

Aspectos básicos de la interculturalidad y la pluriculturalidad: su impacto en las fuentes del Derecho privado costarricense en relación con el Derecho consuetudinario indígena

Basic aspects of interculturality and pluriculturalism: their impact on the sources of Costa Rican private law in relation to Indigenous customary law

Ruth Alpízar Rodríguez

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

República de Costa Rica

ruth.alpizar@ucr.ac.cr

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2885-1245>

Recibido: octubre 2024

Aprobado: marzo 2025



Resumen

El principio de interculturalidad está presente en tratados internacionales ratificados por Costa Rica desde hace varias décadas, pero es hasta épocas recientes que ha empezado a tener la importancia y respeto que amerita. Con la reforma constitucional del 2015, que reconoce expresamente es Costa Rica una nación multiétnica y pluricultural, se resalta aún más la importancia de dimensionar su vínculo con las fuentes normativas y el Derecho consuetudinario indígena. También cambia el paradigma con base en el cual se analizaba y asignaba valor a la costumbre como fuente no escrita del ordenamiento jurídico costarricense. El peritaje cultural resulta ser una herramienta fundamental para su debida aplicación.

Abstract

The principle of interculturality has been present in international treaties ratified by Costa Rica for several decades, but it is until recent times that it has begun to have the importance and respect it deserves. And with the constitutional reform of 2015, which recognizes that we are a multi-ethnic and multicultural country, the importance of dimensioning its link with normative sources and indigenous customary law is further highlighted. The paradigm on the basis of which custom was analyzed and valued as an unwritten source of the Costa Rican legal system also changes. Cultural expertise turns out to be a fundamental tool for its proper application.

Palabras claves

Costumbre, fuentes normativas, peritaje cultural, interculturalidad, indígenas.

Keywords

Custom, normative sources, cultural expertise, interculturality, indigenous.

Introducción

Por la hegemonía cultural imperante en nuestro país, durante muchos años, se han estudiado y reconocido las fuentes normativas del Derecho Privado conforme a lo estipulado en el Título Preliminar del Código Civil (CC, 1885) (apartado incluido mediante reforma desde 1986) y el Código de Comercio (CCo, 1964).

En las últimas décadas, las personas operadoras jurídicas, especialmente quienes se desempeñan en los tribunales jurisdiccionales, han tenido que replantearse las reglas básicas tradicionalmente reconocidas sobre el tema, cuando está de por medio el principio de interculturalidad, específicamente en lo que corresponde al valor y jerarquía de la costumbre como fuente de derecho y su importancia en la solución de conflictos relacionados con poblaciones indígenas. Aunque el tema no atañe solo a estas poblaciones, en función de tales se desarrolla este breve ensayo. Al respecto, en Costa Rica habitan y conviven, entre otras comunidades étnicas, ocho pueblos indígenas distribuidos en 24 territorios.

La interculturalidad plantea la necesidad de reconocer las diversidades culturales que existen en las sociedades, a efectos de promover la convivencia pacífica y respetuosa entre grupos cultural y socialmente distintos, a través del diálogo asertivo y el respeto mutuos y se materializa

en la incorporación de conductas, y la eliminación de barreras actitudinales basadas en prejuicios étnico-raciales, que impiden un efectivo acceso a la justicia de las personas afrodescendientes, así como en un reconocimiento positivo de la diversidad humana como elemento de la riqueza existente en un Estado multiétnico y pluricultural como el costarricense. (Circular 176-2015 de Corte Plena, Poder Judicial de Costa Rica: Política Institucional para el Acceso a la Justicia de Personas Afrodescendientes del Poder Judicial y su Plan de Acción).

Resulta por ende relevante resaltar algunos aspectos básicos, a manera de primer acercamiento o análisis preliminar, con el fin de propiciar herramientas que faciliten su estudio y aplicación a las personas operadoras jurídicas y que también puedan servir de apoyo para una investigación más profunda de sus alcances y consecuencias. Con ese fin, se presenta un resumen de la importancia del principio de interculturalidad, de la normativa básica sobre la costumbre como fuente en relación con el Derecho consuetudinario indígena, y del uso de un instrumento fundamental para su conocimiento y tutela, como lo es el “peritaje cultural”.

Pero antes de examinar los aspectos indicados, es necesario puntualizar cómo se ha conceptualizado tradicionalmente la

jerarquía de fuentes normativas con base en el Código Civil (CC) (1885) y el Código de Comercio (CCo) (1964).

Téngase presente que existen tanto fuentes escritas como no escritas. El Código Civil (1885), en su artículo 1 establece el principio de jerarquía normativa. En relación con las fuentes escritas, la norma de mayor rango se determina por el órgano legalmente competente para emitirla (artículo 2). Las fuentes no escritas (costumbres, usos y principios generales), se usan de manera supletoria (artículos 3, 4 y 8). Conforme a lo indicado, la jerarquía es la siguiente:

1. Constitución Política (CP).
2. * Tratados internacionales debidamente ratificados (CP artículos 7 y 48; CC artículo 5). Sin embargo, según jurisprudencia constitucional costarricense, cuando ellos versan sobre derechos humanos o sobre derechos fundamentales y concedan mayores garantías que las contenidas en la CP, tendrán rango **supra constitucional** (resoluciones de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia 3705.1993, 5759.1993 y 3435.1992).
3. Leyes (emitidas por la Asamblea Legislativa) (CP artículos 195, 121.1 y 129).
4. Decretos ejecutivos (normas reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo para facilitar la aplicación de las leyes) (CP artículo 140.3).
5. Otras normas escritas de menor rango.
6. Costumbre, usos y principios generales del Derecho (CC artículos 1, 3 y 4; Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 8, 1937, artículo 5). Pero estas fuentes se aplican, según la normativa del CC solo de manera supletoria (en defecto de ley aplicable), aunque también sirven para interpretar,

delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

El Código de Comercio (1964), en sus artículos 1 a 3, establece la jerarquía de fuentes que deben considerarse para solucionar los conflictos relacionados con actos y contratos comerciales. La costumbre se aplica de manera supletoria cuando no existe norma escrita y también sirve como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles, es decir, para interpretarlos.

En ambos códigos la costumbre es fuente supletoria y sirve para integrar o interpretar las normas escritas. Esa es la regla general usualmente reconocida y aplicada. También se establecen requisitos para que la costumbre sea fuente normativa, especialmente relacionados con su demostración.

Pero tratándose de conflictos que deben resolverse a través del Derecho consuetudinario, la jerarquía cambia. La costumbre pasa entonces a tener rango prioritario. Pero ello no fue contemplado en ninguna norma escrita que regulase el tema de las fuentes normativas, precisamente por la invisibilidad de las poblaciones indígenas y su cultura; problema que históricamente ha sucedido en Costa Rica, especialmente en lo que respecta al plano jurídico normativo formal (legislación local).

Tal escenario suscitó que, en el ámbito académico, no se estudiase el tema debidamente y, en general, el desconocimiento de la importancia de la costumbre y de las reglas del Derecho consuetudinario indígena. La situación ha empezado a cambiar en las últimas décadas, pero sigue siendo una tarea en proceso, que enfrenta retos y dificultades

derivados de los factores históricos, la hegemonía cultural y la pérdida de identidad de las poblaciones indígenas. A ello debe agregarse que la prueba de la costumbre, en relación con el tema, implica obstáculos adicionales.

Por ello, es necesario que se reconozca que existen ámbitos en los cuales las reglas tradicionalmente aceptadas se atemperan o cambia su jerarquía. Aunque no en relación con el Derecho consuetudinario indígena, es un fenómeno que ya ha sido resaltado en relación con otras circunstancias. Torrealba (2019) resalta el cambio de paradigma sobre las fuentes del derecho y apoya que ya no existe una pirámide, sino una red. Señala sobre el artículo 1 del Código Civil (1885) que "... este modelo no refleja fielmente la realidad en los tiempos que corren, caracterizado por la coexistencia de múltiples y heterogéneos sistemas normativos" (p. 38).

Precisamente, el principio de interculturalidad es la base que permite reconocer que, tratándose del derecho consuetudinario indígena, las fuentes normativas, en cuanto su jerarquía, son diferentes a las establecidas en las leyes escritas o formales locales generales más relevantes, como lo son, por ejemplo, el Código Civil (1885) y el Código de Comercio (1964). En los cuales, además, por la fecha de su promulgación y los factores históricos, era impensable siquiera una reflexión sobre la situación referida. Son los tratados internacionales los que contienen normas, y pese a que están ratificados desde hace varias décadas, no se dimensionó adecuadamente sus alcances en relación con el principio citado. A esto cabe agregar que, de manera reciente y como efecto jurídico, la reforma constitucional del 2015 permite reconocer la existencia de una "red de fuentes normativas"

que debe conocerse y respetarse en función de la diversidad cultural.

Dicha reforma agregó a la Constitución Política (1949), artículo 1, el reconocimiento de que somos una nación "multiétnica y pluricultural" (Ley 9305, 2015).

Este reconocimiento hace imperativa la elaboración, aprobación e implementación de políticas institucionales que visibilicen y reconozcan las diversas etnias y culturas que conforman Costa Rica. En el caso del Poder Judicial es fundamental el reconocimiento de las diversidades que conforman nuestro estado nación, y de sus particulares necesidades, a efecto de permitir un efectivo acceso a la justicia que permita el eficaz ejercicio de los derechos humanos económicos, políticos sociales y culturales (Circular 176-2015 de Corte Plena, Poder Judicial de Costa Rica: Política Institucional para el Acceso a la Justicia de Personas Afrodescendientes del Poder Judicial y su Plan de Acción).

En función de lo anterior, la Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica (Ley 9593, 2018) estableció en su artículo 2:

Trato digno. Toda persona indígena será tratada con respeto a su dignidad humana en razón de sus tradiciones culturales, lo cual se traducirá en acciones afirmativas que tendrán como fin que esta población tenga las mismas condiciones de igualdad que las demás personas. El incumplimiento de estas disposiciones será sancionado

conforme al procedimiento y las garantías establecidas en el título VII del régimen disciplinario previsto en la Ley N.07333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993.

Es necesario también puntualizar que la diversidad cultural es un tema que, aunque se reconozca y regule, no es fácil de respetar en la práctica, aun cuando se tenga conciencia de su relevancia. Son muchos años de hegemonía cultural, por lo que un cambio de paradigma no es una tarea fácil ni rápida de ejecutar. Se requiere compromiso para estudiar el tema desde la óptica de los derechos humanos, así como ética y un alto sentido de solidaridad para romper las barreras. Puede afirmarse incluso que, con base en la legislación local y la jurisprudencia nacional, ha sido más fácil el reconocimiento y la tutela de la diversidad natural o ecológica, que el respeto de todos los aspectos que conlleva la diversidad cultural, pese a ser un tema innegablemente relacionado con la dignidad humana.

Por la relevancia del tema, en la Declaración universal sobre la diversidad cultural, adoptada en la 31ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) el 2 de noviembre de 2001, artículo 4, se estableció:

Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural. La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto por la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas pertenecientes tanto a minorías como a pueblos

autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

Principio de interculturalidad

Los principios de interculturalidad y de respeto a la dignidad humana resultan ser ejes esenciales para el reconocimiento eficaz y eficiente de los derechos humanos. El segundo ha sido analizado desde varias ópticas y se tutela de manera directa en tratados internacionales y en varias cartas magnas o constituciones políticas de países latinoamericanos y europeos. No siempre sucede así con el principio de interculturalidad. Por ello es necesario analizar brevemente sus alcances e importancia.

La palabra interculturalidad se refiere a las relaciones de intercambio y comunicación igualitarias entre grupos culturales que difieren en atención a criterios como etnia, religión, lengua o nacionalidad, entre otros. Por principio, el término no reconoce superioridad de una cultura sobre otra, independientemente de la relación entre mayoría-minoría. La interculturalidad apunta a construir una sociedad más democrática al visualizar, describir y valorar igualmente los modos de apropiación y reelaboración de significados entre diferentes grupos. Está referida a los procesos de interrelación y comunicación de saberes, códigos, patrones y valores entre diferentes grupos culturales, entendiendo que existe igualdad entre sujetos, independientemente de la posición que ocupen en el sistema. (Imaginario, 2020)

Para comprender los alcances del principio analizado es importante tener presente varios conceptos relacionadas con la cultura, la diversidad cultural y la “hegemonía cultural”. Estrada (2021) los conceptualiza así:

Cultura: se reconoce como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

Cultura mayoritaria y culturas minoritarias: las minoritarias corresponden a aquellos grupos marginados o vulnerables que viven a la sombra de la mayoritaria, que son poblaciones que tienen una ideología diferente y dominante. La posición no dominante de los grupos minoritarios no siempre deriva de una inferioridad numérica; con frecuencia tiene una dimensión cualitativa vinculada a las características culturales y socioeconómicas propias de la comunidad. Esas características pueden dar lugar a sistemas de valores y estilos de vida muy diferentes y hasta incompatibles con los de los grupos más dominantes de la sociedad.

Multiculturalidad: se refiere a la coexistencia de múltiples culturas que representan diversas etnias, nacionalidades y grupos etarios en un mismo espacio geográfico y social. Es necesario reconocer que esta diversidad cultural se encuentra en todo contexto y en cualquier parte del mundo.

Pluriculturalidad: forma de intervención positiva ante la diversidad

de la población. Implica la convivencia pacífica entre los diversos grupos culturales de la región sin que haya dominación de unos sobre otros. En este sentido, todas las culturas son reconocidas y se busca que sus derechos fundamentales sean respetados.

Interculturalidad: presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) define la interculturalidad con base en lo dispuesto en la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (Ley 8916, 2010), en su artículo 4.8: “Se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y a la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, a través del diálogo y del respeto mutuo”.

El término de interculturalidad puede confundirse fácilmente con el de multiculturalidad o pluriculturalidad. Aunque se relacionan semánticamente, no significan lo mismo. Los términos multiculturalidad o pluriculturalidad se refieren a la situación en la que diferentes culturas coexisten y hasta se influyen, pero esto puede ocurrir independientemente del reconocimiento mutuo o, incluso, independientemente de que las personas se relacionan entre sí. Diferentes grupos culturales pueden coincidir en un espacio-tiempo, pero sin existir comunicación entre ellos. En su lugar, el término interculturalidad se refiere a la interacción desde un enfoque igualitario entre las culturas o sectores diferentes de una sociedad, a la

relación. Es decir, es un término relacional. (Imaginario, 2020)

Los conceptos citados están estrechamente vinculados y obligan a reconocer que quienes habiten en un país que respete los derechos humanos, personas nacionales o extranjeras, aunque no sean iguales culturalmente, tienen los mismos derechos fundamentales, con las excepciones aceptadas internacionalmente referidas a los derechos políticos.

Sin embargo, la hegemonía cultural, entendiendo por tal la dominación histórica que en una sociedad determinada ha tenido un grupo sobre otro, imponiéndole su cosmovisión (creencias, percepciones, instituciones, valores, costumbres, etc.), ha creado barreras difíciles de romper. En el plano jurídico, esto es aún más complicado, si se mantiene la resistencia a aceptar que existe diversidad de sistemas normativos (red de fuentes), lo cual es una situación natural, intrínseca y positiva. Además, porque eso implica mayor estudio, y reflexión del tema e incluso reformas legislativas e institucionales.

Además, como lo explica Andrea Imaginario (2020), debe tenerse presente que, en el contexto de la interculturalidad, “las palabras mayoría o minoría no se refieren al número de individuos que conforman un grupo, sino al modo en que el poder es ejercido. Así, será "mayoría" aquel grupo que ejerza la hegemonía cultural, y será "minoría" el grupo que no tenga el control del poder”. Aspecto que en el plano jurídico es fundamental, dado que la institucionalidad y la legislación formal usualmente han sido diseñada e impuesta por el grupo que está ejerciendo la hegemonía cultural, sin tomar en cuenta ni reconocer la diversidad cultural.

La interculturalidad requiere aplicar una serie de reglas o principios derivados, que hacen de este un concepto complejo. Entre ellos (Imaginario, 2020):

1. Reconocimiento de la ciudadanía.
2. Reconocimiento del derecho a ejercer la identidad originaria de los pueblos.
3. Rechazo a las formas de imposición de la cultura hegemónica y marginación de la cultura minoritaria.
4. Comprensión de las culturas como fenómenos dinámicos.
5. Comunicación horizontal.

Todos estos principios son de igual importancia. Sin embargo, deben destacarse, para el tema que nos ocupa, el cuarto y el quinto. El cuarto implica la existencia de un sistema de fuentes propio del Derecho Consuetudinario, que es necesario conocer y estudiar para no imponer reglas ajenas a las poblaciones que se rigen por tal. El quinto requiere comprender el dinamismo de la cultura, en el sentido de que debe estarse actualizando la información permanentemente, dado que lo que hoy puede ser regla o costumbre, un tiempo después puede caer en desuso o variar. También exige respetar que las diversas poblaciones o comunidades indígenas tienen sus propias costumbres internas, por lo que no debe aplicarse lo que es válido para una en otra, sin confirmar que coincidan en su práctica.

El principio de interculturalidad se convierte así en una herramienta para la reivindicación, en el plano jurídico, de la dignidad humana. Resulta de la combinación de los principios de igualdad material (CP, artículo 33) y de respeto a la diversidad cultural (CP, artículo 1). La Ley de Planificación Nacional (Ley 5525, 1974), en su artículo 9, reconoce también que la sociedad costarricense es multiétnica

y pluricultural, por lo que deben tomarse las medidas para respetar esta situación.

Su respeto conlleva comprender y aceptar las diferencias culturales, cuando se pretende dar solución jurídica a los conflictos, tomando en cuenta variables de tipo histórico, político, cultural, antropológico, ambiental, religioso, entre otras, como se dispone en la Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, (Ley 9593, 2018), artículos 1 y 8.

Costumbre y Derecho consuetudinario indígena

La costumbre, como fuente de derecho, es el elemento principal del régimen o sistema que se reconoce como Derecho consuetudinario.

Los usos y las costumbres son hechos que, a base de repetición, se transforman en normas. A partir de datos recogidos de la observación fáctica de la conducta típica de un grupo humano, se extraen cánones deónticos (o deber ser): un modelo de conducta que, en un determinado ámbito intersubjetivos, son considerados como normales y correctos (Torrealba, 2019, p. 42)

Pero cuando hablamos de Derecho consuetudinario, estamos hablando de algo más amplio, dado que es un concepto que relaciona la costumbre con la cosmovisión (manera de ver e interpretar el mundo) y los valores. No se trata entonces de una pauta aislada o específica, sino de un sistema integral de reglas, por medio del cual se dan soluciones a las controversias en los diversos ámbitos de la vida. Dicho sistema se caracteriza por su transmisión oral y por su relación con la identidad social de la comunidad. Tratándose de poblaciones indígenas, se enfoca en derechos colectivos, en

la solidaridad grupal, en trámites flexibles y en el respeto del equilibrio ambiental. Es además un derecho dinámico, en continua evolución.

Las leyes consuetudinarias son fundamentales para la identidad de los pueblos indígenas y las comunidades locales, ya que definen los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los miembros en relación con importantes aspectos de sus vidas, culturas y visión del mundo. El Derecho consuetudinario puede guardar relación con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y las obligaciones relacionados con la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como otros muchos asuntos...

El Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres, prácticas y creencias que los pueblos indígenas y las comunidades locales aceptan como normas de conducta obligatorias y que forma parte intrínseca de sus sistemas sociales y económicos y su forma de vida. Lo que caracteriza al Derecho consuetudinario es precisamente que consiste en un repertorio de costumbres reconocidas y compartidas colectivamente por una comunidad, pueblo, tribu, etnia o grupo religioso, por oposición a las leyes escritas que emanan de una autoridad política legalmente constituida cuya aplicación incumbe a la autoridad, generalmente al Estado (OMPI, 2021).

La costumbre pasa entonces a ser fuente principal para la solución de los conflictos relacionados con las poblaciones indígenas.

Deja de ser fuente supletoria o instrumento de interpretación o integración. Pero se requieren dos condiciones para la validez de su aplicación:

- a) **Que la costumbre no sea contraria a los derechos humanos ni fundamentales.** La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en resolución 15638 de 21.09.2010, declaró contrarias a los derechos fundamentales decisiones adoptadas por entidades internas de las comunidades indígenas sobre la afiliación o desafiliación a las Asociaciones de Desarrollo Integral que las representaban.
- b) **La efectiva demostración de la costumbre invocada.** Tema complejo, que amerita un análisis profundo, por lo que solo se hará referencia breve a la importancia del peritaje cultural como herramienta para ello.

El respeto y prioridad de la costumbre indígena se fundamenta en el artículo 1 constitucional (reformado en el 2015), en los convenios internacionales que se enlistan (con vigencia anterior a esa reforma) y en la legislación local posterior de los últimos años, que reconocen el principio de autodeterminación de estos pueblos y el derecho a que resuelvan sus controversias a través de sus costumbres.

Se citan algunos de los cuerpos normativos más relevantes al respecto, según su orden de vigencia:

- Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo (1957),

Poblaciones Indígenas y tribales (Ley 2330, 1959), artículos 4 y 7. Reconoce expresamente que al definirse los derechos y las obligaciones de las poblaciones indígenas se debe tomar en consideración su Derecho consuetudinario y garantizarles el poder mantener sus propias costumbres o instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

- Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (1989), Pueblos indígenas y tribales en países independientes (Ley 7316, 1992), artículos 5-a y b, 8, 9, 13. Dispone que al aplicarse la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán considerar sus costumbres o su Derecho consuetudinario. Dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- Constitución Política (1949), artículos 1, 33 y 41. En el primero se reconoce es Costa Rica una nación pluriétnica y multicultural (2015). Las otras normas regulan el principio de igualdad material y el de justicia pronta y cumplida de conformidad con las leyes.
- Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica (Ley 9593, 2018): artículos 1 y 8. El primero establece que los conflictos deben resolverse tomando en consideración el derecho indígena, siempre y cuando no transgreda los derechos humanos, y su cosmovisión.

El segundo regula lo relativo al peritaje cultural como herramienta para conocer las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de estos pueblos.

- Código Procesal Agrario (Ley 9609, 2018), artículos 48-10 y 221. Tratándose de asuntos referidos a personas y comunidades indígenas, sus poblaciones y territorios, en la aplicación de la normativa procesal debe tomarse en cuenta el Derecho indígena, sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales. Se utilizarán dictámenes periciales culturales y los métodos a los que recurren tradicionalmente, para la solución de sus conflictos. Lo anterior, siempre que no se infrinjan derechos fundamentales.

Dos instrumentos internacionales de obligada referencia sobre el tema son:

- Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007). Todo su contenido es relevante en relación con el Derecho consuetudinario, pero destacan los artículos 34 y 35, que decretan 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; así como a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA, 2016): Al igual que la anterior, todo su

contenido es trascendente, pero destaca particularmente el artículo XXII, que dice:

Derecho y jurisdicción indígena:

1. 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.
2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

También existen circulares internas del Poder Judicial costarricense, emitidas por la Corte Suprema de Justicia (Corte Plena) o por el Consejo Superior, que resaltan la debida tutela del Derecho consuetudinario indígena. Entre ellas:

- Circular 32-2021 de 12.02.2021: Lineamientos para las personas servidoras judiciales en relación con las Medidas Cautelares 321-12 de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos contra el Estado, y aplicación de la normativa internacional de derechos humanos a personas indígenas.

- Circular 227 del 12.10.2020: Lineamientos para la realización de puestas en posesión y desalojos de personas en situación de vulnerabilidad o vulnerabilizadas, entre otras, pertenecientes a pueblos indígenas, en situación de discapacidad, adultas mayores y menores de edad.
- Circular 188 de 17.10.2019: Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica.

En sus lineamientos, se promueve el otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que diferencian las poblaciones indígenas del resto de la colectividad y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su Derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra. De igual modo se prioriza el respeto de los mecanismos indígenas internos de decisión de controversias que estén en armonía con los derechos humanos, según los estándares internacionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, sentencia de 25 de noviembre de 2015, reiterados en el caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina y las disposiciones de la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica.

También se insiste en que se debe garantizar el acceso a la justicia a la población indígena tomando en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales, aplicando el Derecho Indígena -siempre y cuando no transgreda los derechos humanos- así como sus costumbres y cosmovisión, conforme a la normativa nacional e internacional, en especial, de la Constitución Política (1949), el artículo 1, que declara a Costa Rica como una República multiétnica y pluricultural. De ser necesario podrá requerirse un peritaje antropológico, para garantizar, proteger y tutelar los derechos humanos de estos pueblos, conforme lo dispone la Ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas de Costa Rica.

Sobre lo comentado, destacan los precedentes judiciales en los cuales se garantiza el Derecho consuetudinario indígena. Por ejemplo:

Sala Constitucional, resolución 3003.1992 (consulta preceptiva del Convenio 169 OIT)

Es... necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo.

Sala Constitucional, resolución 20139.2014

De la propia Constitución Política se infiere un principio de reconocimiento

de los pueblos indígenas, sustentado en la idea de protección estatal para lograr preservar su cultura, el cual es reafirmado en Tratados Internacionales debidamente ratificados por Costa Rica, lo cual ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional, al igual que esta Sala ha admitido también la protección especial que debe dársele al territorio y cultura de los pueblos indígenas, en razón de sus condiciones de vulnerabilidad, no solo actual, sino también pasada, y sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los seres humanos... y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes. (Ver en igual sentido, entre otras, sentencias 1786.1993, 6229.1999 y 8927.2012, 7536.2016).

Sala Constitucional, resolución 12743 de 12.11.2004

Tampoco es de recibo el argumento de la recurrente en el sentido de que fue juzgada por un tribunal especial en contra del principio de juez natural y del de la universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial, pues dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente; además, su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con

sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Al respecto, debe tenerse presente que no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno. De igual modo, si la resolución dictada por ese tribunal adolece de algún defecto—como la falta de firmas que reclama la amparada—ello no es más que un problema de legalidad y las nulidades que de ello puedan derivarse deben alegarse ante el propio tribunal o en la vía de legalidad respectiva.

Sala Constitucional, resolución 529.2017

Así las cosas, los Tribunales de Derecho Consuetudinario nacen del derecho que tienen los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un ‘sistema jurídico indígena’ que contiene normas jurídicas y valores que lo determinan como una ‘cultura jurídica propia’. Tal y como se indicó, el artículo 4 de la Ley Indígena citado determina el derecho de los indígenas a organizarse en ‘sus estructuras comunitarias tradicionales’, con lo que se infiere que esa organización propia deriva en la posibilidad de desarrollar un sistema jurídico también autóctono. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT (Ley N°7316 de 1992), señala el derecho de estos pueblos a reivindicar su justicia propia, conforme lo establece el numeral 8.1. que dice que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o

su derecho consuetudinario. Sin embargo, los Tribunales de Derecho Consuetudinario, no deben ser concebidos como un tribunal especial, sino que fueron creados para conocer precisamente los casos en general que se susciten entre indígenas y no en forma particular para un caso específico. Además, su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres; y por ser un ente concentrado en remediar conflictos entre indígenas, en realidad no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. De modo que, los elementos de enlace entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal están en el hecho de que las acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario son tan legítimas como las de otros tipos de justicia que el sistema jurídico costarricense reconoce, como la justicia arbitral. De tal forma, que la figura del Tribunal Indígena de Derecho Propio nace a la luz del ordenamiento jurídico nacional e internacional, por lo que la institución como tal no resulta contraria al artículo 11 de la Constitución Política.

En igual sentido resoluciones 10554 de 09.08.2013 y 23240 de 22.11.2019

Tribunal Agrario, resolución 592.2020

El criterio en cuanto al derecho de la autonomía de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos es compartida y respetada por este Tribunal, debiendo tales decisiones ser respetuosas de los derechos humanos internacionalmente

reconocidos, lo que no ocurre en este caso conforme se dirá.- En reiterados votos de este Tribunal como el número 268-10 de las catorce horas treinta minutos del veintidós de marzo de dos mil diez, en cuanto al tema dice: "... X.- En los países donde existen comunidades y pueblos indígenas con identidad propia, como el nuestro, se debe establecer cuáles sistemas de autoridades, normas y procedimientos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues en principio son diferentes del orden estatal regulado por el Derecho positivo. El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos.

Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la colectividad resolver los conflictos internamente, dentro del ámbito en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, con una visión global, y donde es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. Normalmente, la justicia comunitaria indígena tiene mecanismos más locales y directos, un procedimiento oral y flexible que no necesariamente es equitativo, siendo que los conflictos de carácter interno se resuelven mediante arreglos tendientes

a mantener la paz en comunidad. En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.

En igual sentido resoluciones 633 de 29.06.2010, 304 de 29.03.2006.

Tribunal Agrario, resolución 304.2006.

En relación con la eficacia de los acuerdos tomados por las comunidades indígenas, sobre los temas de posesión agraria, también se ha indicado:

Los Tribunales agrarios no pueden negar protección jurisdiccional a los problemas de posesión indígena. Al contrario, deben tener una especial sensibilidad hacia dicho tipo de conflictos, he incluso conocer sus costumbres, para lograr de esa forma imponer el respeto que merecen los acuerdos pactados en sede administrativa. Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndose alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales.

Tribunal de Casación Penal de San José, resolución 817.2001.

Se rechazó la solicitud

de prórroga una prisión preventiva, con base en que era necesario analizar la eventual aplicación del derecho consuetudinario de poblaciones indígenas, por sobre las “normas continentales”.

Peritaje cultural como puente hacia el conocimiento

El peritaje “cultural”, también denominado “antropogénico”, no es una prueba pericial común. Aunque es realizado por personas expertas para suplir conocimientos que los tribunales jurisdiccionales no tienen, no se dictamina sobre aspectos técnico-científicos, prácticas o artes que ameriten un conocimiento especial -no jurídico- por la persona encargada de emitir el dictamen. Su fin es suministrar información sobre prácticas culturales y costumbres de una comunidad indígena específica, por lo que quien realiza el peritaje obtiene el conocimiento o los datos del grupo. Lo que se hace en la pericia es acreditar o certificar que efectivamente existe la costumbre o forma de solucionar un conflicto.

Por ello, constituye una herramienta fundamental para hacer efectivo el respeto de la diversidad cultural. Actúa como puente al conocimiento, pues usualmente las personas externas a la comunidad indígena, especialmente quienes integran los tribunales jurisdiccionales, usualmente no conocen las costumbres del grupo involucrado en el conflicto.

Es importante aclarar que el peritaje cultural no es la única prueba que existe para lograr el fin citado. Puede que existan otras fuentes calificadas o certificadas, como estudios universitarios sobre el tema que se dictamina. Pero si debe tenerse presente que sea una prueba idónea y actualizada (dado el

dinamismo de las prácticas culturales).

La logística del peritaje cultural implica dificultades especiales, ya que requiere observación directa para comprobar la costumbre en el sitio, y se requieren habilidades específicas para realizar la tarea respetando la dignidad y la organización interna de la comunidad objeto de análisis. Este grupo, además, puede ser diverso, no estar concentrado en un solo lugar y sus integrantes pueden tener posiciones diferentes en relación con el conflicto que da origen al peritaje. Todo ello implica costos de traslado a zonas lejanas, generalmente con accesos difíciles; además del tiempo mínimo necesario para realizar adecuadamente la investigación.

Lo usual es que personas profesionales en antropología se encarguen de esta labor. Sin embargo, en ciertos casos puede ser importante que participen personas de otras profesiones o que el equipo dictaminador sea multidisciplinario. Lo cual lógicamente, encarece aún más los costos de la prueba.

El Código Procesal Agrario (2018), artículo 48, establece como potestad y deber de los tribunales:

10) En el caso de asuntos referidos a personas y comunidades indígenas, sus poblaciones y territorios, en la aplicación de la normativa procesal, ha de tomarse en cuenta el derecho indígena, sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales. Se utilizarán dictámenes periciales culturales y los métodos a los que recurren tradicionalmente, para la solución de sus conflictos. Lo anterior, siempre que no se infrinjan derechos fundamentales.

La Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, en su artículo 8 establece al respecto: “El juez deberá solicitar peritajes culturales en aquellos procesos judiciales que requieran un peritaje especial de las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de los pueblos indígenas”. También se posibilita la creación de un Banco de peritajes culturales, que podrá utilizarse en los procesos judiciales que involucren personas indígenas (artículo 9). Base de datos que sería idónea para disminuir costos y tiempos asociados a la espera del dictamen. Indudablemente, deben protegerse los datos sensibles y solo serán útiles aquellas pericias que puedan ser aplicadas en otros procesos.

Por ejemplo, los peritajes podrían ser útiles en casos donde sea necesario discernir sobre: a) cuál es el procedimiento y criterios consuetudinarios para determinar a quién corresponde la posesión de un terreno; b) si una persona indígena convive con otra no indígena, qué derechos puede tener dentro de la comunidad la primera, especialmente en relación con la posesión de la tierra; c) identificar figuras de autoridad y su rol en la comunidad (consejo de mayores, tribunales consuetudinarios, etc.); d) legitimación cultural, social o ancestral de determinada figura de autoridad interna para definir la condición de una persona (si es o no indígena) dentro del territorio o etnia específica o para solucionar conflictos, especialmente relacionados con uso de la tierra, e) relaciones de parentesco que pueden definir la pertenencia clánica, entre otros.

Otro tipo de informes en los cuales la consulta es específica y subjetiva, posiblemente tengan utilidad solo para el caso concreto en el cual fueron solicitados. Por ejemplo, aquellos

en que se consulta si determinada persona puede ser considerada indígena e integrante o no de una comunidad determinada (pertenencia clánica individualizada).

Como requisito para que un peritaje sea incorporado en esa base de datos, se exige contar con la autorización expresa de las personas involucradas en la experticia y reservar la identidad de todas las partes involucradas, dado que sus fines son estrictamente de interés institucional y académicos. Aspectos que han dificultado su creación. Al respecto, se ha cuestionado si quienes deben dar autorización son únicamente las partes del proceso o la comunidad estudiada a través de sus órganos representativos. Este proyecto no se había logrado consolidar al año 2021.

Sobre las dificultades para realizar el Banco de peritajes culturales pueden consultarse los siguientes documentos: Acta de Consejo Superior 61 - 2011, artículo LIV. Publicitación de peritajes culturales; Oficio 11434-2020 de 4 diciembre 2020 - Secretaría General CSJ-CR: Acuerdo del Consejo Superior sobre artículo 9 Ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas 9593; Oficio 3879-2021 de 5 mayo 2021 – Secretaría General CSJ-CR: Avances y dificultades del “Protocolo de recopilación, almacenamiento y control de los peritajes culturales”.

Varias circulares del Poder Judicial costarricense (de Corte Plena o del Consejo Superior) también establecen la importancia del peritaje cultural como herramienta probatoria, disponiendo incluso que se ordenen de oficio cuando sea necesario para resolver adecuadamente la controversia o para aplicar mecanismos de resolución alterna de conflictos. Entre ellas:

Circular 173 de 13.04.2019 de Corte Plena, “Modificación a la Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. La Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, aprobó la actualización de las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, dentro de las cuales se encuentran las personas indígenas. La Corte Plena en sesión 36 de 26 de agosto de 2019, artículo XXIV autorizó y puso en conocimiento la siguiente regla:

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas, Afrodescendientes, o pertenecientes a otras diversidades étnicas y culturales... (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de las comunidades indígenas, afrodescendientes y pertenecientes a otras diversidades étnicas y culturales, por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y/o antropológico, y al derecho a expresarse en el propio idioma.

- **Circular 188 de 17.10.2019 de Corte Plena: Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica.** Establece de importancia para el tema, como un eje prioritario:

“18. Actualizar el convenio interinstitucional entre el Poder Judicial y la Universidad de Costa Rica con el objetivo de que incluya la Facultad de Derecho y la Escuela de Antropología para fortalecer el programa de peritajes culturales y de capacitaciones a las personas servidoras judiciales, con posibilidades de establecer acciones conjuntas con otras Escuelas de la UCR que podrían ofrecer insumos importantes en los peritajes culturales”.

- **Circular 108 de 14 de mayo del 2021 del Consejo Superior: Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas.** Destaca en relación con el tema el punto 11: 11. Respecto a la diversidad cultural: obligación del peritaje antropológico/cultural: Cuando se juzgue a una persona indígena, el juez que conoce del caso dispondrá cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costado por Estado, el peritaje antropológico y/o cultural, con fin de conocer las normas culturales particulares, la personalidad, vida del imputado, entre otras, vinculadas con el hecho atribuido lo anterior de conformidad con el artículo 339 del Código Procesal Penal. La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido.

Si bien la regla hace referencia a la materia penal, puede resultar de aplicación obligada en otras materias, especialmente la agraria y la laboral, por el tipo de conflictos que en ellas se resuelven y porque, en todo caso, también se rigen por

el principio de gratuidad, para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

Crterios judiciales relevantes en relación con los peritajes culturales

Existen diversos precedentes judiciales relevantes que evidencia cómo se han utilizado y estudiado los peritajes culturales en los tribunales de Costa Rica. A continuación, se citan algunos de ellos.

De la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia:

- a) La Sala no tiene competencia para determinar:
 - Cuál es la autoridad interna indígena que debe definir quién es una persona indígena. Para ello es necesario además un peritaje cultural (resoluciones 3488.2018 y 9443.2015).
 - Si es correcta o no una decisión de una autoridad indígena interna, en relación con si una persona es o no indígena. No se puede, en un recurso de amparo, revisar ese criterio a través de un peritaje cultural, porque ello excede la naturaleza sumaria del proceso. La eventual disconformidad debe formularse en la jurisdicción ordinaria correspondiente (resolución 12019.2012).
 - Si se requieren, en todos los procesos penales, la realización de un peritaje cultural o un informe antropológico, a fin de entender la cultura y la cosmovisión de la etnia, así como otras circunstancias y prácticas religiosas y sociales. La interpretación y aplicación de las normas al caso concreto es una tarea que corresponde a los tribunales

ordinarios y no a la Jurisdicción constitucional especializada (resoluciones 20625.2010, 10835.2011).

- b) Para imponer pena de prisión por no pago de pensión alimentaria, se debe tomar en cuenta la cultura y costumbres del pueblo indígena, por ejemplo, a través de un peritaje cultural. La importancia de incluir este factor en la valoración radica “en el hecho de que algunas culturas indígenas se basan, por ejemplo, en economías de agricultura de subsistencia y trueque, por lo que imponer cualquier monto monetario (en lugar de un pago en especie, por ejemplo) por concepto de cuota alimentaria podría ser una obligación de imposible cumplimiento para algunos indígenas”. (resolución 11544.2016).
- c) No es obligatorio, para el debido proceso, realizar un peritaje cultural antropológico al momento de fijar la pena en un proceso penal. Pero si lo es tomar en consideración la condición de indígena de la persona acusada (resolución 11310.2011).
- d) Resulta inadmisibles un hábeas corpus basado en que no se realizó peritaje cultural en proceso penal. La Sala no es competente para revisar aspectos de legalidad sobre procedimiento penal (le corresponde al tribunal penal) (resolución 13418.2010).
- e) Importancia del peritaje cultural para determinar los derechos que pueden tener, en materia de uso de territorio, las parejas conformadas por personas indígenas y no indígenas. Por ejemplo, en la comunidad indígena Cabécar de Chirripó de Turrialba, de determinó a través de un peritaje cultural que

conforme a la costumbre indígena, si bien en la

Reserva... no está prohibida la unión de personas indígenas y no indígenas, no menos cierto es que no se encuentra permitido que tales parejas vivan y posean tierras dentro del territorio indígena. Tal restricción no es infundada, puesto que contribuye a la preservación de la cultura cabécar, la protección de sus costumbres y su territorio, como bien se explica en el mencionado peritaje cultural” (resolución 7536.2016).

De la Sala Primera, Corte Suprema de Justicia (última instancia en ordinarios civiles, agrarios, contenciosos administrativos, comercial)

- a) Debe realizarse un peritaje cultural para determinarse quienes son personas indígenas y quienes no, en relación con reclamos por territorios indígenas (resolución 297.2014).
- b) Para determinar si fue denegada de manera legítima la afiliación a una Asociación de Desarrollo Integral Indígena, debe realizarse un peritaje cultural. También para definir si un territorio pertenece o no a una determinada comunidad étnica (resolución 224.2010).

Del Tribunal Agrario (tribunal de apelaciones con competencia nacional):

- a) Quien no sea persona indígena de la comunidad a la que pertenece el terreno en disputa, conforme se determine en un peritaje cultural, no puede ejercer derechos posesorios. Es la comunidad en quien recae esa determinación (resolución 572.2019).

- b) Importancia del peritaje cultural para determinar procedimiento interno de solución de conflictos (resoluciones 1061.2018, 227.2017)
- c) Rechazo de apelación por inadmisión contra resolución que rechazó solicitud de peritaje cultural ofrecido como prueba para mejor resolver (resolución 1182.2016). Se trataba de una resolución interlocutoria, que carece de tal recurso, por lo que lo único que se valoró fue ese aspecto. Sin embargo, se resalta el precedente dado que implica el rechazo del ofrecimiento de la prueba en primera instancia, aunque no se conocen los motivos por los cuales no fue acogida ni las circunstancias del caso concreto.
- d) Nulidad de procedimientos porque no se contó con peritaje cultural para definir si las partes eran personas indígenas, lo cual es necesario para la aplicación del Derecho consuetudinario indígena. Se ordena la realización oficiosa de la prueba (resoluciones 848.2013, 453.2013, 437.2013).
- e) Nulidad de sentencia homologatoria de acuerdo conciliatorio. Se requiere previamente peritaje cultural para determinar si partes son indígenas y otros aspectos (resolución 1169.2013).
- f) Consuetudinariamente el abandono o no uso de un terreno indígena perteneciente a la comunidad concreta del caso, por más de 6 meses, acarrea la pérdida del derecho posesorio. La Asociación de Desarrollo Indígena respectiva puede disponer del terreno y asignarlo a otra persona en caso de ser requerido (resolución 592.2020).
- g) Peritaje cultural ordenado de oficio no transgrede las reglas de la carga probatoria (resolución 795.2011).
- De tribunales penales**
- a) No es admisible como causal de revisión ni se puede solicitar peritaje cultural ante Casación penal, si ello no fue pedido en las instancias pertinentes (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1039.2015).
- b) Es una acción positiva en beneficio de los derechos humanos de los pueblos indígenas, imponer a una persona imputada indígena por la comisión de un delito, sanciones acordes a las normas de la comunidad indígena a la que pertenece, siempre y cuando, por un lado, se cuente con prueba idónea, como puede ser un peritaje cultural, acerca de la cualidad indígena del procesado y de la víctima, de la pertenencia de ambos a una comunidad indígena en particular, de la estimación de la conducta acusada como una infracción también a normas indígenas según sus prácticas, valores y costumbres, de la existencia de sanciones que la específica comunidad impondría al concreto infractor y del procedimiento de ejecución de las mismas; y si esa sanción no resulte más perjudicial ni en gravedad ni ejecución que la sanción penal ordinaria imponible en el caso concreto. Sólo así se lograría el equilibrio entre las obligaciones estatales de respetar y garantizar tanto la cultura e instituciones de la comunidad indígena como los demás derechos fundamentales que le asisten al indígena en tanto persona...” (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1339.2005).
- c) No es indispensable para el debido proceso y por lo tanto no es motivo de revisión de la sentencia (para revocarla), el no contarse con un peritaje cultural-antropológico

para la imposición de la sanción penal a personas indígenas. Pero si se debe tomar en cuenta para ello esa condición, conforme lo establece la Sala Constitucional en sentencias 11310-2011 y 9763-2011. El peritaje cultural antropológico es inadmisibles para valorar sanciones alternas a la pena de prisión, tratándose de una persona indígena, por el principio de legalidad (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1335.2012; Tribunal de Casación Penal San José, resoluciones 913.2011, 1006.2011, 1206.2011, 1394.2011; Tribunal de Apelación de Sentencia Penal San José, resolución 227.2012).

- d) Rechazo de solicitud de prórroga de prisión preventiva en proceso con defectos procesales, contra persona indígena. Uno de los defectos fue la falta de un peritaje cultural (Tribunal de Casación Penal San José, resolución 1324.2010).
- e) Relevancia de contar con un peritaje cultural por ser la persona menor acusada indígena, independientemente de que esté o no anuente a aportar datos personales, pues ello no requiere de su consentimiento para practicarse, al igual que el estudio social de una persona no depende del aporte personal de información (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil San José, resolución 291.2017).

Conclusiones

El principio de interculturalidad impacta todos los temas sociales; pero en el ámbito jurídico es indiscutible su trascendencia. Por ello es una tarea indispensable analizar sus alcances y la forma como ha evolucionado su aplicación concreta. En específico, es necesario que, en todos los espacios -académico, administrativo y jurisdiccional- se reconozca su importancia en lo que a fuentes normativas corresponde, de manera que se tenga presente que su aplicación es innegable cuando estamos en presencia del Derecho consuetudinario indígena. Ello implica un cambio de paradigma en el estudio de la costumbre como fuente del Derecho privado costarricense.

También es relevante contar con diagnósticos periódicos sobre la manera como

se utiliza el peritaje cultural y las dificultades que se enfrentan para su elaboración, por ser una herramienta fundamental para hacer efectivo dicho principio. La creación del “Banco de peritajes culturales” parece ser un mecanismo fundamental para ello. Sin embargo, deben superarse barreras de índole legal, tecnológicas y económicas. Además, su consolidación aun no parece ser una prioridad institucional, pese al impacto positivo que tendría para la Administración de Justicia el contar con dicha base de datos, por sus efectos en lo que respecta a la disminución de la mora judicial y la mejor utilización de los recursos (humanos, económicos, etc.) necesarios para realizar adecuadamente un dictamen cultural.

Referencias bibliográficas

- Circular 173 de 2019 [Corte Suprema de Justicia]. Modificación a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Abril 13, 2019. (Costa Rica).
- Circular 188 de 2019 [Corte Suprema de Justicia]. Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica. Octubre 17, 2019. (Costa Rica).
- Circular 227 de 2020 [Corte Suprema de Justicia]. Lineamientos para la realización de puestas en posesión y desalojos de personas en situación de vulnerabilidad o vulnerabilizadas, entre otras, pertenecientes a pueblos indígenas, en situación de discapacidad, adultas mayores y menores de edad. Octubre 12, 2020. (Costa Rica).
- Circular 32 de 2021 [Corte Suprema de Justicia]. Lineamientos para las personas servidoras judiciales en relación con las Medidas Cautelares 321-12 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, y aplicación de la normativa internacional de derechos humanos a personas indígenas. Febrero 12, 2021. (Costa Rica).
- Circular 108 de 2021 [Corte Suprema de Justicia]. Reiteración de la circular 10-09 sobre las Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. Mayo 14, 2021. (Costa Rica).
- Código Civil, 1985. Ley 30 abril 19, 1985. 01 de enero 1988, (Costa Rica).
- Código de Comercio, 1964. Ley 3284 abril 30, 1964. 27 de mayo de 1964, (Costa Rica).
- Código Procesal Agrario, 2018. Ley 9609 setiembre 27, 2018. 28 de febrero 2025, (Costa Rica).
- Constitución Política (1949), 7 de noviembre 1949, Colección de leyes y decretos, Tomo 2, 1949, (Costa Rica).
- Convenio 107 OIT, 1957. Convenio de OIT 107 sobre Protección de Pueblos Indígenas y Tribales. Colección de leyes y decretos, Tomo 1, 1959, (Costa Rica).
- Convenio 169 OIT, 1989. Convenio de OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Gaceta 234 de 4 de diciembre 2012, (Costa Rica).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 3003; noviembre 4 de 1992
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 12743; noviembre 12 de 2004.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 20139; diciembre 11 de 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 529; enero 17 de 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1339; noviembre 23 de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1335; agosto 29 de 2012.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1039; agosto 07 de 2015.
- Declaración universal sobre la diversidad cultural de 2001. [UNESCO]. Noviembre 2 de 2001.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007. [ONU]. Setiembre 13, 2007.
- Estrada, J & Smith, Anger & González, Maylin (2019) Lineamientos de educación intercultural. Ministerio de Educación Pública, Costa Rica. <https://mep.go.cr/sites/default/files/lineamientos-educ-intercultural.pdf> (20 octubre 2021).
- Imaginario, Andrea (2020). Interculturalidad (2020). <https://www.significados.com/interculturalidad/> (22 octubre 2021).
- Ley 5525, 1974. Ley de Planificación Nacional. Colección de leyes y decretos, Tomo 2, 1974, (Costa Rica).
- Ley 8916, 2010. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Gaceta 32 de 15 de febrero 2011, (Costa Rica).
- Ley 9305, 2015. Reforma el artículo 1° de la Constitución Política para establecer el carácter Multiétnico y Pluricultural de Costa Rica. Gaceta 191 de 01 de enero 2015, (Costa Rica).
- Ley 9593, 2018. Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica. Gaceta 179 de 29 de setiembre 2018, (Costa Rica).
- Torrealba, F (2019). Principios del Derecho privado. Juricentro.
- Resolución 2888 XLVI-O/16 de 2016 [Organización de Estados Americanos (OEA)]. Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Junio 14 de 2016.
- OMPI (2021). El Derecho Consuetudinario y los Conocimientos Tradicionales. Reseña N°7. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_7.pdf
- Poder Judicial. Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 304; enero 24 de 2006.
- Poder Judicial. Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 592; enero 10 de 2020.
- Poder Judicial. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil San José. Sentencia 291 agosto 17 de 2017.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 817; octubre 18 de 2001.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1324; noviembre 10 de 2010.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 913; julio 21 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1006; agosto 11 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1206; septiembre 13 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1394; octubre 19 de 2011.

Ruth Alpízar Rodríguez

Máster en Administración de Justicia, énfasis en materia civil, Universidad Nacional (UNA). Especialista en materia agraria y ambiental, Universidad de Costa Rica (UCR). Profesora de la UCR en los cursos Derechos Reales, Derecho Ambiental, Principios de Derecho Privado y Derecho Agrario. Facilitadora de la Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica,

en Derecho Ambiental y en la Especialidad de la materia agraria. Jueza agraria de primera instancia y suplente en Tribunal de Apelaciones desde hace más de veinte años. Ha realizado diversas publicaciones en materias ambiental, agraria, procesal y derecho de la persona consumidora.