

FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA

MINISTERIO PUBLICO DE COSTA RICA
PODER JUDICIAL

CIRCULAR
13-ADM
2011



CIRCULAR SOBRE PROYECTO JUSTICIA RESTAURATIVA

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 13, 14 Y 25 DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO, SE PONEN EN CONOCIMIENTO DE LOS Y LAS FISCALES LAS SIGUIENTES INSTRUCCIONES DEL FISCAL GENERAL, LAS CUALES DEBEN SER ACATADAS DE INMEDIATO, A EFECTO DE CREAR Y MANTENER LA UNIDAD DE ACCION E INTERPRETACION DE LAS LEYES EN EL MINISTERIO PUBLICO.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE CONTROL INTERNO Y LA CIRCULAR FGR N° 10-2006, ES RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES ADJUNTOS QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALIA.

JORGE CHAVARRÍA GUZMÁN
FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA
Noviembre 2011
[ORIGINAL FIRMADO]

La presente circular en el mes de noviembre del 2012, sufrió una modificación en su contenido, específicamente en el punto VI. Usurpación de tierras.

Política de persecución penal y abordaje de CAUSAS INDÍGENAS

I.- ANTECEDENTES

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

En razón de lo anterior a fin de unificar criterios a nivel nacional en materia penal, sobre elementos a considerar por el ente fiscal, en aquellas investigaciones en las

cuales esté involucrado una persona indígena, se emite la presente directriz de carácter general, a fin establecer los parámetros mínimos de consideración al aplicar las disposiciones vigentes en materia de derecho indígena.

II.- COMPETENCIA FISCALIA ASUNTOS INDIGENAS

La Fiscalía de Asuntos Indígenas tiene competencia nacional por disposición del suscrito,

(acuerdo, etc, indicar n) para conocer aquellos casos en que por su relevancia y complejidad resulten de una tramitación especial. Tiene como labor complementaria coadyuvar y colaborar con las fiscalías territoriales en cualquier aspecto en específico que deba realizarse durante la investigación de delitos en que intervenga un ciudadano indígena.

Dado lo anterior, previa remisión de un expediente a la Fiscalía de Asuntos Indígenas, el fiscal debe informar a esta oficina, los hechos investigados con el fin de valorar preliminarmente que se cumpla con los requisitos antes mencionados; pues además de verificar la condición de indígenas que ostentan las partes, es necesario coordinar con esta sede, la pertinencia de su remisión, ya que si el asunto es considerado de tramitación simple, deberá continuar su curso natural en la fiscalía territorial.

Se deberá reportar trimestralmente de manera electrónica a la Fiscalía de Asuntos Indígenas, las causas que se tramitan a nivel nacional de asuntos indígenas, consignando los siguientes datos: número de expediente, partes, delito y estado de la causa.

En los asuntos en que proceda la aplicación de una salida alterna – conciliación, reparación integral del daño u otra- o bien un proceso

abreviado, con el fin valorar y avalar su procedencia se debe informar a la Fiscalía de Asuntos Indígenas, a efecto de que esta como oficina especializada brinde soporte y asesoría en el tema. Conjuntamente poder cuantificar a nivel nacional los casos en que se aplicaron procedimientos especiales a personas indígenas.

De manera que, para la aplicación específica del procedimiento abreviado, los fiscales territoriales deben remitir la acusación – vía electrónica o fax- y los términos en que se está negociando (pena impuesta e información a la víctima y si se contemplo el rebajo del tercio en esa pena en la negociación).

Dentro del curso de las investigaciones en que figure un indígena como parte se deben tomar en cuenta los lineamientos que se indicarán en el presente documento, con el objetivo de cumplir con los acuerdos internacionales suscritos por Costa Rica en materia indígena (Convenio 169 Organización Internacional de Trabajo y Reglas de Acceso a la Justicia de Personas en condición de vulnerabilidad), sino también para evitar se vulneren los derechos de esta población lo cual produce vicios en los procesos.

III.- NOMBRAMIENTO DE TRADUCTOR

Al momento de iniciar una investigación en que alguna de las partes – ofendido o imputado- sea

un ciudadano indígena, se debe garantizar - en los casos que lo requieran- la presencia de un traductor o intérprete en el idioma materno del usuario.

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

IV.- PERITAJES CULTURALES

En el proceso penal se reconoce la diversidad cultural, contemplada en el artículo 339 del Código Procesal Penal, el cual reza:

“...Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el

hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba...”

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

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

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

Art 9:

9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

9.2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10:

10.1 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.

10.2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

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

cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo permitido y lo prohibido.

El panorama referido no implica un régimen de excepción que permita la impunidad de los delitos a conveniencia del sujeto activo por el mero hecho de ser parte de un pueblo indígena.

Así las cosas, en aquellos casos en que los hechos están relacionados con una circunstancia normada o institucionalizada, se hace necesario la aplicación de un peritaje especial para analizar desde la perspectiva cultural: el conflicto, el motivo que lo generó y la valoración sociocultural que se realiza del mismo, o bien valorar la posibilidad de imponer una pena distinta a la prisión.

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

V.- TALA ILEGAL DENTRO DE TERRITORIO INDIGENA

Para la investigación de delitos de tala ilegal dentro de territorio indígena, el fiscal debe tomar

en cuenta el procedimiento especial, establecido en el artículo 4 y 5 del Decreto 27-800- MINAE¹.

En cuanto al decomiso de madera producto de la actividad ilícita, es menester indicar:

La Ley Indígena 6172 y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los indígenas son los **únicos facultados para disponer y utilizar los terrenos y recursos forestales comprendidos en los territorios indígenas**, bajo un marco de respeto a su cultura y costumbre, en razón de ello se debe procurar en la medida de lo posible que la madera decomisada se mantenga en el territorio indígena de origen.

Cuando exista sentencia condenatoria, y durante el proceso hubo remate del producto decomisado, tal como lo regula el artículo 65 de la Ley Forestal, se debe solicitar a la autoridad jurisdiccional, se ordene destinar el 50% del dinero – producto del remate- a la Asociación de Desarrollo Indígena, para destinarlo a proyectos forestales, con fundamento en la citada norma.

VI.- USURPACION DE TIERRAS

Según datos estadísticos hay territorios en donde más del 50% de las tierras se encuentra en manos

¹ Reglamento para el aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas, 16 de marzo de 1999; Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones.

de no indígenas, situación que constituye un denominador común casi todos los territorios indígenas², lo cual ha venido generando denuncias desde dos aristas, por un lado la adquisición ilegal de estas tierras y por otro la usurpación que realizan los indígenas a terrenos que son propietarios no indígenas.

Dado lo anterior es de vital importancia analizar, a la luz de la normativa nacional e internacional, si tales conflictos deben ser dilucidados en la vía penal.

En primer término, la Ley Indígena en el artículo 3 reza:

“...Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidad que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas solo podrán negociar sus tierras con otros indios. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de estas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas es ABSOLUTAMENTE NULO con las consecuencias legales del caso...”

² Consulta en los territorios indígenas del Pacífico de Costa Rica del Programa de Catastro y Registro;2007; Pág 17

De forma tal, cualquier adquisición de personas no indígenas, después del año 1977 - entrada en vigencia la Ley 6172 - se encuentra al margen de la Ley, por lo que deberá determinarse en la vía correspondiente la validez de dicho título, ya que a pesar de ser una conducta prohibida legalmente, no encaja en ningún tipo penal vigente.

En relación a la usurpación que realizan los indígenas a terrenos que son de propietarios no indígenas.

Si bien es cierto tales conductas pueden adecuarse al delito de usurpación regulado en el artículo 225 del Código Penal, es necesario tomar en cuenta aspectos específicos referentes a esta población, de manera que la legislación penal, no menoscabe ejercicios de derechos legítimos, que legislaciones especiales han dado - Ley Indígena y Convenio 169 de la OIT- como lo son: salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y evitar el despojo de sus tierras.

Tal y como se indicó líneas atrás, el numeral 3 de la Ley Indígena es claro en establecer que son únicamente los indígenas los legitimados para poseer las tierras que están dentro de su territorio, de manera que las y los representantes del Ministerio Público **deberán recibir las denuncias y valorar el caso concreto** de si en la

especie se está en presencia jurídico-procesal de aquella causa de justificación del artículo 25 del Código Penal.

En consecuencia en tratándose de una causal de antijuridicidad de ejercicio legítimo de un derecho, es deber verificarla por las y los fiscales, así como valorar si existen otros delitos de acción pública lesivos a otros bienes jurídicos tutelados y abrir los casos penales que correspondan.

VII. Uso tradicional de la pesca entre los Maleku y la extensión territorial de dicha actividad

El pueblo Maleku se asienta exclusivamente en la región norte de nuestro país, específicamente en la cuenca del Río Frío, que recorre un extenso territorio entre las faldas del Volcán Tenorio y el río San Juan (conforman las llanuras de Guatuso). En razón de ello, tienen una cultura forjada por miles de años en el entorno natural de la cuenca del citado río.³

Así las cosas, la actividad de pesca desarrollada por este pueblo indígena, lleva consigo un trasfondo cultural y espiritual, que debe ser fundamentalmente analizado en las investigaciones, al respecto se ha dicho:

³ Guevara Berger Marcos. Peritaje cultural. Escuela Antropología. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica; 2011.

“... en los meses de verano, entre marzo y abril, los malekus iban a pescar tortuga y peces en Caño Negro (...) **la cacería y la pesca eran actividades sagradas**. Se iban a Caño Negro sobre el Río Frío en balsas, dormían en las orillas hasta llegar a su destino “Torogamh”, el Caño Negro, donde se quedaban entre ocho y quince días, pasando las noches en chocitas de paja(...) cuando los pescadores volvían a la comunidad, eran recibidos con chicha. Luego se repartía la carne para los familiares y amigos. Cuando llegaban a las casas continuaba la fiesta. Bailaban y contaban sus anécdotas...” (la negrita no deviene del original)⁴

En virtud de lo anterior, es que cualquier indígena Maleku, se considera facultado a pescar y utilizar los recursos de la zona, sin importar las restricciones que se pretendan imponer, de tal manera el pescar guapotes, mojarras y tortugas en ríos o caños de toda la región y constituye **un comportamiento culturalmente aceptado** por sus miembros.

Del panorama antes descrito, se infiere que la actividad de pesca, desarrollada por los indígenas – maleku-, se excluye del tipo penal descrito en el artículo 97 de la Ley de Conservación de la Vida

⁴ Lacayo Rigoberto citado por Guevara Berger Marcos. Peritaje Cultural. Escuela Antropología. Universidad de Costa Rica; San José, Costa Rica ; 2011.

Silvestre⁵, por razones de atipicidad, en virtud del siguiente fundamento:

Para que la conducta sea típica, se requiere la presencia de una acción y conocimiento del aspecto objetivo y subjetivo del hecho, no obstante, esta se excluye cuando a pesar de existir el elemento objetivo, no se actúa con el dolo requerido.

Tal cual es el caso de análisis, claro está que la acción de pesca realizada por los indígenas Maleku, cuenta con el elemento objetivo del tipo penal; sin embargo al estudiarla a la luz de sus costumbres ancestrales, ha sido una práctica que se ha desarrollado milenariamente en la zona norte del país, llevando inmerso además un significado espiritual, de modo que hay un desconocimiento – en razón de su cultura- de la contrariedad a la citada norma, y la consecuencia impuesta por el Estado, por cuanto la conducta se ha introyectado como admitida culturalmente.

De esta manera, no es posible acreditar la presencia los componentes del dolo,

⁵ (...)Será sancionado con pena de cinco a diez salarios base o pena de prisión de dos a ocho meses, y el comiso del equipo o material correspondiente, quien pesque en aguas continentales – ríos, riachuelos y quebradas hasta su desembocadura, lagos, lagunas, embalses, esteros y demás humedales-, de propiedad nacional, empleando explosivos, arbaletas, atarrayas, chinchorros, líneas múltiples, trasmallo o cualquier otro método que ponga en peligro la continuidad de las especies (...)

consecuentemente la conducta deviene en atípica, siendo lo procedente fundamentar el requerimiento fiscal, en un error tipo.

Aunado a ello, es importante profundizar más allá de la tipicidad, siendo que a pesar de estar ante un supuesto en que la conducta sea típica, esta carecería de antijuricidad, tanto formal como material.

En lo que respecta a la primera, su esencia radica en la inobservancia del mandato o prohibición contenido en la norma. Al analizar este elemento hay que valorar que los indígenas Maleku, no han interiorizado como suyas las limitaciones que la norma impone, en virtud de que prevalecen sus costumbres, de modo que actúan creyendo que su conducta es permitida.

En relación con la antijuricidad material, es necesaria la vulneración del bien jurídico que la norma quiere proteger; en el caso que nos ocupa, pese a que preliminarmente podría decirse que existe una afectación al medio ambiente (bien jurídico tutelado), de un análisis específico es dable concluir que los Maleku han mantenido esta práctica ancestral por más de cuarenta años, conducta que ha sido adaptado por el ecosistema, de manera que a pesar de existir un depredador (indígena) el sistema ecológico se ha regenerado sin causar mayor lesividad.

Por otra parte, es posible fundamentar que estos ciudadanos, mantienen un sentimiento de tener derecho a pescar y utilizar los recursos de la zona, aspecto que se adecua a la causa de justificación: ejercicio legítimo de un derecho.

Finalmente, desde el punto de vista sustancial el requerimiento fiscal debe contener el análisis de ambas posiciones, tanto la falta de tipicidad como de antijuricidad.

El acatamiento de la presente circular, lleva implícita el cumplimiento de disposiciones nacionales e internacionales en materia de reconocimiento de los derechos de los indígenas, como pueblos históricos y culturalmente diferenciados.