parte o grupo:

En la norma egológica hay conjunción y disyunción, es una disyunción lógica de conjunciones lógicas. La disyunción fragmenta el “todos” de una expresión universal en dos grupos de “algunos”, pero en cada uno de estos grupos se combinan sus “algunos” mediante una conjunción que permite decir, nuevamente, “todos” en relación a estos “algunos”. En otros términos, cada vez que el jurista dice “todos” con ello significa algunos en relación al sistema y así se advierte una ambigüedad radical, de carácter lógico-formal, en el pensamiento del jurista. (Aidar, 1997:87)

A lo largo del siglo XX, las dos ciencias competentes para tocar estos temas, la antropología y el derecho, cayeron en cuenta que la riqueza de sus relaciones y problemas se basaban precisamente en el concepto de “diferencia”. Mientras que para la antropología

la diferencia entre culturas, normas y sistemas morales consiste en su objeto básico de estudio; el derecho más bien busca la homogeneidad, la uniformidad de normas, el partir de un sistema moral común.

La interdisciplinariedad es clave para abarcar estos problemas, el pensar en la sociedad en su conjunto y no solamente en una de sus vertientes. Krotz reduce el estudio de la antropología jurídica a tres niveles operativos específicos: el *derecho comparado como campo de conflictos y de luchas*, el derecho como *mecanismo de control social* y el derecho como *ideología*. (Krotz, 1988: 8-11)

Cada una de estas dimensiones sociales conlleva implicaciones distintas para la antropología jurídica. Por ejemplo, respecto de los *conflictos*, podemos reflexionar sobre casos como las “violaciones de honor” en ciertas sociedades. Mientras que en nuestro contexto las violaciones son siempre prohibidas, en otras culturas son una forma válida de zanjar conflictos que apenas producen escándalo. El tema del *control social* se vincula profundamente a la antropología política. El derecho es la forma más especializada de control social, pero se nutre de otras formas, como el orden social de la familia, las castas, las relaciones de género, etc. Dentro de este tema se incluye situaciones como el estudio de los roles sociales aceptables y las sanciones por la ruptura de estas normas. Por último, el estudio de la *ideología* es profundamente similar al estudio de la cultura. La ideología es una orientación cognoscitiva, una forma de ver el mundo, el conjunto de valores que producen motivaciones de los miembros de una sociedad. (Korsbaek, 2002: 52-59)

Esta propuesta basada en diferentes áreas de la sociedad desarrollada por Korsbaek y Krotz es parcial, pero llama la atención sobre los diferentes enfoques que debemos tener en cuenta a la hora de abarcar un estudio sobre Derecho y diferencias culturales. Sin duda, una cultura que tiene un manejo o concepción diferente de los conflictos, un control social

diferente o una ideología y moral distinta, tiene implicaciones muy diferentes a la hora de relacionarse con la conformación y la aplicación de leyes en sociedades occidentales. En el caso particular del derecho occidental, existe la clara tentación etnocéntrica de pensar que nuestro derecho “blanco” es superior al derecho de sociedades indígenas, sin detenerse a pensar tan siquiera en la riqueza de las diferencias culturales que el “otro” puede ofrecer, o que deben ser respetadas.

La antropología jurídica empieza sus estudios a través del estudio de la alteridad para luego volver su vista hacia la propia sociedad y llegar a entender mejor la naturaleza y el funcionamiento del sistema de Derecho en nuestra propia sociedad.(Korsbaek, 2002:60)

Visto de otra forma señala la autora Sánchez (1992):

La antropología jurídica hace ruptura con la mirada positivista-silogística del derecho, donde la realidad sociocultural es concebida como homogénea, interpretada instrumentando una lógica estandarizada. El antropólogo jurídico busca ofrecer al juez otro conocimiento: El de la cultura a la que pertenece y donde se ha desarrollado un individuo infractor del derecho positivo, enfrenta el problema de mostrar lo posible, lo que puede llegar a ser aunque realmente no lo sea. (p. 19).

Es pues, en el aporte de estudios tanto de juristas como de antropólogos sobre diversidad cultural, donde se alimenta la posibilidad de una sociedad horizontal, diferente y diversa en sus manifestaciones qué con el aporte de la cultura del “otro” fortalece la cultura propia.

El Derecho siempre será el resultado de las relaciones de poder, entiéndase de las relaciones sociales (culturales) y determinado por éstas; expresa y concreta los intereses de los grupos, pueblos o personas que tienen el control en los asuntos clave de esta sociedad. Por lo cual, es importante entender que no existe una cultura producto del derecho, sino lo contrario; una fuerza; pues el sistema de los grupos dominantes de una sociedad han “culturizado” sus imaginarios e instituciones al resto de la población; homogenizando hegemoníamente con el uso del poder.

C) Diversidad cultural e identidad indígena desde el Derecho en la actualidad

El concepto de *cultura*, eje transversal de esta investigación, podrá ser entendido como sigue:

Sociológicamente la cultura es concebida como la suma de los rasgos de comportamiento y de creencias aprendidas de los individuos de una determinada sociedad; oportuno es indicar que dichas creencias se fundamentan en modos de pensar, de actuar y de sentir que son consecuencia de la interacción social. (Hernández, 2007: 49-50).

Cuando se habla de una sociedad multicultural y pluriétnica se hace referencia a “las estructuras culturales, lingüísticas y sociales de la sociedad global. Estos rasgos caracterizadores surgen de las bases mismas de su modo de ser, de sus condicionamientos históricos y socioculturales: y este modo de ser uno y plural es el que genera su identidad. La identidad se define también por la manera de concebirse a sí mismos el individuo y la sociedad con respecto a la cultura del “otro”, a la cultura de “los demás”. He aquí,

precisamente, en la negación de esta cultura del otro, de los demás, en la negación de sus diferencias, correspondencias e intercambios, la fuente de conflictos. Por el contrario, el reconocimiento de la cultura del otro, de la cultura de los demás, el reconocimiento de las otras identidades, es el que define, afirma y enriquece la propia” (Roa, 2010, citado en Proyecto de Ley No. 17805 del 4 de agosto del 2010)

En nuestro ordenamiento jurídico el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante Convenio 169 OIT) y la Ley Indígena N° 6172 de manera conjunta presentan criterios normativos para la determinación del carácter indígena o no de una persona. Por su parte, la Ley Indígena N°6172 en el artículo primero señala que: “Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad.”

De acuerdo con Morales y Zamora (2013), son tres los criterios que se muestran necesarios para la determinación de quién es indígena, desde la perspectiva no indígena.

En primer lugar, la pertenencia a un grupo étnico; en nuestro país, según el Decreto N°. 20645 de 16 de agosto de 1991, son ocho los grupos étnicos, distribuidos actualmente en 24 territorios indígenas: Bribri, Cabécar, Ngobe, Brunca, Térraba, Huetar, Maleku y Chorotega.

En segundo lugar el parámetro de descendencia directa de alguna de las civilizaciones precolombinas.

...el proceso de aculturación sufrido por los pueblos indígenas a lo largo de la historia, después de la venida de los españoles, hace difícil entender la imagen que se les ha dado a los indígenas actuales, de “descendientes directos” de aquellos que encontró Colón; por lo que debe de interpretarse

que, “no se trata de grupos caracterizados por su pureza genética sino por su tradición cultural y su grado de relación con los pueblos aborígenes nacionales... (Chacón & Valverde, 1993: 15)

El tercer aspecto a tomar en cuenta se relaciona con la identidad indígena, es decir, el sentimiento de pertenencia a un grupo particular, el ser aceptado así por sus miembros y reconocido por otros como integrante de aquel. (Morales & Zamora, 2013: 81) Sin embargo son criterios que no pueden aplicarse homogéneamente a todos los pueblos indígenas; valga señalar puntualmente que lo que dentro de nuestro sistema es considerado como legal en los pueblos indígenas puede que no contenga legitimidad.

Por otro lado identidad indígena es un concepto muy discutido, por el grado de subjetividad que presenta. El Convenio 169 de la OIT menciona en el artículo 1.2 que “...La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio...”

El Convenio de la OIT, no debe tener la aspiración de definir qué se debe entender por identidad indígena más sin embargo; El informe N° 2221-02-94 del 7 de marzo de 1996 de la Defensoría de los Habitantes, afirma que es uno de los conceptos más debatidos entre los miembros de la Subcomisión de las Naciones Unidas convocada al efecto sobre el concepto de identidad. Indica también que como parte de esta Comisión se encuentra el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, el cual presentó una ponencia en el sentido de que el derecho de definir quién es persona indígena se reserva a los propios indígenas: “Bajo ninguna circunstancia debemos permitir que unas definiciones artificiales...nos digan quiénes somos.”

El Consejo Mundial propuso a la Comisión una definición en el siguiente sentido:

Pueblos Indígenas son los grupos de poblaciones como los nuestros, que desde tiempo inmemorial, habitamos las tierras que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia con tradiciones sociales y medios de expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados con un idioma propio, y con características esenciales y únicas que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un pueblo, con nuestra propia identidad, y que así nos deben considerar los demás. (Proemio, Declaración del Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas, 1992)

Los autores Morales y Zamora (2013) exigen que el derecho de definir quién es y quien no es una persona indígena deberá dejarse a los propios pueblos indígenas y no las organizaciones indigenistas ni los Estados. Bajo esta expresión señalan que, es claro que la identidad no se puede encasillar y que el indígena solicita ser tomado en cuenta en la elaboración de sus propias estructuras, siendo la identidad producto de una cultura, de un territorio y de una población, carece de sentido dejar esta labor a personas foráneas.(Morales & Zamora, 2013: 82)

El autor Dr. José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes, en su escrito “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público Moderno y la Sociología del Derecho: Indio, Pueblo y Minorías”, indica que “la condición indígena no se determina por contenidos biológicos ni tampoco culturales fijos, sino que la cultura y el fenotipo varían entre los pueblos indios, y lo fundamental es la auto-identificación y la conciencia de una continuidad histórica con el pasado” (Informe N° 2221-02-94 7/3/1996 Defensoría de los Habitantes: 60).

Cabe además señalar que la Sala Constitucional respecto de estas definiciones ha establecido que deben ser “las mismas comunidades autóctonas las que definan quienes son sus integrantes aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos. De allí que deban respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena” (Voto No. 1786-93, considerando IX)

De lo anterior señalado y sin ánimos de establecer parámetros homogenizantes dirigidos a regular la identidad indígena desde criterios externos; es posible colegir que existe una doble valoración individual y colectiva para la determinación de la identidad (valoración individual): 1- Reconocerse como indígena y 2- Ser reconocido como tal por la comunidad indígena (valoración colectiva)

Evidentemente, en el contexto global actual, en el cual todas las culturas y sociedades tienen contacto, relaciones y dependencias mutuas, las culturas más “tradicionales”, sobre todo los grupos indígenas, que no son hegemónicos en esas sociedades, ven atropelladas o destruidas sus tradiciones y sistemas de pensamiento.

Las causas de estos atropellos sobre las culturas indígenas hunden sus raíces en complejos procesos históricos de formación de las naciones en América Latina, e implican no sólo el rechazo de normativas jurídicas, sino un largo proceso de exclusión y menosprecio de todo aquello que fuera “indio”, ya sea costumbres, lenguaje, religión, etc.; aún en aquellas naciones donde la población indígena es mayoritaria.

El antropólogo mexicano Díaz-Polanco describe que los procesos históricos de integración nacional durante la época republicana en los países hispanoamericanos, fueron llevados a cabo por la burguesía blanca cercana a los ideales europeos, los cuales exigían una homogeneidad en torno a una cultura blanca, urbana y capitalista. Ante este panorama,

las jóvenes repúblicas independientes se vieron forzadas a rechazar la pluralidad sociocultural. Esta ideología sigue vigente cuando se desarrollan nuevas ideologías como el liberalismo a lo largo del siglo XX. (Díaz-Polanco, 1989:53)

De hecho, este autor denuncia un proceso denominado “etnofagia” donde la cultura dominante asfixia y mata poco a poco a las culturas indígenas. Este proceso hunde sus raíces también en el plano jurídico en lo que se ha denominado “etnocidio”, como una manifestación que es punible, responsable y derivable de responsabilidades para los Estados, al respecto este término ha sido definido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como: “Represión, deslegitimación o exterminio de los rasgos culturales de los pueblos indígenas y afrodescendientes aunque sus miembros sobrevivan como individuos. Provoca la muerte de la diversidad cultural, implica la lenta desaparición de la especificidad de los hombres y de los pueblos.” (IIDH, 2008:1)

A pesar de que en la actualidad existen discursos y leyes en los gobiernos que promueven el multiculturalismo, esto no implica que exista un reconocimiento y real acceso a la justicia para las diferentes culturas que conviven en un país.

Es imposible negar entonces que nos encontramos en un escenario político e histórico de neoliberalismo, donde el Estado sirve y es instrumento aliado a grupos de poder hegemónico, económico, político y religioso que reconoce en el discurso solamente la diversidad cultural, pero niega en la práctica la verdadera autonomía, libertad y derechos de los que son “diversos” o “incómodos”. Esta misma situación que se vive en la relación entre pueblos indígenas y Estado, se puede extrapolar a la relación entre “derecho oficial estatal” y “derecho indígena”: “Mientras el derecho del Estado encarna las propiedades de la coerción, la inscripción (la escritura) y la parcialidad propias de la soberanía, el derecho

comunal o indígena se caracteriza por ser consensual, oral y reconciliador” (Poole, 2006:19)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas, ratificado por Costa Rica con la Ley N.º 7316, indica en su artículo 2 que deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Este gozo pleno de sus derechos pasa por la comprensión de la diversidad cultural y el reconocimiento de sus costumbres (art. 8) y requiere un sistema legal que puedan comprender y en el cual puedan expresarse, facilitándoles (art. 9), si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, (art. 12) como es el caso de la herramienta del peritaje cultural.

D) Derecho consuetudinario, “derecho indígena propio”

Para el antropólogo ecuatoriano Iturralde, la reivindicación del derecho propio es la expresión más alta de los derechos y luchas que han realizado las comunidades indígenas, puesto que implica la aceptación de los Estados de la diferencia de un grupo de habitantes en uno de los campos más sensibles de la constitución de una Nación: su ordenamiento jurídico y sus leyes. Rompe con la idea de Estado- Nación; Evidentemente este proceso de aceptación de la diversidad jurídica dentro de un determinado país no es sencillo, puesto que conciernen temas tan delicados como la noción de territorio e ideas de nacionalidad. (Iturralde, 2006:241)

Es entonces cuando entra a jugar el concepto del *derecho consuetudinario*. Veamos la siguiente definición de este término:

... “derecho consuetudinario” viene de una categoría del derecho romano, la “veterataconsuetudo”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (opiniojurisnecesitatis). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos. (Yrigoyen, 1999: 7)

Por otro lado; siguiendo la noción del autor Iturralde (2006):

... derecho consuetudinario y otras que se utilizan con un sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forma como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas. (p.241)

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autoregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. (Iturralde, 2006:242)

La reivindicación de estos derechos no solamente tienen un carácter ideológico o político, (lo cual en mi opinión es algo amenazante para los Estados constituidos) si no que

muchas veces tienen que ver con simples reivindicaciones de costumbres que amparan situaciones cotidianas que a criterio de las comunidades son de competencia exclusiva o se verán mejor resueltas por regímenes propios, en temas como herencias, distribución de la tierra y las propiedades, intercambios, reconocimiento de sus autoridades propias desde su práctica cultural, etc. (Iturralde, 2006:243)

Discusiones como esta son fundamentales para alcanzar no sólo la posibilidad de un derecho penal diferenciado ante las cosmovisiones diferentes de los grupos indígenas, sino que permitirían destrabar el sistema judicial de aquellos países donde los conflictos locales se vean mejor resueltos por normativas propias de las comunidades, y sin duda alguna sería un avance en cuanto a reivindicación de derechos humanos. Sin embargo, se reconocen los problemas para poder ejecutar estas ideas, pues los Estados nacionales se asientan sobre nociones de unidad y homogeneidad, las cuales generalmente son contrarias a lo diverso, sea esto indígena, negro/afro o extranjero/migrante.

El Jurista Vera Lugo (2006) ha llamado recientemente la atención sobre los problemas y posibilidades que ofrece la apropiación jurídica de nociones culturales, a través de la jurisprudencia como campo de reflexión de la cultura. Ciertamente, este autor colombiano identifica varios importantes elementos de la jurisprudencia de su país como respuesta a las diversas retóricas sobre diversidad cultural de finales del siglo XX; Identifica tres categorías clave introducidas por la Constitución colombiana de 1991, como lo son: sujeto colectivo, ámbito territorial y propiedad colectiva, categorías que la Corte Constitucional de ese país utilizó para reglar y formalizar nociones teóricas y conceptuales respecto de la diversidad cultural aplicada sobre todo a comunidades indígenas.

Las nociones de *sujeto colectivo*, *propiedad colectiva* y *ámbito territorial* son entonces categorías propiamente jurídicas que subsumen comunidad indígena o culturas comunitarias y propiedad comunal de la tierra. Esto es la ligazón esencialista vinculada al hombre primitivo y su relación fundamental con la naturaleza como espacio natural de su realización y el ocultamiento de su condición ahistórica que es, de fondo, el fundamento de trato distintivo y protector que dado su exotismo el Derecho busca preservar. (Vera Lugo, 2006:211)

El caso colombiano nos muestra que la Constitución debe dar los elementos que permitan crear la jurisprudencia necesaria para respetar las diferencias culturales de los pueblos indígenas: “al identificar los valores que están presentes en la construcción de la diferencia de los grupos indígenas, se esbozan los criterios de distinción que determinan aquellos valores comunes que han servido y sirven para saber si se es, o no, culturalmente diverso.” (Vera Lugo, 2006:232) Para lograr esto, es necesario que la Constitución identifique aquellos elementos antropológicos e identitarios de los pueblos indígenas albergados bajo su territorio que impliquen una diferencia respecto de los demás habitantes del Estado.

Son muchas las razones por las cuales es importante el estudio del derecho consuetudinario indígena, entre las razones que menciona el autor Rodolfo Stavenhagen en su artículo “Derecho Consuetudinario en América Latina” (1989) nos dice que:

Es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas **en primer lugar**, porque el derecho consuetudinario es considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo.

En segundo lugar porque junto a la lengua, el derecho consuetudinario constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio.

En tercer lugar, la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de ellos en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales. (Stavenhagen, 1989:27-28)

Por lo cual en el mismo sentido como lo expone Stavenhagen (1989), Guevara (2000), Chacón (2005), entre otros; concuerdan al señalar que el derecho consuetudinario constituye un objeto de atención por parte de dos disciplinas de las ciencias sociales: la antropología y la ciencia jurídica. La antropología la cual se ocupa principalmente del tema analizando la estructura social, sus manifestaciones culturales y política de los pueblos indígenas. Pocos antropólogos se dedican a investigar la especificidad de lo jurídico en su tratamiento global del control social y la organización política; en razón de lo anterior se sugiere el trabajo interdisciplinario y el aporte conjunto de ambas disciplinas del conocimiento social.

Expone el autor Stavenhagen (1989):

Que hay notables excepciones de la antropología jurídica. En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que podemos llamar el derecho consuetudinario, considerando que solo la norma escrita y codificada, o sea, el derecho positivo del Estado, merece su atención. El término derecho consuetudinario no es aceptado universalmente, hay quienes hablan de costumbre jurídica o legal o de sistema jurídico alternativo, sin embargo existe un consenso en considerarlo derecho consuetudinario indígena o derecho propio. (p.16)

El Stavenhagen (1989) se refiere en la compilación de Stavenhagen & Iturrialde (1990), al término derecho consuetudinario de la siguiente forma:

A un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintos del derecho positivo vigente en el país. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. El derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual “representaría” una etapa superior en la evolución del derecho. (p. 29)

Respecto al término derecho consuetudinario el autor Rubén Chacón (2005) menciona:

En todos los casos –o la mayoría– se trata de un conjunto más o menos organizado de prácticas sociales históricas (de profundo contenido ideológico propio de determinada cultura indígena) que amoldadas a circunstancias coyunturales sirven de amparo a una organización social indígena que considera ciertos elementos para exigir internamente el cumplimiento de lo que se podría llamar una especie de

“derecho indígena propio”. Esto es impulsado dentro de la comunidad indígena por personas de la comunidad que estén legitimadas para ello. (p. 125)

Por otro lado el Convenio 169 de la OIT reivindica el concepto de “derecho consuetudinario indígena”. Y entiende el mismo como el que se expresa en los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de estos pueblos (art. 5.a, Convenio 169, OIT). Es el derecho de las costumbres y de la vida, de lo cotidiano, de lo socialmente aceptado y asumido por el colectivo, incluye toda la espiritualidad que no incluye el Derecho occidental, cristiano, hegemónico; sino que lo divide y distingue.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo occidental. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua, armonización de ambos sistemas o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos, es esta conflictividad que se produce un aspecto propio que se analiza cuando nos enfrentamos al uso del peritaje cultural dentro del proceso penal.

Lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, según las nociones del autor Stavenhagen consiste en lo siguiente:

- 1)- normas generales de comportamiento público.
- 2)- mantenimiento del orden interno.
- 3)- definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4)- reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- 5)- reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (herencia, trabajo, etc.).

6)- definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público.

7)- sanción a la conducta delictiva de los individuos.

8)- manejo, control y solución de conflictos y disputas.

9)- definición de los cargos y las funciones de las autoridades públicas.

(Stavenhagen, 1989: 17)

El autor Stavenhagen menciona que la subordinación de los de los pueblos indígenas al Estado colonial primero y a las repúblicas independientes después (sin olvidar el papel opresor de la iglesia) modificó profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo, por supuesto, las costumbres jurídicas. (Stavenhagen, 1989:19)

Por lo cual, señala el autor en la compilación (1990) que nada más equivocado que la idea que:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde la época pre colonial. Sin bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época pre colonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros más que hayan surgido en la contemporánea. (Stavenhagen, 1989: 34)

Para Stavenhagen (1989) en la compilación de Stavenhagen & Iturralde (1990), los elementos del derecho consuetudinario, conforman:

Un complejo interrelacionado, que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídicos-administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente

distintas en contextos estructurales disímiles, de ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena no sea más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera. (p. 35)

El derecho propio o consuetudinario merece atención porque está estrechamente vinculado a la autonomía de los pueblos indígenas y a la autodeterminación; además las relaciones sociales para la solución de conflictos y el respeto de su identidad cultural, constituyen elementos indispensables para la preservación y reproducción de la cultura indígena. Y, por el contrario, su desaparición sería lo relativo, a la asimilación, homogenización, etnofagia y finalmente al etnocidio de los pueblos indígenas.

De acuerdo con el autor Rubén Chacón Castro, citando a Friedman señala que los tres elementos que caracterizan un sistema jurídico son: Una forma que lo defina o lo diferencie de otros, unas normas jurídicas, y fundamentalmente una serie de valores que forman una cultura jurídica (Chacón 2005: 126).

Partiendo de las nociones sistematizadas por Chacón (2005) se citan las características que constituyen elementos a considerar para la determinación de rasgos jurídico- legales del sistema indígena o derecho consuetudinario:

- Se identifica que hay un “sistema jurídico” indígena, cuando hay una manera (forma) de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena –y como tal se diferencia del sistema dominante no indígena–.
- Se entiende como “norma”, en este ámbito, las que surgen de las relaciones históricas que han conformado lo que es en determinado momento su identidad –

conformada por valores que en su afán de preservación forman una cultura jurídica–

- Comprende que la noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, ya que basta con que se conciba una obligatoriedad de cumplirla, para legitimar su juridicidad –se trata de conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas–.

- El conocimiento de las normas constituye un saber popular y de experiencia, y las mismas (lo mismo que las prácticas) deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad –socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas–.

- Por lo general, en las comunidades indígenas se reconoce una pluralidad de ordenamientos, con un importante grado de diversificación, pues se trata de ordenamientos de naturaleza total o parcialmente consuetudinaria, cuyas normas se transmiten oralmente y cuyas modificaciones por lo general son fruto de una evolución y no de actos determinados de autoridades creadoras del derecho.

- Los procedimientos son de naturaleza oral, sencillos y flexibles; en ellos tienen gran importancia las pruebas testimoniales y la participación de la comunidad.

- Existe un afán de definir cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación, se consagran formas colegiadas de autoridad.

- Se recurra en ciertos casos a los principios democráticos para estructurar las formas colegiadas de autoridad, pero en ciertas circunstancias rompiendo ese parámetro para incorporar sectores de la colectividad que se cree fundamental que participen –como grupos de mayores, médicos tradicionales, entre otros– siendo que

esta legitimidad democrática se legitima en la cohesión comunal –sostenida por los sistemas propios de parentesco y organización familiar–.

- Persiste en estos pueblos un importante espíritu de comunidad, que en algunas comunidades se manifiesta en formas colectivas de trabajo o de propiedad.

- Mantiene, en cuanto al régimen de sanciones para las acciones delictuosas o perjudiciales, un carácter eminentemente reparador, más que sancionador, y haya una reflexión colectiva acerca de cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas.

- Los procedimientos y el régimen de sanciones deban haberse practicado por generaciones.

- Para fundamentar la reivindicación de este “derecho consuetudinario indígena” se recurra a lo que establece el Convenio 169 de la OIT y las diversas normas secundarias existentes.

- Se acepte que las experiencias que se han estructurado en ciertos territorios indígenas donde se conservan más arraigados los rasgos culturales; éstas se manifiestan a través de los denominados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”. (Chacón, 2005: 125-128).

Citando a Chacón (2005) el derecho consuetudinario indígena entendido como un “sistema indígena” se concibe así por:

Los conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas; cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; las sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales; cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas (incluyendo como elementos adicionales), que estas normas y prácticas

deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión –esto es, que sean socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas– y luego, que deben haber sido practicadas por generaciones (Sieder, 1996:27 citado por Chacón, 2005: 128).

A raíz de todas las nociones mencionadas anteriormente se puede determinar que en Costa Rica hay pluralismo jurídico pues se dice:

... que existe pluralismo cuando operan en un mismo territorio diversidad de sistemas de naturaleza distinta, tales como el sistema jurídico indígena, los sistemas jurídicos internacionales o sistemas jurídicos tradicionales que actualmente rigen en casi todos los Estados. La diversidad jurídica se refleja en los principios y valores que fundamentan un sistema de justicia, los procedimientos y la normativa. (IDPP, 2011: 12)

En el reconocimiento, validación y promoción de los valores de otros sistemas se reconoce la diversidad cultural y por tanto ratifica la posibilidad de un derecho propio frente a Estados homogéneamente constituidos. La admisión de la diversidad cultural –art. 339 del Código Procesal Penal-, como principio implícito en el área más sensible del Derecho -el cual es el derecho penal mismo-, pues dicho derecho encarna las funciones de control y coerción propias de los Estados es el mejor reflejo de la pluralidad jurídica existente en sus procedimientos, herramientas y normativa.

Por otro lado, en términos generales el "derecho consuetudinario indígena" o "justicia propia indígena", y otros términos que son utilizados como sinónimos, al igual que su ejercicio, defensa, reconocimiento y revitalización, no es más que la materialización de la posibilidad y derecho fundamental de los pueblos indígenas de impartir su propia justicia, es un conjunto de normas culturales que no están ni escritas, ni codificadas y que no tienen aspiración de estar sistematizadas, pues residen en la conciencia colectiva e identidad de los pueblos y que son distintas al derecho positivo vigente en un país.

Sin embargo podríamos decir que se trata de normas surgidas de la tradición y saberes de una colectividad, que además de ser de acatamiento obligatorio para quien se considera parte de ese grupo; su trasgresión implica una sanción o reproche social, o eventualmente una sanción jurídica -si el sistema dominante lo reconoce-. Pues en nuestra realidad y contexto el carácter jurídico estará dado -desde el punto de vista formal- por el reconocimiento que el sistema estatal haga del derecho indígena.

Capítulo 2: Reflexiones sobre el tema a nivel Latinoamericano

A) Disposiciones constitucionales referidas a los pueblos indígenas

A modo ilustrativo se hace un recuento de las principales disposiciones constitucionales referidas a pueblos indígenas y su aplicación en algunos casos destacados de América Latina.²

Comenzamos el análisis en Bolivia, que cuenta con un gran número de indígenas como población; La Constitución, en 1994, reconoce dos derechos fundamentales: los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, garantizando su uso y aprovechamiento sostenible, y la posibilidad de aplicar normas de derecho consuetudinario siempre que estas no contradigan la legislación nacional y en el año 2009 con una reforma constitucional reforma el artículo 171 anterior y desarrolla dos artículos, los cuales rezan:

ARTICULO 190.

- I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
- II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

² Sigo aquí la recopilación hecha por el profesor Marcos Guevara: "Algunas menciones sobre pueblos indígenas en constituciones latinoamericanas" para el curso "Derechos Humanos y comunidades indígenas" UNED, 2012.

ARTICULO 192.

I Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

El caso boliviano resalta por su especial regulación, la cual es un claro reflejo de respeto a la diversidad cultural, que constituye un Estado y reelabora los conceptos de homogeneidad de inspiración republicana liberal.

La Constitución brasileña del año 1988 reconoce los derechos de los indígenas sobre sus tierras como un derecho originario; se admitió además que existen derechos indígenas colectivos. Se dispone que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas que se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas. (arts. 231 y 232)

Por su parte en Colombia en el año de 1991 se aprueba una nueva Carta Constitucional, la cual posteriormente es reformada en el año 2005; en ella se establece que, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural. Como rasgo particular, la

Constitución apoya la autonomía y las formas propias de gobierno de los territorios indígenas, siendo esta propiedad colectiva y no enajenable. (art. 329) Se establece que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades, y que, dichos consejos (entre otras), tienen la función de velar por la preservación de los recursos naturales. (art. 330)

Por otro lado la Constitución Política del Ecuador, del año 2008, señala en su artículo 57, la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, la posesión y el participar del uso, usufructo y administración de los recursos naturales en ellas, del mismo modo se reconoce sus propias formas de organización además de la competencia jurisdiccional de las autoridades indígenas (art. 171), así mismo Ecuador se constituye como un Estado plurinacional. (art. 1)

Siguiendo el análisis, la Constitución Política de Guatemala, del año 1985 cuya última reforma es de 1993, reconoce las características de multiétnica, pluricultural y plurilingüe. Se prevé, además, que los indígenas gozarán de protección del Estado las tierras y cooperativas de las comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de propiedad comunal o colectiva. (arts. 66 al 68)

En México la Constitución de 1917 cuya última reforma es del año 2011, reconoce la composición pluricultural, las lenguas, las culturas, los usos, las costumbres, los recursos y formas específicas de organización social. Establece los juicios de materia agraria, en los cuales se toma en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de las comunidades.

La Constitución Política de Nicaragua del año 1987 cuya última reforma es del año 2005, reconoce la propiedad comunal, el derecho el uso y el disfrute del bosque y sus aguas. Además reconoce el derecho a libre expresión y preservación de su cultura. Por medio de las reformas constitucionales de 1995 se reconoce que Nicaragua es un país

pluriétnico y pluricultural, además los pueblos indígenas tienen sus propias formas de organización social y administrativa. (arts. 8 y 89)

La Constitución Política panameña del año 1972, cuya última reforma constitucional es 2004, señala que el reconocimiento de la identidad étnica de las comunidades indígenas (art. 90) y la propiedad colectiva de sus tierras (art. 127)

En Perú, destaca en la Constitución de 1993, la posibilidad de las comunidades de “ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. (art. 149).

La Constitución de Paraguay de 1992 incluye un capítulo V llamado “De los Pueblos Indígenas”, en donde se reconoce la existencia de pueblos indígenas. El derecho aplica su propio sistema de organización, al igual que la sujeción voluntaria de sus normas consuetudinarias para la regulación de convivencia interna, siempre y cuando no contraríen la Constitución ni los derechos fundamentales.

Mientras tanto en Costa Rica, la Constitución Política del año 1949 cuya última reforma constitucional es del 2003, no hace ninguna remisión, salvo lo referente al artículo 76, el cual establece la obligación del Estado de promover y preservar las lenguas indígenas; sin embargo, si lo analizamos bien hace una diferencia entre el “ idioma oficial” y las “ lenguas indígenas”, cuando son en sí mismo un idioma dentro de los que existen en los pueblos indígenas, por otro lado muchos de los vacíos legales, son llenados por la aplicación y regularidad normativa de los derechos humanos y por leyes especiales, los cuales tienen rango constitucional, toda vez que amplíen, mejoren o garanticen el marco de cobertura de los derechos humanos que en dichas legislaciones consagran.

Aunque la Constitución Política de Costa Rica, optó por una solución de silencio en su texto, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT se produce por parte de la Corte Suprema de Justicia en cabeza de la Sala Constitucional, importante jurisprudencia a favor de los pueblos indígenas. (Van Cott, 2000:207 citado por Ochoa, 2002: 150) afirma que solo Colombia supera a Costa Rica en el uso de la normativa internacional como mecanismo para garantizar los derechos de los pueblos indígenas; Sin embargo este aspecto poco a poco va cambiando gracias a la interesante jurisprudencia constitucional desarrollada respecto a la temática indígena.

B) Derecho consuetudinario y peritaje en Guatemala

Sin duda alguna, en el contexto centroamericano, el país adalid del tema del peritaje cultural y de temas sobre pluralismo jurídico, Derechos Humanos y pueblos indígenas, es Guatemala. Este país, que sufre décadas de violencia y guerras en todos sus formatos posibles, da cuenta del heroico esfuerzo de algunas de sus autoridades académicas y judiciales, que han producido un cuerpo de textos relacionados con la justicia para los pueblos indígenas, que son la mayoría de su población.

En Guatemala, se dio el primer caso de “Expertaje cultural indígena” en 1963, cuando se dio un caso de violencia contra un indígena que estaba acusado de brujería. El segundo caso se dio un año después en 1964 cuando un juez ordenó un informe de peritaje en un caso de linchamiento. (Marroquín, 2006:187)

Una obra densa que recoge múltiples aportes en estos temas es el trabajo de Carlos Ochoa, “Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico” (2002). Esta obra permite

identificar la multiplicidad de temas involucrados a la hora de considerar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Entre otros temas, Ochoa compila referencias de la pluralidad y el derecho a las diferencias culturales dentro de los Estados, el tema fundamental de la oralidad como sistema de conocimiento jurídico; o del territorio y su uso estratégico desde diversas perspectivas siempre relacionadas con la autonomía y el género. Dentro del tema de la institucionalidad intercultural se encuentra el uso de la herramienta del *peritaje cultural*.

Ochoa (2002) resume los elementos de esta institución como sigue:

- a) El peritaje es un medio de prueba. b) el peritaje ilustra el criterio del juez. c) El objeto del peritaje es el mejor conocimiento de un hecho, persona u objeto y en este caso particular, de los referentes culturales de un sujeto procesal. d) Para practicar el peritaje, **se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio o cultura determinada.**

El peritaje o prueba de expertos, es aquel medio de prueba en virtud del cual el juzgador ilustra su criterio. En el debido proceso, al mecanismo que tiene por objeto, resolver un conflicto social, será a través de los medios de prueba como se intenta reproducir la realidad de los hechos, para que se encuentre la solución jurídica más adecuada al caso concreto. El Juez al disponer de este medio de prueba acepta que para el mejor conocimiento de un hecho persona u objeto, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio o ciencia. El peritaje cultural auxilia al Juez al ilustrarlo de la cultura de los sujetos procesales, incluyendo las normas sociales que regulan la conducta del sujeto procesal como miembro de una comunidad o grupo social. (p.77) (El resaltado no es del autor)

Esta definición, sumamente cercana a nuestro contexto y con referencia a la legislación internacional que nos concierne, nos permite tener noción del objetivo del peritaje cultural dentro de un proceso judicial.

Es importante considerar la aclaración que hace Ochoa al recordar que en el derecho internacional por el cual nos regimos se estipula que el peritaje cultural se rige por el artículo 8 del convenio 169 de la OIT, lo cual tiene preeminencia sobre el derecho local y sobre las leyes, decretos y regulaciones locales de los países.

El peritaje cultural garantizará que el sujeto procesal obtendrá una justicia más cercana y acorde a su realidad social y no tendrá que enfrentarse a una resolución tomada con base en normas jurídicas y patrones culturales ajenos a su cosmovisión... el desarrollo de la institución del peritaje cultural contribuirá a acercar al Estado y su sistema de administración de justicia a su realidad plural: plurilingüe, pluricultural y pluriétnica. (Ochoa, 2002:78)

En el contexto guatemalteco, existen muchos otros temas o preguntas importantes para llevar a cabo un peritaje, que se pueden extrapolar a prácticamente todo contexto, tales como que el mismo debe siempre comenzar con un interrogatorio, el cual sin duda alguna implica que entre a jugar el problema del bilingüismo, la calidad y cualidades profesionales y humanas del perito, la validez y ponderación de testimonios locales, y el delicado tema de la relación de los hechos con el argumento y la letra de la ley "blanca" u "occidental". (Ochoa, 2002:79)

Es claro; que el tema del idioma es fundamental porque el imaginario de una cultura se expresa en su lenguaje (oral por el caso) y la traducción (o interpretación), no siempre traslada la riqueza y amplia visión de la espiritualidad/ dimensión/ idea/ de esa cultura.

En el contexto guatemalteco se parte de una visión punitiva occidental que “sistematiza” la practica cultural y la lleva a un acercamiento con la dimensión cultural, el peritaje cultural cuenta con el apoyo oficial del sistema jurídico guatemalteco. Por ejemplo, existen documentos como la “Guía pedagógica. Abordaje de casos con pertinencia cultural.” o la “Guía oficial de peritajes culturales” ambos del Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala (2011). En estas herramientas diseñadas para ser accesibles por parte de los múltiples actores del proceso penal, se tocan temas como la diversidad cultural, el papel del peritaje como medio de prueba, y los marcos legales tanto nacionales como internacionales que sustentan estas prácticas. Esta guía oficial del Estado guatemalteco, resalta la innegable diversidad de ese país; para luego reflexionar sobre conceptos fundamentales que dan base a esta institución, tales como cultura, diversidad cultural y diversidad jurídica. Gracias a esta guía, se definen los elementos básicos jurídicos, tales como el peritaje cultural como medio de prueba, el error de comprensión culturalmente condicionado, el dictamen pericial, y los principales elementos del código penal guatemalteco que lo sustentan.

En el contexto costarricense podríamos basarnos en el gran trecho recorrido por los guatemaltecos para construir un peritaje cultural aplicable en nuestro contexto. Más adelante, en la sección de análisis de la presente investigación, retomaremos varios de los conceptos primordiales de esta institución en el contexto de Guatemala para elaborar recomendaciones de un peritaje cultural en Costa Rica.

En su investigación de licenciatura en derecho por parte de la USAC de Guatemala, Salvatierra (2011) reflexiona sobre las implicaciones de la utilización del peritaje cultural como norma en las resoluciones penales en Guatemala. En esta investigación se enfatiza dentro del caso guatemalteco la necesidad de recurrir a las instrucciones dadas por los acuerdos de paz de 1996 en este país.

Estos acuerdos son una herramienta que busca dar a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos durante la guerra civil, y tiene fuertes implicaciones para la búsqueda de reconciliación y paz en el pueblo Guatemalteco, por lo que sus recomendaciones tienen gran validez para la vida jurídico-política de este país centroamericano. Aunque el cumplimiento de los Acuerdos ha sido muy débil en Guatemala, debido a la falta de voluntad política y los obstáculos de las clases poderosas.

Una parte de estos acuerdos implica proteger la identidad de los pueblos indígenas, esclarecer violaciones a derechos humanos, crear tribunales de derecho agrario con fuerte presencia indígena en los mismos, así como la creación de una Comisión Internacional contra la Impunidad. (Salvatierra, 2011: 45)

Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Consejo Municipal realizara consultas a solicitud de las comunidades autoridades indígenas. Inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas. Y esta misma regulación del dialogo la encontramos en el Código Procesal Penal (CPP), al normar el principio de oportunidad como un medio de aplicación de los usos y costumbres para la resolución de los conflictos en forma

alternativa en aquellos delitos cuya pena de prisión no rebase los cinco años (art 25).
(Salvatierra, 2011: 69)

Es importante notar que en el caso guatemalteco, son los mismos indígenas quienes solicitan ante su propio consejo municipal que se investigue la posible afectación de sus derechos e intereses. Así, las acciones punibles de un imputado maya deben ser sometidas a consulta de un peritaje cultural:

Resulta interesante la aplicación práctica del peritaje cultural principalmente en materia procesal penal tomando en consideración la interpretación judicial y cultural del procesado ya que la ley penal contiene el conjunto de disposiciones relativas a la descripción y sanción de los tipos penales que deben ser aplicados a todo infractor de una norma de conducta. Sin embargo, desde el punto de vista cultural un individuo puede cometer un hecho delictivo dentro de la cosmovisión maya pueda considerarse que no es objeto sancionado, si ha causado un daño social y de allí que el juez penal debe tener no solo los principios constitucionales de los derechos humanos del procesado sino también conocer el aspecto cultural de dicha etnia a la cual pertenece el procesado y de esta manera emitir una resolución congruente con el derecho y con el grado sociocultural del procesado. (Salvatierra, 2011:79)

En este caso además, el gobierno se compromete no solo a proponer acciones en conjunto con las comunidades indígenas, el ministerio público y las universidades; para que se reglamente y aplique el peritaje cultural, sino también en capacitar y brindar asesoría jurídica gratuita a todas las comunidades indígenas, para que nadie sea juzgado en un idioma que no comprende. (Salvatierra, 2011:82)

Es importante pensar porqué un país como Guatemala se ha preocupado tanto por producir documentos e ideas como las anteriormente mencionadas en torno al peritaje cultural y en general sobre los derechos de los pueblos indígenas. Claramente, las violaciones de derechos humanos en este país han motivado respuestas más agresivas (al menos en lo que dicen los documentos referidos); pero es también importante pensar que pocos recursos disponibles y la corrupción en el Estado guatemalteco es tal, que muchas veces las soluciones institucionales no responden realmente a las demandas de la población y la impunidad sigue vigente en muchos de los casos.

Al respecto de la respuesta del mismo sistema guatemalteco, Marroquín, denuncia que a pesar de tener todos los antecedentes jurídicos y normativos, muchas veces los jueces no tienen la sensibilidad necesaria para ejercer una verdadera justicia contextualizada desde la realidad indígena:

El peritaje cultural indígena es un recurso procesal importante para que el juez falle con justicia, sin embargo falta formar a los jueces para que, además que sepan incorporar ese medio probatorio al proceso, así mismo es necesario que estén preparados para interpretarlo en forma objetiva, racional y acertada. (Marroquín, 2006:192)

Con base en experiencias previas y lo analizado sobre el escenario guatemalteco, me parece que en Costa Rica, a pesar que existen en muchas ocasiones jurisprudencia o tratados internacionales suficientes para hacer respetar la identidad y cultura indígena dentro de los procesos penales, sin duda alguna la sensibilidad de jueces y otros actores del proceso judicial es insuficiente ante la realidad de los pueblos indígenas.

Capítulo 3: Los pueblos indígenas costarricenses ante el derecho

A) Generalidad de los pueblos y territorios indígenas de Costa Rica

El concepto de pueblos indígenas, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, ha evolucionado con el pasar del tiempo. Muchas veces el concepto jurídico empleado dependía de convenios y regulaciones internacionales. Ejemplo de dicha evolución terminológica, nos la da la autora Aguilar Rojas G. (2005) quien recapitula lo siguiente sobre el concepto de “indígena”:

El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, en su artículo 22, definía a los indígenas como colonias y territorios que permanecían bajo el control de los países colonizadores, pueblos no capacitados para dirigirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno.

En 1945 la Carta de las Naciones Unidas, lejos de corregir esta situación, vino a complicarla cuando deja de hacer referencia a indígenas y hace alusión a “territorios”, indicando que existen territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud de gobierno propio.

En 1957, el Convenio 107 de la OIT sigue esta línea de pensamiento y define a los indígenas como pueblos con una condición social y económica menos avanzada. Se refiere a la relación histórica de la conquista, aunque se elimina cualquier privilegio fundamentado en esta razón. Este convenio fue ratificado por 14 estados latinoamericanos, a pesar de las fuertes críticas de pueblos indígenas en relación con la falta de respeto sobre la identidad indígena. (Aguilar, 2005: 54-56)

En 1989 el Convenio 107 de la OIT es revisado y suplantado por el Convenio 169, denominado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La definición de pueblos indígenas a la que hace referencia este convenio dice en su artículo primero:

...los pueblos en países independientes son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su situación o jurisdicción conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio... (art 1, Convenio 169 OIT)

Varios problemas en cuanto a términos, contextos y realidades siguen vigentes en torno a estos pueblos. No son minorías, ni “aborígenes”, ni otros títulos que son denigrantes y discriminatorios: “la posición de E. Daes, dice que los pueblos indígenas son, en efecto, pueblos y no son minorías o grupos étnicos. Las minorías no se han vinculado con la prioridad en el tiempo ni con la relación con sus territorios, criterios básicos para definir a los pueblos indígenas.” (Aguilar, 2005: 61)

Con base en el *décimo Censo Nacional de Población de Costa Rica de 2011*, referido a los principales indicadores demográficos y socioeconómicos de los pueblos indígenas, se contabilizó un total de 104.143 personas que se autodefinieron como indígenas; de las que 51.709 son mujeres y 52.434 hombres. Esto significa un aumento del

1.7% encontrado en el 2000 al 2.4% encontrado en el 2011; de la población total del país, la cual es de 4.301.712 habitantes.

Cuadro # 1: Población indígena perteneciente a alguna etnia en Costa Rica, según sexo											
	Bribri	Brunca	Cabécar	Chorotega	Huetar	Maleku Guatuso	Nögbe Guaymí	Térraba	Ningún pueblo	De otro país	Total
Total	18,198	5,555	16,985	11,442	3,461	1,780	9,543	2,665	26,070	8,444	104,143
Hombres	9071	2878	8444	5809	1765	932	4927	1340	12815	4453	52434
Mujeres	9127	2677	8541	5633	1696	848	4616	1325	13255	3991	51709
Fuente: INEC, X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda: Resultados Generales. Pág. 96											

Otros datos que revelan la situación de los pobladores indígenas en Costa Rica, nos muestran que del total 1.211.964 de viviendas con servicios básicos existentes en el país, solamente 1.148 viviendas indígenas cuentan con esos servicios; de 1.127.991 acueductos únicamente 189 están en comunidades indígenas, siendo que 906 viviendas toman el agua de ríos o quebradas. En Costa Rica de 1.158.902 alcantarillados, sólo 108 son de viviendas indígenas y 982 casas tienen servicio sanitario de hueco, pozo negro o letrina. Por último, de 1.194.999 servicios de electricidad en el país, solo 7.581 son en los pueblos indígenas. (INEC, 2011:121)

Al respecto de los *territorios indígenas de Costa Rica*, en la actualidad consisten en 24 territorios (reservas) repartidos entre 8 etnias; son terrenos de carácter inalienable, por lo que son tierras que no pueden ser vendidas, trasladadas o reducidas de ninguna forma, de acuerdo con el artículo 3 de la ley Indígena de 1977.

Cuadro #2: Territorios indígenas de Costa Rica			
Territorio y etnia	Fecha de creación	Área en Acres	Cantón de ubicación
Guatuso (Maleku)	15-12-1977	2,743 Ha	Guatuso San Carlos
Matambu (Chorotega)	02-06-1980	1,710 Ha	Nicoya Hojancha
Cabagra (Bribri)	30-04-1982	2,7860 Ha	Buenos Aires
Ujarras (Cabécar)	30-04-1982	19,040 Ha	Buenos Aires
Salitre (Bribri)	30-04-1982	11,700 Ha	Buenos Aires
Tayni (Cabécar)	03-12-1984	16,216 Ha	Limón
Telire (Cabécar)	16-05-1985	16,260 Ha	Talamanca
Talamanca (Bribri)	16-05-1985	43,690 Ha	Talamanca
NairiAwari	20-05-1991	5,038 Ha	Turrialba / Matina

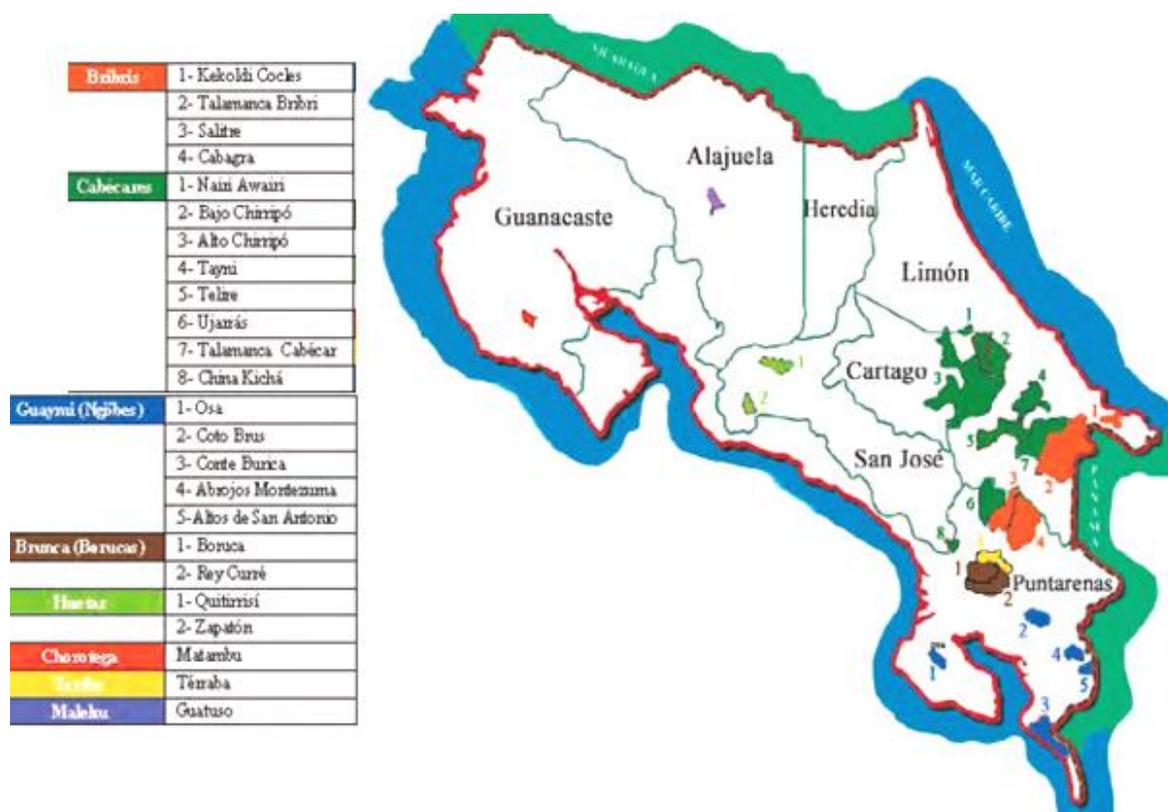
(Cabécar)			Siquirres
Bajo Chirripó (Cabecar)	26-12-1992	18,783 Ha	Turrialba Matina
Alto Chirripó (Cabecar)	07-01-1993	46,784Ha o 77,973Ha	Turrialba Limon
Boruca (Brunka)	16-04-1993	12,740 Ha	Buenos Aires
Rey Curre (Brunka)	16-04-1993	10,620 Ha	Buenos Aires Osa
Terraba (Teribe)	16-04-1993	9,650 Ha o 9,350 Ha	Buenos Aires
Talamanca (Cabecar)	21-03-2001	23,329 Ha	Talamanca
ConteBurica (Ngabe)	22-03-2001	11,910 Ha o 12,400 Ha	Golfito Corredores
Zapatón (Huetar)	21-03-2001	2,855 Ha	Puriscal
Quitirrisí (Huetar)	21-03-2001	2,660 Ha	Mora
Coto Brus (Ngabe)	22-03-2001	7,500 Ha o 9,000 Ha	Buenos Aires Coto Brus

Guaymí Altos de San Antonio (Ngabe)	22-03-2001	1,262 Ha	Corredores
China Qicha (Cabécar)	16-05-2001	1,100 Ha	Pérez Zeledón
Abrojo Montezuma (Ngabe)	26-10-2001	1,480 Ha	Corredores
Guaymi de Osa (Ngabe)	26-10-2001	2,757 Ha	Golfito
Kekoldi (Bribri)	26-10-2001	3,538 Ha	Talamanca
Fuente: Tomado de Rodríguez 2011, páginas 79-80			

Estos territorios experimentan varios problemas desde su creación, problemas que naturalmente venían arrastrando de una colonia y época republicana donde no se respetó en lo mínimo a los indígenas. En los años 50, la expansión productiva, la ampliación de la frontera agrícola, al igual que las migraciones de pobladores del Gran Área Metropolitana a zonas alejadas de la capital, como también las migraciones de otras latitudes producto de los conflictos centroamericanos y la inestabilidad de las pequeñas economías centroamericanas más una marcada incapacidad estatal en torno a la legislación tuvieron como consecuencia acrecentar los problemas en relación con la tenencia de la tierra en manos indígenas: “Las tierras ocupadas por ellos, desde el nacimiento y asentamiento de su

cultura, estaban consideradas como baldías y por la importancia de la tierra para su desarrollo humano, se hizo inminente la necesidad de crear reservas de propiedad comunitaria para asegurarles territorio permanente y definitivo.” (Sánchez, Houed & Chirino, 1994:1)

Figura 1: mapa de los territorios indígenas de Costa Rica



Fuente: Tomado de Solano E, (2004) p.341.

Detalle a continuación una lista de pueblos o etnias indígenas presentes en Costa Rica y algunos detalles de su situación actual según informes preparados por Guevara y Vargas (2000) y Rodríguez (2011):³

³ Para presentar este breve repaso de situación actual, me he basado primordialmente en el aporte de Guevara y Vargas en su informe “Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica” (IIDH, 2000 Páginas 99-115); así

Cabécar: En la actualidad, el pueblo cabécar es uno de los más numerosos del país. Se ubica a ambos lados de la Cordillera de Talamanca. En el Pacífico, se encuentran en el territorio indígena de Ujarrás (en el Cantón de Buenos Aires de Puntarenas). En el Atlántico, se encuentran en seis territorios en tres bloques: El primero comprende los territorios indígenas de Alto Chirripó, (en los cantones de Limón Centro y Turrialba), Bajo Chirripó (en los cantones de Turrialba y Matina), y NairiAwari (en los cantones de Turrialba, Matina y Siquirres); el segundo bloque comprende los territorios de Taynín (cantones de Limón Centro y de Talamanca); y el tercer bloque comprende los territorios de Keköldi y Talamanca Cabécar (ambos en el cantón de Talamanca)

Conserva mucho sus tradiciones culturales, incluyendo el idioma. También asentados en una de las cordilleras de mayor riqueza natural, en suelo, subsuelo y mantos acuíferos. Su sistema de filiación es matrilineal organizado en clanes, estructura que determina los parientes y relaciones de pareja.

Chorotegas: Los chorotegas se ubicaron en una gran parte de la actual provincia de Guanacaste y de Puntarenas. Habitan en el territorio indígena de Matambú (cantones de Nicoya y Hojancha), aunque su población se debate entre la afirmación de su identidad indígena y la negación de su pertenencia cultural.

Bribris: Los bribris se ubican a ambos lados de la cordillera de Talamanca en cuatro territorios: Talamanca, Keköldi (compartido con los cabécares en el cantón de Talamanca), Salitre y Cabagra (en Buenos Aires de Puntarenas). En los dos primeros territorios se mantiene una de las mayores coberturas boscosas y de riqueza del suelo: Sus costumbres y tradiciones se mantienen fuertemente arraigadas, con una estrecha semejanza

como en las referencias de Rodríguez en su informe “Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central” OACNUDH, 2011.

con el pueblo cabécar. Mantienen una filiación matrilineal por clanes, semejante a los cabécares.

Brunkas o borucas: Los bruncas, (brunkaj) conocidos también como borucas, se encuentran hoy en los territorios indígenas de Boruca y Rey Curré (Yinba-kaj), en el cantón de Buenos Aires de Puntarenas, y en comunidades que quedaron fuera de los territorios indígenas como Puerto Cortés y Palmar (Norte y Sur), así como en las grandes sabanas de la desembocadura del río Térraba. Se considera que este pueblo y el pueblo Teribe son los que mayor impacto de desarticulación territorial y cultural, especialmente con la construcción de la carretera interamericana sur.

Ngöbe: Los Ngöbes representan el pueblo más numeroso de la llamada Baja Centroamérica (siendo más numeroso en Panamá). Se sitúan en el Pacífico Sur, próximos a la frontera con Panamá en cinco territorios indígenas: Abrojo-Montezuma (en el cantón de Corredores), Conte Burica (en el cantón de Golfito y Corredores), Coto Brus (cantones de Buenos Aires y Coto Brus), Osa (Cantón de Golfito) y Altos de San Antonio (Cantón de Corredores). Con un arraigo muy fuerte a su cultura tradicional. La práctica de su idioma se mantiene en todas las comunidades, con dos variaciones, el ngöbere y el bokotá (denominado buglé en Panamá). El sistema tradicional de parentesco es muy complejo, siendo la filiación en referencia a los abuelos maternos y paternos.

Huetares: Los huetares enfrentaron a los españoles y sus descendientes por la recuperación del Valle Central del país. Hoy habitan en dos territorios, Quitirrisí (cantón de Mora) y Zapatón (cantón de Puriscal). Otras comunidades fuera de los territorios indígenas consideradas de ascendencia indígena huetar son Bajo de Cárdenas y el Cerro.

Teribes: El Pueblo Teribe de Costa Rica es descendiente de los teribes que fueron trasladados por los españoles en los siglos XVII y XVIII desde Talamanca (región de

Panamá). El Pueblo Teribe de Costa Rica y el naso - teribe de Panamá están emparentados. En Panamá se los conoce como nasos, en cambio en Costa Rica como teribes o térrabas (Broran). Se ubican en un único territorio indígena llamado Térraba (cantón de Buenos Aires) a orillas del río Grande de Térraba. Revitalizan su identidad por medio del intercambio con sus hermanos Teribes de Panamá.

Malekus: El pueblo Maleku, denominado por los no indígenas como “guatusos”, relacionado por el lugar donde habitan, el Cerro La Guatusa. Se ubican en los cantones de Guatuso y San Carlos y poseen tres territorios o Palenques: Tonjibe, El Sol y Margarita. Es uno de los pueblos que con mucha resistencia mantuvieron una fuerte autonomía cultural hasta casi entrado el siglo XX. Pese a haber sido impactados por el despojo de sus tierras ancestrales, tanto los jóvenes como los ancianos mantienen vitales muchas de sus tradiciones. Su sistema de parentesco es bilineal o de doble filiación.

B) Reflexiones sobre el tema del derecho y la cultura indígena en Costa Rica

El antropólogo costarricense Marcos Guevara Berguer (2000) ha trabajado el tema de la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas en Costa Rica desde una perspectiva antropológica. Si bien en Costa Rica los casos de violencia de los ejércitos contra las poblaciones indígenas no han ocurrido como en los dolorosos casos de México, Guatemala y otros países, si ocurren claros procesos de discriminación contra los indígenas.

Para cambiar esta situación, Guevara sugiere ampararse en un trabajo conjunto entre la Antropología y el Derecho para la normativización y aplicación de los convenios internacionales que conceden derechos fundamentales a los pueblos indígenas y que a su vez han sido ratificados por Costa Rica, tales como el Convenio 169 de la OIT.

Específicamente, los abogados y antropólogos deben trabajar en conjunto en temas como litigación, acción narrativa de procesos judiciales o cambios en políticas públicas, a través de metodologías como la Investigación Acción participativa. Esto lleva a cambios en temas como el tratamiento que reciben los indígenas en torno a la posesión de la Tierra, autodeterminación, la división del trabajo, derechos de las mujeres, igualdad no discriminación o la resolución de conflictos internos. (Guevara, 2000:245)

Existen investigaciones recientes en el campo del Derecho en nuestra Universidad que reafirman la importancia de abordar de una forma distinta los asuntos jurídicos relacionados con pueblos originarios.

Por ejemplo, la tesis de Alcázar y Campos “Derecho indígena y resolución Alterna de conflictos” (2009) que nos recuerda la importancia de reconocer medios alternos a los pueblos indígenas dentro de los procesos del derecho, y el deber que ya tiene Costa Rica de brindar estas herramientas debido a los convenios internacionales y a la legislación vigente en nuestro país. Esta tesis nos recuerda el gran problema que tenemos en la actualidad en nuestro país: que si bien es cierto los convenios, las leyes y normativas en beneficios de los indígenas se han aprobado:

... la instrumentalización y aplicación no solo del convenio 169 de la OIT, sino también de las diversas leyes a lo interno de cada estado se han promulgado para la protección de estas culturas en la práctica topan con diversas dificultades. Podemos entonces decir que el reconocimiento a este derecho se ha dado en el ámbito de la formalidad. Finalmente podemos decir que la aplicación real no se ha dado. (Alcázar & Campos, 2009:166)

Estos autores, que reflexionan sobre un tema colindante con el de la presente investigación, reconocen que, a pesar que en Costa Rica existe alguna jurisprudencia básica y algunos de los primordiales tratados internacionales han sido ratificados, el principal problema sigue presente en la dimensión cultural de respeto y validación de la tradición cultural indígena y la validez de su sistema de justicia ante la ley y el derecho “oficial” de Costa Rica:

Las diversas culturas autóctonas desde tiempos inmemoriales han contado con diversas formas de dar solución pacífica a las diferencias que se presentan en su quehacer diario. Pocos de estos mecanismos han sido tomados en cuenta por las culturas no indígenas como formas de dar solución pacífica entre las personas, es por esto que consideramos de importancia una retroalimentación en ambas vías (culturas autóctonas – culturas hegemónicas), para de esta forma tomar lo bueno de cada lado e incorporarlo en aras de soluciones que propicien la cultura de paz y diálogo entre las personas. (Alcázar & Campos, 2009:166)

Un artículo publicado por los antropólogos Guevara y Rodríguez (2006), realiza otro análisis similar al efectuado por la presente tesis. En su publicación “tensiones entre el sistema jurídico estatal y la reconstrucción de un derecho consuetudinario indígena” estos autores vuelven a partir de la premisa ya mencionada varias veces en este repaso de antecedentes: tanto los Estados como la ciencia del derecho en Latinoamérica se han separado de la realidad social que viven los pueblos indígenas, ocasionando muchas formas de injusticia.

Esta investigación se desarrolló con datos judiciales del cantón de Buenos Aires, que cuenta con la particularidad de tener más de un 20% de población indígena, y gran

cantidad de territorios indígenas inalienables. Según revelan algunos jueces entrevistados, estos territorios sin embargo son en la práctica comercializados y explotados por personas no indígenas, con el agravante que los indígenas no denuncian por miedo o desconocimiento de sus derechos, perpetuando la violación de las mismas leyes que les defienden. (Guevara & Rodríguez, 2006:74)

Debido a estas situaciones de desconfianza y lejanía de parte del sistema político y jurídico oficial del Estado costarricense, y para mantener las tradiciones, en la zona indígena bribri de Cabragra, se constituyó en años recientes un tribunal consuetudinario de carácter administrativo, que suele resolver conflictos internos con el juicio de personas mayores de la comunidad. Poco a poco, este tribunal ha ganado legitimidad aún dentro del sistema jurídico oficial, pues muchos casos no llegan a la vía ordinaria. Los antropólogos encargados de esta investigación resaltan que existe en ocasiones paternalismo y burlas por parte de los jueces tradicionales de los tribunales ordinarios de las resoluciones de estos tribunales consuetudinarios.

Es importante señalar además el problema que la penetración cultural “blanca” u “occidental” dentro de los territorios indígenas es tal que a veces no es sencillo establecer los límites de un derecho autóctono:

Hoy es más difícil determinar lo que podríamos llamar “derecho consuetudinario tradicional” en el seno de los grupos indígenas del país. La historia de las relaciones entre Estado-nación costarricense y comunidades indígenas es larga... se caracteriza por una continua imposición del marco jurídico estatal sobre el derecho consuetudinario indígena. En efecto, el juez del juzgado contravencional de Buenos Aires, al igual que muchos otros dentro del país, privilegia en realidad el sistema

normativo estatal, por encima de lo que podría llamarse derecho consuetudinario indígena. (Guevara & Rodríguez, 2006:75)

En esta investigación se evidencian dos problemas clave del posible desarrollo de un derecho consuetudinario auténtico en nuestro país. En primer lugar, es evidente en el discurso cotidiano de funcionarios judiciales y población del país en general cierto tono de menosprecio por lo indígena, que es considerado como “retrasado”, “salvaje” o “infantil”. En segundo lugar, se ha perdido mucho de la tradición indígena debido a múltiples procesos, por lo que un derecho propio es todo un reto de constituir y respetar, puesto que cada vez más son los problemas “blancos-occidentales” los que se manifiestan en los conflictos. Por ejemplo, en usurpación de tierras, conflictos laborales por no pago de salarios, o en temas penales, violaciones y homicidios.

Amílcar Castañeda (2008) enumera algunos obstáculos procesales para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la falta de divulgación y lejanía de los circuitos judiciales, y falta de conocimiento e interés por parte de funcionarios judiciales; falta legitimación por parte de las comunidades indígenas, ya que muchos de sus pobladores carecen de documentos legales necesarios para realizar diligencias; falta de asistencia técnica gratuita; deficiente capacitación del personal judicial, defensores públicos, peritos; carencia de traductores e imposibilidad que las sentencias se presenten en un idioma distinto al español; y en general, insuficiencia económica para el pago de pruebas periciales y otros procesos onerosos relacionados con la ejecución de justicia. (Castañeda, 2008: 22)

Durante algunas entrevistas a líderes de la Asociación Regional Aborígen del Dikes (ARADIKES), se puso de manifiesto que muchas veces las comunidades viven en tensión

con el sistema estatal tradicional, en una lucha por continuar con su cosmovisión en medio de los cambios culturales:

El enriquecimiento espiritual, el enriquecimiento académico intelectual, el enriquecimiento económico, no tiene porqué desligarse de la persona en sí de sus valores, de su pasado, de su forma de ver la vida, de su cosmovisión. Es decir el indio, para que sea indio, no tiene que ser pobre, o no tiene que estar limitado al acceso de la información, por ejemplo al acceso al equipo de alta tecnología. Aquí todavía se acentúa mucho esto de que si ven a un indio en su carro ya no es Indio, o si lo ven con facilidades de manejo de cómputo entonces ya tampoco es indio, y si lo ven con ropa fina tampoco es indio y de indio es aquel que anda por ahí muy pobre, descalzo, con hambre, despeinado, borracho, tal vez ese es el indio. Entonces es un poco ir cambiando esa mentalidad por lo menos en la población local. (Entrevista a líder indígena de Buenos Aires, citado por Guevara & Rodríguez, 2006:77)

El reto vuelve a presentarse: respetar la diversidad, evitar que las culturas dominantes se impongan sobre las culturas de las “minorías”, y proveer herramientas para la autogestión y decisión. Este imperativo recorre no sólo lo jurídico, sino prácticamente todos los aspectos de la vida actual de los pueblos indígenas.

Un problema de campo que suele ser percibido por los antropólogos pero que puede escapar al ojo de los juristas es el tema del constante cambio y dinamismo interno de las comunidades indígenas. Es ingenuo pensar que la cultura indígena es homogénea, monolítica e inmutable, dentro de las comunidades existen cambios, enfrentamientos y

perspectivas culturales, lo cual también debe ser tomado en cuenta a la hora de considerar las relaciones entre derecho y cultura y la aplicación de peritajes culturales. “Las comunidades y regiones indígenas en Costa Rica son cada vez más diversas, en su seno coexisten tendencias políticas en pugna, grupos de diferentes religiones, individuos con niveles económicos y educativos desigualdades, etc.” (Argilés, 2004: 41)

Otro documento reciente en nuestro contexto costarricense que toca los temas álgidos de la presente investigación, es la tesis presentada por Núñez y Villalta para optar por el grado de Maestría en Criminología de la UNED, donde se analiza un caso específico de un indígena cabécar de la zona de Chirripó imputado dentro de un proceso penal en el II Circuito Judicial de Cartago (1998-2002), quien sufrió varias situaciones que riñen con los derechos humanos, tales como la absoluta ausencia de conceptos del derecho consuetudinario presentes en instrumentos de derecho internacional suscritos por Costa Rica, hasta elementos tan básicos como asegurar la presencia de un traductor de idioma en procesos penales con imputados que no tienen el español como lengua materna.

Las investigadoras Núñez y Villalta denuncian con base en el proceso penal analizado problemas básicos que ocurren con frecuencia cuando se ven involucrados indígenas:

Ausencia absoluta de intérpretes oficiales calificados que acompañen al imputado en las diversas declaraciones... Dificultades para una adecuada relación Defensor – imputado... Desconocimiento de los jueces de los parámetros culturales de los indígenas... Falta de formación y capacitación de la gran mayoría de los funcionarios de esta jurisdicción –defensores, fiscales, personal de apoyo- en relación con el trato de estas personas, así como derechos inherentes a su condición de indígenas. (Núñez & Villalta, 2004:120-121)

Estas mismas investigadoras realizan algunas recomendaciones importantes tendientes a mejorar el verdadero acceso a la justicia por parte de miembros de pueblos indígenas dentro del proceso penal costarricense:

Evitar en la medida de lo posible, el ingreso de personas indígenas al sistema de justicia formal... Traslado del proceso penal judicial a lo interno de las comunidades... Creación de una defensa penal especializada en indígenas... Capacitación a los administradores de justicia y demás funcionarios judiciales... Formar intérpretes en lenguas indígenas... Respetar y aplicar el Derecho Consuetudinario Indígena. (Núñez & Villalta, 2004:123-125)

Otras investigaciones de tesis confirman la relevancia del tema en el contexto costarricense, donde cohabitan varias culturas indígenas con notables diferencias entre sí. Al respecto, la tesis de Morales Zumbado y Zamora Méndez (2013) titulada “La culpabilidad del imputado indígena Maleku en Costa Rica”. En esta investigación, se denuncia de nuevo la falta de capacitación y sensibilidad particular que tiene los funcionarios judiciales a la hora de atender casos que vinculan a poblaciones indígenas, y se sugiere específicamente la creación de una defensoría indígena que atienda estos casos, considerando siempre la inclusión peritajes especializados:

Implementar un mecanismo más accesible que los peritajes especiales para la traducción cultural de normas que predominan en el contexto donde se desarrollaron los hechos. Se piensa que dicho mecanismo resulta de poca aplicación en razón de sus altos costos y de los pocos recursos con que cuenta el Poder Judicial para estos efectos. Para esto, se sugiere la creación dentro del proceso penal de una figura más

viable de acuerdo a la realidad que nos envuelve, dicha figura podría ser un “*grupo asesor indígena*” conformado por 3 o más personas mayores, que conozcan y profesen la cultura, además de que hayan vivido por mucho tiempo en la comunidad indígena donde se llevaron a cabo los hechos. (Morales & Zamora, 2013:228)

En el caso particular de la aplicación de una herramienta como el peritaje cultural en Costa Rica, es fundamental tener en consideración elementos como los anteriormente mencionados para potenciar y esclarecer la voz de los indígenas que son sometidos al proceso penal en lugar de suplantarlas, y así lograr un acceso a la justicia más eficaz.

C) Derechos indígenas y tutela jurídica ante el derecho penal.

c.1 Principales instrumentos internacionales.

Entre los distintos instrumentos internacionales que constituyen el sistema de protección internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, resalta en primer lugar, el documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que marco el origen de todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos donde se dispone todo lo relativo a sus propósitos, objetivos y organización, pues en este documento se invocan los principios de no diferenciación o distinción por idioma, religión o motivo alguno (art. 1, párrafo 3)

Señala el autor Bronstein (1998), en el documento titulado “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una

evolución y temas para reflexión” Que la Declaración contiene dos principios altamente *importantes* para la defensa de los derechos indígenas: la igualdad y la no discriminación, sin embargo no posee carácter vinculante. Si tienen carácter vinculante en cambio la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que algunos pueblos indígenas han invocado, alegando ser víctimas de genocidio cultural o etnocidio, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que prohíben la discriminación, basada en raza, color, género, lengua, religión, origen social o nacional, propiedad o el nacimiento. (Bronstein, 1998)

Jurisprudencia de la Corte Interamericana, de acuerdo con informes de la Comisión han señalado y reiterado que aun cuando estos instrumentos no hablan explícitamente sobre pueblos indígenas, los mismos pueden invocarse pues se interpreta que estas herramientas del derecho internacional, reconocen a los grupos étnicos el derecho a la protección de todas aquellas características necesarias para la preservación de la identidad cultural y como se verá más adelante incluso de su tierra-territorio.

De acuerdo con la “Guía Práctica para la Aplicación del Convenio # 169 de la OIT; partir de 1954 la OIT, se preocupó no solo por los trabajadores indígenas, quienes se encontraban en evidentes estados de explotación, sino también por los pueblos indígenas en general. La Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en el año de 1957, el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, ratificado por Costa Rica, mediante Ley n° 2330 de 1959, este Convenio caracterizado por ser marcadamente integracionista, con tintes evolucionistas y proteccionista, por tratar a los pueblos indígenas como poblaciones con derechos colectivos de carácter más global, fue sustituido por tales defectos por el Convenio 169 de la OIT ratificado por Costa Rica mediante Ley n° 7316 de 1992, este

Convenio reconoce el derecho a conservar el derecho consuetudinario (arts. 2 y 8) y sus métodos de control penal (art. 9.2) además el derecho de conservación de las costumbres e instituciones indígenas, pero agrega que tales derechos se pueden ejercitar siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, esta disposición difunde una visión restrictiva y limitada del derecho propio de los pueblos indígenas, pues se encasilla de acuerdo con parámetros del mundo occidental. Esto es una muestra clara de lo que se mencionó líneas arriba respecto de que los grupos sociales en este caso los pueblos indígenas gozan de una semi- autonomía, sin embargo, “los límites y la naturaleza de un espacio social semiautónomo no están definidos por su organización (...) sino por una característica procesal a saber, por el hecho de que pueden generar normas e inducir o forzar a su cumplimiento” (Moore, 1978 citado por Ochoa, 2002:57).

Posteriormente se han aprobado otras Declaraciones y Convenios, que han ampliado el marco de cobertura en derechos de los pueblos indígenas, entre los que destacan la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los pueblos indígenas (2007) y el Convenio sobre el Racismo y otras formas de Discriminación, entre otros.

c.2 Principales instrumentos nacionales

Los principales instrumentos legales para la protección de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas en Costa Rica son los siguientes⁴: Ley n° 13 de 1939, Ley General de Terrenos Baldíos; declaró las tierras habitadas por indígenas como inalienables, posteriormente en el año 1961 la Ley n° 2825 de 1961; crea el Instituto de

⁴ Sigo aquí la recopilación de normativa realizada por Rodríguez en su informe “Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central” OACNUDH, 2011.

Tierras y Colonización (ITCO), posteriormente Instituto de Desarrollo Agrario (IDA), actual Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y declara que los territorios indígenas y los habitados por indígenas eran propiedad del Estado. Mediante Decreto n° 34 de 1956; demarca los primeros territorios indígenas (“reservas indígenas”) de Boruca- Térraba, Ujarrás-Salitre-Cabagra, China Kichá. En el año 1959 la Ley n° 2330 de 1959; aprueba el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce los derechos sobre los territorios indígenas, a pesar de tener un enfoque integracionista, promoviendo la incorporación de los pueblos indígenas a la falsa “homogeneidad” de los Estados- nación, lo cual desvirtuó la especificidad de los derechos colectivos e individuales de sus poblaciones (el mismo sería revisado por la propia OIT hasta la aprobación del Convenio 169 de esta misma entidad).

Posteriormente la Ley n° 5251 de 1973; crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) para coordinar las instituciones y sus habitantes. Y finalmente la Ley n° 6172, Ley Indígena de 1977; reconoce los territorios indígenas declarados “reservas” en los decretos anteriores como inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivos de las comunidades indígenas. (Art. 3)

En el año de 1978 mediante Decreto n° 8489 se crea el Reglamento de la Ley Indígena; introduce las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena en sustitución de las estructuras tradicionales Por una deplorable iniciativa y mediante Decreto n° 13560-G de 1982; elimina el Territorio de China Kichá (creado en 1956), este decreto posteriormente es anulado. En ese mismo año mediante Ley n° 6797, Código de Minería; modifica la copropiedad del subsuelo de los territorios indígenas, y éste pasa a ser propiedad del Estado.

Mediante Ley n° 7225 de 1991, Ley de Inscripción y Cedulación Indígena; obliga al Estado a otorgar cédulas costarricenses a los indígenas Ngäbe. Y como último avance en materia normativa mediante Ley n° 7316 de 1992; aprueba el Convenio 169 de la OIT. (Rodríguez, 2011: 78)

D) Derechos indígenas que emanan de la aplicación de los tratados.

De acuerdo con el Derecho Internacional Público en adelante DIP, los derechos que se desprenden de la aplicación de los tratados sobre pueblos indígenas suscritos por Costa Rica son los siguientes; a) Derecho a la autodeterminación, b) Derecho de los pueblos indígenas a impartir su propia justicia, c) Derecho a la Consulta, d) Derecho a la tierra y al territorio, e) Derecho a la protección de los recursos naturales, para su mayor comprensión comencemos por mencionar los alcances del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos:

d.1. Derecho a la autodeterminación

De acuerdo con la “Guía práctica de Aplicación del Convenio #169 de la OIT; el derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación es el derecho de un pueblo en este caso de los pueblos indígenas de decidir sus propias formas de gobierno u organización tradicional, y perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de igualdad. Este derecho, conlleva además el derecho a la auto-determinación y autonomía de los pueblos indígenas. (OIT, 2009: 51)

La libre determinación está recogida en algunos de los documentos internacionales más importantes, como la Carta de las Naciones Unidas o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, además la libre auto determinación es un elemento constitutivo de la identidad de los pueblos indígenas, de su diversidad cultural, su autonomía y sus propias manifestaciones de vida. El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en sus artículos 5° y 8°, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a adoptar formas propias de organización y diseño de sus instituciones, acordes con su tradición, para la toma de sus decisiones de interés de los pueblos indígenas con base en sus organizaciones tradicionales y autoridades propias. (OIT, 2009: 51)

A pesar de dichas disposiciones el gobierno en el año de 1978 mediante Decreto n° 8489 crea el Reglamento de la Ley Indígena; que introduce las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena en sustitución de las estructuras tradicionales; en el año 2002 se interpuso Acción de Inconstitucionalidad con miras a derogar dicho reglamento la cual fue tramitada mediante Exp: 96-006433-0007-CO, interpuesta por Sergio Rojas Ortiz, Bribri, del territorio de Salitre, en dicha oportunidad la Sala Constitucional mediante Res: 2002-02623 de las catorce horas con cuarenta y un minutos del trece de marzo del dos mil dos, aduciendo entre otras cosas que el Reglamento no era inconstitucional. Por otro lado, informes del Relator Especial de los derechos humanos de los pueblos indígenas⁵ y de la Misión Internacional celebrada en agosto del año pasado, han solicitado la eliminación de dichas estructuras; además actualmente en la Asamblea Legislativa se encuentra un

⁵ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica. A/HRC/18/35/Add.8. Ginebra, 2011. Párrafo 48, p. 13.

proyecto de ley denominado : Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, expediente N°14352, el cual tiene más de 19 años sin ser aprobado por dicha instancia legislativa; entre otras cosas la aprobación de dicho proyecto eliminaría las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena y eliminaría la muy cuestionada Comisión Nacional de Asuntos Indígenas conocida por sus siglas CONAI.

La exigencia de organizarse por medio de sus propias estructuras tradicionales ha sido un reclamo permanente, prueba de la pertinencia y vigencia de dicho reclamo se puede derivar del informe final de la Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Costa Rica (MIODHPI)⁶

d.2. Derecho de los pueblos indígenas a impartir su propia justicia

El Convenio 169 de la OIT reivindica el concepto de “derecho consuetudinario indígena”. Y entiende el mismo como el que se expresa en los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de estos pueblos (Artículo 5.a).

Como es posible determinarlo, éste no define lo que es el “derecho consuetudinario indígena” analizado en la presente tesis líneas arriba, pues no se puede encasillar este concepto y sus manifestaciones, sin embargo refiere que cuando a los pueblos indígenas se les aplique la legislación nacional hay obligación de tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (art. 8.1), aunque el derecho indígena nunca debe ser

⁶Dicho informe es el resultado de la información recabada en agosto del 2013, por una observación internacional y se encuentra disponible en la página <http://www.serpaj-cr.blogspot.com/> (Consultada el 01 de diciembre del 2013) también disponible en: <http://alainet.org/active/66938&lang=es>.

incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional (art. 8.2).

d.3. Derecho a la Consulta

Los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, señalan el camino para el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada. Del contenido normativo de estos dos instrumentos se desprende que la consulta previa, libre e informada constituye una obligación de todos los Estados con los pueblos interesados. Se la debe realizar mediante procedimientos apropiados, según las características socio-culturales de los pueblos y de buena fe, y a través de instituciones representativas de los pueblos.⁷ (CIDH, 2008: párrafo 18)

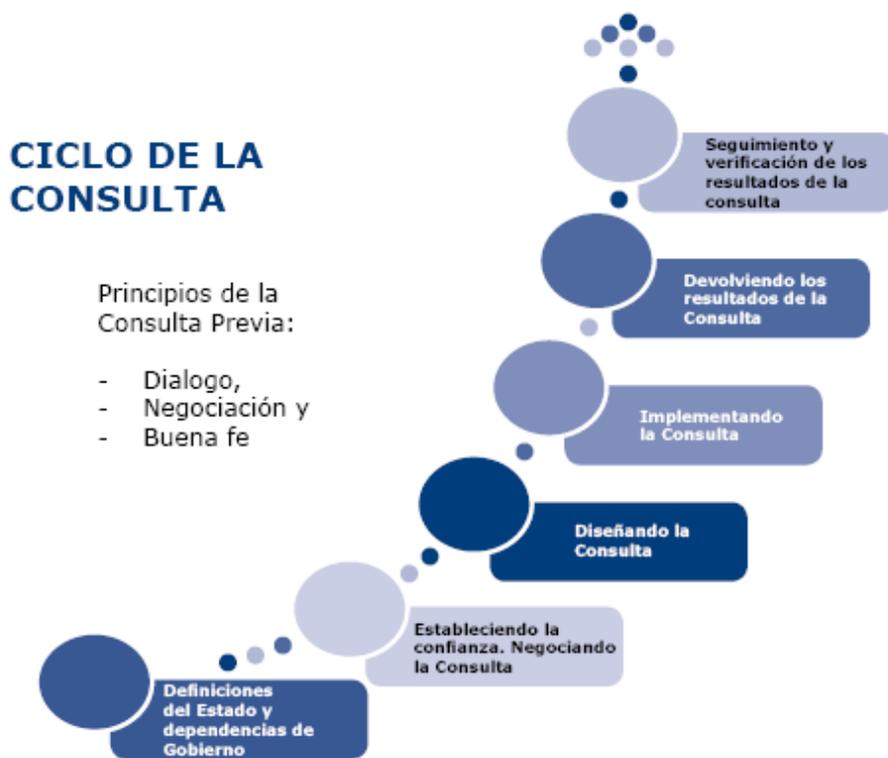
Sin embargo el gran problema en el caso particular de Costa Rica, es el de la implementación de la consulta, pues se ponen en juego diversos intereses políticos que se contraponen a los fines y principios regulados por la legislación internacional, sin embargo la autora Patricia Carrión señala, que el Estado debe consultar antes de adoptar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a las comunidades o pueblos, esto incluye:

- a) La aprobación de cualquier proyecto que afecte sus territorios u otros recursos naturales o programa de prospección.
- b) La explotación de los recursos naturales que se encuentre en tierras donde habiten pueblos indígenas

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló en el caso Saramaka vs. Surinam, que la consulta se debe realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo Saramaka, y además, reconoció que el pueblo Saramaka debe decidir sobre quien o quienes los representarán en los procesos de consulta (CIDH, 2008: párrafo 18).

- c) La utilización de territorios indígenas para actividades militares.
- d) Los traslados de las tierras que ocupan pueblos indígenas y su posterior reubicación
- e) Almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas. (Carrión, 2012: 10)

Figura #2: Ciclo de la consulta previa de pueblos indígenas.



Fuente: Tomado de Cruz, E. (2008)

La finalidad de la consulta de acuerdo con lo expuesto por la autora Carrión es lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado. Sin embargo los pueblos indígenas al menos en Costa Rica, exigen que estos procesos se realicen conforme a los tiempos de la comunidad, sin ningún tipo de coacción y facilitando los procesos de dialogo.

Al respecto, el relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, en referencia al derecho de participación, que se encuentra en la base del ejercicio del derecho a la consulta, señalado

por la autora Carrión, determina que existen varias dimensiones que deben tomarse en cuenta, desde un enfoque de diversidad cultural:

- a) Participación de los pueblos indígenas en las estructuras políticas de los Estados.
- b) Participación en la adopción de decisiones estatales que afecten sus intereses o derechos de los pueblos, por medio de la consulta para conseguir el consentimiento previo, libre e informado.
- c) Participación en la adopción de decisiones a nivel internacional.
- d) Ejercicio de la autonomía y autogobierno.
- e) Mantenimiento de sus propios sistemas jurídicos y de justicia .

(Carrión, 2012: 24)

El cumplimiento, adopción e instrumentalización de parámetros efectivos para el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, han polarizado la situación en algunos territorios indígenas del sur, entre los que destaca el territorio indígena de Terraba, donde gracias a la intervención de la comunidad y exigencia del cumplimiento de dicho derecho, se ha logrado detener uno de los proyectos hidroeléctricos más importantes del país denominado PH Diquis; la oposición del pueblo se ha generado por las vías de organización política pues la construcción de dicho proyecto generaría una pérdida irreparable de su territorio y de su cultura.⁸

⁸Al respecto, puede verse. <http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/> “ Indígenas denuncian mala fe de gobierno en consulta de PH Diquis” (Consultado el 01 de diciembre de 2013)

d.4 Derecho a la tierra y al territorio

La noción de territorio resulta nueva y se encuentra relacionada a partir de cómo se problematizan en la actualidad los asuntos indígenas;

La noción de tierra se ha ampliado a la conceptualización de territorio, pues tierra se encuentra limitada y restringida a la conceptualización de cada sistema normativo del Estado, en cambio la noción de territorio tiene la ambición de designar un sistema que incluiría no solo las nociones de *tierra o suelo*, sino también de recursos naturales en general y de recursos del subsuelo en particular, que se encuentra más en armonía con la disposición del art. 15 del Convenio 169 de la OIT. (Zúñiga, 1998: 53)

En tanto el concepto de territorio podemos retomar el siguiente: “comprende el medio ambiente total de las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma.” (Bengoia 1994, citado por Ochoa, 2002: 54)

Sintéticamente, los derechos que el Convenio 169 consagran con relación a las tierras y territorios indígenas así definidos son:

Derecho de... *propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan* (art. 14, no.1)

Derecho a... *utilizar tierras que no estén que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a los que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradiciones y subsistencia* (art. 14,no.1)

Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras. *Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos* (art.15, no.1)

Derechos de los pueblos indígenas a ser consultados por los gobiernos...*antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, cuando la propiedad de estos pertenezca al Estado* (art. 15, no.2)

Derecho a... *participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten... las actividades extractivas de recursos naturales existentes en sus tierras* (art.15, no 2)

Derecho a... *percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades... extractivas* (art.15, no 2)

Derecho de aplicar sus propias... modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra... entre sus miembros (art.17)

De esta enumeración de derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, es posible colegir que en la regulación especial se enuncian de forma separada las nociones de *tierras, territorios y recursos*, por consiguiente el tratamiento y su conceptualización también deberá ser separada. Ni la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, ni la Convención Americana de los Derechos Humanos, consagran expresamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, los órganos del sistema interamericano de protección han interpretado que éstos derechos se encuentran amparados por el derecho a la propiedad de los artículos XXIII de la Declaración y 21 de la Convención.⁹ (CIDH,2007: párrafo 91)

⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. párr. 91. La Corte Interamericana ha reiterado que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” [Corte

También el artículo 16 y 17 del Convenio 169 de la OIT, claramente dice que cuando se habla de tierras de los pueblos indígenas, se debe hablar de tierra y territorio, incluyendo además de lo anterior señalado, la demarcación física del área que pertenece a los pueblos indígenas.

Pese a dichas disposiciones gran cantidad de los territorios indígenas se encuentran en posesión ilegal de no indígenas, situación que incluso ha llegado a conocimiento de la Sala Constitucional en búsqueda de tutela jurídica de los no indígenas, en reiteradas disposiciones entre las que destaca la Res. N° 2013001071 de las nueve horas cinco minutos del veinticinco de enero de dos mil trece; en la cual se ha reiterado la condición de inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivos de las comunidades indígenas de los territorios que habitan (art. 3 de la Ley No 6172) por lo cual se han declarado sin lugar dichos recursos. Por otro lado resaltan las iniciativas de organización popular del líder Bribri, Sergio Rojas Ortiz, en los procesos de reivindicación de tierras, por las vías del derecho indígena en el territorio Bribri de Salitre, ubicado en Buenos Aires de Puntarenas, al sur del país.¹⁰

Sobre el tema de tierras cabe señalar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 31 de agosto de 2001. (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. vs. Nicaragua) se resaltó el derecho inalienable imprescriptible de los territorios indígenas y su sistema consuetudinario de traspaso de la propiedad:

IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. párr. 149].

¹⁰Al respecto puede consultarse el informe final de la Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Costa Rica (Agosto, 2013)

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. 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 de gozar plenamente inclusive para preservar su legado cultural y transmitido 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 (CIDH, 2001: párrafo 151)

Sobre la tutela constitucional de otros derechos esenciales vinculados a la tierra, resalta el Recurso de Amparo tramitado mediante Exp: 12-013033-0007-CO la Sala Constitucional mediante Res. N° 2013000202 de las nueve horas cinco minutos del once de enero de dos mil trece, ordena a una serie de autoridades el despliegue de distintas acciones para la cobertura de servicios básicos esenciales entre los que destaca, educación, seguridad, electricidad, salud, agua potable, infraestructura entre otros, en el territorio Ngabe de Punta Burica.

d.5 Derecho a la protección de los recursos naturales

Como se mencionó líneas arriba, el derecho a la protección de los recursos naturales, es correlativo al derecho de plena disposición de los pueblos indígenas sobre su territorio. El derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, comprenden *el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos* (art.15, no.1)

La Corte Interamericana también ha reiterado que el derecho de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal, forma parte del derecho a la propiedad amparado bajo el artículo 21 de la Convención Americana.¹¹ (CIDH, 2008: párrafo 48)

E) Acceso a la justicia de los pueblos indígenas

De acuerdo con las normas de acceso a la justicia para pueblos indígenas tenemos que las Reglas de Brasilia de 2008¹² ponen en las agendas de los poderes judiciales la atención sobre los pueblos indígenas. Sobresalen así la necesidad de traductores e intérpretes a sus propios idiomas, el reconocimiento a sus autoridades propias y tradicionales, el respeto por el derecho indígena o derecho propio, la necesidad de capacitación en la aplicación de leyes específicas, y el desplazamiento de los operadores jurídicos para la celebración de audiencias en las jurisdicciones indígenas, entre otras.

A partir de la aprobación de las Reglas de Brasilia por parte del Poder Judicial costarricense, se ha comprobado que el gran problema que tienen las autoridades estatales

¹¹Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. párr. 48.

¹²Estas Reglas fueron aprobadas en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena N° 17-2008

frente al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley Indígena n° 6172 y los propios Tratados Internacionales; es el de reconocimiento, validación, instrumentalización y cumplimiento de los derechos indígenas en ellos contenidos; tal cumplimiento no es una realidad en el sistema de administración de justicia costarricense, pues los pueblos indígenas aún se quejan de la falta de cercanía de los jueces, fiscales y defensores a los modos que dichos pueblos tienen para abordar la problemática que representa resolver sus diferencias y trasladar las competencias de administración de justicia al derecho penal.¹³

Con miras en mejorar dicha situación el Poder Judicial costarricense ha conformado una subcomisión de pueblos indígenas (mayo 2007) adscrita a la Comisión de Accesibilidad que se encuentra encabezada en la actualidad por una Magistrada de la Corte Suprema de Justicia la Msc. Carmenmaría Escoto de la Sala Primera, dicha subcomisión ha emprendido acciones con miras a garantizar el acceso a la administración de justicia, las cuales se han operativizado por medio de “circulares” entre las circulares que destacan están la Circular No. 10-09, la Circular No. 145-09, la Circular No. 10421-09, la Circular No. 94-2010, la Circular 03-2011 y la Circular No 43-2011.

Sobre el tema de investigación en particular resalta la Circular No. 10-09 del 5 de febrero del 2009, cuyos incisos 10 y 11 fueron adicionados por el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión N° 61-11 del 7 de julio de 2011; los cuales señalan:

10. Derecho al intérprete o traductor:

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 hable y comprenda el idioma español.

¹³Al respecto véase recomendaciones del informe final de la Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Costa Rica (Agosto, 2013)

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.

11. Respeto a la diversidad cultural: obligación del peritaje antropológico/cultural: 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 costado 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. (Circular No. 10-09, 2011)

Sobre el apartado específico de respeto a la diversidad cultural, saltan los primeros problemas. Todavía en el Poder Judicial no existe una noción diferenciada de lo que se debe entender como peritaje cultural o expertaje cultural indígena y por otro lado peritaje jurídico antropológico; que no son lo mismo, pues como se dijo desde un inicio:

Los operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, **inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales**, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico antropológico), a fin de garantizar el

ejercicio efectivo del Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia
(Valiente, 2012:67) (El resaltado no es del autor)

Definición que comparte la presente tesis, por lo cual es claro que peritaje cultural guarda dos condiciones inherentes al ejercicio del cargo, el entendimiento de la cosmovisión indígena y el que sea ejercido por una autoridad tradicional o bien sabio de un pueblo indígena; Esto es así pues:

La condición indígena no se determina por contenidos biológicos ni tampoco culturales fijos, sino que la cultura y el fenotipo varían entre los pueblos indios, y lo fundamental es la auto identificación y la conciencia de una continuidad histórica con el pasado” (Informe N° 2221-02-94, Defensoría de los Habitantes 7/3/2006, p.60).

Tal condición lo separa sustancialmente de lo que se debe entender por peritaje jurídico antropológico, pues el perito jurídico antropológico es un especialista en el estudio de los sistemas jurídicos propios; para resolver este problema el trabajo interdisciplinario y en conjunto es clave; a fin de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas y garantizar el efectivo acceso al derecho de defensa y al derecho de acceso a la justicia.

Así pues, el peritaje cultural como se verá más adelante, además de ser un auxiliar de la administración de justicia es un medio de prueba que garantiza una mejor comprensión de la realidad cultural para un mejor abordaje principalmente de la defensa y un mejor entendimiento del juez.

Dice la Circular No. 10-09, en su último párrafo: “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”. (Circular No. 10-09, 2011)

En esta manifestación el Consejo Superior del Poder Judicial, muestra la mayor infracción y prueba de desconocimiento, pues dice: procederá a elaborar listas de “peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas”, en su lugar podría decir de las “autoridades propias o bien sabios de un pueblo”, lo que genera una ambigüedad respecto de: ¿quiénes son peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas?. Dicha ambigüedad genera a los ojos de la aplicación práctica del juzgador la falsa creencia de que el perito cultural es solamente el experto antropólogo, pues el antropólogo es un “conocedor de la cultura”, también se puede dar el caso que aunque se garantice la presencia de un “conocedor indígena”, esta figura no sea coincidente con la de una autoridad tradicional o bien con la de un sabio de un pueblo.

Al ser el peritaje ó expertaje cultural indígena una herramienta en manos de la fiscalía y la defensa, son estas partes las involucradas en potenciar la utilización de esta herramienta en el proceso judicial.

Otra situación que se puede dar es que el juez, por economía procesal, prescinda de la autoridad propia y se privilegie el criterio del perito antropólogo; lo cual constituiría una infracción a la posibilidad que tiene los pueblos indígenas de explicar su propia identidad cultural y al derecho que tienen dichos pueblos a impartir su propia justicia (art. 5.a del Convenio 169 de la OIT). Por otro lado en el peor de los casos se puede dar la situación de que el juzgador considere la no utilización de la herramienta del perito cultural o del perito jurídico antropológico.

Otro aspecto que nos menciona el autor Valiente y no se prevé en la circular mencionada es el hecho de que:

El peritaje cultural no sólo puede ser realizado por parte de académicos, sino también el Tribunal, la fiscalía o la defensa pueden presentar como prueba pericial los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas para que interpreten la cosmovisión. Dichos informes tendrían el mismo valor probatorio que los de un profesional o un perito práctico. (Valiente, 2012: 68)

Además dicha circular señala; “el juez que conoce del caso dispondrá cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costado por Estado, el peritaje antropológico y/ o cultural” tal manifestación no garantiza la obligatoriedad de la presencia del perito cultural en todas las etapas del proceso penal, donde participe un indígena. A fin de resolver esta situación y reformular la conceptualización de lo que se debe entender por perito cultural, con miras a garantizar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas se abundara con mayor detalle más adelante.

Cabe reiterar que se ha asumido la tesis de diferenciar conceptualmente el peritaje cultural del peritaje jurídico antropológico, aunque algunos autores lo utilicen como sinónimo, para efectos de la presente investigación se tienen como diferentes; Así pues cuando se hable de perito cultural está más vinculado a la idea de un sabio de un pueblo o una autoridad tradicional y cuando sea mencionado el peritaje jurídico antropológico remite a la idea del aporte que realiza un académico o profesional en la materia dentro del proceso penal. Aunque ambos actos procesales conlleven necesariamente un conocimiento de la cultura.

Cabe señalar y según se desprende de informes de labores del funcionamiento de la Subcomisión de Acceso a la Justicia para Pueblos Indígenas del Poder Judicial que el 30 de junio de 2010 la Subcomisión organizó el taller “*Diversidad cultural y jurídica: los peritajes culturales*”, el cual es parte de acciones de seguimiento de visitas que se han organizado a Guatemala por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) en noviembre de 2009, para conocer la experiencia sobre el peritaje que han tenido en ese país y promover el uso de esa herramienta en Costa Rica, lo que permite deducir el interés de las autoridades por ver el comportamiento y uso de la herramienta del peritaje cultural en la legislación guatemalteca. El Poder Judicial tiene claro que la aplicación del peritaje es una forma de asegurar el cumplimiento del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual indica que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (art. 8).

El IIDH, ha realizado estos talleres, con la finalidad de capacitar sobre el tema a los y las funcionarias judiciales. Se han analizado temas como: Introducción a la diversidad cultural en Guatemala, los modelos de abordaje jurídico institucional y la interpretación a idiomas indígenas en los procesos judiciales, con la participación de expertos de Guatemala y Colombia. (Informe, Acciones realizadas para asegurar el acceso equitativo a la justicia de los pueblos indígenas, 2010:04)

Por otro lado, el Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial en su art. 15 incisos a), b) y c) respectivamente, establecen la obligación del poder judicial de garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, con plenitud de derechos, utilización de la lengua propia y todos aquellos aspectos (peritaje cultural) que les posibiliten la efectiva comprensión del sentido y significado de las actuaciones

judiciales, el respeto de trato sobre su dignidad y tradiciones culturales por parte del sistema judicial y de los tribunales, y la obligación del Poder Judicial de resolver el mayor límite de acceso a la justicia el cual es el diseño de un modelo acorde con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que pueda servir para la resolución alterna de conflictos en donde sean parte sus integrantes.

e.1) Acceso a la justicia y derecho consuetudinario.

La existencia simultánea de dos tipos de derecho - el estatal y el indígena- han traído enfrentamientos y contradicciones respecto de los modos de administración de justicia, muy en especial han sido afectados los usuarios indígenas dentro del sistema estatal; como se mencionó desde el inicio de la presente tesis:

Todas las comunidades indígenas se quejan del acceso a la justicia y de los resultados que se han obtenido cuando se logra. Por sus formalismos, el acceso al sistema judicial es casi imposible y, cuando se da, produce fallos tardíos o sesgados por el desconocimiento de los jueces con respecto a las costumbres y problemática indígenas (Guevara, 2000: 4)

La efectividad y por consiguiente los límites o limitaciones del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, deben ser analizados pues son un indicador clave de la eficacia en la administración de justicia. Como se vio en el apartado de antecedentes teóricos de la presente tesis el pluralismo jurídico como resiente escuela del derecho resuelve las contradicciones que producen las concepciones homogéneas y monistas del derecho y la diversidad cultural y jurídica de nuestros países latinoamericanos.

Es necesario por tanto el desarrollo de los siguientes principios:

1- Coordinación: Se debe buscar que el acceso a la justicia sea efectivo y la autoridad o tribunal más adecuado den solución a la controversia planteada con un respeto claro al marco de cobertura de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

2- Complementariedad: Ninguna cultura es perfecta, por consiguiente en búsqueda de un respeto cultural, mejoramiento y plenitud de ambos sistemas de derecho, es que se debe desarrollar la capacidad de los juzgadores del sistema de justicia estatal de aprender de las otras culturas.

3- Interculturalidad: Costa Rica como pueblo no puede explicar su historia cultural, sin dar un pleno reconocimiento a la base historia de los pueblos indígenas que habitan el país; y esto debe ser un reflejo no solo de los modos de aprender sino de contar y explicar la propia historia diversa de un país. (Valiente, 2012: 72-73)

e.2) Acceso a la justicia de la víctima indígena

Las garantías judiciales deben aplicarse de igual manera no solo a los victimarios sino también a la víctima del delito, en este caso particular el peritaje jurídico antropológico es clave para entender el concepto de agravio, afectación y reparación.

Sobre este apartado particular el autor Valiente, (2012: 70) menciona que las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta y facilitar la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena, ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno, permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso, además de la indemnización de acuerdo con la cultura indígena el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad y si la víctima no tiene medios económicos recibir patrocinio gratuito por parte del Estado. Sobre estos aspectos si bien en la legislación procesal penal

costarricense se ha avanzado con la adopción de la Ley de Protección a Víctimas y Testigos, es necesaria a adopción dentro de la ley de los criterios de pertinencia cultural y abordaje socio-cultural de las victimas indígenas.

e.3) Acceso a la justicia de las mujeres indígenas

Para nadie es un secreto que la mujer indígena es triplemente discriminada, primero por su condición socio-económica de empobrecida, segundo por su condición biológica de mujer y por ultimo por su condición cultural de indígena (Valiente, 2012: 71); por lo cual es importante que el sistema de administración de justicia costarricense desarrolle planes de abordaje y atención cultural hacia dichas mujeres, reiteramos en la importancia de la adopción de criterios de pertinencia cultural y abordaje socio-cultural.

e.4) Tutela jurídica ante el derecho penal.

En materia de tutela jurídica ante el derecho penal los autores Dobles y Guillen, en su Trabajo de Graduación: “Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses” (1988), menciona que la única normativa que se ocupó de regular específicamente la situación del indígena ante el derecho penal fue un Decreto XXI del 25 de julio de 1867, el cual corresponde a una legislación transitoria , donde su aplicación se limita a la comunidad de Talamanca y surge como respuesta a las constantes invasiones. (Dobles & Guillen, 1988: 73-83)

El decreto consolida el mandato del *Brupa*¹⁴ jefe tradicional indígena, a quien se confiere propio y absoluto mandato resolutorio y se le dota de una forma residual de administración de justicia. Mencionan en su tesis los autores Morales y Zamora (2013) que:

¹⁴Vocablo Bribri para el cargo de jefe indígena.

...Después del decreto mencionado, no se encuentra un cuerpo normativo que trate específicamente el tema de la persona indígena frente al derecho penal, salvo normas dispersas y aisladas. Como por ejemplo el artículo 339 del CPP, reformado en la segunda parte de la década de los noventas, donde se incorporó el principio referente a que en esta materia los juzgadores han de tomar en cuenta la realidad cultural de los pueblos indígenas y dentro de ese contexto entender o calificar los casos que se les presenten, situación que antes no estaba contemplada. (Morales & Zamora, 2013: 106)

Cabe recordar que respecto de la materia penal, el derecho internacional público, en materia indígena, reconocen la facultad de los pueblos indígenas de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los DDHH internacionalmente reconocidos, por lo cual es importante tener claro que estas disposiciones no exigen que el sistema tradicional o justicia indígena dentro de su derecho consuetudinario tenga que reproducir las formalidades, ritualidades y modos de administrar justicia en el sistema de justicia estatal, sin embargo esto no es una realidad a pesar de que el Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial en su art. 15 establece la obligación del Poder Judicial de resolver el mayor límite de acceso a la justicia el cual es el diseño de un modelo acorde con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que pueda servir para la resolución alterna de conflictos en donde sean parte sus integrantes.

TÍTULO III: Análisis y reflexiones sobre el proceso penal y el peritaje.

“...las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales.” (Sánchez, Chirino y Houed, 1994:47)

Capítulo 1: Generalidades del Peritaje Cultural

A) Definiciones conceptuales.

Primero, definamos el concepto de la figura del perito en el derecho penal. Hablamos de un instrumento que busca administrar la justicia de forma efectiva. Podemos definir *Prueba Pericial* como sigue:

Es aquella prueba que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso se investigan y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva y ello mediante los conocimientos que una determinada persona, calificada como perito, vierte en una de sus instancias; conocimientos que giran en torno a una ciencia, arte, técnica o industria. Es un medio de prueba a través de la cual un tercero, sin ser parte en el proceso ni integrante de relación jurídica procesal, y que con conocimientos o experiencia en una determinada materia, ya sea ciencia,

arte, técnica o industria, es llamado por el juez, las partes o un tercero interesado (tercero coadyuvante), a rendir un informe o dictamen de manera obligatoria, imparcial y objetiva respecto a uno o todos los hechos que generan el proceso, *ye* civil o penal. (CIJUL, 2012:4)

En pocas palabras, el perito es un “tercero” objetivo e imparcial, que conoce a profundidad algunos de los puntos clave relacionados con la ley, la ciencia, arte, oficio o cultura, y por lo tanto debe orientar con su criterio la administración de justicia. Específicamente en el derecho penal, el papel del perito será ofrecerle al juez nuevos elementos para esclarecer la responsabilidad o no (inocencia o culpabilidad) del procesado. Para esto, el perito proveerá al juez del conocimiento que éste no puede poseer sobre el caso, por medio de un informe pericial. Considerando lo anterior podemos tomar la siguiente definición de *peritaje cultural*:

Es el medio de prueba, por virtud del cual, el juzgador ilustra su criterio, para el conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que se estudia, y que el juez toma en cuenta al momento de resolver. (Marroquín, 2006:183)

Existe una diferencia fundamental entre peritaje cultural y peritaje jurídico antropológico: el primero se centra en reconocer las generalidades y la cosmovisión de un grupo indígena, mientras que el segundo se centra en conocer el sistema normativo de una cultura para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la defensa y el derecho de acceso

a la justicia de los miembros de un pueblo. Es posible y deseable en el caso del peritaje meramente cultural, que sean miembros sabios o ancianos de la misma cultura los llamados a brindar información.

El juez debe analizar si existe un hecho típico, antijurídico, culpable. Para saber si existe particularmente la antijuridicidad y/o la culpabilidad debe recurrir al peritaje antropológico que le dirá cómo esa misma conducta es valorada dentro del sistema normativo a la que la indiciada pertenece. Este conocimiento especializado sobre un sistema normativo no escrito, requiere del trabajo de un perito capaz de entender la cultura y el derecho en una sociedad indígena. (Valiente, 2012:70)

Casos como la portación y uso de armas, la utilización de vida silvestre o el consumo y distribución de sustancias narcóticas son ejemplo clásico de la posible aplicación de un peritaje cultural, en casos de conductas tipificadas en el sistema judicial tradicional, puesto que este tipo de normas suelen tener reglas distintas en cada grupo cultural. En resumen, todo lo vinculado con el peritaje es un medio para ayudar a la justicia. Para que esto se logre efectivamente en nuestro sistema penal, es necesario cumplir con cierto orden y fundamentos que detallaré a continuación.

B) Fundamentos y Marco Normativo del peritaje cultural.

Filosóficamente, el fundamento del peritaje cultural es una cuestión netamente de derechos humanos: el acceso a la justicia, la igualdad, la dignidad de todos los seres humanos y de todos los pueblos y culturas. “El principio sobre el que descansa el instituto del peritaje cultural, es el de igualdad, el cual se puede interpretar en una forma superficial como aquel principio que busca la aplicación de la ley por igual a toda la población sin distinciones de ningún tipo.” (Salvatierra, 2011:77)

Acá operan otro principio básico de *continuidad o supervivencia étnico cultural*. Este último se refiere a la necesaria permanencia y continuación de la personalidad moral del grupo y de cada uno de sus integrantes.

La realidad multicultural de nuestras sociedades exige la aplicación de este principio de igualdad consagrado en la tradición jurídica y cultural, de acuerdo con las particularidades de cada pueblo. Esto es especialmente importante a la hora de abordar el tema del respeto a las culturas más antiguas de América Latina:

Países como México, Guatemala, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Honduras, Panamá, Nicaragua, El Salvador, Brasil, Perú, Bolivia, Paraguay, Chile y Argentina, han sentido fuertemente el impacto demográfico de la diversidad cultural a través de largos procesos de mestizaje (entrecruzamiento racial) más o menos intensos, signados por la continua recepción de contingentes inmigratorios de diversa incidencia ascendencia cultural procedentes de las más variadas urbes planetarias. (González Ferreyra, 2012:3)

El término específico para referirse a varias culturas conviviendo en un mismo espacio y periodo de tiempo es *pluralidad cultural*. En un contexto de este tipo, siempre es necesario que aquellas culturas dominantes, con mayor poder económico, militar, o mayor número, respeten y protejan los derechos básicos de las minorías, especialmente las más vulnerables.

En el ámbito de legislación internacional, el principal instrumento en que se ven traducidas estas nociones de pluralidad y respeto cultural, es el *Convenio 169 OIT*, así como la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. En estos convenios internacionales se impone la obligación que el sistema penal se adapte y tome en cuenta las características económicas, sociales y culturales de cada pueblo.

Por ejemplo el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, prevé como pauta de determinación e individualización de la pena aplicable a un indígena, la especial consideración de sus condiciones sociales económicas y culturales, y busca alternativas sancionatorias distintas de la pena de privación de libertad: “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. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.” (Convenio 169 OIT, art.10, 1-2)

También para estos casos particulares, son aplicables las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas vulnerabilizadas, que son un conjunto de 100 Reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia. Es especial lo señalado en su artículo 4 sobre la Pertenencia a comunidades indígenas:

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte *de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales*. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal. (Reglas de Brasilia, 9)

En esta misma normativa se fomenta la participación de los miembros de pueblos en sus propios procesos penales, cuando se define el sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígena:

(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.*(Reglas de Brasilia, 48-49) (El resaltado no es del autor)

El tema de la identidad cultural indígena es fundamental para determinar la aplicabilidad de estos principios de justicia. Este es un problema de fondo, puesto que la identidad cultural es cambiante y dinámica, posee múltiples interpretaciones de acuerdo con el actor cultural que se consulte.

Esto sin duda alguna es un reto para las ciencias jurídicas, puesto que, a la hora de solicitar un esclarecimiento pericial cultural no existe “una identidad” o una sola “ley cultural” a la cual ampararse para esclarecer un hecho judicial. Esto conlleva la incompreensión, el prejuicio y la falta de acceso a una justicia eficiente para los pueblos que viven una cosmovisión distinta a la hegemónica.

La identidad es un conjunto de características (idiomáticas, culturales, pertenencia territorial principios, género y otras) que definen a los grupos sociales. Es un proceso dinámico cambiante y que depende en gran medida de la auto identificación. Los pueblos indígenas han sido sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia, por su origen cultura y lengua. Será posible desarraigar la opresión y la discriminación, sólo si se reconocen las identidades y derechos de los pueblos indígenas que habitan en el país. (Marroquín, 2006:180)

Cuando se da el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico, también se da la descriminalización de ciertas conductas. Esto es especialmente importante en torno al tema del reconocimiento de la jurisdicción propia y en el derecho al uso de sustancias narcóticas penalizadas a nivel internacional:

En 1985, el IX Congreso Indigenista Interamericano recomendó la legalización del uso ceremonial de sustancias psicoactivas y, posterior mente, se declaró lícito en Colombia (1986), Bolivia (1988) y Argentina (1989). En Bolivia, se declararon lícitas las formas tradicionales de uso de la hoja de coca y, en Argentina, se estableció que no sean considerados como delitos la tenencia y el consumo tradicional de la coca. (Amry, 2006:92)

Los fundamentos ulteriores del peritaje son entonces sumamente humanos, y no son constantes o fijos. Los derechos humanos, la diversidad cultural, la dignidad de las personas y las culturas, la libertad y la justicia son fundamentos que buscar constantemente.

C) Función del Peritaje Cultural como medio de prueba.

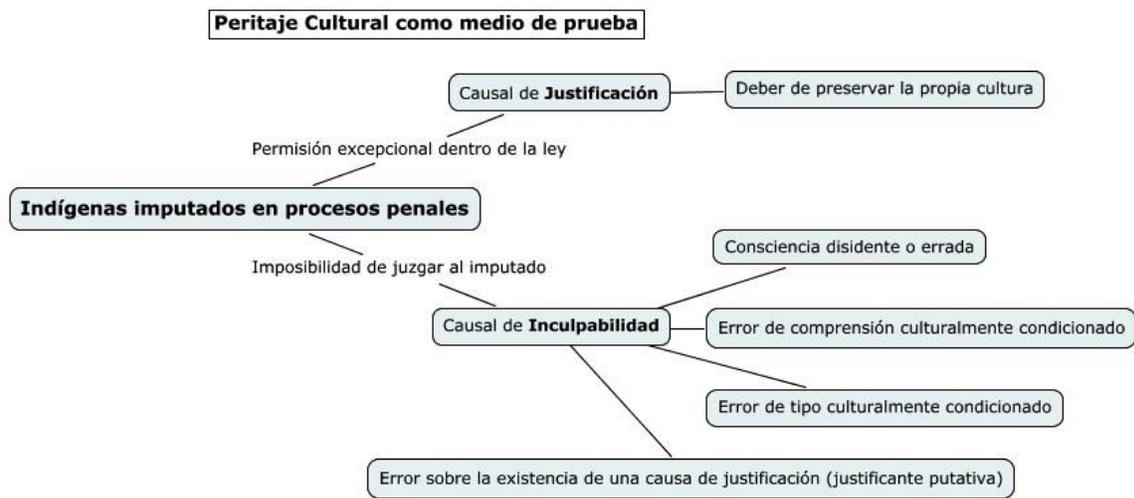
El peritaje debe ser entendido como *medio de prueba* puesto que provee datos importantes sobre el contexto del caso y aporta pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos. Es un mecanismo que permite aportar medios de prueba legales para acreditar que una diferencia cultural propició y condicionó una

conducta tipificada como delito en el sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva del individuo que ha cometido la falta no lo es.

El peritaje debe ser comprendido solamente como un medio de prueba, que no busca demostrar a priori inocencia o involuntariedad, sino solamente permite juzgar las cosas desde el punto de vista indígena. Permite al juzgador ilustrar su criterio sobre el marco cultural donde se dieron los hechos que juzga, siendo que el juez toma en cuenta el peritaje y basado en la información que éste le provee extraiga sus conclusiones al momento de resolver.

Es por eso que se puede considerar que el antropólogo es el perito idóneo en casos culturales, porque son los que tienen técnicas, metodologías y conocimiento para comprender el mundo cultural indígena y presentarlo a los jueces u otros actores del proceso judicial. Esto implica que también otros profesionales, o los mismos indígenas, pueden ser peritos culturales en determinados momentos. (Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, 2011:13)

Figura #3: Escenarios penales con imputados indígenas en los que se puede aplicar el Peritaje cultural como medio de prueba.



Fuente: Elaboraci3n propia con base en Gonz3lez Ferreyra, 2012

Hablando propiamente de cuestiones de procedimiento jur3dico penal, los miembros de pueblos ind3genas se pueden ver envueltos en dos situaciones ante una acusaci3n, ya sea un *causal de justificaci3n*, o bien un *causal de Inculpabilidad*.

En la *causal de justificaci3n*, que se enmarca dentro de las permisiones excepcionales que a veces confiere el ordenamiento jur3dico para tomar leg3timas o jur3dicas conductas normalmente ilegales. Dentro de estos se puede en marcar el deber de preservar la propia cultura como ejercicio leg3timo que permite eludir un deber consagrado en las leyes de un Estado.

Por otro lado, un ind3gena se puede encontrar en un *causal de Inculpabilidad*, que puede ser de varios tipos: un error de comprensi3n culturalmente condicionado, un error sobre la existencia de una causa de justificaci3n, la inexigibilidad de otra conducta por

condicionamiento cultural determinante y la conducta disidente. (González Ferreyra, 2012:25)

En la *conciencia disidente, conciencia errada o autoría por conciencia*, el individuo tiene problemas para comprender la norma, y percibe su obrar como resultado de un patrón general de valores distinto a los del derecho penal oficial. No se puede alegar en cualquier caso que alguien actúa contra la ley por su conciencia individual, se debe demostrar que un sujeto tiene un deber de conciencia de acuerdo a su contexto cuando ha cometido un injusto. En un escenario de conciencia disidente, el imputado omite o desvirtúa algún punto del tipo penal porque impacta o choca contra la forma de vida particular de éste y desvalora conductas válidas para los pueblos indígenas. Zaffaroni indica que quien actúa por conciencia disidente realiza un esfuerzo mayor por evitar la comisión del injusto penal. Esto implica una disminución de la culpabilidad. (González Ferreyra, 2012:25)

Si esta conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión del ilícito, se da un *error de comprensión culturalmente condicionado*, por el cual no se puede internalizar, o no se puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. No se puede exigir que alguien internalice totalmente una norma ajena a su cultura, aunque conozca las normas básicas. Si una persona ha vivido toda su vida bajo otras norma morales y valores, la consecuencia es similar al error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad. El infractor puede tener la posibilidad de conocer la ley penal, pero no la comprende, el autor hace un tránsito intelectual de una conducta normalmente permitida en su cultura, a una conducta prohibida o peor aún a una conducta que raya en lo absurdo, tal es el caso de la sustracción propia y la trata de personas. (Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, 2011:14)

Puede existir también un *error sobre la existencia de una causa de justificación*, mediante una *justificante putativa*, que implica la creencia errónea de un individuo actuante de estar obrando de acuerdo a derecho o cumpliendo un deber. (González Ferreyra, 2012:26)

El *error de tipo culturalmente condicionado*, se da cuando el legislador no toma en cuenta la realidad multicultural de la sociedad a la que regula, e invisibiliza la cultura de los pueblos indígenas y como consecuencia de ese error cultural al elaborar la ley, un infractor desconocerá la misma y no tendrá voluntad de actuar conforme a la conducta descrita en el tipo penal.

En lo que respecta a la doctrina nacional costarricense, Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas (2009) recalcan que:

El error de tipo implica un desconocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo del injusto, sean de naturaleza descriptiva o normativa. Definen el error como una falsa representación de la realidad (una discordia entre la consciencia del agente y la realidad). Según sea vencible o invencible, subsistirá para el agente responsabilidad penal o no, en ese sentido, en caso de ser vencible, es decir cuando el sujeto aplicando el debido cuidado, hubiera podido salir del error y no realizar el tipo objetivo, persistirá la tipicidad culposa, en los casos que previamente se haya previsto en la ley penal y en caso de ser invencible, se excluirá por completo la tipicidad (p. 169)

En un país culturalmente diverso como lo es Costa Rica, implica que muchas personas no comprenderán ciertas normas tipo, ni el contexto moral o ético que las sustentan. Por eso el peritaje cultural es fundamental para evitar que se sancione la

diversidad cultural. Es entonces cuando se puede dar un *error de comprensión culturalmente condicionado*.¹⁵ Una persona considerada culpable de un delito debe tener posibilidades efectivas de conocer la norma con que se le juzga, para comprender la eventual antijuricidad de su conducta.

Este concepto parece haber sido utilizado originalmente por Zaffaroni quien combinó el concepto judicial de “error” con el “condicionamiento cultural” de la antropología relativista. Según esta teoría, un imputado puede estar totalmente incapacitado de comprender una norma judicial dada debido a su visión de mundo:

Zaffaroni distingue entre el error de prohibición a escala «cognitiva» y el error de «comprensión». El primero afecta el «conocimiento directo» (conocimiento de la norma prohibitiva) o «indirecto» (creencia errónea en la existencia de una causa de justificación) de la criminalidad del acto. El error de «comprensión», por otra parte, no es un «error» en el sentido literal de la palabra, pues el sujeto sabe que el acto es punible, sino que afecta la capacidad para «internalizar» la norma. Según Zaffaroni, en ciertas situaciones, no se puede exigir la internalización, pues las normas corresponden a una visión y experiencia del mundo totalmente distintas a las del procesado. (Amry, 2006:90)

¹⁵ “En el derecho penal guatemalteco se sigue vigente la vieja teoría del error *iuris nocet*, dado que el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial establece que “contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”. De ahí habría que deducir la responsabilidad de toda persona que actuara en contra de la ley, aun cuando desconociera su contenido y creyera actuar ilícitamente. A lo anterior se une que nuestro Código Penal solo menciona un supuesto de *error exculpante*, el error sobre presencia de una agresión ilegítima en relación con la legítima defensa, contenido en el Art. 25.3. La ignorancia entendida como “falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución” no pasa de ser una circunstancia atenuante contemplada en el artículo 26.9 del mismo cuerpo legal.” (Ixchiú García, 2010:35)

Hay varias críticas hacia la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado. Para algunos, no se trata de un error si no de una incapacidad de culpabilidad, a la falta de capacidad del sujeto para internalizar la prohibición. Desde un punto de vista etnológico es también problemático el supuesto que las personas están condicionadas por la cultura, como si las personas fueran “esclavas de la cultura” sin saber elegir o discernir las normas que le competen. Hay que saber discernir cuándo se respetan los derechos humanos y la identidad cultural de un indígena y cuándo éste se puede amparar en su tradición para ocultar hechos punibles en el sistema jurídico estatal: “El indígena tiene el «derecho» de comportarse de acuerdo a su cultura, aunque se trate formalmente de una conducta tipificada, pues la Constitución reconoce a los derechos culturales y, por tanto, se lo permite. La solución debe, por tanto, buscarse desde el punto de vista del injusto y no de la culpabilidad.” (Amry, 2006:95)

La tarea para el derecho penal consiste en superar el relativismo y el determinismo cultural y pasar a un pluralismo que reconoce los derechos humanos y las diferencias culturales. No existe soluciones únicas a casos que involucren culturas diferentes: “No es lo mismo hablar del uso ritual del peyote, de la economía tradicional indígena o de su derecho a ejercer su propia jurisdicción que de homicidio de brujos, o de prácticas crueles o humillantes cometidas bajo la excusa de la tradición.” (Amry, 2006:97)

Por lo cual un derecho penal que busca realmente la justicia deberá en conjunto con todas las partes del proceso examinar las soluciones que corresponden a cada caso particular. El Estado y toda la sociedad deben asumir sus responsabilidades con los sectores más vulnerables, cuya marginación económica, política, laboral y social es la causa verdadera de muchos delitos supuestamente “culturales”.

D) Dictamen pericial y aplicación práctica del peritaje cultural

El *Dictamen pericial* es un informe científico que hace el experto en la materia, para el caso generalmente un antropólogo u otro competente, que debe ser hecho bajo juramento, corto, preciso, detallado, con altos valores éticos y sin juicios de valor o responsabilidad. Es necesario recordar para el perito antropólogo que él no es un juez, ni va a hacer una etnografía completa, si no que debe presentar únicamente los elementos explicativos que muestren lo que a la luz de las instituciones de justicia requieren.

Según el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, las partes de un dictamen pericial son las siguientes:

- a) Presentación e Introducción: Esta parte debe llevar a quien va dirigido, el objeto o la referencia y quien hace el informe.
- b) Fundamento Técnico: Es el espacio donde se enumeran de manera resumida los pasos y labores que se llevaron a cabo para la investigación
- c) Fundamento Científico: Breve disertación del fundamento antropológico del comportamiento en cuestión o del hecho a explicar.
- d) Observaciones, aspectos que el perito consideren relevantes para ampliar sobre aspectos relacionados que no han sido expresamente requeridos por la autoridad que solicitó el peritaje
- e) Conclusiones. Constituye la opinión profesional y ética que no involucre juicios de responsabilidad sobre el hecho o comportamiento analizado. (IDPP, 2011:16)

En su investigación titulada “Peritaje cultural como medio de prueba para el respeto de la identidad cultural y social en la aplicación de justicia a los miembros de los pueblos

indígenas sujetos a proceso penal”, el autor Alvarado García (Guatemala, 2002) nos resalta algunos de los principales momentos o instituciones judiciales o jurídicas donde puede ser utilizado el peritaje cultural.

En primer lugar, existe el *Criterio de oportunidad*, según el cual el ministerio público (fiscales) pueden prescindir de ciertos casos y pedir el archivo ya sea por su importancia, gravedad, la relación con otros casos, y la economía de recursos. Esto se da en casos excepcionales. El peritaje cultural puede entrar a jugar aquí un papel importante cuando el Ministerio Público sugiera al juez un criterio de oportunidad para reparar los daños y perjuicios causados a la comunidad y otorgar medidas alternativas para el resarcimiento en un plazo razonable, por ejemplo el trabajo comunitario.

Existe también la posibilidad de la *Mediación*, donde mediadores autorizados por la comunidad, o peritos; en conjunto con autoridades judiciales, buscan resolver conflictos y buscar la paz en sus comunidades.

Un tercer momento donde puede intervenir el peritaje cultural dentro del proceso penal es orientando un proceso de *Conversión*, es decir en la transformación de una acción penal de ejercicio público en un procedimiento por delito de acción privada, ejercida por el agraviado. Esto se puede dar en casos cuando el interés público no se ve afectado, y pasa a darle un papel protagónico a la víctima en el ejercicio de su propia justicia.

Por último, pueden darse casos de *Suspensión condicional de la pena*, es decir interrumpir la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado que pueden producir incluso la extinción de la repercusión penal, o al menos su retraso. Suele darse en momentos cuando el imputado ha aceptado los cargos y se pretende economizar un proceso completo al imputado, siempre en coordinación con las víctimas. (Alvarado García, 2002: 80-85)

En todos estos escenarios, cuando el imputado del proceso penal sea indígena, es imprescindible la presencia de un peritaje cultural para asegurar un verdadero ejercicio de la justicia, tanto para imputados, como para las víctimas.

Algunas recomendaciones mínimas para desarrollar procesos penales justos que involucren a personas indígenas son las siguientes: debe preverse mecanismos de simplificación del proceso para casos de flagrancia o confesión, se debe instrumentar la mediación o el arbitraje como instancias extrajudiciales de resolución privada del conflicto; y diseñar medidas alternativas de avenimiento y composición restaurativa de los protagonistas del hecho.

Además el juez, en conjunto con el perito cultural deben analizar la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento acumulado en relación con las pautas de conducta y a los valores de ese grupo.

En un contexto legal que respete la diversidad cultural de los participantes, el juez penal debe tener en cuenta las costumbres, el derecho consuetudinario y los posibles errores culturalmente condicionados de los imputados.

Es función de los juzgados garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las poblaciones indígenas, históricamente más vulneradas económicas, social y educativamente. Para aplicar estas recomendaciones en procesos penales que involucren indígenas, es necesario hacer cambios no sólo en la legislación actual, sino también en la actitud de los servidores judiciales: “La adopción de los criterios apuntados requiere, por cierto, de una reforma parcial de las leyes procesales penales que desformalice, en lo posible, el ritual forense, concediéndole mayor holgura y elasticidad a la sustentación del trámite procesal.” (González Ferreyra, 2012:30)

Capítulo 2: situación jurídica del peritaje cultural en Costa Rica.

A) Antecedentes, normas y legislación.

Costa Rica, a pesar de haber firmado y ratificado el convenio 169 de la OIT, no ha tenido reformas constitucionales o ha implementado leyes efectivas que reglen las situaciones jurídico-penales que involucren pueblos indígenas. Principalmente, la incursión del error de comprensión culturalmente condicionado se ha dado a través de jurisprudencia.

En el ámbito jurídico costarricense son pocos los desarrollos existentes del uso del Peritaje Cultural, como medio de prueba en el proceso penal. Las primeras pistas se pueden encontrar en la política de persecución penal y abordaje de causas indígenas (Fiscalía General de la República: Circular 13-ADM-2011) y la única norma de la legislación nacional que nos remite al uso de dicho instituto como medio de prueba en el proceso penal, la podemos encontrar en el artículo 339 del Código Procesal Penal que señala:

Diversidad cultural 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*. (art. 339, Código Procesal Penal) (El resaltado es propio)

Esta norma supone varios aspectos, como la influencia de las normas culturales particulares en el proceso penal, el peritaje especial y la valoración de la prueba.

Por su parte el artículo 71 del Código Penal dispone lo siguiente:

El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos tomará en cuenta: Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; La importancia de la lesión o del peligro; Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; La calidad de los motivos determinantes; **las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito** y La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez." (El resaltado no es del original).

El peritaje cultural, a pesar del poco desarrollo que tiene en nuestro país, es mencionado como una parte fundamental de los procesos penales:

...como parte de los peritajes habrá un proceso de recuperación cultural, el Ministerio buscará conocer su organización social, política y espiritual, así como el reconocimiento de sus tradiciones. Ejemplo de esto es la pesca de los Malekus en

las zonas protegidas, que tendrá un trato legal diferente a raíz del entendimiento de sus tradiciones como pueblo. Esta nueva política es de acatamiento inmediato y obligatorio de todos los fiscales y funcionarios del Ministerio Pública del país, que lleva en hora buena dado que según el Centro para el Desarrollo Indígena (CEDIN) hay procesos legales con estas poblaciones que esperan ser resueltos. (Araya, 2012)

Las noticias nacionales han reflejado recientemente problemáticas relacionadas con problemas de decisiones judiciales que involucran personas de grupos indígenas con cosmovisiones sumamente distintas a la de la mayoría de la población no indígena.

Por ejemplo, el caso de la indígena Olivia Bejarano, condenada en 2010 a 13 años de cárcel por homicidio, quien fue finalmente indultada por motivos humanitarios tras casi tres años tras las rejas, cabe señalar que dicho indulto no procedía y debió anularse el juicio y la sentencia.

En una entrevista concedida en 2010, esta mujer manifestó:

Yo no entendía y abogado (el juez) me contestó (le preguntó) como tres o cuatro veces, pero yo no podía contestar, porque no estaba entendiendo. Mi esposo (también condenado por el homicidio) me dijo a mí que era darnos 13 años y yo acepté. Yo le dije que sí"... Agregó que cuando sucedió el homicidio "yo me quedé solo viendo, porque yo no tenía mente. Yo no tenía nada. Yo no podía hacer nada. Yo no estaba bien. Él nos daba esa cosa 'cacao' y nos volvía locos". (Arguedas, 2010)

Respecto de este tema, la Fiscal adjunta de Asuntos Indígenas, Ariana Céspedes comentó la nueva “Política de Persecución Penal y Abordaje de Causas Indígenas” del Ministerio Público de Costa Rica.

“Para nadie es desconocido que la barrera del idioma representa un obstáculo al verdadero acceso a la justicia, por lo que se pretende brindar un verdadero acceso a la misma facilitando que la persona se exprese en su idioma materno, razón por la cual se establece la obligatoriedad en los casos en que se requiere de un intérprete.” Dentro de esta política se encuentra el uso del traductor en procesos penales y un peritaje cultural en 24 pueblos indígenas que busca conocer sus particularidades y cosmovisión la que será contemplada en los procesos penales. “La política permitirá que los fiscales que tramitan causas indígenas brinden un abordaje a la investigación basado en el respeto y reconocimiento de las culturas indígenas; teniendo como soporte y órgano asesor a la Fiscalía de Asuntos Indígenas que además velará porque se cumpla a cabalidad lo establecido,” comentó Céspedes. (Araya, 2012)

B) Reflexiones sobre el error de comprensión culturalmente condicionado.

El error de comprensión culturalmente condicionado, tiene en Costa Rica su asidero en la jurisprudencia nacional, la cual siguiendo el razonamiento de Zaffaroni, ha aplicado el criterio de que la diversidad cultural (o cultura condicionante) es un factor, para no exigir la comprensión de la antijuridicidad de una conducta o comportamiento por parte del sujeto imputado en este caso los pueblos indígenas.

El error de comprensión culturalmente condicionado, en el esquema de Zaffaroni, constituye un error de prohibición que, en la legislación argentina, encontraría respaldo normativo en el artículo 34.1 del Código Penal argentino, que dicho autor analiza y en nuestro caso en el artículo 42 del Código Penal, sin embargo sobre este aspecto existe discusión en la doctrina nacional.

El autor Meini (2007) en su artículo “Inimputabilidad penal por diversidad cultural” señala que el error culturalmente condicionado puede producir dos tipos de error uno que incide sobre los elementos del tipo penal y otro sobre la prohibición. El error de comprensión se da cuando no es posible exigirle al sujeto en este caso el imputado indígena, que pueda comprender la prohibición, lo cual presupone que en el error de comprensión el sujeto conoce la prohibición. Cuando la cultura condicionante impida que el sujeto pueda comprender la prohibición, se tratará, según el planteamiento de Zaffaroni, del error de comprensión culturalmente condicionado. (Meini, 2007: 22)

En el sentido expuesto por la doctrina, mencionan los autores Morales y Zamora (2013) que:

...el caso del error de comprensión culturalmente condicionado ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia penal nacional. Por su parte la Sala Tercera en Votos como el N°1993-F-511, N° 1993-F-561, y el N°1992-F-446, ha reconocido la existencia de casos donde se da un enfrentamiento entre los valores culturales de un grupo dominante, sobre los de una minoría, en los cuales es posible encontrar abundantes criterios para que un juicio de reproche concluya en una necesaria reducción de la pena por imponer... (p. 68)

La regla determinada por la jurisprudencia nacional consiste en que cuanto mayor esfuerzo intelectual o de comprensión tenga que realizar una persona indígena para interiorizar una pauta normativa, menor debe ser el reproche penal. Así pues:

En estos casos se debe hacer un análisis de los aspectos subjetivos del sujeto activo, condiciones personales del sujeto que realizó el injusto y así determinar el grado de reproche o de culpabilidad. Se equipara la situación a la presencia de un error vencible que afecta la comprensión de la antijuricidad y de ahí la interiorización del carácter ilícito del hecho por parte del sujeto activo y como consecuencia o resulta se podría atenuar la pena en la sanción del autor del injusto penal. (Rojas & Sánchez, 2009: 338)

Señalan los autores Morales y Zamora (2013) que una de las resoluciones judiciales relevantes es:

...el Voto N° 1993-F-561 de Casación Penal de las 9:45 hrs del 15 de octubre de 1993, donde se afirma que la culpabilidad en nuestro sistema normativo es completamente graduable y las reglas de esta graduación, no serían otras más que las mismas que brotan del caso concreto, de las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo, así como también de las circunstancias que influyeron en el hecho investigado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 71 del CPe (p. 69)

Por otro lado Sánchez, Houed, y Chirino (1994) ya habían indicado que:

...el error de comprensión tiene una enorme posibilidad de aplicarse a los problemas de las comunidades indígenas, donde, precisamente por ese problema de transculturación, principalmente religiosa, son objeto de denuncia -por ejemplo-

muchas de las costumbres sexuales de estas comunidades que ya se encuentran criminalizadas en el Código como delitos sexuales y que llevan -inexorablemente- a la condena de estos sujetos, acarreado el efecto de la pena consecuencias irremediables para otros miembros del grupo indígena. (p.52)

El autor costarricense Rodríguez Miranda (2000) considera que el asunto puede ser resuelto en la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado señalando que:

En procura de un derecho penal indígena en Costa Rica que en los casos donde se deba aplicar el derecho penal como última alternativa, es necesaria la observación de los principios y normas que lo informan, sin dejar de lado la teoría del delito. Pues no se puede olvidar que en muchos casos podríamos estar ante un error por parte de quien va ser juzgado, resultado de su formación étnica o impronta cultural, tal y como sucede en los hechos en donde media un error de prohibición culturalmente condicionado. (p. 279)

El penalista costarricense Francisco Castillo (2010) opina que la interpretación otorgada por Zaffaroni al término “comprensión” es incorrecta. Según su criterio el término “comprensión” desarrollado en el artículo 42 del CP involucra:

...dentro de la definición de inimputabilidad del código de rito y de conformidad con lo pretendido por los redactores del mismo, consiste en la existencia de enfermedad mental o grave perturbación de la conciencia de índole psiquiátrica o

psicológica, que excluyan la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho y no como introyección de la norma en la conciencia. (p. 447)

Según Castillo (2010), existe una equivocación de la jurisprudencia nacional, con relación a la tesis del “error de comprensión culturalmente condicionado”, que la Sala Tercera trata como una forma de error de prohibición. Señala el autor que cuando la Sala Tercera declara la existencia del error de comprensión culturalmente condicionado no es más que una hipótesis de la llamada autoría por conciencia.

Respecto al tema del derecho penal, frente a la diversidad cultural resalta la posición de Campos Calderón (2001), en contradicción con la tesis de Zaffaroni considera que:

... ello debe ser interpretado con algunos matices, ya que no en todos los supuestos se incurre en una imposibilidad de comprensión de los alcances de la norma, pues ello podría traer consigo la impunidad de verdaderos delitos cometidos bajo argumentos de carácter religioso, político u otros similares. Dichos matices, a que hace alusión, no son relativos a una cuestión de inimputabilidad, sino más bien a condicionamientos culturales que les dificulta o en muchos otros casos les impide asumir como propias dichas normas penales, dando origen así a una antinomia entre la ley penal y sus formas de organización social.

Hay quienes consideran que debe ser sostenido el principio de que la ley penal rige en forma igual para todos los individuos; mientras que otros piensan, que las características propias del indígena y su situación social demandan que se incluyan reglas especiales en las legislaciones penales donde se tomen en consideración tales aspectos. (Campos Calderón 2001, citado por Figarí, sf: 14)

Campos Calderón interpreta que no se pueden aplicar criterios únicos y generales para todos los grupos étnicos. Esto conlleva al derecho penal a la diferenciación y a la búsqueda, aplicación y desarrollo de figuras jurídicas que permitan tener en cuenta esas circunstancias especiales, que bien pueden ser determinantes en la comisión de un hecho que puede ser delictivo para la generalidad del conjunto social, pero que para la cultura indígena puede no serlo, sino más bien una situación normal, o incluso puede darse lo opuesto una situación normal para la cultura dominante, sea altamente sancionada en la cultura indígena, y la prohibición de los modos de resolver ese conflicto conlleven al etnocidio cultural y al exterminio de sus prácticas y cargos propios .

Dicho autor considera que no se puede considerar la consciencia disidente, como un error:

Como la misma palabra lo indica, la disidencia se presenta cuando no se está de acuerdo con una situación específica, sin embargo el desacuerdo no es por error, sino precisamente porque se conocen el contenido y los alcances de la norma penal pero no se comparten, es decir, hay una rebelión contra la misma, con la característica de que no está fundada en un error. Desde el momento en que sí se conocen los alcances de una prohibición, no se comparten y además se obra distinto porque chocan con la creencia de una cultura, religión u otro, entonces el error en el conocimiento ya no existiría, sino que lo que se constituye es una franca y conciente oposición al planteamiento normativo (Campos Calderón 2001, citado por Figari, sf: 15)

Propone que en forma paralela a la figura del error, específicamente con la graduación de la culpabilidad, existe actualmente la posibilidad de que en el momento de la determinación de la pena a imponer se puedan tomar en cuenta las circunstancias sociales, educativas, etc., que pudieron haber incidido en la comisión de un hecho delictivo; en este sentido, en el numeral 71 del actual Código Penal de Costa Rica se establece esta exigencia, permitiéndose así que ante situaciones en las que no es factible la aplicación del error, el juzgador sí gradúe la pena tomando en cuenta esas circunstancias, las cuales se han incluido expresamente como por ejemplo la consideración de las circunstancias culturales, la norma cultural del pueblo, sus prácticas y costumbres, el grado educativo del imputado y las condiciones personales del autor, tales como su cercanía con el mundo occidental, sus dinámicas, incluso su apropiación cultural, como elementos para la determinación de la pena a imponer.(Campos Calderón 2001, citado por Figari, sf: 15)

En la posición del autor García Vitor (1992) considera que el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la cuestión, correspondiéndose con los principios que sustentan un auténtico “orden político democrático”. Por ello, como principio, cree que cuando se buscan las soluciones sólo en la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre otra, y no precisamente porque una tenga el poder – lo que sería una simple constatación –, sino porque se le califica de superior y dominante , aun cuando no se reconozca tal finalidad. (García Vitor 1992 citado por Figari, sf: 18)

García Vitor (1992) afirma que si al autor, de acuerdo a sus pautas (personales, culturales, sociales) no se le podía exigir el conocimiento de la antijuridicidad de su acción porque – tenía una creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, porque no conoce la norma jurídica o la conoce mal –, no se le puede reprochar la misma o bien se

resiste a asumirla como propia. Por lo que concluye que es en materia de prueba, donde se puede acreditar la invencibilidad del error en relación a la limitación cultural. (García Vitor 1992 citado por Figari, sf: 18)

Por otro lado, tenemos la posición del abolicionismo (Sánchez, Houed, & Chirino 1994); Desde la postura de los autores la aspiración es presentar formas alternativas o enfoques, tendientes a la armonización de ambos sistemas justicia indígena y justicia occidental, considerando como primera postura la solución de los conflictos que se producen en los pueblos indígenas, respetando sus costumbres, valores, creencias y tradiciones, adicionalmente a esto se debe considerar el derecho penal como una jurisdicción residual.

En conclusión, existen distintas vertientes de las cuales puede echar mano el juzgador para resolver un caso con enfoques alternativos al de los modelos de administración de justicia monista, homogéneos y de corte silogista. Como en nuestro sistema penal la responsabilidad es graduable y la legislación permite el uso de penas alternativas, es posible que el juzgador se aleje de los modelos tradicionales de justicia y facilite la participación clara e interdisciplinaria de las autoridades propias (peritaje cultural) en la solución del caso concreto.

C) Jurisprudencia, casos del ámbito judicial costarricense.

No podríamos concluir el presente apartado sin antes realizar un análisis de casos, pues tal método jurídico nos permitirá arrojar soluciones y realizar una valoración jurídica de la utilización de la herramienta del peritaje cultural dentro del proceso penal.

a- Exp: 11-008127-0007-CO, Consulta judicial perspectiva de constitucionalidad de A.S.S.

Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad, formulada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en el proceso para la revisión de sentencia promovido por A.S.S, contra la sentencia número 89-2003 de las diez horas del diez de abril de dos mil tres, dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica.

Se consulta por los siguientes aspectos a saber: la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas; la falta de desarrollo legislativo del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la no consideración de dicha condición o de un peritaje cultural-antropológico para la imposición de la sanción a personas indígenas sin la previsión de resocialización.

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que forma parte del derecho al debido proceso del imputado que cabe proteger mediante el procedimiento establecido en el artículo 408 inciso g) del Código Procesal Penal, el tomar en consideración la condición de indígena del imputado al momento de la imposición de la sanción penal, y las disposiciones establecidas en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 71 del Código Penal, más sin embargo la Sala Constitucional no se manifiesta sobre los aspectos de fondo.

El avance importante en la presente consulta, se da en el hecho de que la Sala considere un aspecto importante del debido proceso la consideración cultural del imputado indígena. Por lo cual es posible extrapolar que toda garantía y herramienta que sea utilizada se debe garantizar en función de la condición indígena del imputado.

b- Exp: 11-000448-0006-PE, Res. 2012-00314, Abuso contra menor de edad en perjuicio de R, contra G.

La presente causa llega a conocimiento de la Sala Tercera mediante recurso de revisión, en el cual se enumera lo siguiente a) En un primer momento, G hace un relato sobre su situación personal como indígena en la comunidad de Bribrí. Indica que en el año 2005 fue procesado siguiendo las normas y costumbres de su pueblo indígena, por una falta que se le atribuyó de agresión sexual, para lo cual la Asamblea de toda la comunidad coordinada por el consejo directivo tomó el acuerdo en el 2006 que el sentenciado no debía vivir ni trabajar en la comunidad, acuerdo que debía ser respetado por las partes. Señala que este proceso está avalado por la Sala Constitucional mediante resolución número 2253-96. Sin embargo, el acuerdo no fue respetado y se le acusó en los Tribunales de Justicia, en la causa penal en la que resultó condenado a cuatro años de prisión. b) De su siguiente reclamo se puede extraer la **violación al debido proceso por falta de prueba esencial, específicamente del peritaje cultural**, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 339 del Código Procesal Penal. La no realización de esta pericia en su criterio, le ocasiona un perjuicio por cuanto existe un desconocimiento de su cultura y de las prácticas ancestrales de su pueblo, lo que lesiona el derecho consuetudinario y la ley número 7613. Agrega que su condición de privado de libertad no responde a un procedimiento equitativo y justo a la luz de la normativa jurídica que rige para los pueblos indígenas.

En esta oportunidad la Sala no considera que existe también la posibilidad de la Mediación, donde mediadores autorizados por la comunidad, o peritos; en conjunto con autoridades judiciales, buscan resolver conflictos y buscar la paz en sus comunidades. Además al ser inexistente el uso del peritaje cultural, no analiza si en el sujeto activo estaba el conocimiento y la culpa en su accionar, tampoco se considera la variable cultural al

momento de la imposición de la sentencia penal, tampoco fue posible determinar dentro de la sustentación del proceso que entre las mujeres bribris es práctica común el inicio de su actividad sexual a muy temprana edad. Por otro lado si se ha reconocido la personería y gobierno de las Asociaciones de Desarrollo Integral, lo cual suplanta las organizaciones propias. Ni siquiera dichas Asociaciones son reconocidas por el sistema judicial pues no se reconoce los arreglos que en el ejercicio de su autonomía realizan; del mismo modo no se logra materializar en el caso los siguientes principios: coordinación, complementariedad e interculturalidad, que deben ser utilizados dentro del sistema de administración de justicia con miras a garantizar el acceso a la justicia.

c- Exp: 06-006035-0647-PE, Res: 2010-341 Invasión a áreas protegidas. causa seguida contra P, recurso de casación.

El señor P, realizaba actividades ganaderas y de tala de árboles, es acusado por el delito de invasión a áreas protegidas, sin embargo dicha área era utilizada por el grupo étnico del cual es originario P.

En el dictado de la sentencia se consideran violados los artículos 63 y 339 del Código Procesal Penal, artículos 1, 2,3 inciso 2, 8,9 y 12 del Convenio 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", la Circular N.10-09, referida a las reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas emitida por el Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia.

Como tercer motivo se consideran violentados los artículos 21 y 45 de la Constitución Política, 1, 142, 175, 178,inciso a), 184, 361,inciso b), 369 inciso i), 443, 445

del Código Procesal Penal; 1, 2, 3, 4, 8, 10, 14, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT: "*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*", artículo 1, 3, 5 y 6 de la Ley 6172 (Ley Indígena).

Se declaran sin lugar los motivos primero y segundo del recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado. Se declara parcialmente con lugar el tercer motivo de casación. Se modifica la orden de restitución impuesta en relación con la actividad ganadera ordenándose la suspensión de esa actividad en la finca de los imputados, con excepción de las partes de dicha finca, en las cuales el MINAET indique que no se afecta el ambiente. Sin embargo una actividad humana, sobre la cual tienen plena disposición los pueblos indígenas sucumbe al poder estatal y a los principios rectores del sistema occidental, sin considerar ni siquiera en la argumentación del fallo las propias disposiciones especiales entre las que destaca la Circular No. 10-09, emitida por el poder judicial. Tampoco la Sala toma en consideración la plena disposición sobre los recursos naturales que los pueblos indígenas tienen sobre su territorio.

d- Exp: 10-000037-0990-PE. Sentencia: 01423 , Homicidio simple, causa seguida contra Ay E en perjuicio de K

Mediante sentencia N° **95-2011**, dictada a las nueve horas y quince minutos del dos de mayo del dos mil once, el Tribunal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, resolvió:

“POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, normas citadas, artículos 39 y 41 de la Constitución Política; artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; artículos 1, 11, 30, 45, 50, 71, 73, 74 y 111 del Código Penal; y

numerales 1, 3, 5, 6, 8, 9, 142, 238, 239, 258, 265 a 267, 341 a 367 del Código Procesal Penal este tribunal por unanimidad decide ABSOLVER de toda pena y responsabilidad al acusado A en cuanto al delito de Homicidio Calificado que le venía atribuyendo el Ministerio Público. Igualmente por unanimidad se recalifican los hechos acusados y se declara a E, AUTOR RESPONSABLE del delito de Homicidio Simple en perjuicio de K, y por ese hecho se le impone la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, que deberá descontar en el establecimiento carcelario respectivo previo abono de la preventiva sufrida. Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la pena impuesta se prorroga la prisión preventiva del condenado E por el plazo de SEIS MESES a partir de su vencimiento actual, por lo que la misma vence el día TREINTA DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL ONCE. Se ordena la inmediata libertad del acusado A, si otra causa no lo impide. Son las costas del proceso a cargo del Estado. Una vez firme la presente sentencia inscribábase en el Registro Judicial y remítanse los respectivos testimonios de sentencia. **Francisco Sánchez Fallas José Luis Cambronero Delgado Alexander Somarribas Tijerino JUECES** (sic)".

En esta oportunidad la Sala declara sin lugar el recurso de casación, los motivos de dicho recurso son; la utilización de prueba ilegítima, como segundo motivo se alega violación al debido proceso por ausencia de traductor en la indagatoria del acusado E y falta de fundamentación intelectual, la Sala rechaza estos tres motivos sin antes analizar la posibilidad de un peritaje cultural a efectos de determinar una sanción alternativa para el acusado E dentro del grupo étnico al que pertenece. El presente caso es el ejemplo patente de la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas; la falta de desarrollo legislativo del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del

Trabajo (OIT), y la no consideración de dicha condición o de un peritaje cultural y antropológico para la imposición de la sanción a personas indígenas sin la previsión de resocialización, además rechaza toda posibilidad de instrumentalizar el artículo 10 del Convenio No. 169 de la OIT, bajo el argumento de que son aspectos ya considerados en el artículo 71 del Código Penal, además de ser un claro ejemplo de la no materialización de los principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad.

e- Exp: 09-000377-0063-PE. Res: 2011-01334, Homicidio calificado en grado de tentativa, causa seguida contra V en perjuicio C.A.M.Ch. (menor de edad)

En el caso en particular la Sala Tercera hace un avance significativo para el tema de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, referente al deber de realizar el debate en la comunidad indígena donde ocurrió el hecho y la ilegalidad de violentar garantías procesales alegando razones administrativas y presupuestarias.

Sostiene la Sala Tercera; que con la realización del debate en el lugar de pertenencia cultural de las partes, se facilita también, que los operadores del Derecho se empapen de los usos y costumbres del lugar, y dicten una resolución apegada a la realidad cultural en la que se encuentran ínsitos quienes se verán directamente afectados con la toma de la decisión, según lo establecido en los artículos 8 y 10 del Convenio número 169 de la OIT, pueblos indígenas y tribales en países independientes. Al comprobarse lo injustificado de la decisión del Tribunal de no realizar el debate en la comunidad indígena en la que se

cometió el hecho, procede acoger la primera queja de casación formulada por la defensa técnica. Consecuentemente, se anula la sentencia y se dispone el reenvío de la causa a la oficina de origen a efecto de que se sustancie nuevamente la causa, conforme a Derecho.

El caso demuestra la obligación de los operadores de realizar las diligencias judiciales en el lugar donde se realizaron los hechos, pero además la argumentación del Tribunal de instancia es el ejemplo de una actitud homogenizante y asimicionalista que no toma en consideración las condiciones propias de los sujetos actuantes en el proceso.

f- Exp: 09-000985-0597-PE, causa seguida contra D, por Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad Agravado y Violación Calificada en perjuicio de Y

En el caso particular el Tribunal de Instancia modificó el monto total de años de prisión que debe descontar el acusado. En lo que se refiere a la condición de indígena, no hubo ninguna omisión u error en la sentencia. En ese sentido, se tuvo por establecido que este imputado no se encontraba, de ninguna manera, bajo algún condicionamiento social en razón del grupo al cual pertenece. Fue así como se hizo llegar el Dictamen Antropológico Cultural de folios 276 y 277, que el Tribunal ponderó, en el que se estableció que:

Un padre no tiene derecho ni está facultado a disponer sexualmente de sus hijas en la cultura bribri (sic), sea la de [...] o la de cualquier otro territorio bribri (sic), e incluso el imputado tiene un conocimiento cultural de que acciones como las cometidas por él no se deben hacer por el medio en el que se ha desenvuelto... y tenía frecuente contacto con las personas no indígenas.

Sin embargo como se ha resaltado en la presente tesis la cultura de los pueblos indígenas varia de territorio en territorio, depende de profundos procesos de transculturación, un aspecto que no se analiza por un formalismo legal, es el hecho de que la menor de edad en el caso particular había sufrido un largo proceso de transculturación lo cual pudo modificar la percepción socio-cultural del relato, pues fue trasladada a la “posada de Belen”, lo cual no permitió un abordaje adecuado del aspecto cultural, El fallo arrastra el vicio de la no participación de la autoridad propia en el proceso como perito cultural, además las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta y facilitar la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena, ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno, permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso, la indemnización de acuerdo con la cultura indígena el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad y si la víctima no tiene medios económicos recibir patrocinio gratuito por parte del Estado.

Del mismo modo en el dictado del fallo se debe considerar que: en la cultura Bribri el grado de parentesco está definido por línea matrilineal, por lo cual si bien es cierto hay una relación filial entre padre e hija, el parentesco se encuentra definido entre madre e hija, hermana para con sus hermanos, primos maternos y tíos maternos, de haber sido considerado ese aspecto, si bien se pudo dar el delito de abuso sexual, no tendría el agravante y la consideración legal de calificado.

El presente caso es el ejemplo patente de la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas; la falta de desarrollo legislativo del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la no participación de

la autoridad tradicional en el proceso penal. Además de ser un claro ejemplo de la no materialización de los principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad.

Del presente análisis de casos se puede concluir que la tónica de las presentes causas penales analizadas es la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas; la falta de desarrollo legislativo del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la no consideración de dicha condición o de un peritaje cultural y antropológico para la imposición de la sanción a personas indígenas sin la previsión de resocialización, además rechaza toda posibilidad de instrumentalizar el artículo 10 del Convenio No. 169 de la OIT, bajo el argumento de que son aspectos ya considerados en el artículo 71 del Código Penal, además de ser un claro ejemplo de la no materialización de los principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad

Además se devela la no participación de la autoridad propia en todas las etapas del proceso como perito cultural, además no se denota que las autoridades judiciales tomen en cuenta y faciliten la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena, ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno, permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso, la indemnización de acuerdo con la cultura indígena el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad.

Se nota un avance de la Sala Tercera y Constitucional respecto del accionar de los Tribunales de Instancia en temas importantes como: el deber de realizar el debate en la comunidad indígena donde ocurrió el hecho, la ilegalidad de violentar garantías procesales alegando razones administrativas y presupuestarias y la valoración de la condición indígena para la interposición de la sentencia penal. Sin embargo es necesario que los operadores del

Derecho, logren materializar en cada caso los siguientes principios: coordinación, complementariedad e interculturalidad, que deben ser utilizados dentro del sistema de administración de justicia con miras a garantizar el acceso a la justicia de dichos pueblos.

TÍTULO IV: Conclusiones, recomendaciones y propuesta.

Conclusiones generales

Después del análisis realizado en la presente tesis es posible confirmar las hipótesis planteadas desde el inicio de la investigación en el sentido de que la utilización del peritaje cultural como medio de prueba dentro de los procesos penales que involucran personas de origen indígena, permitirá un mejor acceso a la justicia, tanto para los imputados como para las comunidades en general, al hacerlos sujetos participes de su propia historia más que simples terceros intervinientes en el proceso penal; pues el indígena solicita ser tomado en cuenta en la elaboración de sus propias estructuras y solución de problemas

Además se confirma la segunda hipótesis de la presente investigación en el sentido de que en la actualidad, dentro del sistema jurídico costarricense, a pesar que existen las indicaciones legales y la jurisprudencia necesaria para asegurar la necesidad y utilidad del peritaje cultural, al igual que el peritaje jurídico antropológico como medio de prueba, esta herramienta sigue siendo ineficaz e inaccesible en muchos casos para asegurar el acceso a la justicia en casos que involucran miembros de pueblos indígenas, se pueden sintetizar los motivos de la siguiente manera;

- a- Problemas de índole conceptual y por consiguiente de abordaje
- b- Temor a romper con las estructuras homogéneas, monistas y silogistas del Derecho, con una clara cautela a lo diverso.
- c- Desconocimiento de los juzgadores, fiscales y defensores, que permitan un trato diferenciado pero a su vez respetuoso de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

- d- Falta de modelos que adapten y garanticen un acceso a la justicia respetuoso de la diversidad cultural.
- e- Por otro lado el código procesal penal (art 339), señala el concepto de peritaje especial por consiguiente en el orden del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, Son las partes fiscal y defensor los que hacen la gestión de la pericia. Solo a inobservancia de estos lo hace el juez. Por lo cual son estas partes las que deben consultar al referente de cultura material, antes que al antropólogo, pues el antropólogo hace una lectura de la realidad cultural, que suplanta la voz propia del indígena que demanda tener control sobre su identidad cultural.

La cultura indígena no es homogénea, monolítica e inmutable, dentro de las comunidades existen cambios, enfrentamientos y perspectivas culturales, lo cual también debe ser tomado en cuenta a la hora de considerar las relaciones entre derecho y cultura y la aplicación de peritajes culturales.

A partir de la aprobación de las Reglas de Brasilia por parte del Poder Judicial costarricense, se ha comprobado que el gran problema que tienen las autoridades estatales frente al incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley Indígena n° 6172 y los propios Tratados Internacionales; es el de reconocimiento, validación, instrumentalización y cumplimiento de los derechos indígenas en ellos contenidos.

Es posible y deseable en el caso del peritaje meramente cultural, que sean miembros sabios o ancianos de la misma cultura los llamados a brindar información.

Del análisis de las circulares y disposiciones especiales el Poder Judicial es claro que no existe una noción diferenciada de lo que se debe entender como peritaje cultural y

por otro lado peritaje jurídico antropológico, lo cual genera grandes problemáticas por parte del sistema de administración de justicia para su instrumentalización y uso procesal.

El peritaje debe ser entendido como medio de prueba puesto que provee elementos importantes sobre el contexto del caso y aporta pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos. Es un mecanismo que permite aportar medios de prueba legales para acreditar que una diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en el sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva del individuo que ha cometido la falta no lo es.

El peritaje debe ser comprendido solamente como un medio de prueba, que no busca demostrar a priori inocencia o involuntariedad, permite juzgar las cosas desde el punto de vista indígena. Permite al juzgador ilustrar su criterio sobre el marco cultural donde se dieron los hechos que juzga, siendo que el juez toma en cuenta el peritaje y basado en la información que éste le provee extraiga sus conclusiones al momento de resolver.

La tarea para el derecho penal consiste en superar el relativismo y el determinismo cultural y pasar a un pluralismo que reconoce los derechos humanos y las diferencias culturales. Por lo cual la justicia será examinar las soluciones que corresponden a cada caso particular. El Estado y toda la sociedad deben asumir sus responsabilidades con los sectores más vulnerables, cuya marginación económica, política, laboral y social es la causa verdadera de muchos delitos supuestamente “culturales”.

El tema de la identidad cultural indígena es fundamental para determinar la aplicabilidad de estos principios de justicia. Este es un problema de fondo, puesto que; aunque la identidad cultural es cambiante y dinámica como en cualquier sociedad, posee múltiples interpretaciones de acuerdo con el actor cultural que se consulte. Esto sin duda

alguna es un reto para las ciencias jurídicas, puesto que, a la hora de solicitar un esclarecimiento pericial cultural no existe “una identidad” o una sola “ley cultural” a la cual ampararse para esclarecer un hecho judicial. Esto conlleva la incompreensión, el prejuicio y la falta de acceso a una justicia eficiente para los pueblos que viven una cosmovisión distinta a la hegemónica.

Existen distintas vertientes de las cuales puede echar mano el juzgador para resolver un caso con enfoques alternativos al de los modelos de administración de justicia monista, homogéneos y de corte silogista. Como en nuestro sistema penal la responsabilidad es graduable y la legislación permite el uso de penas alternativas, es posible que el juzgador se aleje de los modelos tradicionales de justicia y facilite la participación clara e interdisciplinaria de las autoridades propias (peritaje cultural) en la solución del caso concreto.

Del presente análisis de casos se puede concluir que: la tónica de las presentes causas penales analizadas, es la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas; la falta de desarrollo legislativo del artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la no consideración de dicha condición o de un peritaje cultural y antropológico para la imposición de la sanción a personas indígenas sin la previsión de resocialización o de otros mecanismos de resolución, además rechaza toda posibilidad de instrumentalizar el artículo 10 del Convenio No. 169 de la OIT, bajo el argumento de que son aspectos ya considerados en el artículo 71 del Código Penal, además de ser un claro ejemplo de la no materialización de los principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad

Se pone en evidencia el gran problema de la no participación de la autoridad propia en todas las etapas del proceso como perito cultural, además no se denota que las autoridades judiciales tomen en cuenta y faciliten la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena, ser informados en forma clara y accesible en su idioma materno, que se pueda permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso y la indemnización de acuerdo con la cultura indígena.

Existe un avance de la Sala Tercera y Constitucional respecto del accionar de los Tribunales de Instancia en temas importantes como: el deber de realizar el debate en la comunidad indígena donde ocurrió el hecho, la ilegalidad de violentar garantías procesales alegando razones administrativas y presupuestarias y la valoración de la condición indígena para la interposición de la sentencia penal. Sin embargo es necesario que los operadores del Derecho, logren materializar en cada caso los siguientes principios: coordinación, complementariedad e interculturalidad, que deben ser utilizados dentro del sistema de administración de justicia con miras a garantizar el acceso a la justicia.

Recomendaciones

Las autoridades judiciales deben como aspecto primordial resolver la indeterminación conceptual existente en sus instrumentos informativos sobre el uso del peritaje cultural.

También, tomar en cuenta y facilitar la posibilidad de recibir tratamiento individual o colectivo a los imputados y a las víctimas con base en la espiritualidad indígena, ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno, permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales sin formalidades como querellantes en el proceso, la indemnización de acuerdo con la cultura indígena el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad y si la víctima no tiene medios económicos recibir patrocinio gratuito por parte del Estado. Sobre estos aspectos si bien en la legislación procesal penal costarricense ha avanzado con la adopción de la Ley de Protección a Víctimas y Testigos, es necesaria a adopción dentro de la ley de los criterios de pertinencia cultural y abordaje socio-cultural de las victimas indígenas.

Es importante que el sistema de administración de justicia costarricense desarrolle planes de abordaje y atención cultural hacia mujeres, reiteramos en la importancia de la adopción de criterios de pertinencia cultural y abordaje socio-cultural.

El Poder Judicial debe resolver el mayor límite de acceso a la justicia el cual es el diseño de un modelo acorde con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que pueda servir para la resolución alterna de conflictos en donde sean parte sus integrantes.

La efectividad y por consiguiente los límites o limitaciones del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, deben ser analizados pues son un indicador clave de la eficacia en la administración de justicia. Como se vio en el apartado de antecedentes teóricos de la

presente tesis el pluralismo jurídico como resiente escuela del derecho resuelve las contradicciones que producen las concepciones homogéneas y monistas del derecho y la diversidad cultural y jurídica de nuestros países latinoamericanos.

Por lo cual es necesario desarrollar un proceso de consulta en el que el Poder Judicial y en general el Estado adopte en el abordaje de sus legislaciones y especialmente en el caso de causas penales donde participen miembros de los pueblos indígenas los siguientes principios: coordinación, complementariedad e interculturalidad. Además se debe en las universidades incluir en los planes de estudio del conocimiento y desarrollo de esta temática para construir aportes desde la academia consecuentes con el pluralismo cultural.

En un contexto legal que respete la diversidad cultural de los participantes, el juez penal y las partes debe tener en cuenta las costumbres, el derecho consuetudinario y los posibles errores culturalmente condicionados de los imputados. Es función de los juzgados, la Defensa Pública y la Fiscalía garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, históricamente más vulneradas económica, social y educativamente. Para aplicar estas recomendaciones en procesos penales que involucren indígenas, es necesario hacer cambios no sólo en la legislación actual, sino también en la actitud de los servidores judiciales

Propuesta

Además de la adopción de herramientas y el desarrollo jurisprudencial dentro del sistema de administración de justicia el Consejo Superior del Poder Judicial, se propone reformar las circulares que instrumentalizan los modos de administración de justicia para avanzar hacia el uso y desarrollo de un peritaje cultural respetuoso de los derechos humanos y de la identidad cultural de los pueblos indígenas que nos habitan, en el orden del respeto de la diversidad cultural y siguiendo las pautas del pluralismo jurídico, por lo cual, al cierre del presente apartado; se aportan dos cuadros con la propuesta de solución, respecto de los instrumentos normativos que deberían ser reformados.

Se debe garantizar la obligatoriedad de la presencia del perito cultural el cual puede ser individual o colectivo en todas las etapas del proceso penal, donde participe un indígena.

Debe preverse mecanismos de simplificación del proceso para casos de flagrancia o confesión, se debe instrumentar la mediación o el arbitraje como instancias extrajudiciales de resolución privada del conflicto; y diseñar medidas alternativas de avenimiento y composición restaurativa de los protagonistas del hecho.

Es necesaria, la creación de equipos interdisciplinarios de administración de justicia, que coadyuven junto con el juez en la solución de un conflicto

Es necesario reformar las circulares y resoluciones del Poder Judicial, para que los juzgadores conozcan que como prueba pericial la fiscalía y la defensa pueden presentar los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas para que interpreten la cosmovisión.

Propuesta de reforma de la Circular No. 10-09, Consejo Superior del Poder Judicial.

ACTUAL	REFORMA
<p>11. Respeto a la diversidad cultural: obligación del peritaje antropológico/cultural: 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 costado 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.</p> <p>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. (Circular No. 10-09)</p>	<p>11. Respeto a la diversidad cultural: obligación del peritaje antropológico/cultural: 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 costado 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.</p> <p>La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, además el juzgador procederá a consultar a la comunidad de donde procede el imputado y la víctima a fin de contar con</p>

	<p>la participación en todas las etapas del proceso penal de una autoridad tradicional o bien de un sabio de un pueblo, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido. (Circular No. 10-09)</p>
--	--

Propuesta de reforma del artículo 339 del Código Procesal Penal

ACTUAL	REFORMA
<p>ARTÍCULO 339.- Diversidad cultural</p> <p>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 <i>normas culturales particulares</i> 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 <i>peritaje especial</i>, 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 <i>una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba</i>.</p>	<p>ARTÍCULO 339.- Diversidad cultural</p> <p>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 <i>normas culturales particulares</i> 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 <i>peritaje especial</i>, 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 <i>una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba</i>.</p> <p>El Juzgador contará con la presencia en todas las etapas del proceso de una persona miembro del grupo determinado, para el conocimiento de la</p>

	<p>cultura, en sus diversas manifestaciones, y a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que se estudia que el juez tomará en cuenta al momento de resolver.</p>
--	--

Bibliografía consultada

- Aguilar Rojas G. (2005) *“En búsqueda de una distribución equitativa de los beneficios de la diversidad y el conocimiento indígena”* -- 1a. ed. – San José, C.R.: UICN/ Mesoamérica, 390 p.
- Aidar, I. “En homenaje a Carlos Cossio, apuntes sobre la noción de norma.” En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado, n° 17, 1997, pp.83-89.
- Alcázar Villalobos, J.P y Campos Mora, C. (2009) *Derecho indígena y resolución alterna de conflictos*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. Universidad de Costa Rica, San José.
- Alvarado García, C. (2002) *Peritaje cultural como medio de prueba para el respeto de la identidad cultural y social en la aplicación de justicia a los miembros de los pueblos indígenas sujetos a proceso penal*. Tesis presentada ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Amry, R.P. “Defensa Cultural y pueblos indígenas.” En: *Derecho Penal y pluralidad cultural*. *Anuario de Derecho Penal*. (2006) Pontificia Universidad Católica del Perú.

Argilés Marín, José Manuel. “El abogado inocente. Reflexiones en torno a la antropología y sus relaciones con el derecho a partir de una experiencia de campo con los ngäbes de Costa Rica”. *Cuadernos de Antropología*, N° 14, 2004, pp.29-46.

Araya, Daniela. (2-2-2012) “Verdadera justicia llegará para los indígenas” En: *crhoy.com noticias* 24/7. Disponible en <http://www.crhoy.com/verdadera-justicia-llegara-para-los-indigenas/>
Consultado 28/2/2013

Ariza, R. “Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de justicia intercultural en Colombia”. En: IIDH. (2010) *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. IIDH, San José: 13-34.

Arguedas, Carlos. (11/07/2010) “Indígena que no entendía español fue condenada a 13 años” En *La Nación*. Recuperado el 21/06/2013 de: <http://www.nacion.com/2010-07-11/Sucesos/NotaPrincipal/Sucesos2441249.aspx>

Armenta, J.L. (1986) *La metodología de la investigación científica del derecho*. Biblioteca Jurídica Virtual Instituto Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Bartolomé, M.A. “La reconfiguración estatal en América Latina. Algunas consecuencias políticas del pluralismo cultural”. En: *Revista Pensamiento Iberoamericano*, n°4, 2009, 5-2

- Bronstein, A. *“Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión”* Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM) Pueblos Indígenas. OIT. 1998
- Bozzoli, M.E. (1998) “La condición multicultural de la sociedad costarricense”. En: *Acto de homenaje de la Facultad de Filosofía y Letras a sus miembros distinguidos 1998* Universidad Nacional, Heredia, 1999, 11-34.
- Campos Calderón Federico. (2001) “Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (El caso del error culturalmente condicionado)”. En *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*”. Año 13. Número 19. Agosto 2001
- Carrión, P. (2012) *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Konrad Adenauer: Quito.
- Castañeda, A. (2008) *Acceso a la justicia de las mujeres indígenas de Costa Rica*. IIDH: San José.
- Castillo Gonzalez, Francisco. (2010). *Derecho Penal: Parte General, Tomo II*. San José, Costa Rica: Editorial jurídico continental.
- Chacón Castro, R. (2001) *Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*. OIT: San José.

Chacón Castro, R. “El sistema jurídico indígena en Costa Rica: una aproximación Inicial” En:
Revista IIDH Volumen 41, 2005 p.119-149

CIJUL (2012) *El perito en el proceso penal*. UCR: San José. Recuperado el 12/7/2013 de:
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzM5NA==>

Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas (1992) *Declaración solemne de los Pueblos Indígenas del mundo*. Recuperado el 10/03/2013 de:
<http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=28>

Cruz Rueda, Elisa. (2008) “Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano”. En: *Revista Pueblos y Fronteras*. México: UNAM

Dobles, V. y Guillen, G. (1988). *Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses*. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica: San José.

De Souza Santos, B. “*Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*”
Journal of Law and Society Vol. 14, No. 3 (Autumn, 1987), pp. 279-302 Recuperado el 10/03/2013 en: <http://www.jstor.org>

De Souza Santos, B. “El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica”.
En: *Revista Crítica Jurídica*, n° 26, 2007.

Díaz-Polanco, H. “Formación nacional y cuestión étnica” En: *Boletín de Antropología Americana*
No. 19 (julio 1989): 49-64 Pan American Institute of Geography and History

Díaz-Polanco, H. “Etnofagia y multiculturalismo” En: *Memoria*. Número 200, octubre de 2005: 1-12

Figari E. “Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual” Recuperado el 10/03/2013 en <http://www.rubenfigari.com.ar/?cat=2&paged=2>.

García Vitor, E. “Culturas Diversas y Sistema Penal, Los regionalismos culturales y la ley penal”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* No.2, 1992 Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

González Ferreyra, J. “Diversidad cultural e indigenismo en la argentina”. En: *revista.pensamiento.penal*. Ed. 143, mayo 2012. Recuperado el 10/03/2013 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/diversidad-cultural-indigenismo-argentina>

Guevara Berguer, M. “Una perspectiva antropológica para la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas”. En: Leal, G. (2012) *Memoria del II Congreso Centroamericano de antropología*. Universidad de Panamá 2012: 240-259.

Guevara Berguer, M. y Vargas, J.C. (2000) *Perfil de los pueblos indígenas de Costa Rica*. IIDH, San José, Costa Rica.

Hernández, R. (2007). *Metodología de la Investigación*, (4a ed.) D.F. México: Mc Graw Hill.

Instituto de la Defensa pública Penal de Guatemala (2011) *Guía pedagógica. Abordaje de casos con pertinencia cultural*. Recuperado el 10/03/2013 de:

http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/GUIAPEDAGOGICA.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008) *Glosario: etnocidio*. Recuperado el 21/06/2013 de: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009) “Acceso a la Justicia” En: *Mapa de progresos en derechos humanos*. Recuperado el 26/06/2013 de: <https://www.iidh.ed.cr/multic/>

Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2011) *X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda: Resultados Generales*. San José: INEC.

Iturralde, D. “Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación de derecho indígena a la modernización”. En: Valladares, L. (2006). *Antología. Grandes temas de la antropología jurídica*. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y diversidad en tiempos de la globalización. Oaxtepec, México, pp. 239-250.

Ixchiu, P. “Ponencia sobre peritaje cultural”. En: IIDH (2010) *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. IIDH, San José. pp. 35-56.

Korsbaek, L. “La antropología y el estudio de la ley”. En: *Ciencia ergo sum*, vol. 9, n°1, 2002, 50-61.

Korsbaek, L. y Mercado, F. "La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del derecho". En: Ordóñez, J. (coord.) (2005) *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales. Instituto De Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Krotz, E. "Antropología y derecho" En: *México indígena*. 1988-IV, no. 25: 6-14

Malinowski, B. (1985) *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Planeta.

Marroquín, Guerra, O. (2006) *El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, Guatemala.

Meini Mendez, I. (2007) *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.
Recuperado: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2924/2844>

Morales Zumbado, J. y Zamora Méndez, J. (2013) *La culpabilidad del imputado indígena Maleku en Costa Rica*. Tesis Para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho, UCR: San Ramón, Alajuela.

Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Costa Rica (MIODHPI) (2013) *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en: <http://alainet.org/active/66938&lang=es>

Núñez Acuña, A. y Villata Bonilla, D. (2004) *El tratamiento del imputado indígena en el sistema represivo costarricense*. Tesis para optar por el grado de Maestría en Criminología. UNED: San José.

LasCoumes P. y E.Serverein. “El derecho como actividad social. Por una aproximación sociológica weberiana a las actividades jurídicas. Dossier Max Weber. Droit et Societé. 9: 171-180. 1988

Ochoa García, Carlos. (2002) *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Cholsamaj: Guatemala.

Odio, M. (2002) *El Papel de la Defensoría de los Habitantes en la Protección de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho. UCR San José, Costa Rica.

Padilla, G. “Pluralismo jurídico y paz en Guatemala”. *Revista del IIDH*, vol. 41, 2005: 209-223.

Poole, D. “Los usos de la costumbre hacia una antropología jurídica del estado neoliberal”. *Alteridades*, vol. 16, nº31, 2006: 9-21.

Pospisil, L. “ Kapauku papuans and their law. NewHaven”: Yale university publication en anthropology No. 54. 1958 Recuperado en <http://www.jlp.bham.ac.uk/volumes/40/goodale-art.pdf> (21/06/2013)

Pedemonte, A. (2007) *Filosofía del Derecho: Hans Kelsen: Teoría Pura del Derecho*. Disponible en: <http://aquileana.wordpress.com/2007/12/11/hans-kelsen/>

Ramírez Díaz, L. “Unen esfuerzos para garantizar el acceso a la justicia a los pueblos indígenas.”

En: *Observatorio Judicial* (17/11/2010) ed. 112 año 7. Recuperado el 21/06/2013 de:

<http://sitios.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol112/capacitacion/cap9.html>

Rodríguez Oconitrillo, J. (2011) *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central*. OACNUDH, San José: Costa Rica.

Rodríguez, Miranda. “En procura de un derecho indígena en Costa Rica en Justicia Penal y comunidades indígenas”. En: *Revista Latinoamericana de política criminal*, 1999, 4(4), 269-282.

Salvatierra Flores. (2011) *Consecuencias jurídico penales que genera la aplicación del peritaje cultural en el proceso penal seguido en contra del procesado maya*. Tesis presentada ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sánchez Romero, C.; Houed Vega, M.A; Chirino Sánchez, A. “El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas” *Revista Ciencias Penales*. Noviembre 1994, Año 6, N. 9

Sánchez Romero, C y Rojas Chacón, J. (2009) *Teoría del Delito, Aspectos prácticos*. Ministerio Público de Costa Rica, recuperado el 11/01/2014 en <http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/biblioteca/libros/Teoria%20Delito.pdf>

Sánchez , E. “Melicio Cayapu Daguna, está preso mi Sargento. Estado de normas. Estado de rupturas”. *Antropología jurídica en Colombia. Normas formales- costumbres legales*. (Compilación editora). Sociedad Antropológica de Colombia, Bogotá, 1992

Sáenz Carbonell J. (2004) *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. Ediciones Chico: Heredia.

Solórzano León, M.V. (1997) *El peritaje cultural, hacia una jurisdicción multiétnica, pluricultural y multilingüe*. Tesis presentada ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Solano, E. “La población indígena en Costa Rica según el Censo 2000”. En L. Rosero-Bixby (2004) En: *Costa Rica a la luz del Censo 2000*. Imprenta Nacional: San José.

Stavenhagen, R. he Iturralde, D. (1990) *Entre la Ley y la Costumbre: El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. IIDH: San José.

Stavenhagen, R. “*Derecho consuetudinario indígena en América Latina*” Revista: América Indígena, vol. XLIX, núm. 2, Abril-Junio de 1989.

Stavenhagen, R. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina" En: Red Latinoamericana de Antropología jurídica (2006) *Grandes temas de la antropología jurídica*. Morelos, México.

Us, Ervin F. "Consideraciones antropológicas sobre la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia guatemalteco". En: IIDH (2010) *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. IIDH, San José. pp. 57-70.

Valladares, L. (2006). *Antología. Grandes temas de la antropología jurídica*. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y diversidad en tiempos de la globalización: Oaxtepec, México.

Valverde, J. (1993). *Diagnóstico del Derecho indigenista costarricense*. Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho. UCR: San José.

Valiente López, A. (2012) "Acceso a la justicia y pueblos indígenas". En: *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*. Konrad Adenauer, Guatemala.

Vera Lugo, J. "La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales". En: *Universitas Humanística*, n°62, 2006, pp. 205-238.

Yrigoyen, R. (1999) *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*.
Fundación Myrna Mack: Guatemala.

Zaffaroni, E. (2001) *Manual de Derecho Penal, Parte. General*. Ediar: Buenos Aires

Zuñiga, G. (1998) *Significación y Naturaleza de los procesos de constitución de “territorios indígenas” en América Latina*. Instituto de Formación e Investigación para el Fortalecimiento de la sociedad civil y el Desarrollo Municipal: Quetzaltenango, Guatemala.

Videos y audiovisuales.

Documental “Guatemala, Derecho consuetudinario”, (s.f.) Instituto de la Defensa Pública penal de Guatemala. Recuperado el 21/06/2013 de:
<http://www.putlocker.com/file/3B69C58CC017FAB2#.UTTiKZKC6ew.gmail> Consultado 4/3/2013

Solano R, Nancy. “Peritaje Cultural en el ámbito judicial”. Entrada publicada en el blog *Conociendo a las comunidades indígenas de Costa Rica*. Recuperado el 21/06/2013 de:
<http://cosmovisionindigenacr.blogspot.com/2012/09/peritaje-cultural-en-el-ambito-judicial.html>

Veliz, Magdiel. (27/03/2009) *Peritos Culturales: Indígenas en el Tribunal, peritaje*. Video producción del encuentro de peritos e intérpretes culturales de Edumaya, con el apoyo de la

unión europea. Producido, editado en estudio3 Guatemala. (www.estudio3gt.com.)

Recuperado el 21/06/2013 de: <http://www.youtube.com/watch?v=wo6C0MpQYSs>

Disco de documentos: Poder Judicial, Sub comisión de Acceso a la Justicia para Pueblos Indígenas

Memoria de Acciones Realizadas para Garantizar el Acceso a la Justicia. Costa Rica.

Tratados, leyes y jurisprudencia:

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Constitución Política

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley No. 7594 y sus reformas Código Procesal Penal

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley No. 4573 y sus reformas Código Penal

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (26/04/1978) “Ley indígena n° 6172.” Recuperado el 21/06/2013 de: www.iica.int/Esp/.../LTGC/.../LEY%20%20INDIGENA%206172.doc
Consultado el 07/03/2012.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente N° 17.805. En Gaceta N° 192 – Lunes 02 de octubre 2010.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. 13 de septiembre de 2007 .Recuperado el 21/06/2013 de: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Chavarría Guzmán, J. “Circular ADM13-2011 Sobre proyecto de justicia restaurativa. Política de persecución penal y abordaje de causas indígenas” Fiscalía General de la República de Costa Rica, Ministerio público. Noviembre 2011

Organización Internacional del Trabajo. (07/06/1989) “Convenio n169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.” Recuperado el 21/06/2013 de: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> Consultado el 07/03/2012.

Organización Internacional del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Ginebra. 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 03631-98 del 05/06/1998 Recuperado el 21/06/2013 de: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Investigaciones%20Realizadas/ral2012/ral_portal/resoluciones%20sala/3631-98.pdf Consultado el 07/03/2012.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2002) *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas desfavorecidas*. Cancún. Recuperado el 21/06/2013 de: <http://www.cumbrejudicial.org/>

Dictámenes y Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Defensoría de los Habitantes. Expediente N° 1368-22-95 del 5 de febrero de 1996. Defensoría de los Habitantes. Informe N° 2221-02-94 del 7 de marzo del 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 1786-93, Expediente: 90-000620-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 2011-09763, Expediente 11-008127-0007-CO

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2012-00314, Expediente: 11-000448-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 2010-341 Expediente: 06-006035-0647-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia: 01423 Expediente: 10-000037-0990-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2011-01334 Expediente: 09-000377-0063-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Res: 2012-0711 Expediente : 09-000985-0597-PE