Cuaderno
Estado y Derecho

1

Peritaje Cultural

Guisela Mayén

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Konrad
Adenauer
Stiftung

Cuaderno
Estado y Derecho

1

Peritaje Cultural

Guisela Mayén

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Konrad
Adenauer
Stiftung

Cuaderno Estado y Derecho 1

Año 1, No. 1
Serie: Cuaderno Estado y Derecho
Peritaje cultural
Diciembre 2014
Guatemala, Guatemala

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Oficina para Guatemala y Honduras
3a Av. "A" 7-74, zona 14, Colonia El Campo
Ciudad de Guatemala, Guatemala
Tel. + (502) 2380-5118
Fax + (502) 2380-5115
Info.guatemala@kas.de
www.kas.de/guatemala/es

ISBN: 978-9929-688-30-8

Los contenidos del presente estudio no necesariamente expresan la opinión de la Fundación Konrad Adenauer. Es permitida su reproducción parcial o total, siempre que se cite la fuente.

Autora
Guisela Mayén

Coordinación editorial
Santos Sajbochol y Pedro Ixchíu
Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial

Cynthia Fernández
Fundación Konrad Adenauer

Diseño interior y diagramación
Serviprensa

Impresión
Serviprensa, S.A.
3ª. avenida 14-62, zona 1
PBX: (502) 2245-8888
www.serviprensa.com.gt
Guatemala, Centroamérica
1,000 ejemplares

Índice

Siglas 5

Presentación..... 7

Prólogo 9

Introducción 11

A. Los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional y en instrumentos internacionales 13

1. Definición de Pueblos Indígenas y reconocimiento de la diversidad cultural y la diversidad lingüística 14

2. Derecho a la Autoidentificación y a la Autoadscripción 15

2.1 Derecho a pertenecer a un Pueblo Indígena 16

3. Derecho a la Libre Determinación 16

4. Derecho al Autogobierno - Alcaldías Indígenas y Alcaldías Comunitarias o Alcaldías Auxiliares 17

4.1 Autoridades indígenas y el derecho a la aplicación de su derecho propio 18

5. El derecho al acceso a la justicia en el sistema de justicia oficial 18

B. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala 21

1. Antecedentes históricos 21

2. El acceso de los Pueblos Indígenas al sistema de justicia oficial 22

3. Peritaje Cultural en el Sistema de Justicia Guatemalteco.....28

C. Peritaje Cultural 33

1. Síntesis conceptual 33
2. Importancia del Peritaje Cultural 36
   - 2.1 El sistema de justicia frente a las diferencias culturales 37
   - 2.2 Función del Peritaje Cultural 38
3. Casos en los que se debe solicitar Peritaje Cultural 40
4. Avances, necesidades y desafíos 42

Bibliografía 45

Anexo: Artículos del Código Procesal Penal en Materia de Peritaje 51

Siglas

AIDPI	Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas
CADH	Corte Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CC	Corte de Constitucionalidad
CPP	Código Procesal Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
IDPP	Instituto de la Defensa Pública Penal
MP	Ministerio Público
OIT	Organización Internacional del Trabajo
UNIFOCADEP	Unidad de formación y capacitación de la Defensa Pública Penal
UNICAP	Unidad de Capacitación del Ministerio Público
URNG	Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca

Presentación

En el marco de sus objetivos institucionales, la Fundación Konrad Adenauer inició en 2012 cooperación con la recién creada Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala, con el fin de promover la participación de la población indígena en procesos de discusión y toma de decisión sobre asuntos políticos y legales de interés común.

Durante este período, la referida Unidad ha diseñado y ejecutado diversos programas de capacitación y sensibilización sobre el Derecho y los derechos de los pueblos indígenas, el pluralismo jurídico y la coordinación entre los sistemas de justicia oficial e indígena cuya experiencia ha determinado la necesidad de contar con información y fuentes de referencia accesibles para los jueces y magistrados que administran justicia.

Dentro de dicha información se encuentra el derecho de acceso a la justicia, que forma parte del catálogo de derechos humanos reconocido ampliamente en el sistema de justicia oficial y que presenta singular relevancia cuando se aplica a pueblos indígenas. Es en el ejercicio cotidiano de la prestación del servicio de justicia ejecutado con pertinencia cultural, como manifestación concreta del acceso a la misma, que se hace imperativo acudir al peritaje cultural por parte de los administradores de justicia.

En un esfuerzo conjunto entre la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial y la Fundación Konrad Adenauer, se presenta el primer número de la serie de publicaciones denominada Cuaderno Estado y Derecho que contiene un trabajo expuesto por la autora en forma breve, pero al mismo tiempo completa y clara.

El Cuaderno que se presenta a continuación fue propuesto a partir de la necesidad detectada por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial en los procesos de capacitación dirigidos a jueces y magistrados y la interacción de su función con los otros operadores de justicia tales como fiscales, defensores públicos, investigadores y demás actores vinculados a la administración de justicia oficial.

Este diagnóstico, motivó el interés de explorar los esfuerzos que se han iniciado con el fin de facilitar información a los operadores de justicia y se detectó que ya existe un documento, pero enfocado fundamentalmente en la labor del defensor público.

Si bien resulta acertado haber dedicado esfuerzos iniciales para la función de defensa pública en materia penal, lo cierto es que cada una de las partes y actores de los procesos judiciales, entre ellos jueces y magistrados, sea cual fuere la materia, están en la obligación legal de aportar técnica y legalmente a la resolución de los casos, conflictos o procesos en que intervienen, todos los elementos a su alcance.

Es por ello que se decide impulsar un esfuerzo que a través de la investigación y su respectiva publicación expusiera de manera clara y breve, la información básica que un juez y magistrado debe tener en consideración con el fin de aprovechar el peritaje cultural en abono a la calidad y pertinencia de sus resoluciones judiciales.

En este Cuaderno el lector podrá hacer un repaso por las definiciones del concepto de pueblos indígenas y el de sus principales derechos reconocidos por la normativa internacional y nacional vigente y dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia que concluye la primera parte del contenido.

A continuación se presenta una referencia al proceso de reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos en Guatemala y la enumeración de las acciones afirmativas que constituyen avances formales en beneficio de la población indígena en el plano de la estructura institucional pública, dentro de las cuales se encuentra la creación de la Unidad de Asuntos Indígenas como instancia dependiente de la Presidencia del Organismo Judicial.

A fin de introducir el concepto, importancia, función y aplicación del peritaje cultural, la autora presenta un recorrido por la identificación de los hechos a través de los cuales las instituciones del sistema de justicia oficial han ordenado la utilización o practicado directamente el peritaje cultural en casos concretos, en materia penal.

Según la autora, la función más importante del peritaje cultural es evitar que se sancione la diversidad cultural y por ende es condición indispensable que el mismo devuelva la identidad del procesado. Para ello se requiere avanzar en la resolución de los cuestionamientos a su reconocimiento formal así como en la identificación de los argumentos que fundamenten su aplicación permanente como medio de prueba en los procesos jurisdiccionales en los que intervengan personas indígenas.

Con la publicación de este Cuaderno, concluye un proceso y se inicia uno nuevo a través del cual se pretende informar y brindar argumentos de análisis. La discusión y reflexión es una tarea que se facilita a partir de dar lectura a su contenido, la cual invitamos a realizar y compartir.

Annette Schwarzbauer
Representante
Fundación Konrad Adenauer
para Guatemala y Honduras

Prólogo

El Organismo Judicial por medio de la Unidad de Asuntos Indígenas, coordina esfuerzos con la Fundación Konrad Adenauer, por lo que se deja a disposición del lector el presente Cuaderno Estado y Derecho: Peritaje Cultural, considerando la utilidad que un documento de esta naturaleza tiene para el eficaz y eficiente servicio de justicia de la población indígena de Guatemala, que constituye un alto porcentaje de la población total del país y a quienes debe garantizarse el servicio de justicia culturalmente pertinente.

El acceso a la justicia para pueblos indígenas comprende dos dimensiones: la primera, consiste en acercar los juzgados y tribunales a la población en todo el territorio nacional; y la segunda, al mejoramiento continuo de la calidad del servicio.

El Acuerdo de Presidencia del Organismo Judicial número 112-2009 creó la Unidad de Asuntos Indígenas y le asignó funciones en materia de implementación de políticas públicas, planes, proyectos, programas de capacitación y sensibilización sobre derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico, dirigidos a funcionarios, empleados judiciales y administrativos, con la finalidad de transformar la cultura jurídica, hacia estadios amplios.

Cuando el juez no conoce las costumbres o prácticas que forman parte de un estilo de vida particular en una sociedad indígena, el Código Procesal Penal Decreto 51-92 y sus reformas, hace posible que el peritaje cultural sea utilizado como medio de prueba de oficio o, a requerimiento de las partes y con la ayuda de otras ciencias sociales, tales como la Sociología o la Antropología, el juez de la causa, pueda obtener más y mejor información sobre los hechos y el contexto sociocultural de los mismos, con la finalidad de que la valoración de la diferencia cultural le permita al juez, realizar una ponderación entre la conducta humana y si esta encuadra o no en los elementos del tipo penal al momento de resolver, en un caso concreto.

Como perito cultural puede designarse a un profesional de las ciencias antes referidas o a una persona de manifiesta idoneidad, quien a manera de traductor cultural le explique al juez el contexto sociocultural de la práctica cuestionada conforme la cosmovisión indígena, a fin de que el operador jurídico pueda formarse un criterio amplio sobre la causa sometida a su conocimiento y decidir sin perder de vista esa realidad.

Es por ello que el peritaje cultural, se convierte en un instrumento que permite el mejoramiento del acceso a la justicia hacia las personas indígenas de manera equitativa, constituyendo una forma de reconocimiento de la diversidad cultural en el campo legal, y lo más importante, evita que se sancione la forma de vida particular de los pueblos indígenas.

El presente cuaderno sobre Peritaje Cultural, es un valioso estudio bibliográfico, el cual desde el derecho a la justicia oficial del Estado aborda algunos derechos de los Pueblos Indígenas que tienen relación constante con el quehacer del despacho judicial, los avances, necesidades y desafíos de las instituciones del sector justicia del Estado, desde el marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y la Constitución Política de la República de Guatemala, refiriéndose al reconocimiento de la diversidad étnica, cultural y lingüística, el derecho a la autoidentificación, que tiene una profunda vinculación jurídica con el derecho a la identidad individual y colectiva, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el cual ha sido un tema tabú en nuestro medio y muy poco abordado por la Academia guatemalteca, pero que es entendido dentro del marco de la no secesión de los Estados Nacionales, sino dentro del marco de fortalecimiento de la unidad nacional de la población guatemalteca, respetando la diversidad étnica y cultural de los pueblos originarios. El derecho a la aplicación del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas y que hoy demanda acciones serias de coordinación entre sistemas de justicia a fin de responder a la alta demanda de esta para la población en general y para pueblos indígenas en particular.

Como Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia del Estado de Guatemala, reconozco la importancia y utilidad del presente documento, que como una herramienta de trabajo se deja en manos del lector, jueces, magistrados, fiscales, abogados defensores públicos, operadores de justicia y estudiantes de las Facultades de Ciencias Jurídica y Sociales, con la certeza de contribuir modestamente a la construcción de sociedades interculturales, para fortalecer relaciones más igualitarias, solidarias y respetuosas de los derechos humanos.

Josué Felipe Baquiax
Magistrado Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala

Introducción

El Estado de Guatemala al signar los instrumentos internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas adquirió, entre otros, el compromiso de garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas tomando en cuenta la cultura de dichos pueblos, así como su sistema jurídico propio.

El presente Cuaderno está dirigido a jueces y magistrados del Sistema de Justicia con el propósito de contribuir a la comprensión y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en particular al derecho al acceso a la justicia con pertinencia cultural.

Tomando en cuenta que el Peritaje Cultural es un medio de prueba idóneo para favorecer la aplicación de justicia con pertinencia cultural, este documento busca brindar conocimientos generales sobre este, con el objetivo que sirvan de referencia a los operadores de justicia, al momento de conocer casos en los que están vinculadas personas que pertenecen a pueblos indígenas.

El Cuaderno está divido en tres partes, la primera brinda una lista de los derechos específicos de los pueblos indígenas, principalmente de los que guardan relación con el acceso a la justicia, contenidos tanto en la legislación nacional como en instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, se hace referencia a algunas resoluciones emitidas en sentencias por juzgados unipersonales y de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en procedimientos de casación, así como, resoluciones de la Corte de Constitucionalidad (CC) y de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En la segunda parte se presentan antecedentes históricos sobre el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala; y en particular, del derecho al acceso a la justicia. La tercera parte del Cuaderno aborda distintos aspectos sobre el Peritaje Cultural, entre otros su importancia y funciones, además se menciona en qué casos es pertinente su utilización.

El Cuaderno también tiene el propósito de apoyar el trabajo que desarrolla la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, cuyo mandato[1] incluye: "a) Promover y asesorar en la implementación de políticas públicas

1 La Unidad de Asuntos Indígenas fue creada en el mes de febrero 2012, por medio del Acuerdo No. 112-2009 del Organismo Judicial. www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=245&Itemid=281

de los derechos de los pueblos indígenas en los planes y proyectos del Organismo Judicial; b) Promover con la Unidad de Capacitación Institucional la incorporación de programas de capacitación y sensibilización sobre el derecho de los pueblos indígenas, el Pluralismo Jurídico y temas relacionados, dirigidos a funcionarios y empleados judiciales y administrativos; y c) Desarrollar estudios y proponer soluciones para orientar y asesorar a las autoridades del Organismo Judicial en la materia".

A. Los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional y en instrumentos internacionales

En Guatemala los derechos de los pueblos indígenas están reconocidos en la Constitución Política de la República, en leyes constitucionales, en leyes ordinarias y en los instrumentos internacionales, que tutelan dichos derechos, signados por el Estado. Sin embargo, en diversos ámbitos e instituciones, incluidas las de justicia, estos derechos no se respetan a cabalidad debido, entre otras razones, a que se conocen parcialmente o existe algún grado de incomprensión de los mismos. De tal cuenta, en la realidad se advierte una amplia brecha de capacidad (por parte de los titulares) en el ejercicio de sus derechos en general y en el de acceso a la justicia, en particular.

El marco normativo nacional e internacional que contiene las obligaciones del Estado hacia los pueblos indígenas, les confiere a los integrantes de estos pueblos, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, igual que al resto de la población, pero además les otorga derechos específicos. A continuación se presentan los derechos específicos de los pueblos indígenas que guardan relación con el acceso a la justicia, contenidos en dicho marco normativo vigente. También se hace referencia a algunas de las varias sentencias emitidas por juzgados unipersonales, fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en procedimientos de casación y sentencias de la Corte de Constitucionalidad[2]. Además se citan algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que pueden servir de referencia para los operadores de justicia.

2 Las Constituciones de algunos países, entre otros España, México y Colombia, han incorporado el concepto Bloque Constitucional, el cual está referido a aquellas normas y principios que no forman parte de la Constitución. El Bloque Constitucional integra las normas de tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel de las normas constitucionales. La Constitución de Guatemala no incluye expresamente el Bloque Constitucional; la doctrina legal es un aspecto que únicamente se norma en el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto No. 1-86): "***Doctrina Legal.*** *La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido*."

1. Definición de Pueblos Indígenas y reconocimiento de la diversidad cultural y la diversidad lingüística

La Constitución Política de la República, contiene una Sección Tercera titulada Comunidades Indígenas. Bajo esta sección el Art. 66 establece que "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos".

Un aspecto que es importante señalar del artículo citado, es que la Constitución se refiere a los Pueblos Indígenas como comunidades indígenas, grupos étnicos o grupos indígenas. El mismo artículo, también establece que existe la diversidad cultural al reconocer sus "formas de vida, costumbres, formas de organización social..." y la diversidad lingüística: "...sus idiomas y dialectos". Por otra parte en el país generalmente se utiliza el criterio lingüístico para definir a los pueblos indígenas, sin embargo existen otros elementos que los identifican, por ejemplo los mencionados en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas[3]: la descendencia directa de los antiguos mayas, la cosmovisión y la cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya[4].

En el Caso Saramaka vs Surinam la Corte Interamericana de Derechos Humanos[5] señala como características de los pueblos indígenas "tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones".

Siguiendo el criterio lingüístico, la Ley de la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala (Decreto 65-90 del Congreso de la República), se refiere a los Pueblos Indígenas como "Comunidades lingüísticas". En el mismo sentido el Art. 5. de la Ley de Idiomas Nacionales (Decreto 19-2003 del Congreso de la República), define a las Comunidades Lingüísticas como "Conjunto de personas que poseen, reconocen y utilizan un idioma común, ya sea en un espacio territorial, social o cultural específico". En Guatemala se hablan 22 idiomas de origen Maya[6] (sin tomar

3 EL Artículo 3 de La Ley Marco de los Acuerdos de Paz, establece que el Estado reconoce a los acuerdos de paz el "carácter de compromisos de Estado cuyo cumplimiento requiere de acciones a desarrollar por las instituciones públicas y por las personas individuales y jurídicas de la sociedad, en el marco de la Constitución Política de la República y de la ley".

4 Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, Cap. I. párr. 2. i, ii, iii y iv.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr. 79.

6 Los idiomas de origen Maya que se hablan en Guatemala son Achi, Akateko, Awakateko, Ch'orti', Chuj, Itza', Ixil, Jakalteko (Popti'), Kakchikel, K'iche', Mam, Mopan, Pocomam, Poqomchi', Q'anjob'al, Q'eqchi', Sacapulteko, Sipakapense, Tektiteko, Tz'utujil, Uspanteko y Chalchiteka (Art. 7 –Decreto No. 24-2003– que reforma el Decreto 65-90 Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala).

en cuenta que existen variantes dialectales de varios de estos idiomas), por lo que hay igual número de comunidades lingüísticas cuyos integrantes en conjunto constituyen el pueblo Maya. Además, habitan en el país los pueblos xinca y garífuna, hablantes de los idiomas de iguales nombres.

El Convenio 169 de la OIT, en el Art. 1, párr. 1. b, señala que son considerados indígenas "...por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en 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 jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

En virtud del reconocimiento constitucional contenido en el Art. 66, a los idiomas y dialectos, los pueblos indígenas tienen derecho a acceder a los servicios que presta el Estado en su propio idioma. En tal sentido, la Ley de Idiomas Nacionales en su Art. 3, indica que "El reconocimiento, respeto, promoción, desarrollo y utilización de los idiomas nacionales, es una condición fundamental y sustantiva en la estructura del Estado y en su funcionamiento, en todos los niveles de la administración pública deberá tomarlos en cuenta".

Este derecho también está garantizado en el Art. 13, párr. 2, de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) que estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones sus idiomas y que "Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario servicios de interpretación u otros medios adecuados."

2. Derecho a la Autoidentificación y a la Autoadscripción

Las personas indígenas tienen el derecho de autoidentificarse como tales, es decir que, para que una persona sea reconocida como indígena es suficiente que se identifique a sí misma como indígena.

El Convenio 169 de la OIT, en el Art 1. párr. 2, estipula 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 AIDPI en el Cap. I. párr. 2. v., establece como un elemento de la identidad "la autoidentificación".

Así mismo, las personas indígenas tienen el derecho a la autoadscripción a un pueblo, este queda establecido en el Art. 33 de la DNUDPI: "tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a

sus costumbres y tradiciones". También hace referencia a este derecho el Art. 1, párr. 2 del Convenio 169 de la OIT, al establecer 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 Convenio".

2.1 Derecho a pertenecer a un Pueblo Indígena

El Art. 58 de la Constitución de la República, estipula que "Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres".

La DNUDPI en el Art. 9, establece que "Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo".

3. Derecho a la Libre Determinación

En el Art. 3 la DNUDPI señala: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Añade la DNUDPI en el Art. 4 que "Los pueblos indígenas en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionados con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas".

La libre determinación de los pueblos indígenas no tiene los mismos alcances que recibe en el derecho internacional de los Estados, ya que la misma DNUDPI Art. 46, párr. 1 señala que "Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". Sin embargo, la DNUDPI en el Art. 26 párr. 2, sí establece que "Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma". Además el Art. 34 de la misma, señala que "Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos".

El Convenio 169 de la OIT, en el Art. 7, párr. 1. señala: "Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridadades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierra que ocupan o utilizan de alguna manera..."

En el ejercicio del derecho a la libre determinación y de los derechos mencionados en el párrafo anterior, un pueblo indígena podrá determinar las condiciones en que va a gobernar, administrar, aprovechar y proteger sus tierras, territorios y recursos naturales.

4. Derecho al Autogobierno - Alcaldías Indígenas y Alcaldías Comunitarias o Alcaldías Auxiliares

En Guatemala la Alcaldía Indígena fue reconocida como la institución de gobierno local indígena desde la época colonial cuando esta se conocía como Cabildo. No obstante, al establecerse el Estado de Guatemala, la Constitución de 1825 reconoció como único gobierno local a la Municipalidad, la cual se integraba por indígenas y ladinos. A pesar de tal disposición la Alcaldía Indígena no dejó de existir y el Estado terminó por "tolerar" su presencia paralela a la Municipalidad Constitucional como se le conoció a la instituida en 1825[7].

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca (Expediente 1101-2010) con relación a las alcaldías indígenas señala que "no se trata de una mera forma de cohesión social y natural, sino de una institución genuina que pervive como parte de la tradición histórica de los pueblos indígenas..."

La corporación municipal y la Alcaldía Indígena han funcionado como instituciones paralelas en algunos municipios, principalmente del Altiplano, pero hasta 2002 fueron reconocidas legalmente en la reforma al Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República). En los municipios donde no ha funcionado esta institución, siempre existió una Alcaldía Auxiliar, cuyos integrantes pertenecen a los pueblos indígenas. Esas alcaldías auxiliares toman el nombre de Alcaldías Comunitarias en la reforma de 2002.

El referido Código Municipal en el Art. 55, Alcaldías Indígenas, estipula "El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias fomas de funcionamiento administrativo.

Asimismo, el Art 56. de dicho Código, con relación a las alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares, señala que "El Concejo Municipal, de acuerdo a los usos, normas y tradiciones de las comunidades, reconocerá a las alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares como entidades representativas de las comunidades, en especial la toma de decisiones y como vínculo de relación con el gobierno municipal.

7 Carlos Fredy Ochoa: *Alcaldías Indígenas Diez años después de su reconocimiento por el Estado de Guatemala*. Guatemala: ASIES, 2013, p. 16.

4.1 Autoridades indígenas y el derecho a la aplicación de su derecho propio

En Guatemla los pueblos indigenas reconocen como sus autoridades legítimas a los Alcaldes Indígenas y a los Alcaldes Comunitarios o Alcaldes Auxiliares, estos son los "funcionarios facultados para impartir justicia"[8].

Con respecto a su nombramiento el Codigo Municipal señala en el Art. 56 que "El nombramiento de alcaldes comunitarios o alcaldes auxiliares lo emitirá el alcalde municipal, con base a la designación o elección que hagan las comunidades de acuerdo a los principios, valores, procedimientos y tradiciones de las mismas".

Asimismo, el AIDPI en el párr. 2 del literal B, Cap. IV, señala que "Teniendo en cuenta el compromiso constitucional del Estado de reconocer, respetar y promover estas formas de organización propias de las comunidades indígenas, se reconoce el papel que corresponde a las autoridades de las comunidades, constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias, en el manejo de sus asuntos."

En cuanto al derecho a aplicar su derecho propio, el Convenio 169 de la OIT en los Art. 8, 9 y 10, reconoce el derecho consuetudinario. Asimismo, la DNUDPI en el Art. 5. estipula que "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado".

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sentencia de Casación No. 01004-2012-01848, "...define el derecho indígena como un conjunto de principios y normas consuetudinarias, instituciones, autoridades, procedimientos y sanciones reconocidas por una comunidad indígena, la que debe ser comprendida integralmente, es decir como un sistema jurídico único en su dimensión cultural, social y espiritual, que coexiste con el derecho estatal bajo un prisma de pluralismo jurídico".

Asimismo, la CSJ en Sentencia de Casación No. 01004-2012-01524, concluye que "…el procesamiento penal a un alcalde indígena por dar cumplimiento a una disposición adoptada por medio de las instituciones, mecanismos y procedimientos propios del Derecho indígena, muestra con claridad la falta de comprensión y reconocimiento... de las costumbres, tradiciones, organización social y más específicamente del derecho indígena."

5. El derecho al acceso a la justicia en el sistema de justicia oficial

El acceso a la justicia es un derecho humano reconocido tanto en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aproba-

8 ASIES y OACNUDH: Acceso de los Pueblos Indígenas a la Justicia Desde el Enfoque de Derechos Humanos: Perspectivas en el Derecho Indígena y en el Sistema de Justicia Oficial. Guatemala: ASIES, 2008, p. 43.

dos y ratificados por Guatemala, como la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos 2 y 4. Este derecho comprende los siguientes aspectos: a) El derecho a ser oído en un plazo razonable por una autoridad competente, independiente e imparcial, lo que implica que esta esté legitimada para resolver un conflicto, que sus decisiones sean vinculantes y se puedan cumplir; b) Que exista accesibilidad geográfica de las personas para acudir a dicha autoridad, de manera gratuita, en el propio idioma y que los conflictos sean resueltos; c) El derecho de la víctima a tener adecuada tutela, que incluye la asistencia primaria, secundaria y protección, así como la asesoría tanto en relación a sus derechos, como a los procedimientos disponibles para la resolución de conflictos, con pertinencia cultural[9].

En el caso de los pueblos indígenas, el acceso con pertinencia cultural implica la obligación del Estado a prestar el servicio: a) en el idioma indígena del titular de derechos, este puede ser con el auxilio de intérpretes judiciales, b) sin discriminación, c) usando el peritaje cultural, en casos en que este medio de prueba se estime pertinente y d) el respeto a las decisiones de las autoridades indígenas[10].

El Convenio 169 en el Art. 8 estipula que al aplicar la legislación nacional a los miembros de los pueblos indígenas "...deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"; asimismo en el Art. 9 párr. 1 establece que "...deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"; y en el párr. 2 del mismo "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia"[11]. En el Art. 10 el referido Convenio dispone que "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".

La DNUDPI en el Art. 40 estipula que "Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos".

9 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH): *Guía para el uso de indicadores del derecho al acceso de los pueblos indígenas y a la justicia con pertinencia cultural*. Guatemala: OACNUDH, 2010a, p. 7.

10 Ibídem.

11 En este contexto, "tener en cuenta o tomar en cuenta" significa que las costumbres, el Derecho indígena y sus autoridades se deberán respetar, también implica que las resoluciones dictadas por autoridad indígena sean aceptadas y no se abran procesos en contra de personas que ya han sido sancionados por estas; y que los hechos en los que las personas indígenas están involucradas sean examinados en el marco de su contexto cultural y social.

El Mecanismo de expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas establece que "El acceso a la justicia requiere la posibilidad de solicitar y obtener recursos por los agravios recibidos, a través de instituciones de justicia, formales o informales, de conformidad con las normas de derechos humanos, lo que es fundamental para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos"[12].

El Art. 66 constitucional, aunque reconoce de forma limitada los derechos específicos de pueblos indígenas (la diversidad étnica y lingüística del país) incluye el reconocimiento de las formas de organización social, lo cual sustenta el derecho de los pueblos indígenas a su derecho al acceso a la justicia dentro de su propio sistema jurídico.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Art. 1, párr. 1 y Art. 6) protegen el derecho de acceso a la justicia sin discriminación, además la Recomendación general No. XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento de la justicia penal (párr. 27.) indica que "Antes del proceso, los Estados Partes podrían alentar, si procede, la desjudicialización o la utilización de procedimientos parajudiciales frente al delito, teniendo en cuenta el entorno cultural o consuetudinario del autor de la infracción, especialmente cuando se trata de personas pertenecientes a pueblos autóctonos"[13].

12 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,* Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/24/50, Distr. general 30 de julio de 2013, párr. 3.

13 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, from A/60/18, pp. 109-122.

B. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala

1. Antecedentes históricos

La discusión sobre el reconocimiento de los derechos indígenas en Guatemala inició durante la década de los años ochenta. Este proceso fue impulsado principalmente por las organizaciones Mayas que además revitalizaron el movimiento indígena que había sido aplacado en la década[14] anterior. Dicho movimiento cada vez más fortalecido presionó políticamente y logró incluir en la reforma Constitucional de 1985, el reconocimiento de algunos de los derechos específicos de los pueblos indígenas: "... El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos." (Constitución Política de la República, Art. 66). No obstante el reconocimiento constitucional, pasaron más de cinco años para que principiaran a emerger las reivindicaciones de los derechos específicos de los pueblos indígenas. Dichos reclamos surgieron como parte de las demandas y señalamientos de dichos pueblos en el marco de los 500 años del descubrimiento de América en la década de los años noventa.

En el ámbito gubernamental empezó a ser abordado el tema de los derechos de los pueblos indígenas durante las negociaciones de paz, específicamente en las que culminaron con la firma del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) en 1995, por el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG)[15]. Dos años después, en 1997, por la entrada en vigor del Convenio N° 169 de la OIT el Ministerio de Trabajo condujo un proceso de información sobre el Convenio en todo el territorio nacional. Durante los siguientes diez años, aunque se

14 En Guatemala, en la década de los años setenta se dieron los primeros intentos de organización partidaria de los indígenas sin la intermediación de instituciones no mayas. Falla, Ricardo: "El movimiento indígena", en Revista Estudios Centroamericanos *(ECA)*, nº 353. El Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. junio-julio de 1978, pp. 438-461; sin embargo este intento se vio truncado por la muerte violenta de algunos de sus dirigentes, por lo que el Movimiento Maya resurge, casi veinte años más tarde, en el marco de organizaciones no gubernamentales, denominadas genéricamente como Organizaciones Mayas.

15 Después de la firma del AIDPI, el único compromiso que recibió suficiente atención por parte del Estado guatemalteco fue "ampliar e impulsar la educación bilingüe intercultural...", probablemente porque los antecedentes de la educación bilingüe son los programas de castellanización de larga data en Guatemala.

habló en general de los derechos específicos de los pueblos indígenas, el que recibió mayor atención y fue objeto de debate en el ámbito nacional fue el derecho de las personas indígenas a ser juzgadas conforme a su propio derecho. La discusión se centró en el reconocimiento del Derecho Maya, y a esta, sin lugar a dudas, también contribuyó el informe de la Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia[16] "Una nueva Justicia para la Paz" que recomendó: "La Constitución Política de la República debe reconocer la existencia del derecho consuetudinario, (reconocimiento que obliga a modificar el Art. 203 de la Constitución)" y "La nueva norma debe conducir a una política legislativa que formalice y ordene una relación de coexistencia armónica entre la justicia estatal y la formas tradicionales de resolución de conflictos".

2. El acceso de los Pueblos Indígenas al sistema de justicia oficial

La discusión del reconocimiento del Derecho Maya, dejó de lado en el ámbito nacional, el no menos importante tema del acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el sistema oficial, a pesar que la citada Comisión de Fortalecimiento de la Justicia en el Informe "Una Nueva Justicia para la Paz"[17], con relación al acceso a la justicia, la pluralidad jurídica y otros derechos y garantías, concluye que "se debe: 1) Reconocer el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país como garantía frente a la administración de justicia; y 2) Reconocer el derecho al libre acceso a la administración de justicia en el propio idioma". El Estado tampoco incluyó este aspecto en el Código Procesal Penal (CPP), que entró en vigencia en 1994, cuatro años antes de dichas recomendaciones. Al respecto Ramírez[18], refiriéndose al CPP, señala que este "transformó radicalmente su sistema de enjuiciamiento de uno inquisitivo, escrito y cerrado, al sistema acusatorio con juicio oral y con funciones diferenciadas entre sus operadores..." no obstante en Guatemala igual que en otros países "Este cambio radical si bien significó todo un hito en el movimiento de reformas latinoamericano no incorporó especialmente ninguna norma relativa a la diversidad [cultural]".[19]

En 1997, el Estado guatemalteco trató de enmendar la omisión en el Código Procesal Penal, y creó Juzgados de Paz Comunitarios (Decreto 79-97 del Congreso de la República. Reforma al Código Procesal Penal, Art. 552 Bis) en cinco municipios con población maya. Dicho artículo establece entre otras cosas, que "la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en materia penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo

16 Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. Resumen Ejecutivo del informe final "*Una nueva justicia de paz*". Guatemala: Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, 1998.

17 Ibídem, p. 19.

18 Silvina Ramírez: Derechos de los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal -Casos de Chile y Guatemala, s.f. p. 29. Documento electrónico, disponible en: http://pdba.georgetown.edu/security/citizensecurity/guatemala/evaluaciones/ramirez-der-pueblos-indigenas.pdf

19 Ibídem, p. 29.

que puedan comunicarse en la lengua predominante de la región y en español", también establece que "...presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible". En general el Art. 552 Bis, evidencia que el Estado, no solamente ignoró a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas, sino también sus procedimientos para nombrar a dichas autoridades y las formas propias de aplicación de la justicia; en otras palabras, la reforma terminó siendo lesiva a la práctica del derecho propio.

En los últimos quince años, desde el inicio del s. XXI a la fecha (2014), la preocupación por la falta de acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas se ha incrementado, principalmente por los señalamientos, que en sus visitas a Guatemala, hizo el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. El Relator Especial informó en 2003 que "La falta generalizada de acceso al sistema oficial de justicia debido a la discriminación directa o indirecta profundamente arraigada en contra de los pueblos indígenas, es un rasgo importante de las deficiencias en la protección de los derechos humanos"; asimismo "Una limitación reiteradamente señalada durante la visita del Relator Especial a Guatemala, se refiere al uso de las lenguas indígenas en procesos judiciales y otros procedimientos colaterales…" y afirma que "La lengua suele ser uno de los principales obstáculos que impiden el acceso de los indígenas a la justicia ordinaria, a los registros nacionales y a los procedimientos jurídicos. Los hablantes de lenguas indígenas se encuentran en desventaja en la administración de justicia, que se desarrolla en un marco cultural y lingüístico que les es ajeno"[20].

Estudios e informes sobre el tema[21], enfatizan que uno de los graves pro-

20 Consejo Económico y Social de la ONU: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU: E/CN-4/2003/90/SS. 28 de enero de 2003. *Addendum* Misión a Guatemala. Documento electrónico disponible en: http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Puein.pdf

21 Morales, Benito: El acceso a la justicia en el propio idioma. Guatemala: Avancso, 2001.; Tzorin, Santos: "El limitado acceso de los indígenas al sistema oficial de justicia" en Revista *Estudios Interétnicos* No. 18, 2004 pp. 75-85; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): "Logros y Tropiezos en la justicia Multiétnica". Cap. 10 del Informe Nacional de Desarrollo Humano Diversidad étnico-cultural: La ciudadanía en un Estado plural. Guatemala: PNUD, 2005 pp. 230-236; Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ): *Acceso de los Indígenas a la justicia oficia en Guatemla. Percepción y recomenaciones desde las/los usuarios.* Guatemala: CNSAFJ, 2007b; Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI): *El acceso de las Mujeres Indígenas al Sistema de Justicia Oficial de Guatemala*. Segundo Informe. Guatemala: DEMI, 2007; ASIES y OACNUDH, *op. cit.;* OACNUDH: *Aportes para el litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género. Ponencias dictadas en el marco de la capacitación técnica sobre litigio estratégico en casos e discriminación*. Guatemala: OACNUDH, 2010b; Mayén, Guisela: *Valoraciones sobre el pluralismo jurídico y el Sistema jurídico propio de los Pueblos Indígenas*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2010; S. Ramírez & M. Ávalos: *Pueblos Indígenas en Guatemala y América Latina: Normativa, Estado de situación y*

blemas que afecta el pleno goce de los derechos humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas es la falta o el insuficiente acceso a la justicia. Se ha reportado que "a pesar de que desde una óptica formal tanto los titulares de derechos como las autoridades responsables de aplicar justicia, están plenamente habilitados para ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes, en la práctica muchas veces las personas indígenas no tienen la posibilidad del ejercicio pleno de sus derechos y las autoridades del sistema de justicia por varios factores, no siempre cumplen con sus obligaciones[22]".

Aunque se identifican algunos esfuerzos para atender el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, estos son poco significativos, principalmente en el Ministerio Público y en el Organismo Judicial. Dichas instituciones, desde la reforma al CPP en 1994, se han enfocado principalmente en la contratación de intérpretes para brindar el servicio en el idioma de los usuarios, sin embargo este aspecto no se generalizó para todo el territorio nacional. En 2002 "el Ministerio Público contó con un total de 18 intérpretes para todo el país, uno más en comparación con el año 2001"[23]. El incremento anual de personal que presta el servicio de intérprete ha sido mínimo, "…para el año 2008 había 19 intérpretes en el MP, y para el corriente año (2011) continúa la misma cantidad de intérpretes y en la misma proporción según su género: 13 hombres y seis mujeres. Del total del personal, siete no tienen acreditación por la Academia de Lenguas Mayas"[24]. Actualmente el MP cuenta con 38 intérpretes (2014), lo que evidencia que de 2011 a 2013 el Ministerio Público dobló el número de intérpretes, sin embargo sigue siendo insuficiente especialmente en algunos departamentos como Huehuetenango en donde se hablan ocho idiomas Mayas[25] y la Fiscalía Distrital únicamente cuenta con dos intérpretes para igual número de idiomas.

No obstante, el esfuerzo hecho por el MP, se ha señalado falta de idoneidad por parte de quienes prestan el servicio de intérprete. Son personas que no tienen ninguna especialización para ello, interpretar implica una función compleja que "va más allá de una interpretación lingüística", es "...al mismo tiempo una interpretación legal y cultural" el servicio que se presta actualmente no asegura que las personas indígenas que acuden al sistema de justicia "estén siendo asistidas en una forma adecuada"[26]. Diez años más tarde, la situación sigue siendo la misma, actualmente (2014) los únicos requisitos que el Ministerio Público solicita para las personas que acceden al

proyecciones. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala; Ramírez, *op. cit.*

22 ASIES y OACNUDH, *op. cit.* p. 8.

23 ASIES: *Proceso de Modernización y fortalecimiento del Sistema de Justicia: avances y dificultades*, enero 2002- junio 2003. Guatemala: ASIES, 2003, p. 42.

24 ASIES: *Desafíos actuales de la justicia penal proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades. Noviembre 2008-octubre 2011*. Guatemala: ASIES, 2011, p. 95.

25 Akateko, Awakateko, Chuj, K'iche, Mam, 'Popti', Q'anjob'al y Chalchiteko.

26 Rita García Ajquijay: "La respuesta de la justicia guatemalteca a las mujeres indígenas del departamento de Sololá, afectadas por violencia intrafamilar", en *Revista de Derechos Humanos del IIJ/URL e IDHUSAC.* Año II, enero 2004, p. 341.

cargo de intérprete son "Acreditar título o diploma de educación media, de preferencia maestro de educación primaria" y "Acreditar que habla un idioma indígena del área de influencia de la fiscalía correspondiente" (Acuerdo No. 163-2013 del Ministerio Público).

Si bien, en el MP se dejó de lado otros aspectos del acceso a la justicia de pueblos indígenas, por ejemplo la atención con pertinencia cultural que implica además de la atención en el idioma, la auto identificación, la atención sin discriminación, el respeto a las resoluciones dictadas por autoridades indígenas en casos resueltos en su jurisdicción y "tomar debidamente en consideración las costumbres y el derecho propio al aplicar la legislación nacional..." como lo señala el Art. 8 el Convenio 169 de la OIT, durante 2013 la Unidad de Capacitación (UNICAP) implementó una nueva malla curricular para la formación de fiscales que ingresan y en servicio, en la cual incorporó el estudio de los derechos de los pueblos indígenas.

Después de la firma de los Acuerdos de Paz, el Organismo Judicial creó la comisión de Asuntos Indígenas, y posteriormente creó los Centros de Administración de Justicia, los cuales integraron en un solo espacio físico a los tribunales de justicia, el Ministerio Público, la Defensa Pública Penal y la Policía Nacional Civil. Estos centros mejoraron el acceso en el idioma de los usuarios, y además incorporaron un Centro de Mediación[27] coordinado por un mediador indígena, bilingüe y originario de la comunidad. La Comisión de Asuntos Indígenas, también impulsó la aplicación del criterio de oportunidad (Art. 25Bis del CPP) que estipula que jueces podrán aplicar los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de conflictos.

En 2004 la Comisión de Asuntos Indígenas publicó la "Recopilación de 24 resoluciones dictadas con fundamento en usos y costumbres indígenas en observancia del Convenio 169 de la OIT"[28]. Las sentencias publicadas provienen principalmente de los juzgados de paz comunitarios y evidencian que los casos resueltos generalmente se refieren a faltas contra la propiedad, contra el orden, contra las buenas costumbres y otros delitos leves. Una revisión de dichas sentencias por parte del Magistrado presidente de la Comisión de asuntos Indígenas del OJ indica que pocas sentencias se resuelven aplicando el criterio de oportunidad[29]. Por otra parte esta disposición (Art. 25Bis del CPP) provocó que tanto expertos como jueces se expresaran a favor o en contra con relación a que los jueces no están habilitados para fallar en el marco de los "usos y costumbres" de las comunidades, sino únicamente las autoridades legítimas de cada comunidad.

Con el propósito de facilitar el acceso a la justicia en el idioma de los usuarios

27 Otto Marroquín: Administración de Justicia en Pueblos Indígenas, s.f. p. 99. Documento electrónico, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/7.pdf

28 Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ): *Recopilación de 24 Resoluciones Dictadas con Fundamento en Usos y Costumbres Indígenas en observancia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Guatemala: CENADOJ, 2004.

29 Otto Marroquí, *op. cit.* p. 101.

indígenas, el Organismo Judicial ha mantenido una política de contratación de personal hablante de idiomas mayas en departamentos del país con población indígena, por ejemplo en 2003 se reportaron 718 personas, sin embargo solamente 46 estaban contratados como intérpretes y de estos 11 no hablaban ningún idioma indígena[30]. Por otra parte el estudio realizado en Santa Cruz del Quiché por ASIES y OACNUDH, reporta que "se verificó que la única intérprete contratada por el OJ, tiene la responsabilidad de intervenir en la interpretación de todos los sujetos procesales (acusados, víctimas, testigos, peritos y funcionarios judiciales). Así también debe prestar su apoyo a otros órganos jurisdiccionales, por ejemplo al Juzgado Civil y al Juzgado de Trabajo, Previsión Social y Familia, lo que hace que no se tenga la disponibilidad necesaria para atender a los titulares de derechos en los diferentes juzgados en su propio idioma"[31].

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) creó la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial; (Acuerdo 112-2009)[32], *esta inició sus labores en el 22 marzo de 2012*[33].Entre otras, tiene la función de promover con la Unidad de Capacitación Institucional la incorporación de programas de capacitación y sensibilización sobre el derecho de los pueblos indígenas, el pluralismo jurídico y otros temas relacionados, dirigidos a funcionarios y empleados judiciales y administrativos. En 2013, fue creado el Centro de Interpretación y Traducción Indígena, con sedes en Huehuetenango, Chimaltenango, Quiché, Sololá y Cobán, Alta Verapaz, el cual cuenta *con 105 intérpretes* que atienden 13 de los 22 idiomas mayas que se hablan en Guatemala. Posteriormente, *se creó la Red Nacional de Interpretación Indígena, que atiende los nueve idiomas restantes. "Por lo tanto actualmente el Organismo Judicial tiene la capacidad de atender en los 22 idiomas"*, *Lo cual permitió que durante el año "2014 fueran atendidos 2,119 casos con intervención de intérpretes"*[34]. Los intérpretes estudiarán un diplomado sobre habilidades y destrezas de Oficiales Intérpretes que impartirá la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos y la Academia de Lenguas Mayas.

Actualmente el Organismo Judicial a través de la Unidad de Asuntos Indígenas, ha implementado cuatro modalidades de servicio de interpretación[35]: a) presencial, el cual se presta en los órganos jurisdiccionales donde laboran los oficiales intérpretes, y en casos en que dichos oficiales o los oficiales itinerantes y por servicio acuden a juzgados donde son requeridos; b) itinerante, se presta por medio de

30 ASIES: *Proceso de fortalecimiento del sistema de justicia: avances y debilidades, julio 2003 - junio 2006*. Guatemala: ASIES, 2006, pp. 59 y 60.

31 ASIES y OACNUDH, *op. cit.* p. 99.

32 http://www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=245&Itemid=281

33 La información que se incluye en cursiva fue brindada por el Dr. Santos Sajbochol, Coordinador de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, el mes de diciembre de 2014.

34 Ibídem.

35 Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial: Segundo Informe abril 2013-marzo 2014. Guatemala: UAI, 2014, pp. 25-26.

intérpretes designados en los centros regionales quienes se trasladan a requerimiento de un órgano jurisdiccional; c) por Servicio, consiste en que un lingüista especializado es contratado para prestar el servicio en una diligencia cuando el personal permanente no tiene la disponibilidad de atenderla; para el efecto se ha formado una Red Nacional de Intérpretes y Traductores jurídicos adscrita a la Unidad de Asuntos Indígenas; y d) virtual se atiende por oficiales intérpretes por medio de videoconferencia. Las sedes de Chimaltenango, Alta Verapaz y Huehuetenango cuentan con equipo para esta modalidad de servicio.

Además se espera que por medio del Centro de Interpretación y Traducción Indígena se creen "los mecanismos de coordinación que permitan la implementación de la pertinencia cultural y de género, dentro del marco del acceso a la justicia y pluralismo jurídico…"[36]. Para el efecto se ha iniciado esta implementación con la *elaboración de Guías de Atención a la Población Indígena*[37], las cuales constituyen herramientas para los operadores de justicia, que les permite atender a niños, niñas y mujeres indígenas con pertinencia cultural y tomando en consideración su situación económica y social.

Asimismo, dentro de las acciones realizadas en 2014 por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, se publicó una Compilación de sentencias judiciales emitidas con pertinencia cultural[38], la cual está integrada por 13 resoluciones sobre diversos tipos de casos (ver *infra* pg. 15.). En dichas sentencias magistrados y jueces han resuelto tomando en consideración tanto la legislación nacional como los instrumentos internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos.

El Instituto de la Defensa Pública Penal (IDPP) ha sido la institución del sistema de justicia que mejor ha dado cumplimiento a la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia de las personas indígenas. A partir de 2001 creó diez defensorías indígenas posteriormente creó la Coordinación con Enfoque Intercultural, lo cual propició la incorporación definitiva a la institución de las defensorías indígenas, que desde 2001 a 2005 habían sido financiadas con el apoyo de cooperación internacional[39]. El esfuerzo del IDPP estuvo orientado a garantizar a dicha población el acceso a la justicia en su

36 http://www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=411:presidente-del-organismo-judicial-inauguro-el-centro-de-interpretacion-y-traduccion-indigena&catid=41

37 Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial: Guías de atención a mujeres y niñez indígena en el acceso a la justicia, Guatemala: UAI, sf.

38 Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial: *Compilación de Sentencias Judiciales emitidas con pertinencia cultural*. Guatemala: Organismo Judicial, 2014.

39 ASIES: *Evaluación del proceso de fortalecimiento de la justicia en Guatemala en el año 2000*. Guatemala: ASIES, 2001, p 10. ASIES: Proceso de modernización y fortalecimiento del sistema de justicia: avances y dificultades, año 2001. Guatemala: ASIES, 2002, pp. 36 y 37. ASIES: *Proceso de fortalecimiento del sistema de justicia: avances y debilidades, julio 2003 - junio 2006*. Guatemala: ASIES, 2006 pp. 59-60.ASIES: *Desafíos actuales de la justicia penal proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades. Noviembre 2008-octubre 2011*. Guatemala: ASIES, 2011.

propio idioma y con pertinencia cultural, mediante la asistencia técnica de defensores bilingües. Las defensorías se integraron con personal hablante de los idiomas mayas donde se ubican. A partir del año 2008, el IDPP empezó a publicar varios módulos de formación, entre estos una Guía pedagógica para Defensores Públicos para el abordaje de casos con pertinencia cultural, Marco conceptual sobre discriminación, Tipificación del delito de discriminación y su incidencia en pueblos indígenas y Modelo de sistematización de experiencias y casos paradigmáticos resueltos con pertinencia cultural, enfoque de género y defensa de los derechos Humanos de las mujeres[40]. Desde del año 2010 cuenta con una política institucional definida con enfoque multicultural e intercultural. La atención especializada a la población por medio de las Defensoría Indígenas constituye una política de acción afirmativa paradigmática en el país en general, y en el sistema de justicia en particular, sin embargo cabe señalar que no ha sido universalizado el modelo de gestión intercultural en todas las sedes del IDDP del país, las cuales deberían contar con abogados, peritos culturales e intérpretes indígenas.

A pesar que tanto el Ministerio Público como el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Organismo Judicial cuentan con Fiscales, Defensores y Jueces hablantes de idiomas indígenas, como lo señaló el Relator Stavenhagen en 2003 en Guatemala "No está permitido litigar en idioma indígena, aun cuando las partes sean hablantes del mismo"[41], situación que doce años más tarde aún persiste.

3. Peritaje Cultural en el Sistema de Justicia Guatemalteco

El Peritaje Cultural constituye una alternativa al acceso a la justicia con pertinencia cultural, puesto que el acceso de los pueblos indígenas a la justicia con equidad e igualdad de condiciones implica el reconocimiento del pluralismo jurídico[42] por parte del Estado guatemalteco y por lo tanto su integración al sistema de justicia oficial así como al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado.

40 IDPP: *Guía pedagógica para Defensores Públicos para el abordaje de casos con pertinencia cultural* (Coordinador de eje Intercultural Pedro Ixchiu García). Guatemala: IDPP, 2008b. IDPP: *Marco conceptual sobre discriminación*. (Contenido por Edgar S. Batres Vides). Guatemala: IDPP, 2009a. IDPP: *Tipificación del delito de discriminación y su incidencia en pueblos indígenas*. (Contenido por Edgar S. Batres Vides). Guatemala: IDPP, 2009b. IDPP: *Modelo de sistematización de experiencias y casos paradigmáticos resueltos con pertinencia cultural, enfoque de género y defensa de los derechos Humanos de las mujeres.* (Contenido por José M. Par Usen). Guatemala: IDPP, 2010.

41 Consejo Económico y Social de la ONU, *op. cit.*

42 Mayén indica que "El pluralismo jurídico se debe entender, entonces, como algo más que la sola existencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo territorio, debe ser la respuesta que el Estado dé a la realidad *multicultural en general y a la diversidad jurídica en particular,* del país. Específicamente, esta respuesta debe consistir en el reconocimiento e inclusión del sistema jurídico de los pueblos indígenas en la estructura legal del Estado, y por lo tanto en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado". Guisela Mayén: *Valoraciones sobre el pluralismo jurídico y el Sistema jurídico propio de los Pueblos Indígenas*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2010, p. 11.

El acceso a la justicia con pertinencia cultural, como se mencionó anteriormente incluye, los derechos a la autoidentificación, la atención sin discriminación, así como el respeto a las resoluciones dictadas por autoridades indígenas y tomar debidamente en consideración las costumbres y el derecho propio al aplicar la legislación nacional. En este último aspecto, cuando los operadores de justicia no conocen las costumbres de las personas que están vinculadas a procesos judiciales es apropiado incorporar el peritaje cultural como medio de prueba.

Dentro del sistema de justicia, es el Instituto de la Defensa Pública Penal la institución que ha incorporado el peritaje cultural de manera sistemática. Tomó dichas acciones desde la creación de las Defensorías Indígenas, con el propósito de garantizar el derecho a una defensa con pertinencia cultural. Además el IDPP implementó diversos talleres de formación en derechos de los pueblos indígenas y discriminación e impartió una serie de talleres de peritaje cultural dirigidos a los defensores públicos, también publicó una Guía de peritajes culturales y su aplicación en la administración de justicia[43].

El Ministerio Público en 2007 emitió la Instrucción General 09-2007 para el tratamiento del delito de discriminación que contenía directrices para el tratamiento de dicho delito, esta fue reformada el siguiente año mediante la Instrucción General 01-2008[44]. La reforma de 2008 establece en la directriz seis, que los Fiscales podrán ordenar el desarrollo de Peritajes culturales cuando la naturaleza del caso lo amerite apoyándose para el efecto de peritos que los sujetos procesales propongan; así mismo en la directriz siete, estableció que "las partes puedan proponer peritajes culturales integrales", esta directriz también estipula que "...en la orden de peritaje cultural respectiva se podrá indicar que el peritaje se realice en forma integral incluyéndose el análisis antropológico, histórico y sociológico, pudiéndose acudir a otras áreas de la ciencia cuando el caso lo amerite". Al respecto de ambas directrices, cabe indicar que el peritaje cultural podría no ser un medio de prueba idóneo para la fiscalía, pues este más bien es un mecanismo que permite probar que un hecho de discriminación ha sido realizado porque quien lo cometió actuó en el marco de su cultura. Por otra parte la directriz que se refiere al "peritaje integral", reúne varias disciplinas de distinta naturaleza, por lo que debiera realizarse por un equipo de expertos de cada una de las disciplinas que menciona la directriz siete, puesto que son disciplinas distintas que un solo perito podría no dominar. Asimismo, en algunos casos[45], los Fiscales solicitan peritajes culturales para probar que una persona es indígena, lo cual definitivamente

43 IDPP: *Guía de peritajes culturales y su aplicación en la administración de justicia: Guía dirigida a defensores públicos*. Guatemala: IDPP, 2008a.

44 http://www.mp.gob.gt/wp-content/uploads/2013/03/INSTRUCCION-GENERAL-01-2008.pdf

45 Guisela Mayén: *Luces y sombras en la lucha contra la discriminación racial, étnica y de género en Guatemala. Informe sobre la situación de discriminación a partir de casos acompañados por DEMI y CODISRA*. Guatemala: OACNUDH, 2010b, p. 44.

es improcedente y viola el derecho a la autoidentificación y autoadscripción.

En 2013 el Ministerio Público elaboró un programa de formación sobre derecho indígena y peritaje cultural, dirigido a Fiscales y Auxiliares Fiscales. Este aún no ha sido puesto en marcha, sin embargo su estudio les permitirá conocer diversos casos en los que el peritaje cultural podría ser la prueba idónea. Estas acciones reflejan un avance hacia la adopción de políticas institucionales que favorecen el acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas.

En el Organismo Judicial, la postura con relación al peritaje cultural, fue expresada a través de una ponencia presentada en 2003 por el Magistrado, Vocal de la Cámara Penal y Presidente de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, durante el período 1999 a 2004, quien afirmó que "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el artículo 10 reconoce, prácticamente, la aplicación del peritaje cultural, cuando se juzgue a personas indígenas por la comisión de faltas o delitos ya que en su numeral primero indica: 'deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales' de manera que el juez, para fallar con justicia deberá tomar en cuenta los principios básicos del peritaje cultural"[46]. A partir de 2002, se ha utilizado el peritaje cultural principalmente para resolver casos penales, por ejemplo en el conocido como "Caso Cusha" (Causa No. 126-2002. Of. 1°) el juzgado absolvió al sindicado basándose en el peritaje que permitió probar que la fabricación de aguardiente es parte de la práctica del culto a Maximón. Los fallos en otras sentencias se han fundamentado en la aplicación del Convenio 169 de la OIT, en donde el juzgador ha reconocido las resoluciones dictadas por Autoridades Indígenas como cosa juzgada. Por ejemplo, la sentencia emitida en el "Caso Chiyax" de robo agravado (Sentencia E.312.2003. Of. 6to.), en la que el juez de primera instancia penal de narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán resuelve el sobreseimento formulado por la fiscalía del Ministerio Público, basándose en el principio que establece que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho, dado que los imputados habían sido juzgados por las autoridades de Chiyax. Ambas sentencias constituyen un avance no solo en el reconocimiento del sistema jurídico maya, sino también en la comprensión y aceptación que dicho sistema tiene la capacidad para resolver todo tipo de casos y no únicamente los de poca gravedad.

También se han producido sentencias de casación dictadas por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y sentencias de jueces unipersonales de sentencia penal, que se han sustentado en peritajes culturales, las cuales fueron publicadas, por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, en la Compilación de sentencia judiciales emitidas con per-

46 Otto Marroquín: *El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala.* Ponencia presentada para las XIII Jornadas Lascasianas Internacionales "Pluralismo jurídico y pueblos Indígneas, 2003 IIJ/UNAM. Cuaderno de Estudio No. 70 Guatemala: Universidad Rafael Landivar, 2006, p. 1.

tinencia cultural[47], entre estas destacan: el caso de robo agravado en forma continuada y coacción, Sentencia C-39-2007, del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Totonicapán; el caso de usurpación e instigación a delinquir Sentencia C-51-2008 del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Totonicapán; y la Sentencia de Amparo 01010-2012-00105 Of. 2° de la Sala tercera de la Corte de Apelaciones del ramo civil y mercantil constituida en tribunal de amparo, en la que dicho tribunal a pesar que deniega el amparo promovido por el señor Francisco Pedro Francisco en contra del Registro Nacional de las Personas, por falta de materia sobre el cual resolver, en la parte considerativa hace un análisis amplio sobre la forma de asignación del nombre en los pueblos indígenas Q'anjob'al, basándose en el estudio antropológico presentado.

A partir del presente siglo ha habido cambios dentro del sistema de justicia, principalmente en torno al reconocimiento del sistema jurídico indígena y de sus autoridades, lo cual se evidencia en diversos fallos.

47 Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial: *Compilación de Sentencias Judiciales emitidas con pertinencia cultural*. Guatemala: Organismo Judicial, 2014.

C. Peritaje Cultural

La aplicación del peritaje cultural en casos en los que personas indígenas están vinculadas a procesos judiciales, es relativamente reciente en los tribunales guatemaltecos, aunque el Convenio 169 de la OIT fue signado por Guatemala en 1996, la aplicación de este mecanismo de acceso a la justicia, no se empezó a implementar sino hasta 2002 (como se indicó, el primer caso resuelto con el auxilio de un peritaje fue el "Caso Cusha" anteriormente mencionado -Causa No. 126-2002. Of. 1°-).

Con la aplicación del peritaje cultural, también se abre la posibilidad de que los indígenas sean juzgados por medio de procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos como también lo establece la DNUDPI.

1. Síntesis conceptual

La cultura, la sociedad y los individuos que la integran, son elementos que están en estrecha relación, puesto que la convivencia entre los miembros de una sociedad ocurre en el marco de la cultura. Los valores, costumbres, creencias, conocimientos, que son parte de esta, constituyen la base de dicha convivencia. La cultura es el referente que tienen las personas para desenvolverse dentro de una sociedad, porque esta provee las pautas para la realización de sus actividades. Sin embargo, la cultura no es la misma en todos los grupos sociales, cada sociedad se organiza de manera distinta, desarrolla sus propias formas de vida, instituye normas y crea instituciones. A las diferencias que se registran en las culturas, se les conoce como diversidad cultural, de la cual la diversidad jurídica constituye una parte.

Los valores y principios que fundamentan las normas de una sociedad en particular, generalmente difieren de los de otros grupos humanos. Lo justo y lo injusto en una sociedad está definido a partir de los valores y principios establecidos dentro de su cultura; actividades consideradas apropiadas en un marco cultural podrían estar transgrediendo normas desde la perspectiva jurídica de otro. Así, un mismo hecho puede ser o no delito dependiendo del lente cultural con el que se le vea, o la gravedad del mismo podría ser diferente. Giordano[48]

48 Christian Giordano: "Las infracciones penales y las lógicas culturales: El antropólogo en los tribunales" en Anuario del Derecho Penal 2010. p. 360. Documento electrónico disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_11.pdf

coincide al respecto, al indicar que "las acciones de una persona pueden ser consideradas, en occidente, como comportamientos contrarios al derecho, cuando serían consideradas como algo completamente normal por otra sociedad (por ejemplo, la sociedad de origen del acusado). Pero, para lograr entender esto, debemos aprehender otra normalidad que tiene en cuenta la procedencia social y cultural del acusado", y concluye planteando que "La diversidad cultural nos empuja a preguntarnos si esta visión monista de la sociedad sigue siendo válida o, por el contrario, si las autoridades responsables se verán obligadas a largo plazo a constatar que incluso en el plano jurídico existen diferencias etnoculturales que deben ser tomadas en consideración[49].

El peritaje cultural, también llamado peritaje antropológico o prueba judicial antropológica[50] consiste en analizar los hechos que se examinan en un proceso judicial, dentro del marco cultural al que pertenece un supuesto infractor, con el objeto de ofrecer ese conocimiento al juez, que no comparte o no conoce la cultura de aquel.

Es una actividad procesal que desarrolla un experto, con el propósito de suministrar al juez conocimientos especializados sobre hechos, prácticas o creencias acerca de un caso específico, para fundamentar sus argumentos en un fallo. Es decir, el peritaje cultural "aporta los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició o condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es."[51]

Soto y Pacheco[52] indican que 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".

Por otra parte el peritaje se realiza a solicitud del juzgador, Ixchiu[53] señala que "...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,

49 Ibídem, p. 272

50 Guisela Mayén: "El peritaje antropológico en casos de discriminación", en *Aportes para el Litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género".* Guatemala: OACNUDH, 2010a, p. 28.

51 Ibídem, p. 47.

52 Manuel Emilio Soto y Daniel Pacheco: "El peritaje cultural como medo de prueba dentro de proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas", en: Revista Jurídica IUS Doctrina, N°11, 2014. ISSN 1659-3685 p. 8. Documento electrónico disponible en: http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/16822/16326 .

53 Pedro Ixchiu: "Ponencia sobre peritaje cultural", en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. San José: IIDH, 2010, p. 50.

calidades, y relación con los hechos sujetos a juicio".

Cuando el juez no conoce las costumbres o prácticas que son parte de un uso tradicional dentro de una sociedad indígena, se auxilia del perito cultural, es por eso que algunos autores como Valladares[54] consideran a este un "traductor cultural" que le explica al juez la "legitimidad de la práctica cultural cuestionada y le traduce las prácticas culturales bajo los esquemas y referentes cognitivos de la propia cultura de donde emergen con el objeto de significar lo que ellas mismas expresan"[55]. Por tal razón el peritaje cultural, se convierte en un instrumento que permite el acceso a la justicia de las personas indígenas de manera equitativa, constituyéndose en una forma de reconocimiento de la diversidad cultural en el campo legal y que, lo más importante, evita que se sancione la cultura de los pueblos indígenas.

En tal sentido Sánchez Botero[56] refiriéndose a Colombia afirma que "Los jueces y defensores han asimilado el conocimiento antropológico sobre las culturas indígenas, pero, más que detalles puntuales sobre la significación de ciertos hechos en el marco de estas sociedades concretas, han incorporado elementos para una valoración de la diferencia de tipo igualitario".

Algunos autores, distinguen entre el peritaje cultural y el peritaje jurídico antropológico; este último según Lachenal[57] "…se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas al "objetivar" lo jurídico, inmerso en las relaciones sociales de las comunidades indígenas". En tal sentido el peritaje se convierte en un instrumento de traducción entre dos lenguajes jurídicos, y de una lógica cultural a otra.

La autora citada indica que cuando el derecho occidental necesita comprender al derecho indígena es necesario un peritaje jurídico antropológico, "El antropólogo jurídico se dedica a explicitar el sistema normativo de una comunidad indígena, traduciéndolo de la lógica nativa a la lógica cultural con que el jurista occidental categoriza 'lo jurídico'[58]".

La distinción que plantea Lachenal, podría resultar innecesaria puesto que para el objeto que persigue el peritaje cultural que, como se ha expues-

54 Laura Valladares de la Cruz: "El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural". s.d. Disponible en http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico._Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf

55 Ester Sánchez Botero citado en Laura Valladares de la Cruz, "El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural".

56 Ester Sánchez Botero: *Justicia en Clave cultural*. Colombia: GTZ, 2010, p. 338. Documento electrónico, disponible en http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/perit_antrop.pdf

57 Cécile Lachenal: "Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Coord. Huber *et al.* Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 192-193.

58 Ibídem, p. 197.

to, es ubicar y comprender dentro de un contexto cultural un hecho que se juzga desde la perspectiva de otra cultura para determinar las razones de su ocurrencia, es necesario que el perito que tenga a su cargo este análisis conozca las costumbres, valores, principios creencias que dentro de una cultura fundamentan tanto las normas culturales de convivencia como aquellas que pertenecen al ámbito de lo jurídico.

También, es importante señalar que el peritaje cultural no busca demostrar inocencia para que no se sancione a un supuesto culpable, ni probar involuntariedad frente a un hecho, tampoco consiste en equiparar el objeto de sanción del sistema oficial con el sistema jurídico indígena[59]. El perito busca entender el contexto social en que se registran los hechos y dar respuesta a preguntas que permitan explicarlos, "…si el antropólogo jurídico trata de comprender el significado de un comportamiento dado, esto no quiere decir que se identifique con el autor, que justifique sus actos o que, incluso, los apruebe"[60]. Para Valladares[61],"el peritaje no es una herramienta que deba utilizarse solamente con la intención de liberar a un presunto delincuente, sino que un perito está en posibilidad de participar con sus conocimientos en el reconocimiento de aquellas prácticas culturales indígenas que avaladas por su cultura pudieran ser consideradas como actos delictivos dentro del sistema positivo...".

En Guatemala, en más de uno de los casos que han incorporado peritaje cultural, el tribunal, apoyándose en este, ha reconocido las resoluciones que han emitido autoridades indígenas y ha ordenado la libertad de los imputados que se encontraban en prisión, por considerar que ya habían cumplido con las sanciones impuestas por las autoridades indígenas[62], en otros en los que las autoridades indígenas han sido acusadas de coacción por imponer sanciones en el marco de su normativa propia, la Cámara Penal de la Corte Suprema Justicia ha determinado que "es jurídicamente incorrecto condenar a una autoridad indígena, electa en procedimientos propios de la comunidad por dar cumplimiento a decisiones comunales..."[63]

2. Importancia del Peritaje Cultural

Dentro del sistema de justicia guatemalteco el peritaje cultural es aún cuestionado, sin embargo cuando se utiliza, contribuye a que el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, sea más equitativo. La importancia del peritaje cultural se refleja en dos aspectos, el primero es precisamente que impacta de manera positiva a los usuarios del sistema que pertenecen a pueblos indígenas, debido a que eventualmente la libertad o la imposición de una sanción a presuntos responsables que pertenecen a di-

59 IDPP, 2008 *op. cit.* p. 13.
60 Christian Giordano, *op. cit.* p. 360.
61 Laura Valladares de la Cruz, *op. cit.* p. 1.
62 Ver Unidad de Asuntos Indígenas del OJ*: Compilación de Sentencias Judiciales emitidas con pertinencia cultural*. Guatemala Organismo Judicial 2014.
63 Ibídem, p. 227.

chos pueblos podría depender de que los jueces fundamenten sus fallos en una mejor comprensión del contexto cultural en donde se suscitan los hechos. El otro aspecto, está relacionado directamente con el reconocimiento de la diversidad cultural dentro del sistema, reconocimiento que conduce necesariamente a que, sin excepción, se incorpore el punto de vista de un perito cultural en todos aquellos casos en los que este sea necesario[64]. El peritaje desde esta perspectiva, contribuye a tender puentes entre culturas y a propiciar la armonización entre los dos sistemas, "...los peritajes deberán buscar que se entable un diálogo respetuoso entre sistemas jurídicos distintos y de esta manera deben alertar para que no se criminalicen ciertas prácticas o tradiciones culturales de los pueblos indígenas"[65].

2.1 El sistema de justicia frente a las diferencias culturales

Teniendo en cuenta que Guatemala es un país multicultural, el sistema de justicia debe respetar plenamente los derechos de los pueblos indígenas, en particular, el derecho al acceso a la justicia con equidad. En otras palabras, los jueces al momento de resolver, deberán tomar en cuenta el contexto cultural y social de los implicados. Para que esto suceda, lo primero e indispensable es conocer la identidad cultural, el origen étnico y el idioma de los implicados, sin embargo estos datos se obvian en los expedientes judiciales, es decir la diferencia cultural no se registra, por lo que las personas indígenas que se encuentran vinculadas a procesos judiciales, se ven desprovistas de su identidad y de esa cuenta, también, desprovistos de sus derechos específicos.

En Guatemala, los litigios se llevan a cabo en idioma español, aún en casos en que las autoridades hablen el idioma indígena de los implicados. El sistema de justicia desde hace muchos años ha enfrentado esta situación incorporando la figura del intérprete, sin embargo estudios citados anteriormente (*supra*) dan cuenta de la falta de idoneidad de los intérpretes porque no cuentan con preparación profesional específica para el efecto.

Por otra parte, durante el proceso se plantean preguntas que más bien son afirmaciones que intimidan, esto y la falta de un traductor idóneo genera incomprensión y confusión a los indígenas. Aunado a lo anterior, como ya se señaló (*supra*) en muchos casos durante los procesos no se cuenta con un intérprete para cada uno de los sujetos procesales (acusados, víctimas, testigos, peritos y funcionarios judiciales), y es el mismo intérprete quien auxilia al juez, al fiscal y, en lugares donde no existen defensorías indígenas del IDPP, también al defensor[66]. El sistema ignora por completo que son los usuarios del sistema los titulares del derecho a un intérprete. Testimonios de personas indígenas evidencian

64 Por ejemplo en casos en que una de las partes es miembro de un pueblo indígena y afirme haber actuado legítimamente desde el punto de vista de su comunidad; ver *infra* 3. Casos en los se debe solicitar peritaje cultural.

65 Laura Valladares de la Cruz, *op. cit.* p. 1.

66 ASIES y OACNUDH, *op. cit.*

el desconocimiento de sus derechos, sin embargo las autoridades del sistema generalmente no les informan sobre estos, en particular sobre el derecho a un intérprete. Tampoco se informa sobre cómo funciona el sistema, lo cual tiene como consecuencia que las víctimas que han acudido a solicitar justicia se sientan desorientadas y frustradas frente a la complejidad del sistema y terminan por desistir.

Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias instituciones jurídicas y a sus autoridades. Hasta ahora son pocos los casos en los que los tribunales han reconocido los fallos de las autoridades indígenas, pero más grave es que muchas autoridades indígenas han sido procesadas por ejercer su función, imputándoseles delitos como coacción o extorsión cuando aplican multas como sanción a individuos que transgreden normas plenamente establecidas en el derecho indígena[67]. También son pocos los casos en los que se ha hecho un esfuerzo por incorporar peritajes culturales para evitar la criminalización de la cultura.

El sistema de justicia guatemalteco frente a la diversidad cultural, no brinda una respuesta coherente con la realidad, no garantiza plenamente derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Como ya se señaló (*supra*) el sistema ha realizado acciones que pueden considerarse un avance hacia la adopción de políticas institucionales que favorecen el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, pero estas son acciones dispersas, excepto en el IDDP, no existen aún instrumentos de política que incorporen de manera integral directrices que regulen el acceso a la justicia en el marco de los derechos de los pueblos indígenas.

67 En algunos casos se les ha acusado de usurpación de calidad, abuso de autoridad y hasta terrorismo, según lo indicó el Dr. Sajbochol, Coordinador de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial.

2.2 Función del Peritaje Cultural

La función más importante del peritaje cultural es evitar que se sancione la diversidad cultural[68] por lo tanto, lo primero que el peritaje cultural debe aportar a un proceso, es la devolución de la identidad del procesado. "Mediante el peritaje cultural, es posible aclarar los hechos, porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea" [69]. El perito busca el origen y la explicación dentro del contexto social y cultural, consulta y recaba la opinión sobre los hechos con personas conocedoras de las normas comunitarias, las costumbres y las creencias. En otras palabras, el peritaje contribuye a despenalizar las acciones de personas indígenas cuyas actuaciones han sido ejecutadas en el marco de su cultura, pero que el Derecho oficial las tipifica como delictuosas.

Otra de las funciones del peritaje cultural es proveer al juez información para que este tenga suficientes elementos para comprender el hecho que se juzga "se ordena cuando el juez se encuentra en la imposibilidad de establecer el hecho por sí mismo. En su razonamiento [el perito] también de-

68 Guisela Mayén, *op. cit.* p. 47.
69 IDPP; *op. cit.* p. 13.

berá tener en cuenta la proporcionalidad del peritaje, no solo a nivel de la decisión de principio, sino también en lo que concierne a su alcance"[70].

Entre las funciones que cumple un peritaje cultural esta la de "determinar el grado de influencia de la cultura o costumbre indígena sobre las conductas delictivas imputadas o el contexto de ocurrencia de las circunstancias juzgadas."[71] Desde el punto de vista del defensor, según Álvarez[72], "lo que determina la recurrencia a la pericia antropológica no es la condición indígena del imputado sino el hecho que el defensor considere particularmente elementos culturales en la construcción de la teoría del caso", y afirma que "el peritaje antropológico ha sido definido como un recurso para la defensa penal de imputados indígenas cuando la costumbre indígena resultare relevante a la teoría del caso".

También es función del peritaje determinar si efectivamente "la acción o comportamiento realizado por una persona proveniente de una sociedad diferente realmente corresponde a otra lógica cultural"[73]. Cabe señalar que el perito no solamente debe ser un experto en el tema o temas objeto del peritaje, sino debe poseer conocimientos suficientes de la comunidad de origen de las personas involucradas en los hechos. Debe, asimismo, recolectar información sobre hechos similares con el objeto de contrastarlos para determinar si efectivamente se enmarcan dentro de la normativa tradicional de la comunidad o no. Esto además permitirá, por ejemplo, probar que no son disposiciones aisladas las que ha tomado la autoridad comunitaria sino que forman parte de un cuerpo normativo coherente.

Lachenal[74] afirma que "El objeto de un peritaje cultural es fundamentar, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, 'la costumbre', traducir de manera comparada las explicaciones de una cultura a otra, y aclarar cuáles son las situaciones que se derivan dentro de una comunidad por el cumplimiento o incumplimiento en función del colectivo".

Como queda dicho (*supra*), el peritaje cultural permite esclarecer hechos que ocurren en contextos culturales distintos a los del juzgador, por lo tanto otra de sus funciones es centrarse en las situaciones específicas que son objeto de análisis en un caso, no en todo el entorno cultural; así, para que esto se logre es necesario contar con "un cuerpo de preguntas que fijen cuál es el motivo de la investigación y la situación particular que se desea

70 Olivier Thormann: "El Peritaje Judicial: reflexiones en el contexto del derecho penal y de las culturas", en Anuario de Derecho Penal 2010. p. 316. Documento electrónico disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_10.pdf

71 Roberto Álvarez San Martín: "El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011", en: Revista CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD, VOL. 24 | NÚM. 1 |2011, p.82 Documento Electrónico disponible en http://repositoriodigital.uct.cl:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1509/Peritaje_antropologico.pdf ?equence=3

72 Ibídem, p. 83.

73 Christian Giordano, *op. cit.* p. 361.

74 Cécile Lachenal, *op. cit.* 190.

esclarecer"[75]. Estas preguntas o temas que se abordarán en el peritaje deben ser propuestas por cualquiera de las partes (Art. 234 del CPP – Ver Anexo), al solicitar la pericia al experto.

Asimismo, Kalinski[76] con base en su experiencia en La Patagonia, afirma que "La pericia antropológica sirve para recoger lo que otras formas de peritaje dejan de lado, ya sea en forma de datos, narraciones, vivencias, experiencias, retomando tanto en los planos cognoscitivo y expresivo la voz del otro". Todos estos elementos deben quedar plasmados en un informe antropológico que fundamentará el dictamen pericial, es decir el documento que el perito presenta es el dictamen donde informa sobre los temas o preguntas planteados además de informar sobre las "operaciones practicadas y sus resultados" (Art. 234 del CPP – Ver Anexo), no presenta la investigación etnográfica completa, esta se hace para fundamentar el dictamen.

3. Casos en los que se debe solicitar Peritaje Cultural

De manera general, "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."[77]

Se ha considerado que el peritaje es un medio de prueba utilizado en procesos penales, sin embargo, este mecanismo no debe circunscribirse únicamente a este ámbito, debe aplicarse en procesos agrarios, civiles, de familia, administrativos, de trabajo, entre otros.[78] Con relación a su aplicación en México Fabre señala que "El peritaje debe o tiene el reto de zanjar la brecha y la complejidad que se deriva de sancionar a individuos indígenas que se encuentran muchas veces en lugares fuera de sus comunidades, o en situaciones de trasformación rápida en sus comunidades que obliga a sacar los casos a juzgados estatales o federales".

Asimismo, "El peritaje cultural es útil para los casos que involucran comportamientos del acusado que no pueden ser relacionados con el sistema normativo de la comunidad indígena a la cual pertenece, pero que sí pueden ser explicados por el contexto cultural en el cual el acto se desarrolla, por ejemplo los asesinatos cometidos por motivo de brujería"[79].

Otra de las situaciones en donde "el peritaje se vuelve una herramienta importante en un proceso jurídico es

75 Ibídem.
76 Kalinski, Beatriz: La pericia antropológica como herramienta de investigación social. Argentina: CeReiD Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios Sobre el Delito. s.f. p. 4. Documento electrónico disponible en http://www.cereid.org.ar/pdf/Pericia-antropologica.pdf
77 Manuel Emilio Soto y Daniel Pacheco, *op. cit.* p. 8.
78 Artemia Fabre Zarandona: "Balances y perspectivas del peritaje antropológico: reconocer o borrar la diferencia cultural", en Revista digital Pueblos y fronteras, 2011, p. 152. Disponible en: http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a11n11/art_05.html
79 Cécile Lachenal, *op. cit.* p. 192.

cuando fuera del ámbito comunitario los indígenas infringen una norma nacional y en el proceso judicial se requiere de la presentación de pruebas judiciales"[80]. En casos como la utilización de vida silvestre o el trabajo infantil son ejemplo de la posible aplicación de peritaje cultural[81].

En Guatemala, el peritaje se ha aplicado en varios casos, principalmente a solicitud de defensores públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal, para probar la vigencia del sistema de justicia indígena y la legitimidad de sus autoridades para sancionar conforme a dicho cuerpo normativo. También en casos en que el sistema oficial ha vuelto a juzgar a personas que habían sido sancionados y cumplido con la pena impuesta en su comunidad. Asimismo, se han presentado peritajes para probar que es costumbre indígena realizar transacciones comerciales al crédito sin que medie documento alguno sino únicamente "la palabra". Del mismo modo, los tribunales han aceptado peritajes que demuestran que en las comunidades indígenas existen prácticas médicas que utilizan medicina natural, y que los miembros de dichas comunidades prefieren recurrir a estas prácticas y no a la medicina occidental.

Un caso importante sobre el derecho de los pueblos indígenas de nombrar a las personas según formas ancestrales se sustentó en un estudio antropológico que prueba que la forma de asignar nombres en una comunidad indígena de origen maya difiere del patrón occidental instituido en el Código Civil, por lo que el Registro Nacional de las Personas tenía la obligación de emitir el Documento Personal de Identificación (DPI) conforme a la costumbre. El Ministerio Público ha incorporado este medio de prueba en casos de discriminación hacia personas indígenas.

Organizaciones mayas que trabajan para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas han llevado litigios en los que, al peritaje cultural se le confirió valor probatorio por parte de tribunales que conocieron casos de despojo de tierras ancestrales que carecen de registro. Este tipo de casos también ha sido reportado por Valladares[82] quien afirma que "...el peritaje no se acota al ámbito penal, sino que es pertinente también en otros procesos. Por ejemplo en el ámbito agrario, tema que hoy en día tiene una enorme importancia, pues estamos siendo testigos de nuevas formas de invasión a los territorios indígenas, a su posible explotación con fines comerciales por parte de empresas transnacionales, como las mineras...".

La misma autora señala[83] que "actualmente se discute sobre la posibilidad de reconocer jurídicamente la noción de daño cultural con el objetivo de lo-

80 Laura Valladares de la Cruz, s.d. *op. cit.*
81 Manuel Emilio Soto y Daniel Pacheco, *op. cit.* p. 8.

82 Laura Valladares de la Cruz: "El Peritaje Antropológico en México: Reflexiones teórico-metodológicas y Experiencias". Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales AC. (CEAS), México, 2012, p. 13. Documento electrónico disponible en: http://www.academia.edu/4177224/Bolet%ADn_mayo_2012_Peritaje_antropol%C3%B3gico_enM%A9xico_reflexiones_te%C3B3rico_metdol%B3gicas_y_ experiencias_
83 Laura Valladares, s.d. *op. cit.*

grar que cuando los pueblos indígenas vean vulnerados sus derechos, como podría ser por la puesta en marcha de megaproyectos hidráulicos, mineros o de otra índole, sea posible demandar y solicitar indemnización por la afectación", en tales casos el peritaje cultural sería de utilidad para establecer el daño causado y el resarcimiento correspondiente, aspecto que también ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Avances, necesidades y desafíos

Existen sentencias emitidas por jueces que han valorado los peritajes culturales presentados por la defensa, evidenciando que este mecanismo ha cumplido con su objetivo, no obstante, no es posible estimar qué porcentaje representan estos, del total de casos que atiende el sistema de justicia, donde los involucrados son indígenas. Esto porque el sistema no registra la identidad étnica y cultural de los usuarios. Esta omisión, como se ha señalado, deja a los indígenas despojados de sus derechos específicos frente al sistema de justicia. Es necesario que todas las instituciones del sistema registren la identidad de los usuarios, de esta manera se garantice el respeto a los derechos de los pueblos indígenas desde el primer acercamiento de estos al sistema.

Los casos en que la aplicación del peritaje cultural ha generado sentencias absolutorias constituyen precedentes importantes que han tenido una repercusión dentro del sistema que podría contribuir en alguna medida a la adopción generalizada de esta prueba especializada. Es necesario hacer un esfuerzo de revisión de sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de tribunales inferiores, para establecer sistemáticamente los antecedentes jurisprudenciales que se han obtenido. Además el sistema debiera contar con un registro de antropólogos jurídicos expertos en peritaje cultural para que los jueces en cualquiera de los tribunales llamen para mejor fallar, a dichos peritos antropólogos.

Se considera un avance para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, las resoluciones emitidas por jueces que tomaron en cuenta las costumbres y el derecho propio, auxiliándose en peritajes culturales. Esto sin duda alguna incide positivamente y refleja una mejora en la calidad del servicio para los indígenas. Sin embargo los jueces de manera generalizada deben apropiarse de esa importancia para que sus fallos sean justos y con pertinencia. Dada la importancia señalada con relación al peritaje cultural este mecanismo de prueba debiera ser un elemento presente en todos los casos que involucren indígenas tanto en la parte acusadora como en su defensa.

El peritaje cultural en varios tipos de casos es relevante porque ha cumplido con su papel de enlace entre culturas, y ha contribuido a una mejor comprensión entre autoridades y titulares de derechos. Aunque muchos de estos casos se han considerado paradigmáticos dentro del sistema, son poco conocidos por la población que asume la diferencia cultural como parte de la cotidianidad del país pero no la valo-

ran ni respetan los derechos culturales. Por lo tanto, la importancia que tiene para un juicio justo debiera ser motivo de una decisión proveniente de la Corte Suprema de Justicia para que en el cumplimiento de sus atribuciones administrativas, conforme al Art. 54 inciso f) de la Ley del Organismo Judicial emita un acuerdo a efecto de que los jueces, para dictar sus fallos en el caso de personas indígenas, apliquen el peritaje cultural.

De acuerdo con Soto y Pacheco[84] "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". En tal sentido la legislación debe ser reformada para armonizarla con las obligaciones internacionales que el Estado de Guatemala ha signado en materia de acceso a la justicia y en materia de derechos específicos de los pueblos indígenas.

El sistema de justicia guatemalteco frente a la diversidad cultural, no brinda una respuesta coherente con la realidad, para garantizar plenamente derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. El gran desafío para el sistema en su conjunto, es ofrecer a los titulares de derechos que se acercan a reclamar justicia, una respuesta a su demanda, evitando una victimización secundaria. Por lo cual las distintas instituciones de justicia deberán dar continuidad a los procesos de formación técnica de los funcionarios del sistema de justicia.

84 Manuel Emilio Soto y Daniel Pacheco, *op.cit.* p. 32.

Bibliografía

Álvarez San Martín, Roberto Anselmo:"El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011", en: Revista CULTURA-HOMBRE-SOCIEDAD, VOL. 24 | NÚM. 1 |2011, 79-101. Documento Electrónico disponible en http://repositoriodigital.uct.cl:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1509/Peritaje_antropologico.pdf ?equence=3

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

Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES):*Desafíos actuales de la justicia penal proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades. Noviembre 2008-octubre 2011*. Guatemala: ASIES, 2011

__ *Proceso de fortalecimiento del sistema de justicia: avances y debilidades, julio 2003-junio 2006*. Guatemala: ASIES, 2006.

__ *Proceso de Modernización y fortalecimiento del Sistema de Justicia: avances y dificultades*, enero 2002-Junio 2003. Guatemala: ASIES, 2003.

__ Proceso de modernización y fortalecimiento del sistema de justicia: avances y dificultades, año 2001. Guatemala: ASIES, 2002

__ *Evaluación del proceso de fortalecimiento de la justicia en Guatemala en el año 2000*. Guatemala: ASIES, 2001.

ASIES y OACNUDH: *Acceso de los Pueblos Indígenas a la Justicia desde el Enfoque Derechos Humanos: Perspectivas en el Derecho Indígena y en el Sistema de Justicia Oficial.* Guatemala: ASIES, 2008.

Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ):*Recopilación de 24 Resoluciones Dictadas con Fundamento en Usos y Costumbres Indígenas en observancia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Guatemala: CENADOJ, 2004.

Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. Resumen Ejecutivo del in-

forme final "*Una nueva justicia de paz*". Guatemala: Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, 1998.

Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ):*Propuestas de Lineamientos de Políticas Públicas para el acceso de los pueblos indígenas a la justicia oficial*. Guatemala: CNSAFJ, 2007a.

__ *Acceso de los Indígenas a la justicia oficia en Guatemla. Percepción y recomenaciones desde las/los usuarios.* Guatemala: CNSAFJ, 2007b.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: *from* A/60/18, pp. 109-122. Disponible en http://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fadsdatabase.ohchr.org%2FIssueLibrary%2FCERD%2520General%2520Recommendation%252031Rev_Sp.pdf&ei=l6OuVInfJMjJeoXYg-gB&usg=AFQjCNHkV5TkZb5UjcxSfbUcQv9zu9V0lg

Consejo Económico y Social de la ONU: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU: E/CN-4/2003/90/SS. 28 de enero de 2003. *Addendum* Misión a Guatemala. Documento electrónico disponible en: http://www.cc.gob.gt/documentoscc/ddhh/Puein.pdf

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: *Estudio sobre el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*.2013. Documento electrónico, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI):*El acceso de las Mujeres Indígenas al Sistema de Justicia Oficial de Guatemala*. Segundo Informe. Guatemala: DEMI, 2007.

Fabre Zarandona, Artemia: "Balances y perspectivas del peritaje antropológico: reconocer o borrar la diferencia cultural", en Revista digital Pueblos y fronteras, 2011,pp 149-188.Disponible en: http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a11n11/art_05.html

Falla, Ricardo: "El movimiento indígena", en Revista Estudios Centroamericanos *(ECA)*, n.º 353, junio-julio de 1978, pp 438-461. El Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

García Ajquijay, Rita: "La respuesta de la justicia guatemalteca a las mu-

jeres indígenas del departamento de Sololá, afectadas por violencia intrafamiliar", en *Revista de Derechos Humanos del IIJ/URL e IDHUSAC*. Año II, enero 2004, pp. 301-358.

García Hierro, Pedro y Alexandre Surrallés: *Antropología de un Derecho: Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Lima: IWGIA, 2009. Disponible en http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0284_antroplogia_de_un_derecho.pdf

Giordano, Christian: "Las infracciones penales y las lógicas culturales: El antropólogo en los tribunales" en Anuario del Derecho Penal 2010. Documento electrónico disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_11.pdf

Instituto de la Defensa Pública Penal (IDPP): *Guía de peritajes culturales y su aplicación en la administración de justicia: Guía dirigida a defensores públicos*. (Contenido por M. Guisela Mayén). Guatemala: IDPP, 2008a.

__ *Guía pedagógica para Defensores Públicos para el abordaje de casos con pertinencia cultural* (Coordinador de eje Intercultural Pedro Ixchiu García). Guatemala: IDPP, 2008b.

__ *Marco conceptual sobre discriminación*. (Contenido por Edgar S. Batres Vides). Guatemala: IDPP, 2009a.

__ *Tipificación del delito de discriminación y su incidencia en pueblos indígenas*. (Contenido por Edgar S. Batres Vides). Guatemala: IDPP, 2009b.

__ *Modelo de sistematización de experiencias y casos paradigmáticos resueltos con pertinencia cultural, enfoque de género y defensa de los derechos Humanos de las mujeres.* (Contenido por José M. Par Usen). Guatemala: IDPP, 2010.

Ixchiu, Pedro: "Ponencia sobre peritaje cultural", en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. San José: IIDH, 2010, pp. 35-56.

Kalinski, Beatriz: La pericia antropológica como herramienta de investigación social. Argentina: CeReiD Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios Sobre el Delito. s.f. documento electrónico disponible enhttp://www.cereid.org.ar/pdf/Pericia-antropologica.pdf

Lachenal, Cécile: "Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Coord. Huber *et al.* Colombia: Fundación Konrad Adenauer,2008, pp. 187-200.

Mayén, Guisela: *Valoraciones sobre el pluralismo jurídico y el Sistema jurídico propio de los Pueblos*

Indígenas. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2010.

___ "El Peritaje antropológico en casos de discriminación", en *Aportes para el Litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género.* Guatemala: OACNUDH, 2010a, pp.43-52.

___ *Luces y sombras en la lucha contra la discriminacón racial, étnica y de género en Guatemala. Informe sobre la situación de discriminación a partir de casos acompañados por DEMI y CODISRA*. Guatemala: OACNUDH, 2010b.

___ "Guatemala: El Derecho a la Consulta previa", en *El Derecho a la Consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung-Programa Regional de "Participación Política Indígena" en América Latina, 2012,pp. 115-148.

Marroquín, Otto: *Administración de justicia en Pueblos Indígenas. s.d. Documento electrónico disponible en:* http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/7.pdf

___ *El Peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala*. Ponencia presentada para las XIII Jornadas Lascasianas Internacionales "Pluralismo jurídico y Pueblos Indígenas, 2003 IIJ/UNAM. Cuaderno de Estudio No. 70 Guatemala: Universidad Rafael Landivar, 2006.

Morales, Benito: El acceso a la justicia en el propio idioma. Guatemala: Avancso, 2001.

Naciones Unidas Consejo de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,* Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/24/50, Distr. general 30 de julio de 2013, párr. 3.

Ochoa, Carlos Fredy: *Alcaldías Indígenas diez años después de su reconocimiento por el Estado de Guatemala*. Tomo I. Guatemala: ASIES, 2013

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH):*Guía para el uso de indicadores del derecho al acceso de los pueblos indígenasa a la justicia con pertinencia cultural*. Guatemala: OACNUDH, 2010a.

___ *Aportes para el litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género. Ponencias dictadas en el marco de la capacitación técnica sobre litigio estratégico en casos e discriminación*. Guatemala: OACNUDH, 2010b.

___ *Manual de Litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género*. Guatemala: OACNUDH, 2010c.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): "Logros y

Tropiezos en la justicia multiétnica". Cap. 10 del Informe Nacional de Desarrollo Humano Diversidad étnico-cultural: La ciudadanía en un Estado plural. Guatemala: PNUD, 2005 pp. 230-236. Documento Electrónico disponible en: http://desarrollohumano.org.gt/sites/default/files/INDH_2005_1.pdf

Ramírez, Silvina: Derechos de los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal -Casos de Chile y Guatemala, s.f. documento electrónico, disponible en: http://pdba.georgetown.edu/security/citizensecurity/guatemala/evaluaciones/ramirez-derpueblos-indigenas.pdf

Sánchez Botero, Ester: *Justicia en clave cultural*. Colombia: GTZ, 2010, documento electrónico, disponible en: http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdf-publicaciones/perit_antrop.pdf

S. Ramírez & M. Avalos: Pueblos Indígenas en Guatemala y América Latina: Normativa, Estado de situación y proyecciones. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2011.

Soto, Manuel Emilio y Daniel Pacheco: "El peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas", en: Revista Jurídica IUS Doctrina, N°11, 2014. ISSN 1659-3685 p. 1-35. Documento electrónico disponible en: http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/16822/16326

Stavenhagen, Rodolfo: Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. s.f. documento electrónico, disponible en: http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf

Thormann, Olivier:"El Peritaje Judicial: reflexiones en el contexto del derecho penal y de las culturas", en Anuario de Derecho Penal 2010. Documento electrónico disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_10.pdf

Tzorin, Santos: "El limitado acceso de los indígenas al sistema oficial de justicia" en Revista *Estudios Interétnicos* No. 18, 2004 pp. 75-85.

Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial: *Compilación de Sentencias Judiciales emitidas con pertinencia cultural*. Guatemala: Organismo Judicial, 2014.

Urbina, Miguel Ángel: "Fortalecimiento de las capacidades de Investigación persecución y acción penal del MP en casos de discriminación". (Informe de Consultoría, elaborado en el marco del Proyecto "Contribuyendo a la erradicación del racismo y la discriminación étnica y de género, particularmente hacia mu-

jeres indígenas, Documento Inédito). Guatemala: OACNUDH, 2010.

Valiente, Aresio: "Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas" En Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico, Manual para operadores de justicia, Martínez, Juan Carlos *et al.* Coord. México: Fundación KAS, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2010.

Valladares de la Cruz, Laura: "El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural". s.d. disponible en: http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico._Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf

__ "El Peritaje Antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y Experiencias", Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales AC. (CEAS), México, 2012, pp. 11-20. Documento electrónico disponible en: http://www.academia.edu/4177224/Bolet%ADn_mayo_2012_Peritaje_antropol%C3%B3gico_enM%A9xico_reflexiones_te%C3B3rico_metdol%B3gicas_y_experiencias_

Anexo Artículos del Código Procesal Penal en Materia de Peritaje

Capítulo V. Auxiliares de los Intervinientes

Artículo 141. Consultores técnicos. Si, por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al Ministerio Público o al tribunal, quien decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, salvo que sea legalmente inhábil conforme a éste Código. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones durante su transcurso, pero no emitirá dictamen; los peritos harán constar las observaciones. En los debates, podrá acompañar a quien asiste, interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes, y concluir sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de quien lo propuso.

Sección Cuarta. Peritación.

Artículo 225. Procedencia. El tribunal podrá ordenar peritación, a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte técnica u oficio.

No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial.

Artículo 226. Calidad. Los peritos deberán ser titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. Si, por obstáculo insuperable no se pudiera contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

Artículo 227. Obligatoriedad del cargo. El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere legítimo impedimento, en cuyo caso deberá ponerlo en conocimiento del tribunal al ser notificado de la designación. Los peritos aceptarán el cargo bajo juramento.

Artículo 228. Impedimentos. No serán designados como peritos:

1) Quienes no gocen de sus facultades mentales o volitivas.

2) Los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos.
3) Quienes hayan sido testigos del hecho objeto de procedimiento.
4) Los inhabilitados en la ciencia, en el arte o en la técnica de que se trate.
5) Quienes hayan sido designados como consultores técnicos en el mismo procedimiento o en otro conexo.

Artículo 229. Excusa o recusación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusa o recusación de los peritos las establecidas para los jueces.

El asunto será resuelto en forma de incidente sin recurso alguno por el tribunal o juez que controla la investigación, según el caso.

Artículo 230. Orden de peritaje. El tribunal de sentencia, el Ministerio Público, o el juez que controla la investigación en el caso de prueba anticipada, determinará el número de peritos que deben intervenir y los designará según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones a plantear, atendiendo a las sugerencias de las partes.

De oficio o a petición del interesado, se fijará con precisión los temas de la peritación y acordará con los peritos designados el lugar y el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes.

Las partes pueden proponer también sus consultores técnicos, en número no superior al de los peritos designados.

Artículo 231. Temas. Cualquiera de las partes puede proponer, con fundamento suficiente, temas para la pericia y objetar los ya admitidos o los propuestos.

Artículo 232. Citación y aceptación del cargo. Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos. Tendrán el deber de comparecer y de desempeñar el cargo para el cual fueron designados.

Artículo 233. Ejecución. El juez o el presidente del tribunal dirigirá la pericia y resolverá todas las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales.

Los peritos practicarán unidos el examen, siempre que sea posible. Las partes y sus consultores técnicos podrán asistir a él y pedir las aclaraciones pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación.

Si algún perito no concurre al acto, se comporta negligentemente o no cumple con rendir su dictamen en el plazo otorgado, el juez o el tribunal ordenará de oficio la sustitución.

Artículo 234. Dictamen. El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema pericial, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, y oralmente en las audiencias, según lo dis-

ponga el tribunal o la autoridad ante quien será ratificado.

Artículo 235. Nuevo dictamen; ampliación. Cuando se estimare insuficiente el dictamen, el tribunal o el Ministerio Público podrá ordenar la ampliación o renovación de la peritación, por los mismos peritos o por otros distintos.

Artículo 236. Auxilio judicial. Se podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, y la comparecencia de personas, si resultare necesario para llevar a cabo las operaciones periciales. Se podrá requerir al imputado y a otras personas que confeccionen un cuerpo de escritura, graben su voz o lleven a cabo operaciones semejantes.

Cuando la operación sólo pudiere ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y se rehusare a colaborar, se dejará constancia de su negativa y, de oficio, se llevarán a cabo las medidas necesarias tendientes a suplir esa falta de colaboración.

Artículo 237. Conservación de objetos. Las cosas y objetos a examinar serán conservados, en lo posible, de modo que la peritación pueda repetirse. Si debiera destruirse o alterarse lo analizado o existieren discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos lo comunicarán al tribunal antes de proceder.

Artículo 242. Cotejo de documentos. Para el examen y cotejo de un documento, el tribunal dispondrá la obtención o presentación de escrituras de comparación. Los documentos privados se utilizarán si fueren indubitados, y su secuestro podrá ordenarse, salvo que el tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo. También podrá disponer el tribunal que alguna de las partes escriba de su puño y letra en su presencia un cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia.

Artículo 243. Traductores e intérpretes. Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el juez o el Ministerio Público, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Las partes estarán facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezcan la traducción o interpretación oficial.

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Konrad Adenauer Stiftung

La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana que trabaja en beneficio de la democracia representativa, del Estado de Derecho, de la Economía Social de Mercado y de la integración regional. Se proyecta por medio de la formación y asesoría política, elaboración de análisis científicos como propuestas de base para la gestión política y publicaciones sobre temas de interés nacional y regional con las cuales pretende contribuir al debate público sobre temas políticos y sociales.

A través de la serie "Cuadernos Estado y Derecho" la Fundación Konrad Adenauer –Oficina para Guatemala y Honduras– quiere promover la vigencia del principio de Estado de Derecho como garantía efectiva de los derechos humanos en la administración de justicia de Guatemala.

El presente Cuaderno está dirigido especialmente a jueces y magistrados con el propósito de contribuir a la comprensión y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en particular al derecho al acceso a la justicia con pertinencia cultural.

ISBN: 978-9929-688-30-8
9 789929 688308