

## EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA DENTRO DEL PROCESO PENAL, POR EL RESPETO DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Manuel Emilio Soto Aguilar

*Licenciado en Derecho, énfasis en Derecho Ambiental, UCR. Consultor en derechos humanos indígenas y ambiente. [memiliosotoa@gmail.com](mailto:memiliosotoa@gmail.com)*

Daniel Pacheco Hernández

*Máster en Teología Católica, UNED, Master en Antropología Social UCR. Profesor universidades UMCA y UIA en Métodos de investigación, ética profesional, e historia del arte. [dpachecoh@yahoo.com](mailto:dpachecoh@yahoo.com)*

**Resumen:** Analizamos varios insumos teóricos y casos a nivel nacional e internacional vinculados con el tema del acceso de la justicia para los pueblos indígenas, particularmente a través de la herramienta del peritaje cultural y el peritaje jurídico antropológico, como medios eficaces para garantizar una justicia pronta y cumplida que respete la identidad de los pueblos y personas indígenas.

**Palabras clave:** acceso a la justicia, peritaje cultural, peritaje jurídico antropológico, identidad cultural, identidad indígena, pluralismo jurídico.

**Abstract:** We analyze few theoretical approximations, and some national and international cases related with the of access to justice for indigenous peoples, particularly through the tool of cultural expertise, and the legal anthropological

expertise, as effective ways to ensure quick and effective justice that respects the identity of indigenous people and their community's.

**Keywords:** access to justice, cultural expertise, the legal anthropological expertise, indigenous identity, legal pluralism.

**Fecha de recepción:** 9 de junio de 2014.

**Fecha de aprobación:** 29 de septiembre de 2014.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Antropología y el Derecho contemplan el enriquecedor problema de su relación en el concepto de “diferencia”. Para la antropología “diferencia” de culturas, normas y sistemas morales es el objeto básico de estudio; pero el derecho busca la homogeneidad, la uniformidad de normas, un sistema moral común a partir del cual construir.

En el contexto global actual, las culturas más “tradicionales”, sobre todo indígenas, ven atropellados sus tradiciones y sistemas de pensamiento. En un vivo genocidio cultural global, día a día desaparecen idiomas y pueblos enteros, sin que los avances tecnológicos y económicos del mundo actual parezcan ayudar a estas comunidades.

El acceso real a la justicia de los pueblos indígenas se centra en dos factores: el acceso en condiciones de igualdad a justicia pronta y eficaz ante la

jurisdicción del Estado; y el desarrollo de políticas públicas y ordenamiento jurídico que permita este acceso igualitario de acuerdo a las particularidades culturales.<sup>1</sup>

El peritaje cultural y el peritaje antropológico como medio de prueba en el proceso penal son herramientas que posibilitan el acceso a la justicia de los pueblos, respetando las particularidades culturales y dignificando su tradición ancestral. Analizaremos esta herramienta jurídica, sus posibilidades y situación actual en el contexto costarricense.

## 2. CULTURA, DERECHO Y JUSTICIA

Antiguamente, el derecho penal indígena, promovía la inimputabilidad del indio debido a su atraso cultural. Esta inimputabilidad sociocultural, cercana a la teoría del evolucionismo, parece superada por sus connotaciones peyorativas en cuanto a la supuesta incapacidad del indígena para comprender la ilicitud de su conducta. Hoy, el derecho se acerca a teorías antropológicas del relativismo y el pluralismo cultural. El indígena no es un “salvaje” o “atrasado”, sino un “otro” diferente con derechos específicos inherentes a su condición. (Amry 2006:54)

En los Estados modernos existen diferentes pueblos, lenguajes y culturas, que retan la supuesta homogeneidad que pretende instaurar el derecho. La teoría Pura del Derecho de Kelsen, sostiene que las normas jurídicas se fundamentan por el modo de producción de las mismas, que vienen en un orden jerárquico amparado por el Estado. Con una 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. El Orden Normativo del Estado sería el único

---

<sup>1</sup> 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. (Guevara, 2000:4)

válido, impidiendo cualquier diversidad. Esta concepción, dominante en muchos círculos jurídicos hoy, es incompatible con la visión que señala al Derecho como producto de un complejo contexto cultural, económico, político, histórico. (Pedemonte, 2007)

Carlos Cossio, (1903-1987) desarrolló la teoría egológica, según la cual el objeto del Derecho es la conducta humana conocida por su norma, la interferencia intersubjetiva y la experiencia. El Derecho es cultura, contexto, responde a determinado poder. No podemos concebir las ciencias jurídicas como simples normas surgidas del pasado, o como fruto de un razonamiento racional contemporáneo, si no como reflexión de una comunidad viva y cambiante que se manifiesta por medio de normas culturales. “En la norma egológica hay conjunción y disyunción... 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)

### **3. DERECHO CONSUETUDINARIO, “DERECHO INDÍGENA PROPIO”**

Reivindicar el Derecho propio es una de las más altas luchas de las comunidades indígenas. Implica que los Estados acepten 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. El proceso de aceptación de la diversidad jurídica en un país no es sencillo, pues toca temas delicados como la noción de Territorio e ideas de nacionalidad.<sup>2</sup>

Podemos definir el Derecho consuetudinario como un “sistema indígena”, creado desde y para los indígenas. No estamos hablando de simples prácticas o

---

<sup>2</sup> ... 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. (Iturralde 2006:241)

rituales, si no de sistemas de derecho complejos, distintos al sistema oficial de los Estados, y que atañen sólo a un grupo particular de la población.<sup>3</sup> El Derecho consuetudinario sintetiza costumbres que pueden considerarse jurídicas pues materializan normas relacionadas con el control social de la vida comunal. Tiene que ver con reivindicar costumbres que amparan situaciones cotidianas de competencia exclusiva de la comunidad, que se ven resueltas por regímenes propios, como herencias, distribución de la tierra y las propiedades, intercambios, etc. (Iturralde 2006:242)

El Derecho consuetudinario indígena no es un grupo de normas ancestrales fijas, si no que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos, su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídicos-administrativos. Está estrechamente vinculado a fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, el lenguaje y los valores culturales. La reivindicación de estos derechos tiene implicaciones ideológicas y políticas, lo cual es amenazante para los Estados homogéneamente constituidos en sus funciones de control y coerción de la población. (Stavenhagen 1989: 35)

#### **4. FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DEL PERITAJE CULTURAL**

Filosóficamente, el fundamento del peritaje cultural es una cuestión 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 de *continuidad o supervivencia étnico cultural* se refiere a la necesaria permanencia y continuación

---

<sup>3</sup> “Derecho consuetudinario” Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias. 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)

de la personalidad moral del grupo y de cada uno de sus integrantes. Esto es especialmente importante en América Latina, donde conviven varias culturas, siendo las más antiguas especialmente amenazadas.

El documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (1945), marco origen del sistema de protección internacional de los derechos humanos, invoca los principios de no diferenciación o distinción por idioma, religión o motivo alguno. (Art. 1, párrafo 3)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas, ratificado por Costa Rica mediante Ley n° 7316 de 1992, promueve el goce pleno de los derechos indígenas, reconociendo la diversidad cultural y el respeto de las costumbres de los pueblos. (Art. 8). También reconoce el derecho a conservar el Derecho consuetudinario y sus métodos de control penal, exigiendo un sistema legal que los indígenas puedan comprender y en el cual puedan expresarse (art. 9), facilitando intérpretes u otros medios eficaces, como la herramienta del peritaje cultural (art. 8 y 12).

A la luz de esta norma se puede interpretar que otros derechos, costumbres e instituciones indígenas pueden ejercerse si no son contrarios a derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional.

El Convenio 169 de la OIT, 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)

Las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas vulnerabilizadas”, son un conjunto de 100 reglas reconocidas en el sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia. Ellas hacen referencia específica a la pertenencia a comunidades indígenas:

Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. 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 los pueblos en sus propios procesos penales, buscando un sistema de resolución interna de conflictos:

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 (...) por parte del sistema de administración de justicia estatal, resultará conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma. (Reglas de Brasilia, 48-49)

Reconocer el pluralismo cultural y jurídico, implica descriminalizar ciertas conductas, especialmente en torno al tema del reconocimiento de la jurisdicción propia y practicas ancestrales de uso del bosque, entre otros.

## 5. ¿QUÉ ES EL PERITAJE CULTURAL?

La *Prueba Pericial* ayuda a administrar la justicia de forma efectiva, mediante los conocimientos de un perito, persona especializada en un campo o con un saber particular, relacionado con la ley, y por lo tanto debe orientar con su criterio la administración de justicia. En el Derecho Penal, debe esclarecerse la inocencia o culpabilidad del procesado,

*Es un medio de prueba a través del 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, a rendir un informe o dictamen de manera obligatoria, imparcial y objetiva respecto a uno o todos los hechos que generan el proceso civil o penal. (CIJUL 2012:4)*

El *Peritaje cultural* es un medio de prueba que ilustra el criterio del juez por medio del conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo como miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura estudiada. Se debe recurrir al peritaje cultural cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas.

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. (Ixchiu 2010: 50)

El peritaje antropológico es el medio científico por el cual se verifica por el antropólogo como la conducta o hecho social sometido a su consideración desde esa cultura es valorado y por tanto poder explicarlo en nuestro derecho. El antropólogo es considerado como el perito idóneo en casos culturales. Lo cual no quiere decir que el juez, fiscal o defensor, no puedan auxiliarse de otros profesionales o bien de autoridades tradicionales de la propia comunidad indígena; para resolver el caso concreto, y así por medio del criterio y del saber específico de estas personas, poder valorar el impacto que tendría la restricción o no del ejercicio de un derecho o establecer ponderaciones sobre en qué medida deben hacerse compatibles y en qué medida debe prevalecer uno frente al otro.

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 (...) Para saber si existe particularmente la antijuridicidad y/o la culpabilidad, el juez debe recurrir al peritaje antropológico que le dirá cómo esa misma conducta es valorada dentro del sistema normativo a la que la indiciada pertenece. (Valiente López 2012:70)

Casos como la portación y uso de armas, la utilización de vida silvestre, el trabajo infantil son ejemplo de la posible aplicación de peritaje cultural, ante conductas tipificadas en el sistema judicial tradicional.

En Guatemala, el peritaje cultural es una institución reconocida dentro del sistema judicial. Son los mismos indígenas quienes solicitan ante su propio consejo municipal que se investigue la posible afectación de sus derechos e

intereses. En este país se reconoce el problema de la diversidad de lenguas, la validez y ponderación de testimonios locales, y la relación de los hechos juzgados en un contexto indígena con la letra de la ley blanca u occidental. (Ochoa 2000:79)

A pesar de las limitaciones del aparato jurídico guatemalteco, el Gobierno se ha comprometido a proponer acciones en conjunto con las comunidades indígenas, el ministerio público y las universidades para que se reglamente y aplique el peritaje cultural, además de capacitar y brindar asesoría jurídica gratuita a las comunidades indígenas. (Salvatierra 2011:82)

## **6. ASPECTOS JURÍDICOS DEL PERITAJE CULTURAL**

En muchos países, la prueba pericial estuvo, socio-culturalmente vinculada a poder explicar el estado de “salvajismo” del imputado indígena y poder sostener la incapacidad jurídica de la persona indígena para asumir responsabilidades penales; por ejemplo en el caso de Colombia antes de 1991, los autorizados para realizar la pericia eran los “siquiatras”, considerando a los pueblos indígenas, “salvajes” y por tanto inimputables, recaía en los médicos legales determinar la capacidad jurídica del indígena que era sometido al proceso penal. Con el reconocimiento de la diversidad cultural, es desarrollado un nuevo modelo para aproximarse a la identidad indígena en el cual el perito antropólogo desplaza al médico legal y su saber. (Ariza: 2010: 15)

El peritaje cultural en sentido amplio debe ser comprendido solamente como un medio de prueba, que no busca demostrar a priori inocencia o involuntariedad, si no solamente juzgar diferencias culturales que condicionan una conducta tipificada como delito en el sistema jurídico oficial.

Peritaje cultural (desde el punto de vista formal- jurídico): Es el medio de prueba por el cual la cultura indígena, brinda información fidedigna, respecto del

contexto de un caso donde se aplica el derecho penal a una persona indígena. Incluso el peritaje cultural toma en cuenta que para la realización de la pericia otros profesionales o personas de la comunidad puedan brindar información al juzgador sobre la cultura que se estudia y los hechos relevantes de la misma que pueden influir en la solución del caso concreto. Dicho de otra manera, el peritaje cultural es una categoría amplia de medios de prueba, donde está inmerso el peritaje jurídico- antropológico (forma específica de prueba pericial)

Peritaje jurídico antropológico: Mecanismo por el cual el antropólogo realiza una valoración del sistema normativo propio del imputado indígena, a partir de la información que fuese suministrada. Desde el punto de vista formal jurídico el perito antropólogo es considerado como la persona idónea para la realización del dictamen pericial.

Perito indígena (propuesta): Persona individual o grupal, autoridades propias o sabios de un pueblo, los cuales puede ser consultados para que explique en el proceso penal aquellos aspectos que reflejan mejor su cosmovisión y cultura; desde un enfoque intercultural en el cual se interpela a las comunidades indígenas no solo para reconocer, sino para reconocerse frente al Estado y sus operadores de justicia.

Con el desarrollo del peritaje antropológico en los países donde habitan pueblos indígenas, se da una argumentación jurídica con miras a generar una conexión de comprensión entre la norma cultural del imputado y como puede ser jurídicamente valorada dentro del proceso penal, la valoración pericial por parte del perito antropólogo entonces, es realizada en tres niveles: El grado de conciencia étnica de un sujeto, el grado de preservación cultural y el nivel de incorporación a la cultura nacional (Ariza: 2010: 18) Sin embargo esta valoración desde un enfoque intercultural, implica que se corra el riesgo y sesgo de operar como voceros y representantes de una cultura a la cual no pertenecemos.

Sostiene Ariza (2010) que se debe interpelar a los pueblos indígenas, pues finalmente el peritaje subordina y permite que otros afirmen o expliquen incluso lo inexplicable en algunas culturas, es necesario por tanto darles voz a los propios pueblos pues son estos los llamados a reconocer y reconocerse. (Ariza, 2010: 32)

Por otro lado, destacan en la línea de la pluralidad cultural, intercultural y jurídica, iniciativas de inspiración anglosajona, en las cuales abogan por la creación de una figura denominada “asesor indígena”, similar al modelo del derecho anglosajón *amicus curiae*<sup>4</sup> que permite a personas ajenas al proceso exponer sus opiniones y visiones de mundo, las cuales el juzgador valora al momento de resolver.

Nos dice Lechenal citado por Ariza, que del análisis de la práctica judicial en la mayoría de los países latinoamericanos en los cuales viven los pueblos indígenas, abogan por considerar al peritaje como una primera etapa necesaria para fomentar y desarrollar las capacidades hermenéuticas interculturales de los operadores de justicia (Lechenal,2008:187 citado por Ariza, 2010: 19)

La pericia en nuestro caso, es reproducida en la etapa de juicio y recepción de pruebas, el perito es propuesto por las partes y su nombramiento realizado durante la etapa preparatoria.

En nuestra legislación; el dictamen pericial puede ser rendido de forma oral o bien escrito, individualmente o en conjunto; además cuando existan diversidad de opiniones se podrá dictaminar por separado (art. 218 CPP), por otro lado, los peritos deben practicar el examen conjuntamente, cuando sea posible, además siempre que sea pertinente, las partes y consultores técnicos podrán presenciar la realización del peritaje y solicitar aclaraciones al mismo ( art 217 y 218 CPP ), el requerimiento del auxilio del perito es para cuestiones de hecho que son

---

<sup>4</sup> Locución latina que significa “Amigo del Tribunal”, un tercero interviniente en el proceso. (véase Ordoñez Cifuentes, 2000: 44 ss.)

desconocidas por el juez, por ejemplo en el marco de una norma particular cultural, nunca sobre las consecuencias legales ( art. 213 y 214 CPP) Si se dan discrepancias entre los peritajes. Es posible el nombramiento de nuevos peritos con la finalidad de evaluar las conclusiones, examinar, ampliar y si fuera necesario, repetir nuevamente el peritaje (art. 219 CPP). Las partes, a su vez, pueden proponer a otro experto, este es el denominado consultor técnico (art. 126 CPP)

La forma en que se vierte el dictamen puede ser oral, el que se hará constar en acta o, por escrito. (Art 218 CPP) El dictamen escrito es para pericias más complejas que requieran tiempo de elaboración. Pueden combinarse ambas formas. Por ejemplo; cuando los peritos que dictaminaron sobre una situación particular, son citados a declarar en una audiencia específica, o bien la diligencia es realizada en la comunidad indígena donde habita el imputado. En este caso, constará la pericia en el acta de la audiencia. La presencia de un perito indígena en el lugar, donde se realiza la audiencia es posible, en este momento procesal a partir de la aplicación del art. 339 CPP – esto si la legislación, con certeza y seguridad jurídica lo permitiera-

Por otro lado, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia, además los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su declaración (art. 350 CPP)

Las conclusiones que formulen los peritos se realizaran conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. Además el perito deberá guardar reserva o secreto profesional, respecto de lo que conozca del caso (art 223 CPP).

Durante la declaración de peritos el tribunal en caso que sea escrito ordenará que se lean los dictámenes presentados por el o los peritos, para que sean incorporadas en el acta de audiencia de forma oral. Si el perito estuviere presente, debe responder directamente a las preguntas que le formulen los sujetos

procesales, sus abogados o consultores técnicos y los miembros del tribunal en ese orden, comenzando por quienes propusieron el medio de prueba pericial. Quien preside, moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (art. 352 CPP).

El Tribunal podrá disponer que los peritos estén presentes en toda la audiencia del debate. (Art. 350 CPP) Esta disposición en lo que fuere pertinente se aplicará a los intérpretes, por ejemplo, la obligación existente de auxiliarse en el juicio de un intérprete de plena confianza del imputado y del defensor cuando el idioma materno no sea el español. (Art. 215, 14 y 131 CPP). Al perito le son aplicables las reglas de excusas y recusación (art.55, 215 párrafo 3 CPP) y en cuanto a consultores técnicos estos también podrán ser recusados (art. 126 CPP), además frente a la incomparencia de un perito se aplica (art. 353 CPP) por lo cual una vez nombrado y aceptado el cargo, es obligatoria su comparencia.

Sobre la *valoración de la prueba pericial*, la Sala Tercera ha señalado que: "...la convicción (...) en validar o no una prueba testimonial, pericial o documental, es de resorte exclusivo de su independencia jurisdiccional, del ejercicio de la razón y el respeto a la legitimidad del elenco probatorio." (Voto- 1098-2001 Sala Tercera).

El juez valora el dictamen pericial a partir de un sistema de libertad probatoria (art. 182 del CPP), por el cual todo y todos pueden ser prueba que no tiene un valor definido, pero una vez evacuada el juzgador debe otorgarle un valor que debe ser mencionado en la sentencia. Las reglas de valoración serán las de "sana crítica" que son las de la lógica, de la psicología y de la experiencia; de acuerdo a ellas se debe valorar la prueba y fundamentarse la sentencia. (Art. 184 del CPP) (Resolución 01386- 2006, Sala Tercera)

Surge así las siguientes inquietudes, ¿Puede el consultor técnico, ser el mecanismo que venga a solucionar el problema, sin una reforma legal? ¿Cómo

garantizar que participe un perito indígena?, sobre estas interrogantes, se debe analizar el artículo 126 del CPP, el cual señala que si, por las particularidades del caso, el Ministerio Público o alguno de los intervinientes, considera el aporte de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá y le serán aplicables las reglas de los peritos. Por lo cual nos preguntamos lo siguiente, ¿las reglas aplicables a los peritos posibilitan la participación de otros profesionales u personas indígenas? La respuesta a esta incógnita se puede encontrar, con la lectura del artículo 214 del CPP, el cual señala que si una persona no cuenta con un título habilitante, se podrá designar a una persona de “idoneidad manifiesta”, a consideración del Ministerio Público o alguno de los intervinientes, quien la propone al Tribunal. Por lo cual surge la pregunta de si; ¿Los peritos indígenas, son las personas idóneas para explicar su cultura y presentar a los jueces?, sobre este aspecto hay diferentes posiciones, los que sostienen que la participación de las autoridades propias en el proceso penal, debe ser mínima y esa tarea debe ser exclusiva de los “ expertos”, y los que sostenemos que en el orden de la diversidad cultural, interculturalidad y la pluralidad, es necesario una regulación al respecto, para evitar la inseguridad jurídica y propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena, dicha propuesta, basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos que permita la participación de una autoridad tradicional o sabio de un pueblo en su condición de perito indígena, o bien de las formas colegidas de autoridad tradicional para alcanzar, imparcialidad, objetividad y credibilidad. De modo que se pueda construir puentes desde los saberes y aprendizajes para alcanzar formas más efectivas de acceso a la justicia.

Continuando el análisis, en el apartado 2) del artículo 214 CPP se menciona que: no se registran las reglas de la prueba pericial, para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente; aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. Por lo que, señala dicho artículo, que en ese caso, se registrarán por las reglas de la prueba testimonial; por lo que se genera la siguiente interrogante: ¿De

considerarse al perito indígena, idóneo para la gestión de la pericia, su versión puede caer en la connotación de testigo de la cultura? Podemos decir con claridad, de que si es conocido espontáneamente, el juez lo valora aplicando las reglas de la prueba testimonial. Por otro lado, los testigos no admiten recusación, los peritos sí; el testigo no dictamina, expone, el perito sí dictamina. (Guerra, 1994: 41)

El fiscal y defensor pueden incorporar los testimonios de las autoridades indígenas, sin embargo, estos no tendrían carácter de dictamen pericial. Y estarían sometidos a los criterios de valoración de la prueba, de acuerdo con el sistema de libertad probatoria, lo que haría necesario la capacitación de jueces y funcionarios para que pudiesen incorporar eficazmente este medio de prueba, sin embargo, estaríamos ante una prueba testimonial<sup>5</sup> y no ante una prueba pericial, lo que reafirma la necesidad de una regulación, que pueda incorporar obligatoriamente la figura del perito indígena. Pero el hecho de que nuestra legislación permita aportar prueba testimonial en este caso, de autoridades o sabios de un pueblo, dependería del conocimiento de este recurso procesal y de la gestión de la fiscalía y de la defensa, en un claro y profundo respeto de la diversidad cultural, y como parte de la estrategia legal en el caso concreto.

Conviene además señalar tal como lo menciona Guerra (1994), que sobre una misma persona no pueden recaer la calidad de dos medios probatorios, pues se atentaría contra el principio de la imparcialidad y objetividad científica que debe caracterizar el dictamen pericial emitido, por los peritos. Por otro lado los testigos están limitados por el número de lo que presenciaron o saben del hecho, lo cual sería una limitación para aportar los testimonios de las autoridades propias o

---

<sup>5</sup> “los testigos responden por separado de las cuestiones que se les interroga y los peritos en su dictamen luego de deliberar juntos los puntos que fueron sometidos a dictamen pericial. Cabe decir, igualmente, que los testigos están limitados por el número de los que presenciaron o saben del hecho; entre tanto, los peritos no están limitados sino por el número de los especializados, hayan o no presenciado el hecho”. (Guerra, 1994: 41-43)

sabios de un pueblo; entre tanto, los peritos no están limitados hayan o no presenciado el hecho. (Guerra, 1994: 42)

Los testigos en la mayoría de los casos no son profesionales, cosa contraria ocurre en las personas de los peritos, los cuales, generalmente, son versadas en específicas profesiones, por lo cual también es necesario generar rupturas que permitan –al menos en el caso de derecho penal para imputados indígenas- una amplia comprensión que permita determinar que profesional no solo es quien tiene un título que lo habilite; sino también que tenga un conocimiento o saber importante en la solución de un caso en concreto. (Guerra, 1994: 41-43),

Es función de los juzgados garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, históricamente marginados. Para esto es necesario hacer cambios no sólo en la legislación actual, sino también en la actitud de los servidores judiciales.

## **7. LOS INDÍGENAS Y EL PODER JUDICIAL EN COSTA RICA**

El Censo Nacional de Población de Costa Rica de 2011, contabilizó un total de 104.143 personas que se autodefinieron como indígenas. Mientras que en el 2000 un 1.7% del total de la población se definió indígena, en 2011 un 2.4% se definió como tal. (INEC 2011:121)

En Costa Rica, si bien se reportan menos casos de violencia de autoridades gubernamentales contra indígenas respecto de otros países del área, sí ocurren claros procesos de discriminación contra los indígenas. Es necesario un trabajo conjunto entre la Antropología y el Derecho para normativizar los convenios internacionales que conceden derechos fundamentales indígenas. Se debe trabajar en temas como litigación, acción narrativa de procesos judiciales o cambios en políticas públicas. Esto llevaría 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, o resolución de conflictos internos. (Guevara 2000:245)

Es fundamental reconocer medios alternos a los pueblos indígenas dentro de los procesos del Derecho, y el deber que tiene el Estado de brindar estas herramientas signadas en los convenios internacionales y a la legislación vigente.<sup>6</sup>

La desconfianza y lejanía que sienten los indígenas hacia el sistema político y jurídico oficial del Estado costarricense, se manifiesta en casos como el cantón de Buenos Aires, donde 20% de población es indígena, y hay muchos territorios inalienables. En la práctica estos territorios son comercializados y explotados por “blancos”, mientras que los indígenas no denuncian por miedo o desconocimiento de sus derechos. En la zona bribri de Cabragra de este cantón, se constituyó un tribunal consuetudinario de carácter administrativo, que resuelve conflictos internos con el juicio de personas mayores de la comunidad. Este tribunal ha ganado legitimidad dentro del sistema jurídico oficial, pues muchos casos no llegan a la vía ordinaria. Sin embargo, existe aún discriminación de los jueces de tribunales ordinarios ante las resoluciones de estos tribunales consuetudinarios. (Guevara y Rodríguez, 2006)

Debido a la penetración cultural “blanca” u “occidental” dentro de los territorios indígenas, en ocasiones no es sencillo establecer los límites de un Derecho autóctono:

---

<sup>6</sup> “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 y Campos 2009:166)

*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 y Rodríguez 2006:75)*

Otros obstáculos procesales para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas son la lejanía y falta de capacitación de funcionarios judiciales y juzgados; falta legitimación de los indígenas que en ocasiones carecen de documentos necesarios para realizar diligencias; falta de asistencia técnica gratuita; 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)

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 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 y Rodríguez 2006:77)*

Un problema de campo percibido por los antropólogos pero que escapa al ojo de los juristas es el dinamismo interno de las comunidades indígenas. Es ingenuo pensar que la cultura indígena es homogénea e invariable. *“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 desiguales, etc.”* (Argilés Marín 2004: 41)

El discurso cotidiano de funcionarios judiciales mantiene un tono de menosprecio por lo indígena, considerado como “retrasado”, “salvaje” o “infantil”. Además, por muchos factores la tradición indígena se ha debilitado, por lo que un Derecho propio es todo un reto y obligación del Estado por consolidar, pues cada vez son más los problemas “blancos-occidentales” manifiestos en los conflictos, como usurpación de tierras, conflictos laborales por no pago de salarios, violaciones u homicidios.

## **8. SITUACIÓN JURÍDICA DEL PERITAJE CULTURAL EN COSTA RICA**

La única norma de la legislación nacional que nos remite al uso del peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal, es el Código Procesal Penal, que menciona lo siguiente sobre la 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)*

Esta norma supone la influencia particular de la cultura en el proceso penal, el peritaje especial y la valoración de la prueba. Esto influye sobre las responsabilidades del juez penal, según el mismo Código Penal:

*El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena... 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. 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. (Art. 71)*

Recientemente, el Ministerio Público fijó una nueva “Política de Persecución Penal y Abordaje de Causas Indígenas” (circular 13-ADM 2011). Este documento, brinda un trato diferenciado (discriminación positiva) y respetuoso a las diversas culturas indígenas:

*En razón de lo anterior a fin de unificar criterios a nivel nacional en materia penal, sobre elementos a considerar por el ente fiscal, en aquellas investigaciones en las cuales esté involucrado una persona indígena, se emite la presente directriz de carácter general, a fin establecer los parámetros mínimos de consideración al aplicar las disposiciones vigentes en materia de derecho indígena (Chavarría, 2011:1)*

Dentro de las nuevas políticas establecidas, se prioriza el uso de intérpretes de lenguas autóctonas y la aplicación del peritaje cultural en 24 pueblos indígenas.<sup>7</sup> Al respecto la Fiscal General de Asuntos Indígenas, Adriana Céspedes, comentó:

*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... los fiscales que tramitan causas indígenas brindarán 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. (Céspedes, citada por Araya 02/02/12)*

La Sala Tercera ha reconocido casos donde hay conflicto entre los valores culturales de un grupo dominante y los de una “minoría”, sentando criterios para un juicio de reproche que concluye en una reducción de la pena por imponer. Cuanto mayor esfuerzo tenga que hacer una persona indígena para comprender y asimilar una pauta normativa, menor debe ser el reproche penal.

*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*

---

<sup>7</sup> “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 02/02/12)

*como consecuencia o resulta se podría atenuar la pena en la sanción del autor del injusto penal.* (Chacón y Romero 2009: 338)

El Voto N° 1993-F-561 de la Sala de Casación Penal del 15 de octubre de 1993, afirma que la culpabilidad en nuestro sistema normativo es graduable, de acuerdo a las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo y a las circunstancias que influyeron en el hecho investigado.

No en todos los casos se debe alegar imposibilidad de comprensión de la norma, pues ello podría traer la impunidad de delitos cometidos bajo argumentos de carácter religioso o político. En estos casos, no estaríamos ante inimputabilidad, sino ante condicionamientos culturales que impiden asimilar normas penales, dando origen a una antinomia entre la ley penal y formas particulares de organización social.<sup>8</sup>

*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 citado por Figarí: sf: 29)

No se pueden aplicar criterios únicos para todos los grupos étnicos. El Derecho Penal debe tener en cuenta esas circunstancias especiales, a través de las figuras jurídicas pertinentes. Sin embargo, no toda consciencia disidente puede ser considerada como un error de comprensión:

---

8 Desde otra óptica, el término “comprensión”, según Zaffaroni, es incorrecta. El término “comprensión” según el artículo 42 del CP 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.” (Castillo 2010: 447) Así 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, y no un error de prohibición.

*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. 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 consiente oposición al planteamiento normativo (Campos Calderón, citado por Figari: sf: 30)*

Actualmente, de acuerdo con el art. 71 del Código Penal, es posible determinar una pena tomando en cuenta las circunstancias sociales, educativas y culturales relacionadas con la comisión de un hecho delictivo. Ante situaciones en las que no es factible la aplicación del error de comprensión cultural, el juez puede graduar la pena tomando en cuenta esas circunstancias particulares. El juzgador puede recurrir a distintas perspectivas jurídicas para resolver un caso con enfoques alternativos al modelo de administración de justicia monista, homogéneo y silogista. En nuestro sistema penal la responsabilidad es graduable y la legislación permite el uso de penas alternativas, por lo que el juez puede alejarse de los modelos tradicionales y facilitar la participación clara e interdisciplinaria de las autoridades locales indígenas y de los peritos jurídico antropológicos en la administración de justicia.

## **9. JURISPRUDENCIA, CASOS DEL ÁMBITO JUDICIAL COSTARRICENSE**

Las noticias nacionales han reflejado recientemente problemáticas relacionadas con decisiones judiciales que involucran a personas de grupos

indígenas con cosmovisiones sumamente distintas a la de la mayoría de la población.

La indígena Olivia Bejarano, condenada en 2010 a 13 años de cárcel por homicidio, recibió el indulto residencial por motivos humanitarios tras casi tres años tras las rejas. Ella no comprendió el juicio que se le efectuó junto a otros familiares, por lo que debió haberse anulado el juicio y la sentencia. En una entrevista, 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 11/07/2010)*

En un caso del II Circuito Judicial de Cartago (1998-2002), un indígena cabécar de la zona de Chirripó imputado dentro de un proceso penal por usurpación, sufrió varias situaciones que riñen con los derechos humanos. En su sentencia no se consideraron insumos del derecho consuetudinario exigidos por el Derecho Internacional, y se falló en elementos básicos como la presencia de un intérprete de la lengua del imputado. Estos problemas ocurren con frecuencia cuando se ven involucrados indígenas.<sup>9</sup> (Núñez y Villalta, 2004)

---

<sup>9</sup> Algunas de las carencias denunciadas en el proceso son: 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 y Villalta 2004:120-121)

Morales y Zamora (2013) analizan una sentencia contra un imputado indígena Maleku, donde se evidencia la falta de capacitación y sensibilidad que tienen los funcionarios judiciales a la hora de atender casos que vinculan a poblaciones indígenas, sugiriendo la creación de una defensoría indígena que atienda estos casos, considerando siempre la inclusión de peritajes especializados.<sup>10</sup>

El expediente 11-008127-0007-CO es una consulta de constitucionalidad en revisión de la sentencia, basado en la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas. En su respuesta, la Sala indica que forma parte del derecho al debido proceso del imputado tomar en consideración su condición de indígena ante la imposición de la sanción penal. Basándose en el artículo 10 del convenio 169 OIT, la Sala reconoce como un aspecto importante del debido proceso la consideración cultural del imputado indígena. Toda garantía y herramienta que sea utilizada en el proceso penal, se debe garantizar en función de la condición indígena del imputado.

El expediente 11-000448-0006-PE, Res. 2012-00314, una revisión de sentencias ante la Sala Tercera, se refiere a un abuso contra menor de edad. El imputado fue procesado siguiendo las normas y costumbres del pueblo Bribri por la agresión sexual consumada, por lo que la comunidad tomó el acuerdo que el sentenciado no debía vivir ni trabajar en la comunidad, sentencia que fue respetada. Este proceso fue avalado por la Sala Constitucional mediante resolución # 2253-96. Sin embargo, posteriormente el sujeto fue acusado en los Tribunales ordinarios, resultando condenado a cuatro años de prisión. La Sala no

---

<sup>10</sup> 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 y Zamora, 2013:228)

considera la figura de la mediación, donde personas autorizadas por la comunidad, o peritos; en conjunto con autoridades judiciales, resuelven conflictos y buscar la paz interna. No se considera el dictamen de la comunidad, ni tampoco si el sujeto estaba en conocimiento de la antijuricidad en su accionar, ni se cuestiona la variable cultural del temprano inicio de la actividad sexual entre las mujeres Bribri. Esto ocasionó un doble perjuicio para el acusado por desconocimiento de las prácticas de su pueblo.

En el expediente 06-006035-0647-PE, Res: 2010-341(recurso de casación), un acusado por delito de invasión a áreas protegidas es indígena Maleku, y realiza actividades ganaderas y de tala de árboles en un área protegida utilizada regularmente por el grupo étnico. Se declara parcialmente con lugar la casación, ordenando la suspensión de la actividad en la finca, salvo donde el MINAET indique que no se afecta el ambiente. Sin embargo, la Sala no considera la plena disposición sobre los recursos naturales que los pueblos indígenas tienen sobre su territorio.

El expediente 10-000037-0990-PE es una sentencia por homicidio simple de un Tribunal Judicial de la Zona Sur, contra dos indígenas, uno de los cuales es condenado a doce años de prisión. En el recurso de casación posterior, se alega violación al debido proceso por ausencia de traductor en la indagatoria del acusado y falta de fundamentación intelectual en la prueba. La Sala rechaza estos motivos sin considerar la posibilidad de un peritaje cultural para determinar una sanción alternativa para el acusado dentro de su grupo étnico. Este caso devela la inexistencia de penas alternas a la prisión para personas indígenas, y la ausencia de recursos como el peritaje cultural y antropológico para imponer sanciones a personas indígenas sin la previsión de resocialización.

La Sala Tercera hace un avance significativo en el Exp: 09-000377-0063-PE. Res: 2011-01334, pues solicita realizar un debate en la comunidad indígena donde ocurrió el hecho (tentativa de homicidio calificado contra menor de edad).

La Sala anula la sentencia previa y reenvía la causa a la oficina de origen para que se sustancie nuevamente. El caso demuestra la obligación de los operadores de Derecho de conocer los usos y costumbres del lugar para dictar una resolución apegada a la realidad cultural de quienes se verán directamente afectados con la toma de la decisión.

En el expediente 09-000985-0597-PE el Tribunal de Instancia modificó el monto total de años de prisión que debe descontar el condenado por un delito sexual contra persona menor de edad. En este caso, se contó con un Dictamen Antropológico Cultural que aclaró lo siguiente:

*...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..."*  
(Folios 276-277)

Gracias a este dictamen la sentencia tomó en cuenta la condición indígena del acusado. Se tuvo por establecido que este imputado no se encontraba bajo condicionamiento social a la hora de realizar el ilícito. Sin embargo, el fallo no contempla aspectos como el largo proceso de transculturación de la menor de edad (al momento de la sentencia contaba con años de vivir en un hogar en el valle central), así como la no participación de la autoridad local en el proceso como perito cultural, ausencia de tratamiento individual basado en la espiritualidad indígena, el imputado no fue informado en su idioma materno, no se contempló la indemnización de acuerdo con la cultura indígena, ni se consideraron aspectos del sistema de parentesco matrilineal de esta cultura.

## **10. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES**

La Misión Internacional de Observación de la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. (MIODHPI) denunció en 2013 muchas de las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en ver reconocidas sus autoridades tradicionales y su Derecho consuetudinario, así como la discriminación, confusión, ineffectividad e impunidad que sufren por parte de la justicia ordinaria del Estado. (MIODHPI 2013: 12-13)

Entre otras denuncias, se expone que el Estado costarricense aún no reconoce las normas o autoridades tradicionales de sus Pueblos, más bien les quitan autoridad y desconocen sus resoluciones, como es el caso de los conflictos por tierras. Es difícil el acceso a la Justicia ordinaria: lentitud de procesos ante los Juzgados Agrarios y Penales, e impunidad de la mayoría de las agresiones y actos contrarios a sus derechos. Asimismo, en muchos casos se nota la acción discriminatoria de la policía judicial (OIJ) y los Jueces, y dificultad de las lejanías geográficas y la falta de recursos económicos para viajar a Oficinas Judiciales.

Otro problema es que muchos 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.

Culturalmente, el idioma es una gran barrera cultural, para los entendimientos, así como el amenazante ambiente de los Tribunales, pues sus edificios, palabras, relaciones sociales, la seguridad para ingresar y otros, llena de temor a los indígenas que en muchas ocasiones los paraliza y no saben que decir o hacer. Esto unido al desconocimiento y poca capacitación de los funcionarios judiciales sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. (MIODHPI 2013: 12-13)

El Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia de la ONU (2003) sugiere, entre otras medidas, que el encarcelamiento de personas indígenas se utilice como último recurso, buscando junto con las comunidades alternativas no discriminatorias de opciones diferentes a la privación de libertad. Se deben desarrollar políticas de educación y reclutamiento para aumentar el número de personas indígenas empleadas en los sistemas de administración de justicia, y para que los pueblos, tanto individual como colectivamente, puedan interactuar eficazmente en los procedimientos legales por medio de intérpretes u otros mecanismos. Además, que se den programas de sensibilización para funcionarios de los sistemas de justicia sobre temas indígenas, como medidas para combatir la discriminación y promover el respeto de la diversidad cultural. (IIDH, 2006: 828-831)

En el sistema jurídico costarricense, a pesar que existen leyes y jurisprudencia necesaria para asegurar la figura del peritaje cultural, y el peritaje jurídico antropológico como medio de prueba, aún hay carencias en el acceso a la justicia de indígenas. Hay temor de romper con las estructuras de derecho tradicionales por parte de juzgadores, fiscales y defensores, quienes temen o desconocen el trato diferenciado y respetuoso que merecen los pueblos indígenas, así como falta de modelos que adapten y garanticen un acceso a la justicia respetuoso de la diversidad cultural.

Si el Código Procesal Penal (art 339) admite el peritaje especial, el juez, fiscal y defensor deben consultar a las autoridades propias y sabios del pueblo prioritariamente 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.

Notamos algunos avances de la Sala Tercera y Constitucional al orientar el accionar de los Tribunales de Instancia en temas como la participación de la comunidad donde ocurren los hechos, y la garantía del debido proceso para

imputados indígenas. Sin embargo, no existen penas alternas a la prisión para personas indígenas; debido a la falta de legislación que instrumentalice el artículo 10 del Convenio 169 OIT. Asimismo, muchas veces se pasa por alto la condición indígena de un imputado, y no se realiza un peritaje cultural y antropológico para esclarecer casos que involucren culturas diversas, bajo el argumento de que son aspectos ya considerados en el artículo 71 del Código Penal. Esto impide que se materialicen principios básicos de la justicia, como coordinación, complementariedad e interculturalidad. Esto claramente contradice las 100 Reglas de Brasilia, que fueron firmadas por las autoridades costarricenses pero son pasadas por alto en la práctica.

Se debe facilitar el tratamiento individual de imputados y víctimas con base en la espiritualidad indígena, su idioma materno, la indemnización de acuerdo con la cultura indígena, el parentesco entre las víctimas, imputados y testigos, la consideración de los medios económicos para recibir patrocinio gratuito por parte del Estado. La legislación procesal penal costarricense ha avanzado con la adopción de la Ley de Protección a Víctimas y Testigos, pero es necesario considerar los criterios de pertinencia cultural y abordaje socio-cultural de las víctimas indígenas.

El Consejo Superior del Poder Judicial debe reformar las circulares que instrumentalizan los modos de administración de justicia resolviendo la indeterminación conceptual existente en sus instrumentos informativos sobre el peritaje cultural. Los juzgados deben garantizar la presencia de un perito indígena en todo proceso penal donde participe una persona indígena, que dicho perito sea una autoridad indígena o sabio de un pueblo, que cuente con el aval de la comunidad a la que pertenece, que profese su cultura y además que se prevea la posibilidad de que el mismo pueda incluso ser realizado de manera colegiada, individual o conjuntamente, si es en conjunto como forma colegiada de autoridad, se lograría credibilidad e imparcialidad.

Siempre que sea necesario como prueba pericial la fiscalía y defensa, deben buscar los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas para que interpreten la cosmovisión.

Se debe prever mecanismos de simplificación del proceso para casos de flagrancia o confesión; e instrumentar la mediación, conciliación y el arbitraje como instancias extrajudiciales de resolución privada del conflicto, diseñando medidas alternativas de justicia restaurativa de los protagonistas del hecho.

Es necesaria la creación de equipos interdisciplinarios de administración de justicia, y por tanto es necesario hacer cambios no sólo en la legislación actual, sino también en la actitud de los servidores judiciales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

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.

Aidar, I. "En homenaje a Carlos Cossio, apuntes sobre la noción de norma." *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. No. 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.

Amry, R. "Defensa Cultural y pueblos indígenas." En: *Anuario de Derecho Penal*. (2006) Pontificia Universidad Católica del Perú.

Araya, D. (2-2-2012) "Verdadera justicia llegará para los indígenas" En: *crhoy.com*. Disponible en <http://www.crhoy.com/verdadera-justicia-llegara-para-los-indigenas/>

Argilés Marín, J. "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.

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>

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

Castañeda, A. (2008) *Acceso a la justicia de las mujeres indígenas de Costa Rica*. IIDH: San José.

Castillo Gonzalez, F. (2010). *Derecho Penal: Parte General, Tomo II* Editorial jurídico continental: San José.

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=>

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2002) *REGLAS DE BRASILIA para el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Recuperado el <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110>

De Sousa, B. "El discurso y el poder (Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica)". En: *Revista Crítica Jurídica*, n° 26, 2007.

Figari E. "Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual"  
Recuperado el 10/03/2013 en  
[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/cultura%20indigena.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/cultura%20indigena.pdf).

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

Guerra Morales, S. (1994). *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*. Editorial Lerner. Santafé de Bogotá, Colombia

Guevara Víquez, F. y Rodríguez Aguilar, O. "Tensiones entre el sistema jurídico estatal y la reconstrucción de un derecho consuetudinario indígena" En *Cuadernos de Antropología*. No 16, 2006

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*. 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.

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>

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

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

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

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

Salvatierra Flores. (2011) *Consecuencias jurídico penales que genera la aplicación del peritaje cultural en el proceso penal seguido en contra del procesado maya*. Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC: Guatemala.

Stavenhagen, R. e Iturralde, D. (1989) *Entre la Ley y la Costumbre: El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. IID: San José.

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

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