

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

"EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO"
TESIS DE POSGRADO

FERNANDO GARCÍA RUBÍ
CARNET 24740-13

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, ABRIL DE 2016
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

"EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO"
TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
FERNANDO GARCÍA RUBÍ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL PENAL

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, ABRIL DE 2016
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

DR. JOSUE FELIPE BAQUIAX BAQUIAX

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. JOSE EDUARDO MARTI GUILLO
MGTR. MAYRA YOJANA VÉLIZ LÓPEZ
LIC. MARCO ANTONIO VILLEDA SANDOVAL



Josué Felipe Baquix
Doctor en Ciencias Penales

Guatemala, 12 de junio de 2015.

Doctor:
Rolando Escobar Menaldo,
Decano,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Rafael Landívar.

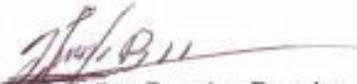
Estimado Doctor Escobar Menaldo:

Conforme nombramiento recaído en mi persona, para asesorar la tesis de maestría titulada: **"EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO"**, del maestrante en Derecho Procesal Penal, Fernando García Rubí, quien se identifica con carné universitario 2474013 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, rindo el presente informe:

1. Conforme el anteproyecto de investigación autorizado al maestrante García Rubí, se procedió a revisar el plan de investigación para cada uno de los capítulos y de manera integral el documento final; de las revisiones que se hicieron a cada apartado, se le requirió una serie de correcciones para adecuar la investigación a los enfoques jurídicos, propios de la materia, correcciones que fueron cumplidas en su totalidad.
2. El investigador-maestrante ha completado el trabajo final de acuerdo al Instructivo de Tesis de Posgrado de la facultad y en consecuencia hacen del documento final, un trabajo de grado que cumple con los presupuestos metodológicos exigidos al respecto.
3. Los temas tratados en la investigación logran que el informe final sea un documento de relevancia académica y social, que se adecúa a las líneas de investigación de la Facultad.

Por lo anterior, rindo **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo de tesis del maestrante en Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Fernando García Rubí con carné 2474013, considerando oportuno que pueda continuar con los trámites respectivos a fin de concluir con sus estudios de posgrado.

Atentamente,


Doctor Josué Felipe Baquix Baquix
Revisor de Tesis

Josué Felipe Baquix
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 8 de Febrero de 2016

Señores

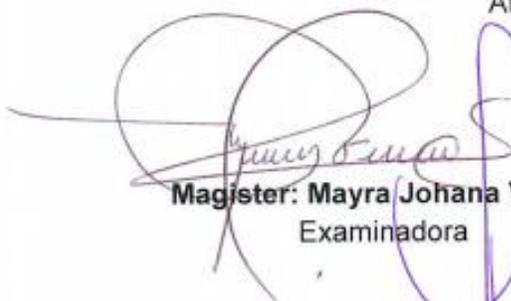
**Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar**

De conformidad con el artículo 25 del *Instructivo para la elaboración de trabajo de investigación para graduación de las maestrías* de esa Facultad, hacemos de su conocimiento que hemos procedido a la revisión del trabajo titulado: **“El peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco”**, presentado por el estudiante Fernando García Rubí carné número **2474013** de la Maestría en Derecho Procesal Penal.

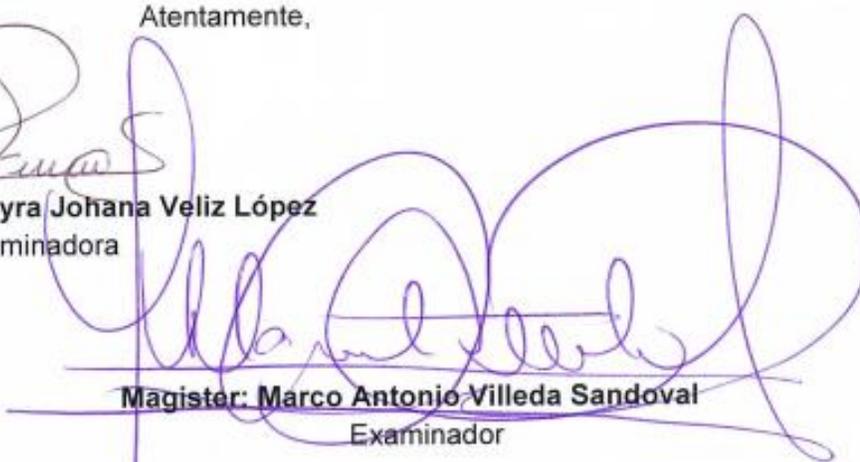
A nuestro juicio, el estudiante ha incorporado a su trabajo, en forma satisfactoria, las modificaciones efectuadas durante el respectivo examen de defensa, por lo que informamos que la tesis ha sido aprobada, a efecto de continuar con los trámites correspondientes.

Sin otro particular, con muestras de nuestra consideración, nos es grato suscribirnos.

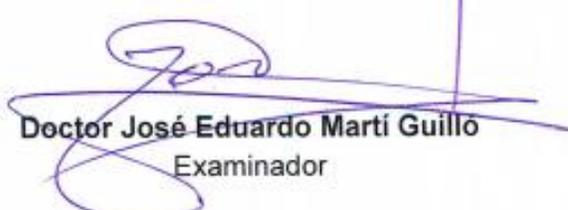
Atentamente,



Magister: Mayra Johana Veliz López
Examinadora



Magister: Marco Antonio Villeda Sandoval
Examinador



Doctor José Eduardo Martí Guilló
Examinador

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante FERNANDO GARCÍA RUBÍ, Carnet 24740-13 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07831-2015 de fecha 1 de diciembre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL PENAL.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 11 días del mes de abril del año 2016.



MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO, VICEDECANA
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



El autor será el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación traza como objetivo general, determinar luego de un análisis profundo, la Importancia que el peritaje cultural reviste como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco.

Para el efecto se implementó una investigación de tipo jurídico descriptivo, analizando diferentes fallos judiciales en los cuales se introdujo al proceso penal, el peritaje cultural como medio de prueba.

La investigación realizada permite concluir, que el peritaje cultural es un medio de prueba permitido en el proceso penal guatemalteco y puede ser utilizado siempre y cuando no suprima garantías y facultades inherentes de las personas, no afecte el sistema institucional, y se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y por lo tanto sea útil para el descubrimiento de la verdad y por ende no sea abundante.

Se recomienda que las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país, incorporen a su pensum curricular, el estudio del litigio penal con pertinencia cultural, abordando específicamente la prueba del peritaje cultural, con el fin de que los futuros operadores de justicia lo apliquen permitiendo con ello el verdadero acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	7
1.1. El peritaje cultural	7
1.1.1. Antecedentes	7
1.1.2. Antecedentes históricos de la utilización de peritajes culturales en Guatemala.....	10
1.1.3. Concepto de peritaje cultural.....	16
1.1.4. Naturaleza jurídica del peritaje cultural.....	18
1.1.5. El perito cultural.....	21
1.1.6. Características del peritaje cultural.....	22
1.1.7. Contenido del peritaje cultural	24
1.1.8. Diversidad cultural	27
1.1.9. Definición de pluralismo jurídico	30
1.1.10. El peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal	55
1.1.11. Valoración legal del peritaje cultural.....	57
CAPITULO II.....	61
2.1. La prueba en el proceso penal guatemalteco	61
2.2. Definición de prueba en el proceso penal guatemalteco	62
2.3. Características de la prueba en el proceso penal guatemalteco	64
2.4. La prueba pericial	65
2.4.1. La prueba pericial en la actividad probatoria	67
2.4.2. Concepto de prueba pericial.....	68
2.4.3. Fundamento de la pericia	71
2.4.4. Procedencia de la pericia	72

2.5. Características de la prueba pericial.....	75
2.5.1. Requisitos de la pericia	77
2.5.2. El perito	80
2.5.3. Procedimiento y desarrollo de la prueba pericial	85
2.5.4. Ofrecimiento y recepción.....	85
2.5.5. Desarrollo de la prueba pericial.....	86
2.6. Valoración de la prueba pericial.....	88
CAPÍTULO III.....	91
3.1 Análisis sobre la valoración e incidencia de peritajes culturales en casos concretos.....	91
3.1.1 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso número: ciento veintitrés guión dos mil cuatro (123-2004) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán:	91
3.1.2 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado con el número: trescientos uno guión dos mil cuatro (301-2004) del Juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento del Quiché	100
3.1.3 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado con el número: seis guión dos mil cinco (6-2005) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango	108
3.1.4 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: ciento noventa y siete guión dos mil siete (197-2007) Juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Jalapa	116
3.1.5 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: treinta y nueve guión dos mil once (39-2011) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal.....	121
3.1.6 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: ciento sesenta guión dos mil ocho (160-2008) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente	

del departamento de Totonicapán, referido y analizado en casación número 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia.....	129
3.1.6 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado como prueba en el proceso identificado con el número: ciento veintiocho guión dos mil trece (128-2013) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Salamá, Baja Verapaz.....	142
CAPÍTULO IV	153
4.1 Presentación, análisis y discusión de resultados.....	153
4.2 Análisis del cuadro de cotejo número uno, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación	159
4.2.1 Fallo judicial número uno.....	159
4.2.2 Fallo judicial número dos.....	160
4.2.3 Fallo judicial número tres.....	161
4.2.4 Fallo judicial número cuatro.....	162
4.2.5 Fallo judicial número cinco	163
4.2.6 Fallo judicial número seis	164
4.2.7 Fallo judicial número siete	165
4.3 Análisis del cuadro de cotejo número dos, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación:	167
4.3.1 Fallo judicial número uno.....	167
4.3.2 Fallo judicial número dos.....	168
4.3.3 Fallo judicial número tres.....	169
4.3.4 Fallo judicial número cuatro.....	170
4.3.5 Fallo judicial número cinco	170
4.3.6 Fallo judicial número seis	172
4.3.7 Fallo judicial número siete	174
4.4 Análisis del cuadro de cotejo número tres, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación:	175

4.4.1	Fallo judicial número uno.....	175
4.4.2	Fallo judicial número dos.....	176
4.4.3	Fallo judicial número tres.....	177
4.4.4	Fallo judicial número cuatro.....	178
4.4.5	Fallo judicial número cinco	179
4.4.6	Fallo judicial número seis	180
4.4.7	Fallo judicial número siete	181
	CONCLUSIONES.....	185
	RECOMENDACIONES	186
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189
	Normativas	190
	Nacionales:.....	190
	Electrónicas	191
	Otras.....	192
	ANEXOS.....	195

INTRODUCCIÓN

Al juez con competencia penal, le corresponde la tarea de juzgar y determinar a través de los elementos probatorios legalmente incorporados al proceso, que los hechos sometidos a su conocimiento ocurrieron, y que los mismos son imputables a determinada persona, quien con conocimiento de su ilicitud lo ejecutó. Por ello, el estudio de la prueba en materia penal reviste vital importancia.

El proceso penal guatemalteco no escapa a esa dinámica - comprobación o verificación de los hechos- y por ello en el Código procesal penal se determina el deber de los jueces y los fiscales del Ministerio público de averiguar la verdad por los medios de prueba permitidos, utilizando para ello, cualquier medio de prueba, siempre que esta no sea ilegal o ilícita.

Guatemala se caracteriza por ser un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, lo que incrementa la probabilidad que personas pertenecientes o que se reconocen con pertenencia de pueblos indígenas sean sometidas a proceso penal y ante ello es preciso cuestionarse, si será necesario en el proceso penal y en casos concretos, matizar a través del peritaje cultural, el contexto socio cultural del lugar en el que acontecieron los hechos, o denotar las características antropológicas del mismo, evidenciar y mostrar sus costumbres, o descubrir que dichos hechos fueron resueltos por las autoridades indígenas del lugar.

Derivado de ese contexto cultural, es imperativo y necesario para el juez penal contar con todos los elementos probatorios disponibles, a efecto de resolver con objetividad el conflicto sometido a su consideración, surgiendo la siguiente interrogante: ¿Cuál es la importancia que reviste el peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco?

En el presente trabajo de investigación se trazó como objetivo general, determinar luego de un análisis profundo, la importancia del peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal guatemalteco, y bajo ese prisma investigativo se desarrolla el trabajo, el cual queda contenido en cuatro capítulos.

La presente investigación es de tipo jurídico descriptivo, y por ello establece como sujetos de la investigación a Jueces integrantes de tribunales colegiados de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, Jueces unipersonales de sentencia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente y Jueces de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente; a través del estudio y análisis de diferentes fallos en los cuales se presentó el peritaje cultural como medio de prueba, el cual valoraron, para tomar su decisión.

Para la selección de las unidades de análisis, se consideró el estudio de fallos judiciales (sobreseimientos, criterios de oportunidad y sentencias) los cuales evidenciaron las siguientes características: en primer lugar: el proceso penal analizado mostró controversias que ameritaron el abordaje con pertinencia cultural; en segundo lugar, el peritaje cultural se ofreció y valoró como medio de prueba; en tercer lugar, si a dicho medio de prueba (el peritaje cultural) se le otorgó valor probatorio, o en su caso se evidenciara el análisis de por qué no fue valorado; y por último, la determinación de que en la resolución final se mostrara que el peritaje cultural sirvió para esclarecer los hechos.

El principal límite que afrontó la presente investigación, es la poca utilización del peritaje cultural como medio de prueba en los procesos penales que se dirimen en el sistema judicial, lo cual trae consigo, la escasa producción de fallos en los cuales se aborde y se analiza el contenido de los mismos.

Una limitante más se encontró, en la escasa sistematización por parte del organismo judicial de las resoluciones judiciales en las cuales se ha utilizado el peritaje cultural como medio de prueba, lo cual impidió efectuar el análisis de más fallos.

En el primer capítulo del presente trabajo, se aborda el estudio de los antecedentes históricos, características, definición, contenido y naturaleza jurídica del peritaje cultural. Además, se aborda la definición del perito cultural, la diversidad cultural, el pluralismo jurídico, los antecedentes históricos, características, resolución de conflictos y regulación legal del sistema jurídico indígena, y por último se estudia el peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal y su valoración legal.

La pregunta obligada en relación al contenido del primer capítulo es: ¿Por qué estudiar el derecho indígena y sus características dentro del abordaje del peritaje cultural?

La respuesta deberá fundamentarse en el hecho aceptado y reconocido que en Guatemala, convivimos personas pertenecientes a pueblos indígenas y habitantes que se reconocen como ladinos, y por ello es necesaria la utilización del peritaje cultural como medio de prueba en determinados procesos penales, para acercar al juzgador a la verdad histórica de los hechos y denotar la posibilidad de que los hechos imputados no constituyen delito según el contexto social del lugar o en determinados casos evidenciar al imputado ejecutando acciones en cumplimiento de atribuciones mandatadas por las autoridades indígenas en el ejercicio de sus facultades reconocidas en el lugar.

Importante es destacar, el compromiso del gobierno de la república de incluir el peritaje cultural como medio de prueba desde el año 1995, a través de la suscripción del Acuerdo de paz sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, específicamente en aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales, y en particular en materia penal, con el objetivo de tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. (Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, apartado IV derechos civiles, políticos, sociales y económicos, letra E relativo a derecho consuetudinario, numeral 4)

Se logran los objetivos específicos de la presente investigación, al explicar en qué consiste el peritaje cultural y establecer su naturaleza jurídica, investigar si constituye un medio de prueba en el proceso penal guatemalteco, y luego definir la valoración que se le da cuando se introduce como medio de prueba, identificando los elementos que contiene.

En el segundo capítulo de la tesis se aborda el tema de la prueba, y se elabora un especial abordaje sobre la prueba pericial, matizando sus requisitos, delineando su procedimiento, la forma de ofrecimiento y recepción y por último su valoración.

El peritaje cultural para ser considerado un medio de prueba en el proceso penal guatemalteco, debe cumplir con los requisitos que nuestro ordenamiento procesal impone, y por ello fue necesario ahondar la investigación en cuanto a la legalidad, pertinencia, ofrecimiento, incorporación y valoración de la prueba conforme a la ley adjetiva correspondiente.

En Guatemala el peritaje cultural se ha utilizado como prueba principalmente en procesos penales, en los cuales, los hechos acusados ocurrieron en una comunidad o en un lugar en el cual existen autoridades indígenas reconocidas por los habitantes del mismo y como consecuencia de ello, el defensor toma la decisión de mostrar al juez a través de la prueba del peritaje cultural, el contexto real de lo que aconteció tratando que los argumentos vertidos en el mismo sean valorados, y que con ello el juzgador tenga a su alcance elementos objetivos que le pueden servir para fundar una resolución mucho más justa.

El tercer capítulo de la investigación contiene el análisis sobre la valoración e incidencia de la prueba de peritaje cultural en siete casos concretos. Este análisis, permite determinar la utilización del peritaje cultural en el proceso penal, la valoración que el juez o Tribunal otorgó a dicho medio de prueba y por último la incidencia (cuando la hubo) del mismo en la resolución final del proceso.

A través de los casos concretos estudiados, se logró establecer, que algunos jueces, en efecto valoraron la prueba del peritaje cultural y lo utilizaron para fundar sus decisiones (a favor o en contra del procesado), y que algunos otros, si lo refirieron en sus resoluciones, pero no tomaron en cuenta su contenido y por ende no lo valoraron como medio de prueba.

Lo que se puede afirmar, es que se han admitido peritajes culturales como prueba en diferentes procesos penales, en observancia al principio de libertad probatoria establecido en el artículo 182 del Código procesal penal.

En el capítulo cuatro se realiza la presentación, análisis y discusión de los resultados que arroja la investigación, para luego presentar las conclusiones a las que se arribaron y las recomendaciones necesarias a juicio del investigador.

Es reconfortante para el autor haber realizado la investigación plasmada en la presente monografía, para que el lector pueda comprender la importancia que reviste la prueba del peritaje cultural en el país y de alguna manera despertar el interés por el estudio y utilización del referido medio de prueba, especialmente cuando los hechos penales, acontezcan en contextos sociales y culturales de los pueblos indígenas Mayas, Garífunas y Xincas.

CAPÍTULO I

1.1. El peritaje cultural

En todo proceso legal, el proceso penal no es la excepción, los hechos sometidos a juicio necesitan probarse a fin de que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, con fundamento, observancia y respeto principalmente de los principios de legalidad, inmediación y contradictorio.

El Código procesal penal guatemalteco establece que se pueden probar los hechos por cualquier medio de prueba legal, a pesar de ello, la utilización del peritaje cultural como medio de prueba para denotar el contexto en que ocurrió un hecho, o para establecer que ese hecho ya fue juzgado por las autoridades indígenas en aplicación de su propio derecho, es sumamente escasa. En Guatemala, el peritaje cultural se utiliza generalmente, cuando el procesado o víctima se identifican y reconocen como indígenas, por ello es importante analizar los hechos controvertidos a la luz de los elementos socioculturales en el que ocurrieron y además, determinar cómo este contexto cultural influyó en el hecho concreto.

1.1.1. Antecedentes

La Constitución política de la república de Guatemala en los artículos: 1º. Refiere la protección de las personas por parte del estado de Guatemala; 2º. Refiere a los deberes del Estado en relación a garantizarle a los habitantes de la república de Guatemala, la justicia, la seguridad y la paz; 4º. Refiere a que en Guatemala todos los seres humanos son libres e *iguales* en dignidad y derechos; 44 Refiere que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana; 46 Establece que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; 58 Reconoce el

derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres; y el artículo 66 que estipula que el estado reconoce, respeta, y promueve la forma de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social de los diversos grupos étnicos en Guatemala entre los cuales figuran los grupos de ascendencia maya.

La realidad socio-cultural de Guatemala es diversa. Se le reconoce como un Estado multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el cual convergen y conviven cotidianamente pueblos indígenas que ancestralmente han desarrollado formas de vida y resolución de conflictos propios, basados en una cosmovisión propia, de allí la importancia de resaltar los antecedentes jurídicos constitucionales que fundan el desarrollo y evolución del instituto denominado “peritaje cultural”, para ir entendiendo desde ya que (el peritaje cultural) en efecto, tiene fundamento constitucional.

El primer antecedente del peritaje cultural lo constituye el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, apartado IV referente a derechos civiles, políticos, sociales y económicos, letra E que se titula derecho consuetudinario, numeral 4, el cual detalla específicamente el compromiso del gobierno de la república para que a través del peritaje cultural, las autoridades y funcionarios judiciales en materia penal tomen plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades, al momento de resolver procesos sometidos a su conocimiento.

En consecuencia, cada vez que las autoridades indígenas constituidas y reconocidas en determinada comunidad o población, resuelvan conflictos de acuerdo a sus normas consuetudinarias y el mismo conflicto sea llevado a conocimiento del juez penal respectivo, se podrá evidenciar a través del peritaje cultural que dicho conflicto ha sido resuelto para no entrar a conocerlo de nuevo y de esa manera evitar una doble persecución penal.

Un segundo antecedente, pero no menos importante lo constituye el contenido del Convenio 169 de la organización internacional del trabajo sobre Pueblos Indígenas y

Tribales en países independientes, vigente a partir del año de 1997 en el país, especialmente lo normado en los artículos: 8 que establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, y que dichos pueblos deberán tener el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; 9 que refiere, que en la medida 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. Las autoridades y los Tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia; 10 establece que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, en este mismo artículo se reconoce expresamente la aplicación del peritaje cultural en materia penal ya que el juzgador para dictar un fallo acorde deberá tomar en cuenta el contexto económico, social y cultural del procesado, evidenciado a través de un peritaje cultural que ilustrará sobre esos extremos.

Un tercer antecedente, lo constituyen diferentes instrumentos internacionales adoptados, reconocidos y ratificados por el estado de Guatemala tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, vigente a partir del año 1976, en el cual se establece en el artículo 14 que, todas las personas son iguales ante los Tribunales y cortes de justicia y que todas las personas procesadas tienen derecho a ser informadas sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causa de la acusación formulada en su contra y además a ser asistida por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el Tribunal. La declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que en los artículos 34 y 35 define 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 y además (artículo 35) tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

El antecedente jurídico necesario en el ámbito de la ley ordinaria procesal guatemalteca, es el Código procesal penal vigente a partir del año 1994, descansando el fundamento del peritaje cultural en el artículo 4 que se refiere al juicio previo; 16 que refiere el respeto a los derechos humanos; 20 que dispone y refiere lo relativo al derecho de defensa; 21 que destaca la igualdad procesal en el proceso penal y la normativa referente a la prueba.

1.1.2. Antecedentes históricos de la utilización de peritajes culturales en Guatemala

Los antecedentes históricos de cualquier elemento, son situaciones o producciones similares que han ocurrido en el pasado. Puede ser que la situación sea del mismo tipo o que haya manifestado parcialmente las características del elemento en cuestión, pero interesa en esencia que haya ocurrido en el pasado¹.

Para Otto Marroquín Guerra, la primera utilización documentada del peritaje cultural en el contexto legal guatemalteco ocurre en el proceso penal seguido en contra de Julián Tzul Tajivoy² en noviembre de 1963.

Resumen de los hechos: *“Juan es un brujo que tomó la decisión de matar a Julián y su familia; determinó embrujarlo como lo hizo con su mujer a la que le metió la brujería en el estómago, ya que murió de una infección estomacal. La noche del miércoles 6 de noviembre de 1,963 se acostaron Juan y Petronila. Más tarde Juan se vistió y salió*

¹ González Castellanos Roberto, Lavin Mario, Curiel Lorenzo Lilian; Metodología de la investigación científica para las ciencias técnicas; Cuba, Universidad de Matanzas, 1era parte, 2003. p. 5.

² Marroquín Guerra, Otto; El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala; disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1670/11.pdf>. Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

llevando su machete y sus materiales de brujería: candelas, brasero y pom. Se dirigió a la casa de Julián para hacerle el maleficio. Al hincarse frente al temascal, el perro de la casa comenzó a ladrar. Julián despertó, y al salir se sorprendió al ver al brujo Juan hincado con dos mitades de una candela de cebo, las que encendía echando sal en los extremos cortados. Balanceaba en la otra mano un brasero de barro, del que salía la llama del pom. Todo le indicó claramente que el brujo le estaba echando un maleficio no sólo a él, sino a todos los de su casa. Julián le reclamó, pero el brujo le replicó que lo iba a matar. Julián entro a su casa y vio a sus “chirises” (niños) que dormían y se preocupó por las intenciones del brujo, pensando en su mujer que murió con calentura a pesar de los remedios que le dio. En eso oyó al chucho (perro) que estaba ladrando, y al salir observó a Juan hincado ante la piedra frente a la que acostumbraba “brujear”, diciendo: que muera Julián Tzul y sus chirises, que se muera su milpa, que se mueran todos los de su casa y su maíz. El terror se apoderó de Julián al ser atacado por el brujo con un machete, Julián recogió un palo y se defendió, con el cual lo golpeó tres veces en la nuca, dándole muerte.”³

Se inició proceso penal en contra de Julián Tzul Tajivoy, y el juez requirió los servicios de peritos culturales indígenas, las conclusiones a las que estos arribaron fueron las siguientes:

“a) Descripción, contenido y significación del lugar descrito por Julián Tzul Tajivoy como “el encanto” donde la víctima realizaba sus prácticas rituales. Respuesta: El altar donde el brujo Juan realizaba sus encantamientos está situado en un zanjón a una distancia de cincuenta metros más o menos, de la casa de Julián Tzul Tajivoy. Entre dos piedras grandes estaba el nicho donde se encontró una piedra labrada en su superficie pudiendo reconocerse una cara y una cruz. Se encontraron sobrepuestas otras piedras más pequeñas. En el nicho también se encontraron cáscaras de huevo, algunas muy viejas y otras recientes; tiestos de vasijas con la parte de la oreja que contenía

³ *Ibíd.*

restos de pom quemado. Tanto el lugar como lo que contiene indica claramente que servía de adoratorio.

b) Determinar si esa piedra en donde fue hallada la víctima, puede considerarse como un adoratorio para las prácticas de la “brujería” indígena de la región. Respuesta: La guía de campo del investigador social da la definición siguiente: Adoratorios, cualquier estructura consagrada a un culto donde se realicen los rituales, como un templo, un sepulcro vacío, etcétera.

c) Que expliquen los expertos si la rogativa de un brujo ante su altar o adoratorio es creída al pie de la letra por los indígenas. Respuesta: dentro de su cultura, los indígenas creen que los brujos tienen poder para poder hacer daño indirecto a las personas por medio de ritos u oraciones. El procedimiento consiste en quemar pom frente a alguna imagen considerada sagrada, y luego en las plegarias a la imagen se invoca la existencia de algún ser sobrenatural, y como los indígenas creen en esos seres y en el poder de las oraciones para mover aquella voluntad sobrenatural. Y el que la persuade es el brujo, ya sea que éste eleve sus plegarias en su favor o en su contra.

d) Si el temor de un embrujamiento puede ofuscar la mentalidad de un indígena quien cree firmemente en ello y producir un miedo terrible e invencible. Respuesta: En la cultura indígena la creencia en la brujería es firme, suponen que el brujo tiene poderes para convencer al ser sobrenatural que reside en una piedra ante la que queman pom y rezan. Si aquél practica el embrujo para inducir la muerte a alguna persona esta cree firmemente que morirá; es decir, que el brujo, con sus plegarias, está cometiendo un homicidio contra la persona mencionada en sus plegarias, por lo cual el indígena es sobrecogido por un miedo terrible, pues está seguro que dicho brujo puede causarle la muerte con sus oraciones.

En este proceso a Julián Tzul Tajivoy se le condenó a diez años de prisión correccional inmutables aún cuando en el proceso consta alegatos que plantearon la legítima

defensa y el estado de miedo invencible que lo impulso a causarle la muerte al brujo. La sentencia se dictó el 25 de septiembre de 1964.”⁴

Otto Marroquín Guerra refiere, además, un segundo caso, en el que se utilizó el peritaje cultural dentro del proceso penal 26-2000 oficial 2do., el Tribunal primero de sentencia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente de Quetzaltenango, en él se dictó sentencia con fecha 25 de junio del 2001⁵ por los hechos siguientes:

“... A la imputada CATARINA PABLO PABLO: Se le atribuye que el día veintinueve de abril del año dos mil, en el municipio de Todos Santos Cuchumatán, departamento de Huehuetenango, entre el lapso de las diez horas y diez horas con treinta minutos aproximadamente, se encontraba en las afueras de la tienda TYPICAL SHOP, ubicada junto al único mercado del municipio relacionado, llevando sobre la espalda, en un perraje a su menor hijo de nombre DESIDERIO JERONIMO PABLO, encontrándose con los ciudadanos japoneses MIDORI KANEKO Y ESASHIKA TAKASHI y cuando el segundo de los mencionados, sonriendo realizó un gesto amable de cariño, acariciando la cabeza del menor hijo de la acusada, ésta al ver el gesto del japonés, gritó en español y en forma reiterada, injustificada y maliciosamente, me quieren robar a mi hijo, con la intención de provocar pánico y el ataque colectivo en contra de los ciudadanos japoneses, por parte de la población del municipio de Todos Santos Cuchumatán, Huehuetenango, y luego salió corriendo, lo que provocó e indujo a la gente que se encontraba en el mercado relacionado, para que se reunieran inmediatamente y rodearan a los ciudadanos MIDORI KANEKO Y ESASHIKA TAKASHI, golpeándolos a puñetazos y puntapiés, al ver la agresión de los pobladores en contra de los japoneses, los agentes de la policía nacional civil, de la sub-estación del municipio relacionado, ROSENDO ELEODORO SANTOS SUHUL Y SAMUEL ISAI ALVARADO SOSA, trataron de prestar auxilio a los japoneses relacionados y en ese momento escucharon

⁴ Marroquín Guerra, Otto; El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala; disponible, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1670/11.pdf>. Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

⁵ *Ibid.*

que las personas que los rodeaban, gritaban reiteradamente “maten a los turistas porque son ‘roba niños’ y nosotros no queremos roba niños en la comunidad”, y al ver a las personas reunidas en el mercado y que eran de la misma comunidad indígena que la acusada, CATARINA PABLO PABLO, que los agentes de la policía Nacional Civil, lograron proteger a los ciudadanos japoneses, MIDORI KANEKO y ESASHIKA TAKASHI, y que no podrían continuar con su ataque actuaron en contra del agraviado SAISON TETSUO YAMAHIRO, cuando éste tomaba fotografías de lo que estaba sucediendo, agrediéndolo con piedras, palos y puntapiés propinándole múltiples contusiones, equimosis severa, así como edema severo en la cabeza, cuero cabelludo, cara, boca, nariz, espalda, miembros superiores e inferiores, cuello y heridas en la cara lado izquierdo, provocadas con una hachuela de aproximadamente dieciocho centímetros de longitud, por encima de la piel y de diez centímetros sobre el hueso malar por tres centímetros de profundidad, provocándole la muerte; así mismo le provocaron la muerte al agraviado EDGAR CASTELLANOS FLORES, quien era el piloto del bus en que se transportaban los turistas japoneses, cuando éste se bajó del bus, para calmar los ánimos de las personas, que lanzaban piedras, palos y otros objetos al bus, y al no lograr su propósito, corrió aproximadamente trescientos metros hacia la carretera que conduce a la aldea MASH del municipio de Todos Santos Cuchumatán, Huehuetenango, y al darle alcance la multitud, lo golpearon con palos puntapiés y machetes, propinándole múltiples contusiones, especialmente en la región occipital, siendo multifragmentaria lo que le produjo la muerte, y no bastándoles lo rociaron de gasolina, para posteriormente quemarlo, provocándole quemaduras grado dos en un treinta y cinco por ciento de su cuerpo.”⁶

En este proceso, se recibió el informe de la Licenciada Lucila Rodas Gramajo de Raxcacó, ampliado en el debate por dicho perito. El estudio contenía aspectos de carácter sociológico y antropológico y fue realizado en la comunidad de Todos Santos Cuchumatán, en él se establece la existencia de un rumor esparcido en la comunidad y

⁶ Marroquín Guerra, Otto; El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala; disponible, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1670/11.pdf>. Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

que ante el temor de los pobladores de lo que sucedía en la comunidad (según el rumor), fueron suspendidas las actividades escolares durante dos días y los niños no fueron enviados a la escuela. El estudio también reflejaba que en la concepción mayamam se admite la creencia de que es posible rendir culto a Satanás, y que eso constituye una certeza ya que el hombre tiene la posibilidad de hacer el bien y el mal. Ante el temor de los sindicatos por el rumor que corría en la comunidad, finalmente el Tribunal, los absolvió de los delitos de asesinato, atentado e instigación a delinquir⁷.

Un tercer antecedente histórico, lo constituye la utilización del peritaje cultural dentro del proceso penal instruido contra el señor Pablo Antonio Tumax Tzoc por el delito de contrabando y defraudación en el ramo de alcoholes, bebidas alcohólicas y fermentadas contenidas en el decreto número 3536 del Congreso de la república, en virtud de que el 20 de septiembre del 2002 fue capturado cuando transportaba una gran cantidad de licor denominado cusha sin la autorización correspondiente⁸.

El 23 de febrero del 2003, ante el ofrecimiento del defensor público, Ricardo Efraín Mogollón, la jueza de instancia penal del municipio de Santiago Atitlán, escuchó en calidad de anticipo de prueba al perito cultural señor Esteban Ratzan Tzina, quien en su calidad Aj Q'ij⁹, explicó ampliamente en su propio idioma por medio de interprete que en el lugar denominado Cantón Tzanuyú frecuentemente ocurren ceremonias mayas a favor del Rilaa Maam¹⁰, y que para dicho evento utilizan la cusha, con el objetivo de bendecir las cosechas de los participantes, como ofrenda y en agradecimiento a favores recibidos, y que en el lugar son 12 grupos aproximadamente de cofrades que realizan constantemente dicho rito maya.

En su resolución, la Juez de primera instancia penal del municipio de Santiago Atitlán, Sololá indicó al sobreseer el proceso que, basándose en el peritaje cultural, el licor clandestino incautado es utilizado para prácticas religiosas propias del lugar y que no

⁷ Ibíd.

⁸ Expediente judicial número 126-2002 oficial segundo del Juzgado de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del municipio de Santiago Atitlán, departamento de Sololá.

⁹ Significa "Contador del tiempo", conocido popularmente con el nombre de "sacerdote maya".

¹⁰ Significa "Gran abuelo", conocido popularmente como "San Simón".

constituye ilícito penal, asimismo Guatemala ha ratificado, convenios y tratados internacionales de derechos humanos, entre estos el convenio 169 y que en su artículo ocho numeral uno estipula que: al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario y que estos convenios tienen preeminencia sobre el derecho interno¹¹.

1.1.3. Concepto de peritaje cultural

Laura Valladares de la Cruz, citando a Hernando Davis Echandia, afirma que *“El peritaje es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento.”*¹²

Otto Marroquín Guerra puntualiza que, el peritaje cultural es *“el medio de prueba, por virtud del cual el juzgador, ilustra su criterio para su conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo, en su calidad de un miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que se estudia y que el juez toma en cuenta en el momento de resolver”*.¹³

En el mismo sentido, el Ministerio público define el peritaje cultural en el manual del fiscal como *“un estudio científico social elaborado por un científico social, conocedor de la cultura de la persona procesada, que interviene en el proceso explicando las motivaciones culturales que pudieron provocar la conducta examinada.”*¹⁴

¹¹ Mogollón, Ricardo Efraín, Defensor Público de Santiago Atitlán. Fecha de la entrevista: 17 de Julio 2014.

¹² [sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El peritaje antropológico](http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropol%C3%B3gico), Valladares de la Cruz, Laura, El peritaje antropológico. Los retos del entendimiento intercultural. México, 2006 <http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/> Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

¹³ Marroquín Guerra, Otto; El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala; disponible, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1670/11.pdf>. Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

¹⁴ Ministerio Público; Manual del Fiscal; p. 43.

En línea con los autores citados, el Instituto de la defensa pública penal, indica que el peritaje cultural *“Constituye un mecanismo, que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y 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.”*¹⁵

El peritaje cultural, también denominado “peritaje antropológico” o “prueba judicial antropológica”, brinda datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos. Consiste entonces, en analizar desde otro marco cultural los hechos que se juzgan. Mediante este peritaje, es posible aclarar los hechos, porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea. Se busca el origen y la explicación dentro del contexto social y cultural mediante testimonio y la opinión de personas conocedoras de las normas comunitarias, las costumbres y creencias. En otras palabras, el peritaje cultural toma en cuenta la versión de las autoridades tradicionales y de los pueblos indígenas¹⁶.

*“Un peritaje cultural es por lo tanto toda aquella aplicación técnica o científica que lleve a esclarecer la petición de la autoridad competente. Es un medio de prueba que brinda información al juzgador e ilustra su criterio sobre el marco cultural en donde se dieron los hechos que juzga. El juez toma en cuenta el peritaje y basado en la información que éste le provee emite sus conclusiones al momento de resolver”*¹⁷.

Para Carlos Ochoa García, el Peritaje Cultural es una institución nueva dentro de los medios de prueba doctrinariamente conocidos (documentos, informes, declaraciones de partes, de testigos, dictámenes de expertos, reconocimiento judicial, reproducción de los hechos). También se denomina prueba de expertos, y es aquél medio de prueba en virtud del cual el juzgador ilustra su criterio sobre las formas de vida y

¹⁵ Instituto de la Defensa Pública Penal; Guía de Peritajes Culturales y su Aplicación en la Administración de Justicia; Guatemala, s.e., 2008, p. 13.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁷ *Ibíd.*, p.14.

costumbres de una persona indígena procesada penalmente, que debe tener en cuenta para fundamentar su resolución o sentencia.¹⁸

“El peritaje cultural es importante para el debido proceso, porque éste constituye un mecanismo que tiene por objeto resolver un conflicto social a través de los medios de prueba idóneos para reproducir la realidad de los hechos, a fin de que se encuentre la solución jurídica más adecuada al caso concreto. El Juez al disponer de este medio de prueba acepta que, para el mejor conocimiento de un hecho, persona u objeto, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio o ciencia.¹⁹ “

1.1.4. Naturaleza jurídica del peritaje cultural

Carlos Viada López - Puigcerver indica que, en el ámbito del derecho procesal, la cuestión de la naturaleza de la pericia es una de las más discutidas. Existe sobre la misma una abundante bibliografía, entre ellas aquellas que opinan y consideran la pericia como un medio de prueba.

Entre los autores que consideran la pericia, con distintas características o matices, como medio de prueba, Viada López- Puigcerver cita a Florián, que sostiene que:

“Tiene dicho carácter, en cuanto sirve para proporcionar al juez el conocimiento de un objeto, de prueba. Por eso, dice, es órgano de prueba. Sabatini, mas sutilmente que el anterior, opina que la prueba no consiste en el parecer del perito, sino en los elementos que, con procedimiento técnico, pone en evidencia. A este parecer se adhiere Fenech.

Para Stoppato, la pericia es un medio de prueba, porque la prueba consiste, no en la afirmación del hecho, sino en el hecho revelado. La relación entre lo desconocido y lo conocido por intervención del perito, es un medio por el que se adquiere la certeza de la existencia de un hecho.

¹⁸ Ochoa García, Carlos. Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico. Cholsamaj. Primera edición. Guatemala, 2002. p. 77.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 77.

Marsich, afirma que la pericia es un medio de prueba como otro cualquiera, que contiene un juicio motivado, técnico y científico, en torno al hecho, o a determinadas circunstancias del hecho, que es objeto del proceso.

Becena dice que, por encima de los argumentos superficiales de tipo externo en contra de la tesis de que el perito es medio de prueba, este aprecia hechos, y como tal es medio de prueba “. ²⁰

Algunos autores indican que el peritaje por sí mismo ostenta condición de medio de prueba, otros le niegan tal condición indicando que el mismo (el peritaje) es sólo un argumento que se le aporta al juzgador con el fin de formarle una opinión más acabada de algún elemento del que no tiene suficiente preparación, además de que a quien ha de administrar la justicia no se le suministra prueba alguna, sino que constituye un elemento de valoración de hechos o de circunstancias. Entre estos se encuentran: Bonnier, Prieto Castro, Goldschmidt, como los que ven al perito como un intermediario que facilita noticias sobre el estado de una cosa, donde no se proporciona prueba alguna, sino que constituye un elemento de valoración libre por parte del órgano jurisdiccional, concluyendo que la función de éstos es auxiliar al juez de conocimientos o reglas de experiencias que entra en su esfera de conocimientos²¹.

Por último, surgen las teorías eclécticas que en un intento conciliador fusionan las teorías anteriores, consideran que constituye un medio de prueba, y a la vez constituye un medio auxiliar del juez. Respaldan esta opinión autores alemanes entre los que se encuentran Binding, quien observa un paradigma intermedio entre el testigo y el juez, la pericia participa en este caso de la función del juez, y por eso le son aplicables normas sobre recusación, y participa, también del lado formal del testigo en cuanto tiene

²⁰ Naturaleza jurídica de la pericia. Dialnet. Viada López Puig-Cerver, Carlos. Profesor de la Universidad de Madrid. España. Disponible en: <http://www.bing.com/search?q=dialnet.unirioja.es%2F+descarga+%2Farticulo+%2F2770980.pdf.&src=IE-TopResult &FORM=> Fecha de la consulta. 15 de mayo del 2015.

²¹ Justicia y derecho.org/revista3/articulos/, Estévez Rodríguez Osmaris, Tendencias actuales de la pericia judicial. Cuba, disponible en: [http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/24%20Tendencias%](http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/24%20Tendencias%20) fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

análogo criterio regulador de su capacidad e idéntico en el modo, por el cual, mediante el juramento, viene legitimado en la instrucción y el juicio.²²

Atendiendo a la prueba definida en el proceso penal guatemalteco, el peritaje cultural o prueba pericial ostenta naturaleza jurídica propia ya que independientemente de que el juzgador o Tribunal sea guiado e ilustrado sobre un contexto determinado en el cual ocurrieron los hechos sobre circunstancias que interesan al proceso, extremo que hasta ese momento era totalmente desconocido, el peritaje es analizado y valorado de igual manera que cualquiera de los otros medios de prueba definidos en el proceso penal, incidiendo algunas veces en la resolución judicial del conflicto.

La naturaleza jurídica siempre referirá a las características o esencia de la institución que se aborde, en este caso a las del peritaje cultural, en consecuencia se deberá enfocar su fundamento jurídico en la normativa suprema (artículo 12 Constitución política de la república de Guatemala) y ordinaria que lo estima o permite como prueba y para ello bastará con referirnos a los artículos 182,185 y 186 del Código procesal penal guatemalteco, en los cuales se indica con claridad que se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido, que además de los medios de prueba previstos en ese capítulo, se podrán utilizar otros distintos siempre que no supriman garantías y facultades de las personas reglamentadas en el código y que todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones legales.

²² *Ibíd.*

1.1.5. El perito cultural

Conforme el diccionario de la Real Academia de la Lengua española, la palabra “perito” deviene del latín *perītus* que significa entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte, y en el ámbito del derecho significa persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.²³

El Ministerio Público guatemalteco en el Manual del Fiscal refiriéndose a la figura del perito indica que: *“Es un experto en ciencia, técnica o arte ajenos a la competencia del juez, que ha sido designado por el fiscal, juez o Tribunal, con el objeto de que practique la prueba de la pericia. La diferencia entre un testigo y un perito no está en el conocimiento técnico, sino en la circunstancia de que el perito conoce y concluye por encargo judicial o del Ministerio Público y a raíz del mismo tiene conocimiento de los hechos. Por su parte, el testigo percibe espontáneamente y el interés procesal es posterior a su conocimiento (art. 225).”*²⁴

Esther Sánchez Botero, estima que los antropólogos como peritos, tienen una función distinta de la desempeñada por los operadores jurídicos, presentan las diferentes proposiciones que pueden llegar a alterar las estructuras teóricas monolíticas del derecho estatal, porque es a través de los datos provenientes de la interpretación cultural que la diferencia aflora. Indica, además: *“Por lo demás, adentran en las estructuras teóricas donde se debe materializar la heterogeneidad. Se da así un proceso mediante el cual, la noción monolítica del derecho estatal, intervenida por otros campos, disyuntivos algunas veces y alternativos otras, logra ajustarse y redefinirse. En el sentido más estricto, el perito antropólogo es un colaborador técnico, un tercero en la controversia llamado para establecer las causas que originaron un hecho, su efecto y la posibilidad de determinar si este ocurrió o pudo ocurrir. Le corresponde*

²³ Diccionario real academia española. Vigésima tercera edición. <http://www.rae.es/> fecha de la consulta. 15 de mayo del 2015.

²⁴ Manual del fiscal del Ministerio Público, Op. Cit.

*determinar en forma concreta los puntos sobre los cuales debe conceptuar, ya que la pericia para efectuar una prueba la realiza una persona reconocida socialmente como portadora de un conocimiento en determinada materia. Vale aclarar que los miembros y autoridades pertenecientes a los pueblos étnicamente diferenciados que tienen conocimiento sobre su propia cultura, también realizan interpretaciones sobre los hechos y han sido llamados por los jueces como peritos".*²⁵

En ese sentido, es factible afirmar que el perito cultural es la persona (antropólogo, trabajador social, autoridad indígena, sociólogo, autoridad ancestral, y cualquier otra persona con conocimiento del contexto sociocultural estudiado) que realiza el estudio bajo las directrices que le fueran requeridas, ya fuere para evidenciar el hecho dentro del contexto social, económico, de tradiciones o costumbres del individuo en el lugar donde ocurrieron los hechos para ponerlo en conocimiento del juez del derecho oficial, o, con la finalidad de evidenciar que el conflicto sometido a conocimiento de las autoridades oficiales ya fue resuelto desde el ámbito del derecho indígena.

1.1.6. Características del peritaje cultural

- A) El peritaje cultural es un medio de prueba
- B) El peritaje ilustra el criterio del juez
- C) El objeto del peritaje es el mejor conocimiento de un hecho, persona y objeto y en particular, de los referentes culturales de un sujeto procesal,
- D) Para practicar el peritaje se requieren conocimientos especializados de un arte, u oficio o cultura determinada.²⁶

En relación a la primera característica tal como se ilustró al abordar la naturaleza jurídica, se estima que en efecto el peritaje cultural constituye per se, un medio de prueba que, ingresado con las formalidades legales dentro de un proceso penal en el sistema de justicia guatemalteco, opera como tal.

²⁵ Sánchez Botero, Esther; El peritaje cultural justicia en clave cultural; Bogotá, Colombia. GTZ, 2010, p. 133.

²⁶ Ochoa García, Carlos. Op cit, p. 78.

El contenido del peritaje cultural ilustra el criterio del juez, ya que al desarrollarse como medio de prueba en un determinado proceso le permite tener contextos socioculturales claros, visibilizados desde la perspectiva de los referentes culturales de un sujeto en particular, ya sea desde la óptica de donde ocurrió el hecho, de cómo ocurrió ese hecho, de cuando ocurrió y en qué circunstancias sucedieron, puede informar además sobre la visión que se tiene del hecho en el lugar donde aconteció, puede indicar si el hecho fue juzgado por las autoridades indígenas o ancestrales reconocidas en el mismo.

En relación a la práctica del peritaje, se requieren conocimientos especializados sobre una cultura determinada y por ello se afirma que el perito cultural, es la persona que posee cualidades que lo identifican como el idóneo para desarrollarlo, fuere un antropólogo académico, trabajador social, sociólogo o a quien en el lugar en el cual se realiza el estudio se le reconocen tales características y por ello se le permite externar por medio de un peritaje cultural hechos sobre personas u objetos en relación con los referentes culturales que importan al proceso penal en búsqueda la verdad.

Laura Valladares de la Cruz, reconoce que el peritaje tiene varias funciones, una como “medio” (entre un objeto desconocido y quien pretende entenderlo), además, como una “prueba” que supone mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, por un especialista en alguna ciencia, arte u oficio, mediante los cuales se busca demostrar una hipótesis propuesta y se traduce en “prueba plena” cuando, en la sentencia, el juez así lo considera.²⁷

El peritaje cultural tiene, además, un papel relevante porque coadyuva a la construcción de procesos de procuración de justicia en condiciones de mayor equidad para los pueblos indígenas y sus miembros. En este sentido parece importante señalar que 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

²⁷ Valladares de la Cruz, Laura, Op. Cit. fecha de la consulta 15 de mayo del 2015.

avaladas por su cultura pudieran ser consideradas como actos delictivos dentro del sistema positivo, por lo que 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 indígenas²⁸.

1.1.7. Contenido del peritaje cultural

El contenido del peritaje cultural es diverso y dependerá de la matización o contextualización de los hechos que se quiera probar, evidenciar o demostrar por quién lo ofrezca, es decir de lo que se quiera mostrar o evidenciar al juez.

Si el hecho sometido a proceso penal ya fue resuelto y sancionado por las autoridades indígenas del lugar en el cual se cometió, se buscará mostrar precisamente esa resolución del conflicto por medio del peritaje cultural y lograr con ello que el juzgador en aplicación del principio de no bis in ídem y respetando y reconociendo las formas de resolución de conflictos en el sistema jurídico indígena, decida que no procede el proceso penal oficial intentado, en virtud de que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

También el peritaje cultural podrá mostrar al juez que los hechos sometidos a su conocimiento, ocurrieron en un contexto diferente y atendiendo a los referentes culturales del lugar, pudieran considerarse en el lugar como no constitutivos de delito. Algunas otras veces se intentará por medio del peritaje cultural evidenciar, que alguna acción o disposición emanada de las autoridades ancestrales o autoridades indígenas del lugar que aparentemente constituyen delitos, fueron ejecutadas o dispuestas dentro del ámbito de las funciones que ancestralmente les son otorgadas y que en respeto al pluralismo jurídico reconocido y aceptado en nuestro país, deben respetarse.

²⁸ *Ibíd.*

El peritaje cultural podrá contener incluso, una descripción de los patrones culturales en un determinado lugar, tal como ocurrió en el proceso C-29-2005 oficial 3ero del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de El Quiché, en el cual se acusó a la señora Juana Méndez Rodríguez, del delito de siembra y cultivo de marihuana, porque en su residencia ubicada en la Aldea Macalajau, San Miguel Uspantán, Quiché, fue encontrado sembrado una parte del terreno con marihuana y a través del peritaje cultural desarrollado por el licenciado Miguel Ángel Avendaño e introducido al proceso penal como medio de prueba se logró establecer que la actividad de siembra y cultivo agrícola, en dicho lugar (Uspantán Quiché) es una actividad por costumbre propia de los hombres indígenas en familias integradas ²⁹.

En síntesis, se solicita y ofrece un peritaje cultural para satisfacer la necesidad que tienen los jueces y las partes de calificar ciertos hechos en un proceso penal, de acuerdo con los conocimientos de un perito cultural conforme a los principios y reglas previstos para tal efecto.

Una persona que va a ser juzgada como violentadora de normas legales en una sociedad, atendiendo a sus patrones culturales puede lograr que su acción sea o no tomada como delito, pero para poder llegar a esa conclusión es necesario traer a la vista el peritaje cultural que muestre criterios culturales diferentes y permitir con ello profundizar en la conducta y tratar de obtener una explicación distinta a la contenida en la norma transgredida.

El contenido de los peritajes culturales versará normalmente sobre una serie de preguntas que buscan exponer en forma lógica los hechos en el contexto en el que se propone que se estudien y visualicen. Las preguntas se hacen para definir qué temas referentes a los hechos controvertidos deben establecerse, que debe constatarse, que quiere acreditarse, que necesita mostrarse al juez. Por ejemplo, si una autoridad

²⁹ Instituto de la defensa pública penal; Sistematización de casos resueltos con pertinencia cultural (mediada pedagógicamente). Guatemala, Ceder, 2009, p. 87.

indígena por cercar un predio perteneciente a la municipalidad indígena, es acusada del delito de alteración de linderos, porque dicho cerco impide el paso de otros en el lugar, se puede demostrar que actuó dentro de sus funciones y para el efecto se acreditará por medio del peritaje cultural, que en la población en la cual acontecieron los hechos, el acusado es reconocido como autoridad indígena y respetado como tal.

Un ejemplo más será aquel en el cual la autoridad indígena legitimada y mandatada por la comunidad, procede a interrumpir el paso del agua al chorro de la casa de habitación de un poblador que no cumple con el pago respectivo del servicio de agua comunal, a pesar de haberse comprometido a pagar públicamente ante la comunidad, y que fue requerido varias veces del pago y se niega a efectuarlo y en represalia a la acción del corte de agua, la autoridad indígena es acusada del delito de coacción. En este caso las preguntas que deberá hacerse en el peritaje cultural serán: En efecto ¿Existen autoridades indígenas legitimadas y reconocidas en el lugar?, ¿Existe servicio de agua potable comunal?, ¿El representante de la autoridad indígena que interrumpió el paso del agua potable comunal estaba debidamente mandatado por las demás autoridades para efectuar dicha actividad?, y si ¿En el lugar las autoridades indígenas son reconocidas como tal?

Un tercer ejemplo, es el rendido en dentro del expediente judicial causa un mil veinticuatro guión dos mil catorce, del Tribunal de sentencia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango, en el proceso seguido en contra de Romualdo Obispo Hernández Lex, Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey por el delito de asesinato y parricidio en tentativa. Los hechos fueron la muerte de la señora Fidelia Lex quien fue forzada por los agresores para que por medio de la brujería como curandera aliviara a la esposa del señor Romualdo Hernández, en la creencia que por brujería no mejoraba y que solo ella podía curarla, al no hacerlo la agreden a machetazos y le causan la muerte. El Perito cultural fue el antropólogo Miguel Ángel Avendaño Toledo quien matizó el contenido del mismo sobre el temor a la brujería que supuestamente afectaba a la señora Fidelia y el convencimiento de que solo la curandera (la víctima) podría curarla. En este caso la

sentencia fue condenatoria porque el Tribunal no acogió los argumentos vertidos en el peritaje cultural y los declaró responsables del delito³⁰.

1.1.8. Diversidad cultural

La diversidad cultural es la multiplicidad e interacción de las culturas que coexisten en el mundo y que, por ende, forman parte del patrimonio común de la humanidad. La diversidad cultural se manifiesta por la diversidad del lenguaje, de las creencias religiosas, de las prácticas del manejo de la tierra, en el arte, en la música, en la estructura social, en la selección de los cultivos, en la dieta y en todo número concebible de otros atributos de la sociedad humana³¹.

Se ha sostenido que el tratamiento de la diversidad cultural tiene su expresión en planteamientos políticos, consistentes en el reconocimiento de la pluriculturalidad y en su equivalente que es el pluralismo jurídico.

El abordaje del pluralismo jurídico proviene de las necesidades de justicia de una sociedad constituida por diversas y diferentes culturas, es decir, caracterizada por la multiculturalidad como un rasgo fundamental de su constitución³².

La diversidad cultural puede ser abordada desde tres escenarios, el cultural, el político y el jurídico. Para Juan Santiago Quim, el escenario cultural deberá tomar en cuenta el concepto de cultura considerado como la suma e integración de todos los elementos materiales y espirituales que constituyen la manera de ser de cada pueblo. Incluyendo por supuesto su ciencia, tecnología, idioma, artes, ancestralidad, espiritualidad,

³⁰ Instituto de la defensa pública penal; Sistematización de casos resueltos con pertinencia cultural (mediada pedagógicamente). Guatemala, Ceder, 2009, p. 71.

³¹ Herod, Rosy. Diversidad Cultural. Disponible: <http://rosy-herod-3.blogspot.es/> Fecha de la consulta: 15 de mayo de 2015.

³² Santiago Quim, Juan; Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala; Guatemala, galería gráfica, s.a. p. 27.

cosmovisión y universo simbólico, la organización social y política y su propia forma de regulación normativa³³.

Desde el ámbito político la situación actual de los diversos pueblos de Guatemala se tejió en un devenir histórico propio, pero además bajo el dominio de otros pueblos en el pasado, en un espacio determinado, en forma pacífica o violenta, lo cual configuró un contexto de relaciones de dominación y de subordinación en dichos pueblos.

Por ello, afirma Juan Santiago Quim que: la coexistencia actual de los pueblos se da en un marco relacional de poder, lo cual ha generado tensiones culturales entre la hegemonía cultural de unos y la resistencia de otros³⁴.

Desde el enfoque jurídico, uno de los dilemas a considerar al aceptar la diversidad cultural, es el reconocimiento y respeto a la propia forma de regulación normativa y resolución de conflictos de los pueblos indígenas, que ancestralmente ha utilizado su propio derecho. Aceptar la idea de que existen sistemas jurídicos de resolución de conflictos que son ejercitados por las autoridades ancestrales o tradicionales del lugar, y que dichas normas son observadas y respetadas por sus miembros, es inaceptable para muchos, ya que la visión monista de conceptualizar al derecho oficial como única fuente de regulación de las relaciones entre la sociedad, choca indefectiblemente con la necesidad urgente de transformarlo en pluralismo jurídico³⁵.

La diversidad cultural refleja a su vez, la existencia de una diversidad jurídica, que implica la coexistencia de diversas formas normativas o de sistemas jurídicos distintos donde cada cultura fundamenta su sistema jurídico en principios, valores y visión del mundo propio; por lo que normativa, procedimientos y autoridades difieren de una cultura a otra. Esta diversidad jurídica deja de ser un asunto de simple coexistencia, cuando se enfoca desde una perspectiva pluralista, la cual implica equidad e igualdad de condiciones.

³³ *Ibíd.* p. 28.

³⁴ *Ibíd.* p. 28.

³⁵ *Ibíd.*

En una definición amplia, la diversidad comprende aspectos relacionados con la etnicidad, el género, la edad, la religión y la orientación sexual de las personas. La diversidad cultural implica que los grupos traen consigo actitudes, percepciones, motivaciones y necesidades propias y por lo tanto diferentes. En otras palabras, la diversidad cultural se deriva del hecho que cada cultura da respuesta de manera distinta a hechos similares; así también existen tantas interpretaciones de la realidad como sociedades humanas existen; además los sistemas e instituciones cambian de una sociedad a otra y se crean estrategias diferentes para dar respuesta a similares desafíos que presenta la naturaleza y la vida social³⁶.

En la Constitución política de la república de Guatemala se reconoce la diversidad cultural como un aspecto que nos enriquece como nación y no como un problema ya que se afirma: (artículo 66) 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.*

Teniendo el fundamento constitucional de reconocimiento a la diversidad cultural, será tarea entonces, incorporar efectivamente la diversidad cultural al sistema del derecho oficial, empezando como ya se afirmó, con el reconocimiento y respeto de la existencia y aplicación de sistemas jurídicos indígenas de resolución de conflictos por parte de las autoridades ancestrales o indígenas, quienes en ese ejercicio de resolución sintetizan un auténtico ejercicio de acceso a la justicia pronta y cumplida.

³⁶ Instituto de la Defensa Pública Penal; Guía de Peritajes Culturales y su Aplicación en la Administración de Justicia; Guatemala, s.e., 2008, p. 11.

1.1.9. Definición de pluralismo jurídico

“El pluralismo jurídico, como concreción de una realidad sociopolítica, es la coexistencia dentro de un espacio geopolítico de diversos sistemas normativos en un plano de igualdad, respeto y coordinación donde los sistemas jurídicos diferentes al derecho estatal actúan con alto grado de autonomía e interacción en planos de horizontalidad; esto solo es posible sobre la base del reconocimiento pleno, sin reservas, de los diferente pueblos y culturas que conviven bajo la jurisdicción en un mismo estado”.³⁷

Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y multilingüe donde conviven veinticinco pueblos: veintidós pueblos Mayas, el pueblo Xinca, el pueblo Garífuna y el pueblo ladino.

Gisela Mayen, indica que el pluralismo se fundamenta en dos derechos, el derecho a la diferencia y el derecho a la participación, lo que significa el respeto y el reconocimiento de las diferencias culturales y de las identidades étnicas y los derechos específicos de los pueblos indígenas, como base para la relación entre el Estado y los pueblos³⁸.

Como se estableció, un sistema jurídico está compuesto por autoridades, normas, procedimientos e instituciones que regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos de acuerdo con su cultura (22 Mayas, 1 Garífuna y 1 Xinca). En ese contexto, en un país pluricultural como Guatemala donde conviven veinticinco culturas, siendo veinticuatro de ellas de pueblos indígenas, es factible hablar de sistemas jurídicos indígenas, no de sistema jurídico indígena.

³⁷ Santiago Quim, Juan. Op. Cit. p. 31.

³⁸ Asociación de investigación y estudios sociales (ASÍES). Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas. Guatemala. 2010. p. 11.

I. Definición de derecho indígena

El derecho, se entiende como un sistema o conjunto de normas reguladoras de comportamientos humanos en una determinada sociedad. Como una técnica de organización social, se puede decir que es una técnica normativa que contribuye a la implantación de un determinado orden, a la realización de algo situado en la historia y que produce un resultado o producto histórico.

La organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que ese sistema tiene del ser humano y constituye el secreto regulador de cada sistema de derecho.

Desde esta perspectiva jurídica, es una concepción ampliada del derecho; de esa manera, los mayas incluyen al ser humano, a la naturaleza y al cosmos como fundamento de su filosofía y de su sistema jurídico, producto de la historia, de la cultura y del espíritu de los pueblos mayas.

Sus componentes atienden a su contenido socio antropológico, filosófico, cultural, espiritual, normativo y un conjunto de sistemas de vida que corresponde a la naturaleza propia de los pueblos mayas³⁹.

El derecho indígena es un conjunto de normas de comportamiento, mecanismos, principios y valores que orientan la vida de las comunidades, la vida social y la vida comunal⁴⁰.

En el libro Alcaldes Comunales de Totonicapán se define el derecho indígena, como “el conjunto de normas, procedimientos, principios, valores tradicionales y actuales que ha utilizado y utilizan los pueblos indígenas y sus comunidades para su autorregulación y que se caracteriza esencialmente por su oralidad, aplicadas por sus propias

³⁹ Instituto de la defensa pública penal; Guía pedagógica para defensores públicos para el abordaje de casos con pertinencia cultural.se. Guatemala, 2008, p.11.

⁴⁰ *Ibíd.*, p.11.

autoridades e instituciones”, inherente a su propia cultura, idiomas y territorios. Constituye una práctica general, constante y prolongada concerniente a una determinada relación de hecho y observada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria para sus miembros⁴¹.

La característica de ser obligatoria está dada por el grado de internalización y la motivación en sus miembros, pero no el uso de la fuerza como lo regula el derecho positivo.

Desde esta perspectiva, es un conjunto de valores debido a que involucra valores como el “Ninimaj Tzij” respeto a la palabra, “Katoki” ayuda entre todos, respeto a la tierra, que le dan fundamento axiológico al sistema normativo indígena. Estos principios, en virtud de la armonía y el equilibrio, constituyen las orientaciones y lineamientos que rigen este sistema, así como la oralidad, la gratuidad, la participación, y la verdad. Son procedimientos, porque el sistema normativo indígena también posee sus formas procedimentales comunitarias al utilizar el diálogo, la consulta y el consenso como instrumentos para resolver los conflictos que se dan en las comunidades⁴².

También posee sus propias instituciones, como el sistema de autoridades indígenas, en donde el procedimiento comunitario aplica sus propias correcciones o castigo. El pixab' consiste en un sistema de consejos, un conjunto de principios, normas, enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con funciones educativas, formativas, preventivas, orientadoras y correctivas en la vida, transmitidas de generación en generación en la nación maya K'iche' mediante la tradición oral⁴³.

Estos elementos conforman el auténtico sistema jurídico indígena, el cual es ejercido por los pueblos indígenas desde la familia, donde se inculca el respeto, la referencia, la hospitalidad y la cooperación con sus semejantes.

⁴¹ Instituto de la Defensa Pública Penal. Módulo Interculturalidad. Guatemala. 2008. Unifocadep, p. 45.

⁴² *Ibíd.* p. 46.

⁴³ *Ibíd.* p. 46.

Este sistema normativo permite regular la vida social y política, auto gobernarse, organizar y garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno. Es considerado como una parte integral de la estructura social y cultural de un pueblo, y junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituyen elementos básicos de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad.

Se aplica a través de los principales, ancianos, cofrades, alcaldes, alcaldes auxiliares, regidores y guías espirituales, logrando con su aplicación, la armonía, el equilibrio y la cohesión comunitaria.

Así, el derecho de los pueblos indígenas constituye un conjunto de valores, principios, procedimientos, prácticas naturales e instituciones que regulan la solución de conflictos con base en la cosmovisión maya y cuyas decisiones son respetadas por todos, en virtud de ser un sistema jurídico natural, inherente a su propia cultura, idioma y territorio.

La cámara penal de la Corte suprema de justicia, en el expediente de casación dos mil doce guión mil ochocientos cuarenta y ocho (2012-01848) de fecha veintinueve de enero de dos mil trece, ha otorgado una definición de derecho indígena, de la manera siguiente:

“...En cumplimiento del mandato de las naciones que integran la comunidad internacional de la que Guatemala es parte, la Cámara Penal de la Corte de Justicia, ha iniciado un proceso de formación de doctrina jurisprudencial en la que 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 de 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.”

Las definiciones contienen elementos sobre el Derecho en general, sin embargo, enfatizan en los elementos culturales; esto es importante dado que las normas que regulan el comportamiento humano dependen de la concepción que cada sociedad tiene del derecho y sus fines.

II. Breve historia de la situación de los pueblos indígenas y sus derechos humanos

El proceso histórico para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, no ha sido nada fácil. Fue durante el periodo de colonización española en América, cuando Bartolomé de las Casas criticaba y denunciaba el trato que recibían los indios, y muy en particular, el sistema español de la encomienda⁴⁴.

A Bartolomé de las Casas lo siguieron otros juristas de la época y de la importancia de Francisco de Vitoria o Hugo Grotius. Francisco de Vitoria, además de respaldar las teorías de De las Casas sobre la existencia de una humanidad esencial común a todos los hombres, bien fuesen indios o no indios, defendió la posesión de los indios de un poder original autónomo y de unos derechos sobre sus tierras, así como su condición de seres humanos. Por su parte Hugo Grotius, considerado por muchos el padre del derecho internacional, coincidía con las tesis de Vitoria relativas a los derechos de los indios en cuestiones de tierras y a su condición de seres humanos, aunque constataba la existencia de diferencias notorias con el resto de seres humanos⁴⁵.

Los primeros pueblos indígenas en alzar sus voces y organizarse fueron pueblos de Estados Unidos, Canadá, el Ártico, Australia y Nueva Zelanda en la década de los 60 al iniciar campañas públicas para lograr el reconocimiento de sus derechos. Aunque los pueblos indígenas han existido desde hace miles de años, la proliferación de organizaciones durante las últimas décadas se debe principalmente a la influencia de

⁴⁴ Alertanet en derecho y sociedad / Law & Society, López, Miguel Berraondo, Los derechos humanos y los pueblos indígenas, Disponible: <http://www.alertanet.org/f2b-mberraondo.htm>, fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

⁴⁵ *Ibid.* fecha de la consulta, 15 de mayo del 2015.

los movimientos de descolonización, de los movimientos de derechos civiles y de poder negro y al aumento de los apoyos financieros para las iniciativas indígenas ⁴⁶.

El movimiento se desarrolló rápidamente y durante la década de los 70, aparecieron organizaciones de ámbito local y nacional por América Central y del Sur. En 1974 y 1975 la naturaleza internacional de los movimientos indígenas se cristalizó con la formación las organizaciones “International Indian Treaty Council” y “World Council of Indigenous Peoples”. Estas organizaciones consiguieron reunir a pueblos indígenas de América, Escandinavia, Australia y Nueva Zelanda, y comenzaron a trabajar en el ámbito de las organizaciones internacionales, especialmente dentro de naciones unidas⁴⁷.

Durante la década de los 80, los movimientos indígenas comenzaron su actividad en Asia. En Filipinas, “la alianza de los pueblos de la cordillera” se formó en 1984. Seguidamente se creó en 1986 “el consejo de los pueblos indígenas y tribales” de la India. El pueblo Ainu de Japón y los pueblos aborígenes de Taiwán del este de Asia; los pueblos indígenas del sudeste asiático de Tailandia, Malasia, e Indonesia; y los pueblos de Bangladesh y Nepal; formaron en 1992 “el pacto de los pueblos indígenas de Asia”. Posteriormente el movimiento indígena ha seguido desarrollándose durante la década de los 90, con la formación por parte de 26 pueblos del norte de Rusia de su propia organización⁴⁸.

Toda esta evolución del movimiento indígena, alcanzó su máximo esplendor a partir de 1982, cuando se creó en el seno de Naciones Unidas el grupo de trabajo sobre pueblos indígenas y las organizaciones indígenas comenzaron a hacerse notar en el mayor foro internacional existente. A partir de ese año el desarrollo de las organizaciones indígenas ha sido paralelo al desarrollo de un fuerte movimiento en favor de los pueblos indígenas y de sus derechos dentro de naciones unidas, que ha posibilitado que el

⁴⁶ *Ibid.* fecha de la consulta, 15 de mayo del 2015.

⁴⁷ Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOswork/lang--es/index.htm>., fecha de la consulta, 15 de mayo del 2015.

⁴⁸ Alertanet en derecho y sociedad / Law & Society, López, Miguel Berraondo, Los derechos humanos y los pueblos indígenas, Disponible: <http://www.alertanet.org/f2b-mberraondo.htm>, fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

grupo de trabajo se convierta en uno de los foros con mayor asistencia de organizaciones y observadores de naciones unidas, que se declarase 1993 como el año internacional de los pueblos indígenas y que la década entre 1994-2005 como la década internacional de los pueblos indígenas ⁴⁹.

Durante las últimas décadas, los pueblos indígenas han creado un fuerte movimiento internacional, retomando las tesis de antiguos juristas sobre sus derechos y su condición de seres humanos que ha afectado directamente a las políticas estatales en materia indígena. Estas han tenido que ser modificadas, muy a pesar de muchos estados, en pro de la defensa y protección de sus formas de vida y no de políticas asimilacionistas o genocidas, como las que han soportado durante tantos siglos. Aunque siguen sufriendo constantemente amenazas y violaciones de sus derechos, ya nadie duda de su condición de seres humanos y de su titularidad de unos derechos humanos. Ahora la cuestión es definir esos derechos y adecuarlos a la especificidad de los pueblos indígenas⁵⁰.

III. La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas

Nadie duda que la Declaración universal de derechos humanos constituyó un hito histórico que ha marcado definitivamente la historia de las relaciones internacionales con un antes y un después⁵¹.

“El movimiento internacional que ha surgido a cuenta de la protección de los derechos humanos, los convenios y declaraciones que se han firmado para asegurar su protección y respeto y los mecanismos de control y defensa que se han creado para limitar el poder de los estados son consecuencias extraordinarias de una resolución de naciones unidas que difícilmente podrá volver a repetirse.

⁴⁹ *Ibíd.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

⁵⁰ *Ibíd.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

⁵¹ *Ibíd.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

Sin embargo, el paso de los años y de los acontecimientos han ido dejando al aire multitud de aspectos que la declaración en su día no resolvió porque todavía no estaban planteados o porque la organización mundial de ese entonces no los contemplaba.

Así pues, el debate sobre la universalidad de los derechos humanos y su aplicabilidad se ha convertido en uno de los debates más controvertidos que hay en torno a los derechos humanos. Se critica el predominio cultural de occidente en la filosofía de la declaración, la escasa representatividad de la declaración con la realidad internacional surgida después de los procesos de descolonización, la falta de eficacia y aplicabilidad de unos derechos que no se respetan en las tres cuartas partes del mundo.”⁵²

La Declaración universal de derechos humanos fue hecha desde una óptica occidental, basada en los modos de vida y costumbres de las culturas dominantes en aquella época. Su objetivo principal era el de dotar a los individuos de una serie de derechos y mecanismos que les defendiesen en el futuro de atrocidades y violaciones como las cometidas durante la segunda guerra mundial. La comunidad internacional estaba impactada por las tácticas nazis de exterminio en los campos de concentración⁵³.

Por ello la Declaración universal se basó en las concepciones individualistas del momento, que situaban al individuo por encima de la colectividad y estableció unos derechos individuales.

Por su parte las culturas indígenas tienen fuertemente asumida una dimensión comunitaria, que obviamente no se asume en la declaración universal. Ellos centran la vida y las relaciones personales no en el individuo, sino la comunidad, que es quien decide y actúa sobre los individuos. Esta concepción comunitaria es la base que justifica su necesidad de gozar de unos derechos colectivos. Unos derechos que la

⁵² *Ibíd.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

⁵³ *Ibíd.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

comunidad ejercería como sujeto y gracias a los cuales la comunidad podría garantizar su pervivencia⁵⁴.

Actualmente, uno de los derechos que más se reconocen es el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, entendiendo siempre que por pueblos se refiere a los estados (únicos sujetos de derecho internacional).

Si los Estados no aceptan la dimensión comunitaria de los pueblos indígenas y no permiten la adopción de la perspectiva colectiva de los derechos, es prácticamente imposible que estos pueblos puedan mantener sus tradicionales formas de vida. Parte de esas formas de vida y organización social, lo constituye el derecho a sus propios sistemas jurídicos. Por lo tanto, este último, también es parte de la libre determinación de los pueblos⁵⁵.

IV. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes

La OIT fue creada en 1919 después de la primera guerra mundial con el objetivo de promover la paz social. Ello se ve reflejado en su constitución que establece que “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social”. En un principio, la OIT se interesaba en la situación de los pueblos indígenas y tribales principalmente en cuanto a su papel de trabajadores. Ya en 1921, la OIT comenzó a abordar la situación de los denominados “trabajadores aborígenes” en las colonias de las potencias europeas. Se hizo cada vez más evidente que los pueblos indígenas estaban expuestos a una grave explotación laboral y necesitaban contar con una protección especial en los casos en que se veían expulsados de sus dominios ancestrales, convirtiéndose en trabajadores temporeros, migrantes, serviles o domésticos. Uno de los resultados de este reconocimiento fue la adopción en 1930 del convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT

⁵⁴ *Ibid.* fecha de consulta, 15 de mayo del 2015.

⁵⁵ <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOwork/lang--es/index.htm>. Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

(núm. 29). Tras la creación de las Naciones Unidas en 1945, la OIT amplió su análisis de la situación de los trabajadores indígenas y comenzó a abordar una variedad de asuntos referentes a los pueblos indígenas y tribales⁵⁶.

En la década de 1950, la OIT, junto con la participación de otras agencias del sistema de la ONU, comenzó a trabajar en el convenio de los pueblos indígenas y tribales (núm. 107). Este convenio fue adoptado en 1957 como el primer tratado internacional sobre esta cuestión y, finalmente, fue ratificado por 27 países, principalmente en América, pero también en el Sur de Asia y en varios países de África y Europa⁵⁷.

Con el transcurso de los años, se hicieron evidentes algunos puntos débiles del convenio número 107, en particular la suposición subyacente que el único futuro posible de los pueblos indígenas y tribales yacía en su integración en el conjunto de la sociedad y que las decisiones relativas a su desarrollo atañían al estado. Con la creciente participación, organización y concientización de los pueblos indígenas y tribales a nivel nacional e internacional durante las décadas de 1960 y 1970, estos supuestos se vieron desafiados. Finalmente, se plantearon inquietudes referentes al enfoque del convenio número 107 en el sentido de ser integracionista y se efectuaron convocatorias para revisarlo y actualizarlo. Una comisión de expertos convocada en 1986 por el consejo de administración de la OIT concluyó que “el enfoque integracionista del convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”⁵⁸.

En 1988 y 1989, la revisión del convenio número 107 estuvo en la agenda de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) y en junio de 1989, se adoptó el convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). El convenio 169 se basa en una actitud general de respeto por las culturas y el modo de vivir de los pueblos indígenas y tribales y el supuesto fundamental de que estos constituyen sociedades permanentes con

⁵⁶ Organización Internacional del Trabajo, Historia de la labor de la OIT, Disponible: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOwork/lang--es/index.htm>, fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

derecho a determinar sus propias prioridades para el proceso de desarrollo. Los dos principios principales del convenio son que estos pueblos deben participar y ser consultados en los procesos de toma de decisiones en todo nivel, ya que tales decisiones afectan sus vidas y comunidades⁵⁹.

En 2008, el Convenio número 169 ha sido ratificado por 19 países, pero su influencia va más allá del número real de ratificaciones, ya que se ha convertido en un punto de referencia para el análisis y las políticas sobre los derechos de los pueblos indígenas en muchos países y procesos internacionales. Establece los estándares internacionales mínimos mientras que mantiene la puerta abierta para países que deseen establecer estándares más altos. Busca reunir en un mismo diálogo a todas las partes interesadas: gobiernos, organizaciones de pueblos indígenas y tribales y organizaciones no gubernamentales⁶⁰.

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP). La UNDRIP reafirma la importancia de los principios y enfoques establecidos en el Convenio número 169. Las disposiciones de este convenio y la UNDRIP son compatibles y se refuerzan mutuamente y la adopción de esta última ofrece, por tanto, un impulso renovado para promover la ratificación e implementación del convenio número 169⁶¹.

V. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de la ONU fue adoptada por una mayoría de 143 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos) y 11

⁵⁹Organización Internacional del Trabajo, Historia de la labor de la OIT, Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOswork/lang--es/index.htm>. Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bhután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia Federación de Rusia, Samoa y Ucrania)⁶².

La declaración establece un marco universal de normas mínimas para la supervivencia, la dignidad, el bienestar y los derechos de los pueblos indígenas a nivel mundial. Se dirige a los derechos individuales y colectivos, derechos culturales y la identidad, los derechos a la educación, la salud, el empleo, el lenguaje. En la declaración se prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas y se promueve su participación en todos los asuntos que les conciernen. Asimismo, garantiza el derecho a ser diferentes y a perseguir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural. La declaración fomenta explícitamente las relaciones armoniosas y de cooperación entre los estados y los pueblos indígenas⁶³.

VI. Plataformas para los pueblos indígenas

La Organización de Naciones Unidas ha creado diversas plataformas para los pueblos indígenas a fin de asesorar y llevar sus preocupaciones a los Gobiernos y los responsables económicos sobre su situación:

1. Foro permanente para las cuestiones indígenas: Es un órgano consultivo del Consejo Económico y Social con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos⁶⁴.
2. Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: En diciembre de 2007, el Consejo de Derechos Humanos adoptó por consenso, en su resolución 6/36, el establecimiento de un nuevo mecanismo de expertos sobre

⁶² Indigene: Derechos de los pueblos Indígenas, disponible en: <http://www.indigene.de/69.html?&L=2> Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Indigene: Derechos de los pueblos indígenas, disponible en: <http://indigene.de/69.html?&L=2>, Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

los derechos de los pueblos indígenas. El mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas fue establecido para proporcionar al consejo sus conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas. El mecanismo de expertos está formado por cinco expertos independientes. Los expertos independientes serán nombrados por un período de tres años y podrán ser reelegidos por un período adicional⁶⁵.

3. Relator especial: La comisión de derechos humanos decidió nombrar en 2001 un relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. El mandato del relator especial fue renovado por la comisión de derechos humanos en 2004, y por el consejo de derechos humanos en 2007. El relator especial se compromete a elaborar informes sobre cuestiones indígenas. Además, presenta su informe anual sobre sus actividades al consejo de derechos humanos⁶⁶.

I. Características del sistema jurídico indígena

Existen distintas visiones para ubicar las características del sistema jurídico indígena.

La organización “Oxlajuj Ajpop”, que reúne a un consejo de guías espirituales, encuentra como características lo religioso, lo educativo/formativo, lo preventivo, lo transformador, su aspecto integral, oral, público, legítimo, el hecho cultural, filosófico, dinámico, y unificador. Raquel Irigoyen muestra su carácter integrador: “(...) uno de los elementos estructurales de la cultura y espiritualidad indígena, como del sistema normativo, es el “calendario maya” (religioso y solar), pues resume la cosmovisión y marca la pauta de la vida social, colectiva e individual. El Calendario resume conocimientos de diverso carácter, (astronómico, biológico, agrícola, social, psicológico, etc.) criterios axiológicos (que guían el comportamiento social) y principios de espiritualidad (que señalan cómo establecer una relación armónica integral entre los

⁶⁵ *Ibíd.* Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

⁶⁶ *Ibíd.* Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

individuos y el cosmos en su conjunto). Otros atribuyen como características, el hecho de ser conciliador, reparador, pedagógico y su flexibilidad.”⁶⁷

Los especialistas en defensa y protección de los derechos de los pueblos mayas coinciden en asignarle como características las siguientes: es conciliador, reparador, didáctico, dinámico, y legítimo. Agregan como instituciones procesales, el diálogo, la consulta y el consenso. Se considera que esas características se atribuyen en atención a su propia naturaleza. Dichas características se definen así:

a. Conciliador

Es el empleo de recursos persuasivos, apelando a aspectos éticos, morales y la adecuada relación social para tratar de avenir a las partes logrando un proceso de reconciliación, posterior al conflicto encontrado. Busca la participación de las partes involucradas en el conflicto para el logro de una adecuada solución. Se llama a las partes y frente a frente y con la legitimidad de la colectividad, resuelve.

b. Reparador

La reparación del daño causado es fundamental en la resolución de conflictos o problemas en los que el orden social o familiar es alterado. Consiste, por un lado, en devolver o compensar materialmente al afectado, por otro, en reparar el daño psicológico mediante la corrección de la acción socialmente reprochable y mal vista ante los ojos de la colectividad.

c. Didáctico

La aplicación del Derecho indígena Maya es altamente pedagógica y didáctica; todo el procedimiento y los actos en los que se interviene para la resolución de los conflictos, son y deben ser formativos, puesto que enseñan y dan una lección a la comunidad.

El cumplimiento de una sanción hace reflexionar al que cometió el hecho y que sirve de ejemplo a otros para no hacerlo.

⁶⁷ Instituto de la Defensa Pública Penal. Módulo Interculturalidad. Guatemala. 2008. Pág. 45.

d. Dinámico

Los procedimientos no carecen de formalidad y de ceremoniosidad, pero tampoco son un proceso largo y tedioso; no se rigen por un ordenamiento procesal como en el derecho positivo vigente.

Se analiza cada caso con sus propias particularidades desde la comisión del hecho y las circunstancias del victimario, así como se analiza a la víctima, lo que da como resultado la sanción necesaria y justa.

e. Legítimo

Es legítimo, en virtud de la participación colectiva; participan los interesados, las víctimas, los victimarios y todos lo que tengan que aportar y tengan interés en el asunto y aun cuando no lo tuviere, se participa como testigo y validado como colectivo y en virtud del cumplimiento de todas sus características.

Es legítimo, pues logra la validación de la mayoría consciente de la supremacía del interés social sobre el individual. La legitimidad también se manifiesta cuando los interesados están conformes con el proceso y su resultado.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado otras características del derecho indígena guatemalteco, de la manera siguiente: *“...Esta Cámara ha definido el derecho indígena en la forma ya descrita, a lo que debe de agregarse que se caracteriza por la oralidad y la carencia de los formalismos propios del derecho estatal.”*⁶⁸

*“Debe de tenerse en cuenta que las características del derecho indígena, reconocidas como derecho fundamental de las comunidades indígenas son la integridad, la armonía, el equilibrio, la reconciliación, la restitución, el dinamismo, la oralidad y celeridad. En cuanto a esas dos últimas características implica que sea un derecho no escrito...”*⁶⁹

Como se observa, aún utilizando otras palabras, las características del derecho indígena coinciden con las descritas.

⁶⁸ Expediente de casación 01004-2012-01848 de fecha 29 de enero 2013.

⁶⁹ *Ibid.*

II. Resolución de conflictos por parte de las autoridades indígenas

La resolución de conflictos por partes de las autoridades indígenas está regida por varios principios, que son comunes, aunque no forzosamente se materializan al momento de la resolución, pero en su mayoría siempre están presentes.

a. Principios que se aplican en la resolución de conflictos

Se definen como: un conjunto de principios que rigen el procedimiento comunitario, el cual, identifica la forma sustancial en la que se desarrolla el sistema de justicia indígena dentro de los cuales privan los principios de oralidad, publicidad, presencia, concentración y además, de ser gratuito.⁷⁰

Los principios más usuales en la resolución de conflictos en el sistema Jurídico Indígena son:

1. Oralidad

Su principal recurso es la palabra y la narración mediante símbolos, iconografías, actos, ejemplos, consejos, mensajes, metáforas, metonimias, cuentos, leyendas, hechos concretos, advertencias, sanciones, entre otras.

2. Público

Generalmente, las audiencias o asambleas se hacen de manera pública donde participa la comunidad o el pueblo durante la realización del procedimiento comunitario, siempre respetando el orden en su desarrollo.

3. Presencia

⁷⁰ Instituto de la defensa pública penal; Módulo interculturalidad; Guatemala, editorial serviprensa, S.A., 2008, p. 61.

El procedimiento comunitario tiene lugar con la presencia directa de las autoridades indígenas, quienes tienen una participación plena en el conocimiento del conflicto.

4. Concentración

La justicia indígena se desarrolla mediante asambleas o audiencias comunitarias dirigidas por la autoridad indígena. Generalmente, el procedimiento comunitario se realiza entre una, dos o tres audiencias que se practican en plazos inmediatos.

5. Gratuito

La justicia indígena, por naturaleza, es gratuita, no tiene costo alguno para las partes. Las autoridades reciben solamente el agradecimiento de su intervención. Todo lo contrario, al sistema jurídico oficial que necesariamente paga al recurso humano que interviene (jueces, Ministerio público, defensores etc.).”⁷¹

b. Características del procedimiento de resolución de conflictos

Son determinantes en el desarrollo y en la finalización del procedimiento comunitario, el dialogo, la consulta y el consenso. Constituyen instrumentos procedimentales comunitarios de los que se vale la autoridad indígena para el conocimiento del conflicto, lo que facilita de manera eficaz la conclusión y la solución del conflicto comunitario sometido a su conocimiento⁷².

1. Diálogo

El mito del Pop Vuh muestra en la antesala de la creación los mecanismos o formas del razonamiento en la resolución de conflictos: “(...) se juntaron, dialogaron, se consultaron entre sí (...)”. Por medio de la discusión de los problemas se trata de llegar a una solución mutuamente satisfactoria entre las partes en disputa; y todos los que deben intervenir, o los que son directa o indirectamente afectados, y⁷³ cuando es

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Instituto de la defensa pública penal; Módulo interculturalidad; *Op. cit.*, p.62.

⁷³ *Ibíd.* p. 62.

necesario, se realiza un cabildo o diálogo con la comunidad si es que afecta a todos. Esta es la característica procesal, si no la más importante, sí la más necesaria, porque sin ella no se podría llegar a un acuerdo y por consiguiente no se resolverían los problemas o conflictos⁷⁴.

2. La consulta

Es el proceso que se desarrolla con las partes; en principio, para saber sobre la realidad del hecho, y luego, se utiliza el mismo procedimiento con la colectividad que se ve afectada, o que puede participar en la solución del conflicto. La consulta es el proceso de participación, en forma directa, de los sujetos implicados directa o indirectamente, teniendo como objetivo la búsqueda de la solución a un problema en donde las opiniones no se desechan, sino que contribuyen a tomar una decisión tomando en cuenta todos los puntos de vista que se plantean⁷⁵.

3. El consenso

Realizado el proceso de la consulta, que puede ser a toda la comunidad o a un solo grupo, dependiendo de la naturaleza del problema, sigue el consenso. Sentados los participantes, proceden a opinar para resolver y sancionar se procede a condensar para tomar una decisión. En ese proceso, siempre se busca alcanzar la convergencia de opiniones para beneficio de la colectividad⁷⁶.

La fuente que fundamenta esta característica está dada en lo que destaca el Pop Vuh, *“Se hablaron -dialogaron, pensaron y meditaron (consulta), se juntaron y se pusieron de acuerdo en pensamiento y palabra (consenso)”*; eso nos indica que la toma de decisiones desde el origen mismo de todo lo existente es de carácter colectivo y legítimo, no se pueden tomar decisiones unilateralmente o individualmente, pues el consenso y la consulta son esenciales. Asimismo, los títulos de los señores de Totonicapán, recoge pasajes importantes: *“Y había pasado tiempo de estar en Hacavitz cuando acordaron hacer fuego. Hemos sufrido demasiado frío, dijo Balam Kitze,*

⁷⁴ *Ibíd.* p.63.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 63.

⁷⁶ *Ibíd.*

trataremos de sacar fuego. Está bien, dijeron los trece pueblos de Vukamag.” Los anales de los Kaqchikeles: “Reunidos todos allí, celebraron consejo, decían nuestros padres y abuelas Gagavitz y Zactecauh”.⁷⁷

El Rabinal Achí: “Ah, Oj vosotros los de Ux, los de Poqomam a escuchar aquí las órdenes bajo el cielo, sobre la tierra, axial dijo tu palabra”.⁷⁸

III. Procedimiento de resolución de conflictos

La aplicación del sistema jurídico indígena tiene que ver con un sistema de regulación integral: ser humano, naturaleza y cosmos. Este procedimiento comunitario se define como: el conjunto de actos comunitarios desarrollados por la autoridad indígena y la participación de sus miembros que intervienen en la interpretación y en la aplicación de sus normas para la solución de un conflicto comunitario determinado, y que tiene como fin, asegurar el equilibrio y la armonía de los pueblos indígenas⁷⁹.

“Corresponde el ejercicio de la autoridad indígena, a las personas designadas mediante el procedimiento de elección o designación. La aplicación es conforme a los principios del diálogo, la consulta y el consenso. Interpretan y aplican las normas que dan solución al conflicto comunitario, pues su fin es mantener la armonía y el equilibrio dentro de la comunidad o pueblo indígena. Los procesos se inician con una queja presentada ante la autoridad reconocida, es decir, ante el alcalde, el cofrade, el principal u otra autoridad. Una vez que la autoridad comprueba los hechos que a su juicio son los más importantes y se establece que sí se cometió un delito, se procede a examinar las pruebas que presenta el demandante y luego cita a las personas involucradas para que amplíen su asunto.”⁸⁰

⁷⁷ Instituto de la defensa pública penal; Módulo interculturalidad; *Op. cit.*, p.63.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.* p. 64.

⁸⁰ *Ibíd.* p. 64.

El procedimiento utilizado en Santa Cruz Verapaz, Tamahú y Purulhá, es el siguiente: inicialmente se reúnen las autoridades indígenas, K'amalb'e, Ajqu'ij, alcalde auxiliar, y la cofradía, para conocer y analizar los asuntos o problemas planteados. Clasifican los casos en atención a la naturaleza de los hechos y a la persona que los cometió y lo distribuyen según corresponde. A veces, al hechor lo envían a la iglesia católica para pedir perdón, o bien, se realiza una ceremonia en el cerro o en su vivienda.⁸¹

El siguiente paso es que cada autoridad indígena conoce los hechos según su competencia; ejemplo, el K'amalb'e procede a realizar reuniones para deliberar y resolver los problemas que la cofradía tenga. El alcalde auxiliar y el comité de desarrollo reúnen a la comunidad o a las partes involucradas y buscan una solución; las citas se hacen de palabras.

Dentro de los hechos que se cometen, están los hechos graves,⁸² como no respetar a la mujer, ni al Ajaw, matar a alguien, cometer violaciones, daños grandes a cultivos, pleitos, separaciones familiares y robos grandes, falta entre ellos, y agresiones físicas o con machete. Menos graves o suaves, son los problemas familiares, daños menores a cultivos, ofensas, y ofensa al santo. Las sanciones que aplican en estas comunidades son: pagos de daños, multas, la expulsión de la cofradía, pago de dinero, trabajo o especie. Los cofrades generalmente no sancionan y el Ajqu'ij sólo aconseja.⁸³

El procedimiento del sistema jurídico indígena es la recepción de la denuncia, el análisis, escuchar a las partes, la llamada de atención y el uso del pixab'. Los otros son similares, por ejemplo, cuando los ancianos se refieren a la construcción de la armonía, los delegados hablan de la motivación al diálogo, la búsqueda del consenso y la reconciliación.⁸⁴

⁸¹ *Ibíd.* p. 64.

⁸² *Ibíd.* p. 65.

⁸³ *Ibíd.* p. 65.

⁸⁴ *Ibíd.* p. 65.

IV. Regulación legal del sistema jurídico indígena

En el derecho guatemalteco, el preámbulo constitucional establece: “Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado;... reconociendo... al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.”

De su estudio se deduce la naturaleza jurídica del derecho guatemalteco, su naturaleza es híbrida. Esto se explica de la manera siguiente: es dualista en virtud que revisten caracteres de la corriente *ius positivista*, al establecer que el Estado es responsable de la consolidación del régimen de legalidad; pero, por otro lado, se funda en la corriente *ius naturalista* al establecer que además del régimen de legalidad debe consolidarse la seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, que deben estar inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencias culturales; lo que evidencia su característica consuetudinaria, que atendiendo a la realidad guatemalteca debe ser plural.

Artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala. Este artículo reconoce la diversidad cultural del país y sus particularidades, al establecer: “...*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 de los pueblos indígenas...*”

La organización social se refiere a las formas de organización de una sociedad para el logro de sus objetivos, lo cual incluye autoridades, normas propias, instituciones,

procedimientos, sanciones y los elementos necesarios para garantizar la convivencia armónica de la comunidad.

En referencia a estándares internacionales, Guatemala ha incorporado a su legislación, disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, entre las que figuran:

1. El Convenio 169 de la organización internacional del trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, contiene diversos artículos sobre este tema. Sin embargo, es importante resaltar los siguientes:
"Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias... (Artículo 8.2). "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" (artículo 9.1.)
2. La Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, contiene diversos artículos sobre este tema. Sin embargo, es importante resaltar:
"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" (artículo 34).
3. Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, contiene diversas reglas sobre este tema. Sin embargo, es importante resaltar la regla 48: "Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de

justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”

La observancia de las disposiciones contenidas en estos instrumentos internacionales es obligatoria, ya que forman parte del ordenamiento guatemalteco. Conjuntamente, en su interpretación, por tratarse de fuente normativa convencional, debe observarse las disposiciones de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establece en su artículo 26: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*, el 27 dispone que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

El artículo 31 de la referida Convención establece: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) ...b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado...”*

Las prácticas de los Estados incorporan la jurisprudencia internacional como parte de la interpretación de un tratado. Así, la jurisprudencia internacional establecida por la corte interamericana de derechos humanos ha promovido el respeto al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para garantizar el acceso a la justicia, véase el siguiente ejemplo: *“Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Además, el Tribunal ha señalado que ‘los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan*

*dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto.*⁸⁵

Las disposiciones contenidas en estos instrumentos cobran especial relevancia en el derecho guatemalteco, dado que la corte de constitucionalidad dictó una resolución innovadora en la cual incluye la definición de bloque de constitucionalidad, al cual incorpora los estándares internacionales como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes al afirmar: “... por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano...”⁸⁶

*“El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno...El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de luscogens que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional) ...”*⁸⁷

⁸⁵ Pronunciamiento emitido por la Corte interamericana de derechos humanos dentro de los expedientes de los casos *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 párrafo. 184, y caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 párrafo. 200 y 201. Disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_216_esp.pdf, y http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_215_esp.pdf, fechas de consulta: 15 de mayo del 2015.

⁸⁶ Corte de constitucionalidad, sentencia emitida en fecha 17 de julio 2012, expediente 1822-2011.

⁸⁷ *Ibíd.*

*“Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos...”*⁸⁸

Este aporte constituye un avance importante para el respeto y aplicación de los derechos humanos, en particular, de los pueblos indígenas, dado que la validez de los actos y leyes dependen de su adecuación al bloque de constitucionalidad. El incluir el artículo 149 constitucional como uno de los fundamentos del bloque de constitucionalidad, no únicamente obliga a la observancia de los instrumentos internacionales, sino también a la observancia de los principios, normas imperativas (*Ius cogens*) y prácticas internacionales sobre derechos humanos.

Al incorporar el contenido de los estándares internacionales que establecen el respeto a la aplicación de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas a este bloque, se consolida este derecho a favor de los pueblos indígenas guatemaltecos tomando en consideración la norma constitucional aludida y los principios *pro indígena* contenido en el artículo 35 del convenio 169 de la organización internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, por el cual se establece que la aplicación de las disposiciones de ese convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales y el principio que regula el derecho a la libre determinación de los pueblos, en virtud de que los sistemas jurídicos como formas de organización de los pueblos indígenas, constituyen parte de este derecho imperativo.

⁸⁸ *Ibid.*

1.1.10. El peritaje cultural como medio de prueba en el proceso penal

En el desarrollo del presente capítulo se ha resaltado las diferentes conceptualizaciones del peritaje cultural y así se puede afirmar que, es aquel documento que provee datos importantes del contexto social en el que se desarrolló el hecho y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos.

El peritaje cultural ha sido utilizado como prueba en varios procesos penales dentro del sistema de justicia penal y en algunas ocasiones se ha tomado en consideración su contenido por el juez a cargo de la causa, siendo también cierto que en otras ocasiones no ha incidido en la resolución del juzgador.

En el Código procesal penal y específicamente en el capítulo V y en las siete secciones que comprenden el apartado de prueba, no se encuentra determinado e individualizado como prueba con esa denominación (peritaje cultural), por lo que se debe efectuar el análisis correspondiente para definir si acorde a nuestra legislación procesal penal constituye un medio de prueba.

El artículo 182 del Código procesal penal define que se pueden probar los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por *cualquier medio de prueba permitido*.

Del análisis de la norma precitada, se colige que el peritaje cultural podrá ser ofrecido como prueba siempre que se necesite probar un hecho o circunstancia de interés para la correcta solución en un proceso penal.

Ahora bien, además de los presupuestos antes referidos, deberán concurrir conforme a lo establecido expresamente en el artículo 183 del Código procesal penal, dos requisitos para ser admitido como prueba, que dicho peritaje se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y además sea útil para el descubrimiento de la verdad.

De la lectura del artículo 183 mencionado puede inferirse un tercer elemento que permitiría o no la admisibilidad del peritaje cultural como medio de prueba, y este es, la circunstancia de que el mismo resulte manifiestamente abundante.

El hecho de que el peritaje cultural, con esa denominación no esté previsto como medio de prueba es superado además de la normativa antes relacionada con lo dispuesto en el artículo 185 del Código procesal penal que dispone con claridad, que además de los medios de prueba previstos en ése capítulo V y sus siete secciones, *se podrán (facultativo) utilizar otros distintos*, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en el Código procesal penal o afecten al sistema institucional.

Habiéndose ofrecido (propuesto) el peritaje cultural como medio de prueba en la oportunidad que exige el ordenamiento procesal (en la etapa de investigación podrá ofrecerse y diligenciarse en cualquier momento y para los efectos procesales se le denominará medio de convicción o investigación), es decir en la fase intermedia conforme a lo definido en el artículo 343 del Código procesal penal, *siempre que no fuere abundante, innecesario, impertinente o ilegal* podrá ingresar al proceso como medio de prueba y desarrollarse como tal en el juicio oral y público.

La forma de desarrollo, contenido, e incorporación como medio de prueba será ampliamente desarrollada en el capítulo dos del presente trabajo, por lo que bastará en este momento referirnos a que, siendo una pericia, para su desarrollo y formalidades legales, debe observarse y cumplirse con lo definido en los artículos 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 234, 235, del Código procesal penal.

1.1.11. Valoración legal del peritaje cultural

Cafferata Nores⁸⁹ indica que son tres los principales sistemas de valoración de la prueba: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional. Indica que en el sistema de prueba legal es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

En relación con el sistema de íntima convicción afirma Cafferata Nores que la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender, y que en todo caso debe agregársele otra característica que supone la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; lo cual no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en la racionalidad connatural a todos los hombres⁹⁰.

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional para Cafferata, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el juzgador logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables

⁸⁹ Cafferata Nores, José; La prueba en el proceso penal. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina, Ediciones de palma, 1998. p. 44.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 45.

de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la experiencia común(constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica).

Característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere a concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio (el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya⁹¹.

En el proceso penal guatemalteco se utiliza el sistema de sana crítica razonada, como lo regula taxativamente el artículo 186 al establecer, que todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código.

De esa cuenta, el peritaje cultural al ser aceptado y vertido como prueba en un proceso penal, deberá ser valorado por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica razonada, con base en los principios de la razón y conforme a las normas de la lógica (observando las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), y los principios de las ciencias y la experiencia común.

⁹¹ Cafferata Nores, José. *Op.cit.* p. 46.

La valoración del peritaje cultural quedará sujeta a lo que se pretenda probar con el mismo, por ejemplo; establecer, que el conflicto sometido a conocimiento del juez ya fue juzgado y resuelto por las autoridades indígenas del lugar donde aconteció; Que el conflicto de conformidad con el contexto sociocultural connota un error de prohibición (error de comprensión culturalmente condicionado); Que la acción ejecutada por una autoridad indígena y que ahora es señalada como delito, fue realizada dentro de las funciones que como autoridad indígena o ancestral le fue delegada y en consecuencia no constituye acción dolosa, ni delito, (cerrar el paso del agua potable comunal al chorro de la casa del poblador que no cumple con pagar las cuotas comunales y ya se le indicó que se le vedaría el acceso a la misma) en fin, lo que se quiera connotar con el peritaje cultural y que interese al proceso en la averiguación de la verdad.

CAPITULO II

2.1. La prueba en el proceso penal guatemalteco

Al ocurrir un ilícito penal y existir denuncia de su comisión o captura por flagrancia en la comisión, el sector justicia penal se pone en marcha y por ende ocurre la formación de un expediente (expediente de investigación fiscal, causa o proceso penal), en el cual el Ministerio público, ya fuere por un delito de acción pública o dependiente de instancia particular, inicia la adecuada investigación objetiva con el fin de verificar las circunstancias en que pudo ser cometido y el establecimiento de la posible participación del sindicado.

Si en efecto la investigación evidencia la probable participación de una o varias personas en un ilícito penal, luego de agotadas las etapas de investigación y etapa intermedia (para conocer del acto conclusivo fiscal) podrá ocurrir un juicio oral y público en el cual se ha de dictar una sentencia condenatoria o absolutoria o la imposición de una medida de seguridad si fuere el caso.

En todo el proceso penal y aun en el proceso de investigación fiscal, es necesario contar con los elementos que sustenten y soporten la ocurrencia del delito y la probable participación de una o varias personas en el mismo, para ello, el fiscal deberá buscar, recabar y contar con los indicios o medios de investigación necesarios que hagan viable y sostenible un proceso penal.

Claro está, que en el proceso penal, la búsqueda de los elementos que se convierten en indicios a favor o en contra de las personas sindicadas o procesadas, no ocurre solo por los fiscales del ministerio público, quienes en todo caso son los obligados por ley a recabar todos los elementos probatorios que le servirán para fundar una imputación primero, y posteriormente una acusación clara, precisa y circunstanciada; también los defensores, los querellantes y víctimas pueden y tienen derecho a aportar todos los

medios de convicción (indicios) y de prueba que permitan la mejor resolución del caso, en la búsqueda de la verdad histórica de lo que realmente ocurrió.

En el Código procesal penal guatemalteco, en observancia del debido proceso, se define que en la audiencia oral en la cual se intiman los hechos al sindicado (primera declaración ante el juez) deben describirse los elementos de convicción existentes que soportan la imputación en su contra. (Artículo 82).

En el proceso penal guatemalteco, los elementos de convicción e indicios recabados en la etapa de investigación, con posterioridad y luego de superar el filtro del contradictorio en la audiencia respectiva (ofrecimiento de prueba), normalmente se convierten en la prueba que se verterá y discutirá en un debate oral y público, la cual deberá ser valorada con fundamento en la sana crítica razonada tal como lo dispone nuestro ordenamiento procesal.

2.2. Definición de prueba en el proceso penal guatemalteco

La prueba penal es todo elemento de conocimiento cierto o probable sobre el objeto de la averiguación, obtenido de conformidad con la legalidad del procedimiento.⁹²

En el país, el tema de la prueba penal ostenta una gran importancia, ya que, siendo nuestro modelo de proceso penal acusatorio, el principio de presunción de inocencia estatuido en el artículo dieciséis (16) constitucional únicamente se puede quebrantar si se prueba y acredita plenamente que el procesado es culpable.

Para Cafferata Nores, la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual de aquéllos. La prueba es el

⁹² Instituto de la Defensa Pública Penal, La Prueba en Materia Penal, Guatemala, 2008, s.e. p. 5.

medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones o de inferencias sobre aquéllos.

93

La prueba ha de versar principalmente sobre los hechos alegados en el proceso, controvertidos por las partes; en consecuencia, se excluyen los de general conocimiento, es decir, los notorios.

De conformidad con el ordenamiento procesal penal, la acreditación del estado de culpabilidad de uno o varios procesados debe estar fundada en prueba objetivamente vertida, contradecida y que, sin ninguna duda, acredite la culpabilidad pretendida por el ministerio fiscal. Por ello, se define en el artículo 388 del Código procesal penal que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos o circunstancias que los descritos en la acusación o en la ampliación de la acusación si hubiere ocurrido, y para llegar a esa acreditación el Tribunal (colegiado o juez unipersonal) debe referirse y fundarse en la prueba vertida en el juicio oral y establecer con ella la responsabilidad del procesado.

La prueba penal se refiere a todas las personas, cosas, documentos y cualquier elemento que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende deducirse responsabilidad penal a una o varias personas.

En relación a la averiguación de la verdad, refiere Cafferata Nores: “Es bueno aclarar que la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia se tiene por verdadera hasta que se pruebe lo contrario, lo cual no excluye el derecho de aquél a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado “.

⁹³ Cafferata Nores, José. *Op.cit.* p. 5 y 6.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 8.

La prueba es entonces, el elemento toral de averiguación de la verdad y en su desarrollo, incorporación y valoración deben concurrir requisitos elementales, tales como, su licitud en la obtención, que haya estado sometida a contradictorio, que sea prueba pertinente, no abundante ni innecesaria. De llenar esos requisitos y ser valorada conforme las reglas de la sana crítica razonada, estaremos entonces frente al fundamento serio y objetivo de una sentencia absolutoria o condenatoria.

2.3. Características de la prueba en el proceso penal guatemalteco

Los artículos 181 y 183 del Código procesal penal señalan las características que debe tener la prueba para ser admisible:

- a) **Objetiva:** La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino que debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El código en su artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.
- b) **Legal:** La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley. (Más adelante se desarrollará este punto).
- c) **Útil:** La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.
- d) **Pertinente:** El dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, el daño causado, etc.
- e) **No abundante:** Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

Para evitar confusiones cuando se hace referencia a prueba, se tiene que tener absoluta claridad en los siguientes conceptos:

1º Órgano de prueba: Es aquella persona que actúa como elemento intermediario entre el objeto de prueba y el juez. Por ejemplo, en una declaración testimonial, el órgano de prueba es el testigo.

2º Medio de prueba: Por medios de prueba deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren razones o motivos de convencimiento en el proceso. En consecuencia, cómo medio de prueba se entiende el procedimiento establecido legalmente para incorporar el elemento de prueba al proceso para su valoración. Por ejemplo, el procedimiento para prestar testimonio.

3º Objeto de la prueba: Es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. En los objetos de prueba se incluyen tanto los hechos o circunstancias como las evidencias materiales. Por ejemplo, un hecho (objeto) puede ser probado a través de un testimonio (medio) o una pericia balística (medio) puede realizarse sobre una pistola (objeto).

2.4. La prueba pericial

Un antecedente concreto en la utilización de peritos, se encuentra en el derecho romano, la característica en este mecanismo era obtener la convicción del magistrado. Se pierde la utilización de este importante medio probatorio con el derecho de los pueblos bárbaros que dominaron Europa después de la caída del imperio Romano, de igual manera, podría decirse que, en la Edad Media, reaparece el peritaje especialmente para determinar la causa de la muerte y el cuerpo del delito, esto lo hacían jueces expertos, y luego era incorporado al proceso judicial como una especie de testimonio.

Ludwin Villalta expresa, que la base del testimonio como prueba emanada del perito fue admitida en el derecho canónico sin establecer diferencias entre prueba pericial o

prueba testimonial. En tiempos más próximos se empezó a regular como en Francia en 1579, posteriormente en el código penal austriaco de 1803 y en el siglo XIX y XX, en los procedimientos penales europeos, en América latina se ha considerado el peritaje como “medio de prueba”.⁹⁵

El actual Código procesal penal guatemalteco, regula los peritajes en su sección IV y V del Libro V cuyo título se refiere a las disposiciones generales sobre la prueba, en todo caso puede decirse que la pericia es un mecanismo que sirve para obtener, valorar y explicar un elemento de prueba, mediante conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

La ciencia avanza constantemente, no es para nada difícil deducir que en muy corto tiempo aparecerán a la palestra investigativa judicial, modernos, novedosos y sofisticados medios probatorios que amplíen los que actualmente existen, o bien, que puedan dejar obsoletos los mismos: Por ello, el Código procesal penal se queda corto con nombrar algunos medios de investigación y el fiscal y cualquiera de las partes puede con toda libertad aplicar la ciencia a la investigación para poder probar un caso⁹⁶.

La prueba pericial ha adquirido suma relevancia por el dominio que a menos prescriptivamente, tiene el perito sobre cuestiones empírico científicas de las cuales carecen los jueces, el fiscal y los defensores.

La noción legal nos permite obtener la siguiente definición de pericia: “La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba”⁹⁷.

⁹⁵ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno, Teoría de la prueba penal. Guatemala. s.e. 2013, p. 357

⁹⁶ Instituto de la Defensa Pública Penal, La Prueba en materia penal, Guatemala, 2008, s.e. p. 75

⁹⁷ Instituto de la defensa pública penal, La prueba en materia penal, Guatemala, 2008, s.e. p. 65

El artículo 225 del Código procesal penal, establece que el peritaje puede ser ordenado por el ministerio público o por el Tribunal, de oficio, o, a petición de parte. Los elementos legales de la definición incluyen como finalidad, además de la obtención y valoración, la explicación de un elemento de prueba.

2.4.1. La prueba pericial en la actividad probatoria

La importancia de la prueba pericial es dilucidar la verdad, para poder tener más y mejor comprensión de los hechos y de las circunstancias que del centro a la periferia tienen relación con el hecho criminal, es por ello que por encargo de las partes, o bien del propio juez como es en el caso guatemalteco, pueden solicitar a personas calificadas y acreditadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, argumentos, razones e información para lograr tener una mejor percepción, y posterior convencimiento de los hechos que se escapan del conocimiento común de las personas⁹⁸.

Un peritaje solo es necesario cuando no se tiene sólidos conocimientos en determinadas ciencias, artes o técnicas. Puede prescindirse de un peritaje cuando los hechos son de conocimiento o patrimonio común cultural, es decir, son circunstancias que prevalecen por la experiencia y por el sentido común⁹⁹.

Davis Echandia, considera que el peritaje es “una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapan del común de las personas”¹⁰⁰.

⁹⁸ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit. p. 357.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 358.

¹⁰⁰ Citado por Villalta Ludwin, Teoría de la prueba penal, *Ibíd.*, p. 361.

2.4.2. Concepto de prueba pericial

Para Lino Enrique Palacio, se denomina prueba pericial a “...aquella en cuya virtud personas ajenas a las partes y a los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o Tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.”¹⁰¹

Por su parte, Ángel Luis Campo Izquierdo, aporta una definición más completa al agregar los fines de la prueba pericial: “podemos entender por prueba pericial la realizada por peritos, entendiendo por tales, aquellas personas que son llamadas al proceso en base a sus conocimientos especializados (científicos, artísticos o prácticos), para que aporten las “máximas de experiencia” que el juzgador no posee o no puede poseer, a fin de facilitarle la percepción y la apreciación de hechos concretos, objeto de debate y valoración.”¹⁰²

Finalmente, Cafferata Nores, advierte de manera directa que la pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. Argumenta que no se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización aun cuando aquél tenga los conocimientos especializados necesarios.¹⁰³

Para los efectos del presente trabajo se considerará la pericia como, el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en

¹⁰¹ Palacio, Lino Enrique, La prueba en el proceso penal. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/32941539/La-Prueba-en-El-Derecho-Penal-Lino-Enrique-Palacio-1>. Fecha de consulta. 15 de mayo del 2015.

¹⁰² Campo Izquierdo, Ángel Luis. La prueba pericial en los procesos judiciales. Disponible: http://www.ase mip.org/system/files/615/original/la_prueba_pericial_en_los_procesos_judiciales.pdf?1335353760. Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

¹⁰³ Cafferata Nores, José I, Op. Cit. p. 53.

especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.

El artículo 225 establece que el peritaje puede ser ordenado por el ministerio público o por el Tribunal, de oficio, o a petición de parte. Los elementos legales de la definición incluyen como finalidad, además de la obtención y valoración, la explicación de un elemento de prueba.

En este artículo se emplea el imperativo “podrá ordenar”, que se entiende como una facultad, no un deber. No obstante, la búsqueda de la verdad histórica lo obliga a ordenar la pericia. Si la peritación es necesaria, en cuanto el examen exija conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio, es un deber ordenarla.

I. Naturaleza jurídica de la prueba pericial

En cuanto a su naturaleza, Lino Enrique Palacio refiere que aunque un importante sector de la doctrina niega a la pericia el carácter de medio probatorio y considera, en cambio, que los peritos sólo son auxiliares del juez en la búsqueda de reglas de experiencia ajenas al específico conocimiento jurídico de aquél y con quien colaboran en la valoración de una prueba o en la dilucidación de una duda; se confiere mayor valor persuasivo a la opinión contraria que, atendiendo a la naturaleza funcional de la pericia, resalta que aun cuando el dictamen de los expertos sustituye la percepción directa del hecho por el juez, incorpora al proceso un dato susceptible de generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que versa el proceso, siendo tal circunstancia la finalidad genérica de la prueba. Por lo tanto, se infiere que la pericia sí constituye un medio de prueba.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Palacio, Lino Enrique. La prueba en el proceso penal. Argentina. Artes Gráficas Candil. s.e. 2000. p. 123.

Ángel Luis Campo Izquierdo, aborda este tema con mayor claridad al referir que la discusión acerca de la naturaleza de la pericia, radica en determinarla como un medio de prueba o un auxilio técnico del operador judicial. Manifiesta *“La cuestión que se nos plantea es la de determinar si la pericia es un medio de prueba en sentido estricto o, más bien, se puede considerar como auxilio técnico del operador judicial. Cuestión que tiene su trascendencia pues si la conceptuamos como medio de prueba, ello conlleva conferir toda iniciativa a las partes procesales, en la medida que solo éstas podrán proponer la emisión de un dictamen pericial, conforme a los postulados del principio de aportación de parte, radicando en la esfera judicial una función exclusivamente de declaración de pertinencia de la misma, así como una función rectora en el iter de su práctica. Por el contrario, si elevamos al perito a la categoría de auxiliar técnico del juez, entonces haremos descansar en el juzgador la posibilidad de acordar la emisión de un dictamen técnico por parte cualificada en la materia litigiosa, con independencia de la postura que las partes procesales hayan tomado al respecto.”*¹⁰⁵

Campo Izquierdo coincide con Lino Enrique Palacio, en que debe considerarse un medio de prueba.

Por su parte, Ludwin Villalta ¹⁰⁶ refiere que los peritajes según su naturaleza pueden ser considerados como:

- **Peritaje percipiendi:** En este tipo de peritajes se verifica y se percibe la existencia o las características de los hechos sujetos del peritaje, y se arriba a determinadas conclusiones;
- **Peritaje deducendi:** en este tipo de peritaje se deducen unos hechos ya concluidos y se deducen las consecuencias concretas pertinentes.
- **Peritaje forzoso:** Cuando un juez lo solicita necesariamente para concluir en un hecho y basar su resolución sobre la base de dicho dictamen.

¹⁰⁵ Campo Izquierdo, Ángel Luis. La prueba pericial en los procesos judiciales. Disponible: http://www.ase mip.org/system/files/615/original/la_prueba_pericial_en_los_procesos_judiciales.pdf?1335353760. Fecha de consulta: 15 de mayo del 2015.

¹⁰⁶ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit., p. 370.

- **Peritaje potestativo o discrecional**, cuando son las partes sobre el principio de Libertad probatoria, lo requieren para que se realice.
- **Peritaje judicial**: que se da cuando es requerido por el Ministerio Público o lo autoriza un juez competente, en un proceso penal.
- **Peritaje extrajudicial**: Que se da sin la autorización de un juez por un perito calificado, que no es parte del INACIF.
- **Peritaje oficioso**: Cuando el juez de oficio lo requiere.
- **Peritaje a petición de parte**: cuando se le requiere al juez que lo autorice proponiendo un perito.

2.4.3. Fundamento de la pericia

Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez "no puede verlo todo", con igual o mayor razón se ha señalado que "tampoco puede saberlo todo".¹⁰⁷

Partiendo de esta base, en ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos; es decir, conocimientos propios de una cultura profesional especializada. Las diferencias que se pueden establecer entre perito y testigo no son tanto los especiales conocimientos de aquél (que también puede tenerlos el llamado "testigo perito"), sino la circunstancia de que el primero conoce y concluye por encargo judicial y en virtud de un interés procesal preexistente a su misión; en cambio, el testigo percibe espontáneamente, y el interés sobre su percepción es sobreviniente.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cafferata Nores, José I. La imparcialidad del perito contralor, "Semanario Jurídico", n° 208/82.

¹⁰⁸ Cafferata Nores, José; La prueba en el proceso penal. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina, ediciones de palma, 1998. p. 54.

2.4.4. Procedencia de la pericia

Si bien, es cierto que tanto los abogados como el Juez en materia penal, son expertos en el campo del derecho, no siempre lo son en otras ciencias o especialidades, en tal circunstancia para poder probar las respectivas tesis de las partes o adversarios, necesitan del apoyo de determinados peritos, es decir expertos o conocedores de un arte, técnica o ciencia, para dilucidar los hechos sometidos a la controversia penal.

Puede prescindirse de un peritaje cuando los hechos son del conocimiento o patrimonio común cultural, es decir, son circunstancias que prevalecen por la experiencia y por el sentido común, en casos contrarios es innegable la necesidad de una pericia. Es en estos casos donde las ciencias técnicas, científicas o artísticas colaboran en el proceso penal para averiguación de los hechos.¹⁰⁹

Por su parte, Cafferata Nores¹¹⁰, refiere que procede efectuar una pericia cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, pues, si se prescinde de ella, se afectaría el derecho de defensa de las partes y la "sociabilidad del convencimiento judicial"

a) Por tanto, no se requerirá la intervención del perito:

- Para la realización de meras comprobaciones materiales, que pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona (como, por ejemplo, verificar si las llaves secuestradas abren la puerta del lugar del hecho);
- Coincide con Ludwin Villalta al indicar que no se requiere intervención de perito cuando dentro de la cultura normal, o cultura general, se puede hallar la regla o el criterio para resolver la cuestión; es decir, cuando pueda solucionársela

¹⁰⁹ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno Op. Cit., p. 56.

¹¹⁰ Cafferata Nores, José I, Op. Cit. p. 358.

mediante los conocimientos básicos de cualquier hombre culto' (como, por ejemplo, mediante la aplicación de la ley de gravedad).

b) Pero, aun cuando el juez sepa sobre el tema, ya sea porque se encuentre, por sus particulares conocimientos científicos, técnicos o artísticos, en condiciones de descubrir o valorar por sí sólo un elemento de prueba, únicamente si el común de la gente estuviera también en condiciones de hacerlo, podrá prescindir del perito.

Ello debe ser así como resultado de la vigencia de dos principios: el del contradictorio y el de la "sociabilidad del convencimiento judicial".

- I. Por respeto al contradictorio, las partes no pueden quedar excluidas de controlar el ingreso del elemento probatorio descubierto por la pericia, ni de la valoración de su eficacia conviccional, como ocurriría si el juez fundamentara su sentencia sobre la base de sus privados conocimientos científicos o técnicos.
- II. Además, la "sociabilidad del convencimiento judicial" presupone la posibilidad de que la sociedad pueda, mediante su opinión, controlar la decisión judicial sobre la existencia, naturaleza, causas o efectos de los hechos, datos que sin la intervención del perito permanecerían ocultos ante los ojos del público.

c) El juez sólo podrá requerir el auxilio del perito respecto de cuestiones de hecho, nunca sobre cuestiones jurídicas, así como tampoco sobre las consecuencias legales de los hechos que éste descubra o valore en su existencia, causas o efectos.

d) Pero, debe quedar claro que el perito no es "el juez de los hechos", como quizá lo fue en sus orígenes históricos. Al contrario, su opinión no vincula al Tribunal: será tomada en cuenta como una prueba más, y valorada tanto individualmente como en el conjunto probatorio general. Y si de tal ponderación surgen motivos para descalificar el dictamen, el magistrado podrá prescindir de él, e incluso llegar a una conclusión contraria (no sin

antes haber agotado las instancias por aclararlo, completarlo y aun renovarlo), siempre que no pretenda sustituir al perito.¹¹¹

En la ley adjetiva penal guatemalteca, el juez tiene definida su función de control de garantías. El manual del fiscal precisa adecuadamente esas funciones y no aparecen actos de investigación propiamente. Es al ministerio público a quien le corresponde realizar, y en su caso, dirigir esta actividad y dentro de ella, algunas de índole técnica que no requieren peritación. Está facultado para ordenar a la policía, levantar huellas dactilares o cualquier otra huella de importancia, para su posterior análisis; tomar fotografías de la escena, hacer un croquis del lugar, indicando con precisión donde se encontraban las distintas evidencias, o el cadáver, por ejemplo. Estas actividades tienen carácter técnico, pero no por ello, los expertos policiales que las realizan se convierten en peritos. Ello nos lleva a observar que el carácter técnico de la prueba no lo monopoliza la peritación.

Esta actividad de investigación se distingue de la peritación, en cuanto, no requiere la formación de juicios que están en la base de un dictamen, y además, porque se trata de actividades para las que la ley no demanda peritos, y más bien se las encomienda a expertos judiciales especializados.

Según Ludwin Villalta¹¹², lo relevante es que actualmente, innumerables sentencias en materia penal se basan principalmente en los peritajes conclusivos, científicos. Estos peritajes arrojan fundamentos, opiniones y consideraciones sobre los hechos en que se basan, logrando evidenciar o poner al descubierto datos relevantes para la investigación.

La importancia de la prueba pericial es dilucidar la verdad, para poder tener más y mejor comprensión de los hechos y de las circunstancias que del centro a la periferia tienen relación con el hecho criminal, es por lo que por encargo de las partes, o bien,

¹¹¹ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit., p. 357.

¹¹² Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit., p. 359.

del propio juez como es en el caso guatemalteco, pueden solicitar a personas calificadas y acreditadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, argumentos, razones e información para lograr tener una mejor percepción, y posterior convencimiento de los hechos que se escapan del conocimiento común de las personas.

Los conocimientos avanzan a velocidades nunca antes vistos en la historia, la biogenética, la informática, la medicina, la química y la física cuántica son nada más ciencias que han obtenido gran relevancia e importancia en la actualidad y no se escapan también como herramientas idóneas para poder comprender la complejidad de un caso en materia penal.

En el proceso penal, muchas veces el investigador criminal, que en el contexto guatemalteco radica en la institución del ministerio público y especialmente en los auxiliares fiscales de los fiscales se enfrenta en la escena del crimen con vestigios del delito que necesitan ciertos cotejos técnicos para poder obtener de ellos la información necesaria, que los ayude a plantearse una hipótesis verificable, en todo caso se busca el apoyo de los peritos o expertos para que realicen diversos análisis que ayuden a esclarecer los hechos o en todo caso, comprobar esos vestigios con los hechos y que el resultado del dictamen arroje una información importante para despejar las incógnitas del hecho criminal.

2.5. Características de la prueba pericial

Las características de esta prueba son:

- La pericia es una actividad procesal probatoria. En cuanto tal, tienen lugar en el periodo de prueba del proceso con la finalidad de facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto de debate.
- El elemento fundamental de esta prueba es la aportación de máximas de experiencia, de las que carece el juez o Tribunal.

- La pericial es una prueba personal que, al igual que en la testifical, ambas consisten en la intervención personal de un tercero en el pleito, si bien existen unas claras diferencias entre ellas:
 - El testigo declara sobre la percepción de hechos ocurridos y percibidos directamente por él; por el contrario, al perito se le llama para que tome conocimiento de unos hechos y dictamine sobre ellos o los valore.
 - El testigo es insustituible, mientras que el perito puede ser sustituido por otro profesional con análogos conocimientos. No obstante, esta característica ha quedado un poco desnaturalizada, al poderse realizar una prueba pericial sin presencia del perito en el juzgado.¹¹³

Para Ludwin Villalta, las principales características de la pericia, radican en que la misma es:

- i. *“Una **actividad humana** es el resultado de la intervención transitoria en el proceso de personas que luego de realizar determinados actos emiten el dictamen que las partes han solicitado o el juez ha ordenado;*
- ii. *Se **produce en el curso del proceso** o para incorporarse al mismo o para complementarlo; lo realiza una persona que, en razón de sus conocimientos artísticos, técnicos o científicos sean altamente calificadas para el mismo;*
- iii. ***Debe haber una resolución judicial que faculte al perito** a realizar el peritaje, si no se tiene tal decreto y se incorpora por delegación de las partes se convierte en un Testimonio Técnico, Pericial o de Experto. Puede suplirse ese discernimiento judicial si existe una ley específica que lo faculte como tal y en el momento de tomar posesión del cargo la ley ya le ha discernido dicha actividad, como es el caso en Guatemala que existe la ley del INACIF.*
- iv. *El peritaje **debe versar sobre hechos** y no sobre cuestiones jurídicas y particularmente sobre hechos que necesitan cierta explicación técnica, artística o científica. El peritaje lo que **busca es un dictamen o declaración, que sobre la base de conceptos técnicos, artísticos o científicos** explica las causas de un*

¹¹³ Cafferata Nores, José I, Op. Cit. p. 332.

hecho y se valoran sus efectos, cabe hacer mención de que el juez puede aceptar o apartarse de las conclusiones de los peritos, pudiendo en todo caso liberar su fuerza probatoria y basar su resolución por otros medios probatorios. Cuando el órgano de prueba es el perito que proporciona un dictamen que es el elemento de prueba, dicho dictamen se incorpora al proceso mediante un medio probatorio para que, discutiendo el mismo e interrogado el perito, se pueda valorar.

- v. ***El dictamen de cualquier perito no es vinculante para el juzgador, en todo caso debe de valorarse mediante la sana crítica y la experiencia común.*** ¹¹⁴

Lo importante es que los peritajes son necesarios para suministrar información concluyente o referente de los hechos pasados, presentes o futuros que interesen al caso, pero no obliga al juez a valorarlos en forma absoluta ni están obligados a las conclusiones de los mismos.

2.5.1. Requisitos de la pericia

Para Ludwin Villalta, los requisitos de la pericia para ser valorados por el juzgador, son:

1. ***“Que el dictamen debe ser parte de un proceso, es decir debe ser un acto procesal, precedido por un decreto en donde el juez o fiscal solicitan al perito a realizar dicho peritaje.***
2. ***Que el dictamen es indelegable, el perito debe presenciar en forma personal los hechos u objetos sobre los que descansa su expertís. El dictamen debe exponer opiniones emanadas de la propia persona del perito, pero él es directamente y personalmente responsable de su dictamen.***
3. ***El objetivo de la prueba pericial ha de versar sobre las cuestiones articuladas en el proceso penal, que necesiten ser esclarecidas, quedan excluidas las***

¹¹⁴ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit., p. 369.

cuestiones de derecho, son eminentemente cuestiones de hechos presentes, pasados o futuros.

4. *El Dictamen debe circunscribirse a los puntos planteados, debe de versar sobre los mismos y a las aclaraciones que posteriormente realice a petición de las partes, si el dictamen versare sobre puntos distintos por ejemplo un médico forense concluyendo sobre aspectos económicos, parece ilógico que ha ocurrido, en tal virtud el peritaje, carecería de valor probatorio, también **la pericia pierde eficacia cuando se extralimita o se desvía de su objeto principal, en este caso el perito estaría extralimitándose y abusando de su poder y autoridad.***
5. ***El perito no debe tener vínculos con las partes en el proceso,** debe gozar de plena capacidad, jurídica, física y mental.*
6. ***El perito debe ser de la institución del INACIF** debidamente acreditado como tal.*
7. ***El dictamen debe haberse dictado en forma libre, sin violencia,** dolo, cohecho, o seducción si se probare dichas causales el dictamen estaría viciado y sería nulo.*
8. ***El dictamen debe versar sobre estudios directos del perito sobre los lugares, personas o cosas** y así mismo sobre los hechos sometidos a su consideración, no puede haberse delegado a un tercero el examen de los mismos.*
9. ***El perito en su actividad debe utilizar medios legítimos no puede violentar la dignidad de la persona humana** ni utilizar maniobras fraudulentas para poder realizar su pericia.*
10. ***El peritaje ha de ser idóneo y pertinente** es decir que debe ser el medio idóneo para probar un hecho y sus respectivas relaciones con la causa del proceso.*
11. ***El dictamen debe ser libre de objeciones de error grave,** si se descubren errores en el dictamen, puede perder su eficacia jurídica, un dictamen en todo caso no debe pretender ser incólume, pero si libre de errores graves que lo deslegitimarían por arrojar datos con sombra de erróneos, falsos o dudas razonables.*
12. ***El dictamen debe estar debidamente fundado y suficientemente fundamentado en sus conclusiones,** un dictamen en el cual el perito se limita a exponer sus conceptos sin mencionar cuales son los motivos en que basa sus conclusiones, carecería de valor probatorio, también sería inválido si sus*

explicaciones no son claras o resultan contradictorias o deficientes. Los sujetos no necesitan una simple opinión, lo que se necesita para darle validez al peritaje es una certeza absoluta que inspire una convicción. Al momento de que el perito exponga sus conclusiones las mismas deben tener como referencia razonamientos exactos para su arte o ciencia, el informe del perito que carezca de fundamentos científicos no tiene valor probatorio.

13. **Las conclusiones deben ser claras y firmes** producto de una consecuencia lógica de sus fundamentos, la claridad en las conclusiones constituye presupuesto necesario para que resulten inequívocas y el juez pueda hacerlas suyas, debe existir armonía entre conclusiones y fundamentos.
14. **Las conclusiones deben ser convincentes** y no parecer como improbables, absurdas o imposibles si a la luz de la experiencia y el sentido común el dictamen no es convincente y se consideren absurdos o imposibles, el juez debe rechazarlo.
15. **El dictamen no debe ser desvirtuado por otras pruebas.** Si en el proceso existen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o dejan al juez en una situación de incertidumbre obviamente existe una seria duda razonable que ha de beneficiar al reo. El dictamen del perito cobra plena validez cuando es corroborado con los demás elementos probatorios incorporados al proceso. En todo caso el juez es libre de valorarlo, pero debe de invocar razones bien fundadas que legitimen su juicio.
16. **El perito no debe haberse retractado de su dictamen**, ni haber divergencia de opiniones entre lo escrito y lo manifestado por el perito en su deposición. Si el perito llegara a formular rectificaciones a su dictamen total o parcialmente y la presentación se realiza antes de que se dicte la sentencia, el juez ha de considerar serias dudas ante la credibilidad del perito.
17. **El perito no debe tener inclinación, apatía, o permanecer a grupos o miembros de sociedad civil que amparen, legitimen, promuevan la defensa de determinados derechos**, o que haya intervenido a priori, en la promoción y condena de determinado sector de la sociedad, esto implicaría una sombra de duda en su imparcialidad.

18. *El informe del perito no debe parecer una simple mecanización de los anteriores dictámenes emitidos por él, no debe parecer que simplemente cambio los datos personales de una persona y aparecen los mismos resultados y fenómenos de casos anteriores, ningún caso es igual tiene ciertas aristas y ciertas diferencias uno de los otros.* ¹¹⁵

2.5.2. El perito

El perito es un experto en ciencia, técnica o arte, ajenos a la competencia del juez, que ha sido designado por el fiscal, juez o Tribunal, con el objeto de que practique la prueba de la pericia. La diferencia entre un testigo y un perito no está en el conocimiento técnico, sino en la circunstancia de que el perito conoce y concluye por encargo judicial o del ministerio público y a raíz del mismo tiene conocimiento de los hechos. Por su parte, el testigo percibe espontáneamente y el interés procesal es posterior a su conocimiento (art. 225).¹¹⁶

I. Requisitos de capacidad del perito

a) **Capacidad general:** La capacidad general está determinada por los requisitos siguientes: edad, salud mental, y estado de capacidad efectiva para el ejercicio de la profesión.

El juicio del perito está en la base del dictamen, demanda madurez intelectual y emocional de quien lo emite. En Guatemala, se adquiere la mayoría de edad, cuando apenas se está saliendo de esa etapa de “evasión y retorno” que es la adolescencia. Por ello, un menor de edad de manera general no estaría en

¹¹⁵ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; Op. Cit., p. 373.

¹¹⁶ Ministerio Público. Manual del Fiscal. Disponible: [http://es.scribd.com/doc/11943843/Ministerio Publico-de-Guatemala-Manual-del-Fiscal](http://es.scribd.com/doc/11943843/Ministerio-Publico-de-Guatemala-Manual-del-Fiscal). Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

condiciones de cumplir con una función que ha cobrado tanta importancia, colocada en un posición de alta dignidad.

La exigencia de poseer salud mental cae por su peso. Un interdicto, o simplemente quien padezca una enfermedad mental diagnosticada, carece de las facultades absolutamente necesarias para realizar una peritación. La ley lo establece como impedimento y emplea el concepto más amplio de salud mental y volutiva (Artículo 228, numeral 1º.)

Otro requisito, se refiere al estado habilitado para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate. La inhabilitación se establece en la ley como impedimento (Artículo 228, numeral 4º.)

- b) **Capacidad específica:** Esta capacidad se refiere al requisito de idoneidad técnica, o calidad específica, que se expresa en los conocimientos especiales que una persona domina. El Código procesal penal , la regula en el artículo 226. Así, los peritos deben estar titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse. Por excepción, cuando por algún obstáculo insuperable no pudiera contar con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

- c) **Capacidad en concreto:** Todos los requisitos señalados en los dos niveles anteriores, pueden o no concentrarse en un proceso penal determinado.No es suficiente verificar los presupuestos de capacidad en el nivel abstracto, hay que verificar que no existan impedimentos para el ejercicio de la función de perito, en cada proceso concreto. ¹¹⁷

Un primer grupo de impedimentos son propiamente incompatibles y se establecen como impedimento en el Código procesal penal , y en la Ley del Organismo Judicial. Así, es incompatible con la calidad de perito:

¹¹⁷ Instituto de la defensa pública penal, La prueba en materia penal. Guatemala, s.e. 2008. p. 57.

- Tener la calidad de sujeto procesal, como juez, testigo, acusado, etc. (Artículo 122 de la Ley del Organismo Judicial, literales 1º. y 2º).
- Quienes hayan sido testigos del hecho, objeto del mismo procedimiento (Artículo 228.3 del Código procesal penal).
- Quienes hayan sido designados consultores técnicos en el mismo procedimiento, o en otro conexo (Artículo 228.3 del Código procesal penal).
- El que es parte en el asunto (Artículo 122 de la Ley del Organismo Judicial).
 - Un segundo grupo de impedimentos, atañen estrictamente a causas de exclusión, o incapacidad concreta en sentido estricto, por las especiales relaciones que la persona designada como perito tiene, con las personas y hechos del proceso. No pueden ser peritos en un proceso:
- Los que deban abstenerse de declarar como testigo (Artículo 228.2 del Código procesal penal y 122.d de la Ley del Organismo Judicial).
- Quienes sean socios o partícipes con alguna de las partes (Artículo 122.g de la Ley del Organismo Judicial).
 - El artículo 229 del Código procesal penal , remite a la Ley del Organismo Judicial, a efecto de aplicarle a los peritos las mismas causas e excusa y recusación aplicables a los jueces. Es innecesario repetirlas, pro finalmente, se trata de impedimentos, cuyas causas están determinadas por el interés personal que el perito pudiera tener en el sentido de la decisión final el conflicto penal.¹¹⁸

II. Obligaciones y derechos del perito

¹¹⁸ Instituto de la defensa pública penal, La prueba en materia penal. Guatemala, s.e. 2008. p. 58.

El perito está obligado a aceptar y desempeñar fielmente su cargo, salvo que tuviere algún impedimento de los enumerados en el artículo 228. Esta obligación incluye el deber de comparecer y desempeñar el cargo (Artículo 232) el de prestar juramento del cargo (Artículo 227) y actuar conforme a las directivas que imparta el juez o el fiscal. El juramento del cargo se dará en el proceso cuando el perito no sea oficial, ya que en esos casos el juramento se dio en el momento en el que fue nombrado para el puesto. Este juramento no ha de confundirse con la protesta que todos los peritos deben emitir al rendir su dictamen en el debate o en la prueba anticipada. Si el perito no concurre al acto, se comporta negligentemente o no cumple con rendir su dictamen en el plazo otorgado, se ordenará su sustitución (Artículo 233), sin perjuicio de las acciones penales que correspondieren por desobediencia o falso testimonio (Artículo 460 CP).

El perito tiene derecho a cobrar honorarios por su actuación de acuerdo a lo acordado por la Corte Suprema de Justicia (Artículo 240), salvo que labore en un organismo oficial. En ese caso el técnico que realiza la pericia ya está remunerado en su salario ordinario.¹¹⁹

III. El perito contralor

La figura del perito contralor crea confusiones respecto del régimen que le es aplicable, por ejemplo, si puede ser recusado o no, o si se le aplican los mismos motivos de impedimento que a los peritos oficiales. Y ello, porque también crea confusión en el papel de su función. Lo que queda claro es que no puede ser imparcial, tanto por el origen de su comportamiento, como por el obligado a sufragar sus honorarios.

Para superar la diversidad de interpretaciones que provocaba la figura del perito contralor, y, sobre todo, evitar la confusión sobre el régimen que le era aplicable, nuestro código establece la figura del consultor técnico. Este tiene aproximadamente las mismas funciones que en otras legislaciones se le asignan al perito contralor, pero

¹¹⁹ Instituto de la defensa pública penal, La prueba en materia penal. Guatemala, s.e. 2008. p. 67.

al cambiarle el nombre y definir con precisión sus funciones, no hay cabida a que se le confunda con el perito propiamente dicho.

Lo que importa en todo caso es el esfuerzo por cumplir con el principio de igualdad de las partes en el proceso penal. El consultor técnico, que es propuesto por las partes, tiene un papel limitado, ya que se restringe al derecho de asistir al examen de la materia encomendada, pedir aclaraciones, y hacer las observaciones pertinentes, pero se le retira a la hora de la deliberación cuando es el caso. Ya en el debate, tiene un importante papel, pues sus especiales conocimientos, están en mejor posición para realizar el correspondiente interrogatorio (artículos 141, 230, inciso último y 376, inciso primero).

Lo que queda claro en nuestra ley es que el consultor no es un órgano de prueba, pues los responsables del dictamen son los peritos. En segundo lugar, el consultor está al servicio de una de las partes. Por ello, el inciso primero del artículo 141 prescribe, que el Tribunal decidirá su designación, según las reglas aplicables a los peritos en lo pertinente.

Por ejemplo, no es pertinente aplicarle todas las reglas que regulan las incompatibilidades, porque está al servicio de una de las partes; tampoco se le deben aplicar, aquellas que se refieren a relaciones extraprocesales que acrediten un interés personal. En relación con la práctica judicial, algunos Tribunales exigen que la propuesta de consultor técnico se presente dentro del período de ofrecimiento de prueba. Sin embargo, según la legislación adjetiva penal guatemalteca, en cualquier momento del proceso puede proponerse el nombramiento de consultores técnicos. El criterio a seguir es que sea útil, ya sea en la práctica de la pericia (artículo 233), o para interrogar a la hora del debate y hacer sus propias conclusiones sobre la prueba pericial (artículos 141 y 376 numeral 1).

La figura del consultor técnico se instituye en provecho de la igualdad, y es en apoyo de la objetividad en la investigación penal que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) como ente autónomo, con independencia del Ministerio Público.¹²⁰

2.5.3. Procedimiento y desarrollo de la prueba pericial

El Código procesal penal define concretamente todo lo relativo quienes pueden ordenar una peritación, que calidad deben ostentar los peritos, la obligatoriedad del cargo, los impedimentos de las personas designadas como peritos, y la ejecución de la pericia como tal, todo esto contenido en la sección cuarta del apartado de peritación, artículos 225 al 237.

2.5.4. Ofrecimiento y recepción

En la etapa preparatoria se aplican las mismas normas que a la prueba testimonial, el defensor está facultado para proponer al ministerio público la realización de peritajes, con el mismo procedimiento que se aplica a cualquier otra actividad de investigación.

En cuanto a la recepción de la prueba pericial, hay que tener presente que, aunque la práctica de la misma se realiza de manera general antes del debate, es en este espacio en donde realmente se produce como prueba. Por ello, el perito debe estar presente en el debate, para someterse al interrogatorio de la defensa y del consultor técnico. Si el perito no se presenta, la prueba no se produce, a menos que se haya dado el anticipo de prueba.

¹²⁰ Instituto de la defensa pública penal, La prueba en materia penal. Guatemala, s.e. 2008. p. 67.

2.5.5. Desarrollo de la prueba pericial

I. Orden del peritaje

Si bien la defensa y querellante pueden proponer la práctica de una pericia (Artículo 315), la orden de peritaje sólo la pueden emitir el juez de primera instancia (en caso de prueba anticipada), el Tribunal o el ministerio público (Artículos 225 y 230). Dicha orden debe incluir la designación y número de peritos que deben intervenir, atendiendo a las sugerencias de las partes. Asimismo, se fijará con precisión los temas de la peritación. Las partes podrán proponer, con fundamento suficiente, temas para la pericia y objetar los ya admitidos o propuestos (Artículo 231) a través de memorial o recurso de reposición. Finalmente, tras consulta con los peritos, se designará el lugar y plazo en el que se presentarán los dictámenes.¹²¹

II. La pericia durante la investigación

Durante el procedimiento preparatorio y como base para la investigación, el fiscal a cargo del caso, puede ordenar todas las pericias que estime convenientes (Artículos 230 y 309). De igual manera, el juez de primera instancia podrá ordenar la pericia a requerimiento de alguna de las partes y tras negativa del ministerio público (Artículo 315). Como ya se indicó, en la orden de peritaje (Artículo 230) se fijarán temas, lugar y plazo para presentar dictamen. El fiscal no tiene obligación legal de citar a las partes para la práctica de la pericia, pero tampoco tiene impedimento para hacerlo (Artículo 316). Si las partes comparecen, espontáneamente o por citación, podrán presentar sus consultores técnicos, en número no superior al de peritos designados (Artículo 230) y presenciar la práctica de la pericia. Sin embargo, si durante las operaciones periciales, surgiese alguna discusión legal o de procedimiento será resuelta por el juez de primera instancia (Artículo 233). El dictamen de estas pericias ayudará al fiscal a elaborar su

¹²¹ Ministerio Público. Manual del Fiscal. Disponible: <http://es.scribd.com/doc/11943843/Ministerio-Publico-de-Guatemala-Manual-del-Fiscal>. Fecha de la consulta: 15 de mayo del 2015.

hipótesis y a fundamentar su requerimiento. En el supuesto de que se llegue a debate, el dictamen deberá ser introducido al mismo, siendo obligatoria la presencia de los peritos que lo elaboraron. Será en ese momento en el cual se establezca el contradictorio y las partes podrán discutir y objetar el dictamen, pudiéndose, en su caso solicitar la ampliación o renovación del mismo. El Tribunal de sentencia durante el plazo de ocho días señalados en el artículo 348 podrá ordenar la práctica o renovación de una pericia.¹²²

III. La pericia como acto definitivo e irreproducible

En aquellos casos en los que no exista posibilidad de que la pericia se pueda repetir o que los peritos no vayan a poder asistir a la audiencia, cualquiera de las partes puede solicitar al juez de primera instancia o el Tribunal de sentencia la práctica de la pericia como prueba anticipada (Artículo 317 CPP). En esos casos es obligatoria la citación a las partes, quienes podrán comparecer asistidos de consultores técnicos. La pericia será dirigida por el juez de primera instancia o por el Tribunal (Artículo 233 CPP). Esta dirección no obliga al juez o Tribunal a estar presentes en todos los actos técnicos que pueda suponer una pericia, sino tan sólo en el momento final de emisión del dictamen. No obstante, si durante los actos técnicos previos a la emisión del dictamen, se suscitase algún problema legal o de procedimiento, este será resuelto por el juez. Por ello es conveniente que el juez asista a aquellas prácticas periciales que se prevea que van a ser conflictivas, para evitar suspensiones y demoras innecesarias, o en aquellas de especial importancia, para asegurar su legalidad.¹²³

IV. Auxilio judicial y conservación de objetos

Es posible que, para la realización de alguna pericia, sea necesaria la aplicación de alguna medida coercitiva o limitativa de derechos. En esos casos, el ministerio público

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

podrá requerir el auxilio judicial para ordenar secuestros de cosas y documentos o para obligar la comparecencia de personas o su sometimiento a alguna pericia (art. 236). El imputado y otras personas pueden ser requeridos para confeccionar un cuerpo de escritura, grabar su voz o llevar a cabo operaciones semejantes. Ello no supone una vulneración del derecho a no declarar, por cuanto en estos casos, quien introduce la información en el proceso no va a ser el imputado sino el técnico que realiza la pericia. Si la operación sólo pudiese ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y esta se negare a colaborar, se dejará constancia de su negativa y, de oficio, se llevarán a cabo medidas necesarias tendientes a suplir la falta de colaboración. Por ejemplo, si un imputado se negase a escribir, se podría ordenar el secuestro de algún documento que hubiese sido escrito de su puño y letra. Las cosas y objetos a examinar se conservarán en lo posible, de modo que la pericia pueda repetirse. En el caso de que se debiera destruir o alterarse lo analizado o existieren discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán comunicarlo al Tribunal antes de proceder (Artículo 237 CPP).¹²⁴

2.6. Valoración de la prueba pericial

De acuerdo con el artículo 186 y 385 del Código procesal penal, debe valorarse según la sana crítica razonada.

En el debate la pericia del perito se complementa con su dictamen; aunque, lo que dice el perito de viva voz ante todas las partes procesales es lo más acreditable y no lo que haya escrito. Si bien, un perito puede retractarse, ampliar o incluso equivocarse cuando expresa a los juzgadores su pericia, deberá valorarse mediante la sana crítica razonada, es decir, sobre la base de la lógica y la experiencia común; un dictamen pericial no vincula directamente al juzgador, él puede prescindir de dicho dictamen mediante un razonamiento adecuado. Cuando el juez le proporciona valor probatorio, debe estar concatenado y complementado con los otros elementos probatorios.¹²⁵

¹²⁴ Ibíd.

¹²⁵ Ibíd.

Tal como se acota en el desarrollo de la presente investigación, en la actualidad, el Instituto nacional de ciencias forenses (Inacif) ¹²⁶ ha logrado implementar peritaciones científicas muy completas, tales como antropología forense, documentoscopia, balística, toxicología, biología, química, genética, que permiten al ministerio público contar con medios de prueba mucho más certeros y confiables, que la sola declaración testimonial, y por ello, la labor de los jueces al hacer la motivación de la sentencia en la apreciación de la prueba, resulta ser mucho más confiable.

¹²⁶ Inacif. Página web. Disponible en: http://www.inacif.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=53. Fecha de la consulta. 15 de mayo del 2015.

CAPÍTULO III

3.1 Análisis sobre la valoración e incidencia de peritajes culturales en casos concretos

3.1.1 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso número: ciento veintitrés guión dos mil cuatro (123-2004) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán:

I. Datos del procesado:

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| a. Nombre: | Eulalio Ixcoy Ajanel. |
| b. Edad: | Cuarenta y seis años. |
| c. Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d. Estado Civil: | Soltero. |
| e. Originario de: | Momostenango, Totonicapán. |
| f. Escolaridad: | Instruido. |
| g. Ocupación: | Comerciante. |
| h. Origen étnico: | K'iche'. |
| i. Delito acusado: | Coacción. |

II. Hechos contenidos en la acusación fiscal

Al señor Eulalio Ixcoy Ajanel se les acusó del hecho siguiente: “ *Usted, EULALIO IXCOY AJANEL, en su calidad de presidente de la Junta Directiva de la Escuela de Auto Gestión Comunitaria del paraje Pachaguacan del municipio de Momostenango de este departamento, en compañía de DOMINGO IXCOY BATEN, LUCIO AJANEL IXCHOP y SANTOS CIPRIANO IXCOY AJTUN, desde el día seis de enero del año dos*

mil cuatro, a la presente fecha se encuentran impidiendo la inscripción y derecho a educación en dicha escuela de las menores JENNIFER ZARAI IXCOY SANIC, VILMA JOSEFINA SANIC TORRES Y ADELAIDA MARICELA SANIC TORRES, de nueve, doce y diecisiete años de edad, respectivamente; la primera hija de la señora LUISA SANIC TORRES y las dos últimas citadas hijas del señor GUADALUPE SANIC TORRES, argumentando que ésta es una decisión de toda la comunidad y de la junta directiva del comité de auto gestión comunitaria del para Pachaguacan del municipio de Momostenango de este departamento, por haber incumplido el señor GUADALUPE SANIC TORRES, con sus obligaciones en dicho comité, con lo cual transgredió la ley al no estar legítimamente autorizado a exigirle al señor GUADALUPE SANIC TORRES, una camionada de arena y doscientos treinta y cuatro quetzales, como condición para poder inscribir a las menores, impidiéndoles el derecho a estudiar a las mencionadas menores, derecho garantizado por nuestra Constitución Política de la república de Guatemala, coaccionándolas a abandonar dichas actividades como castigos a actos que ellas ignoran y de las que no son responsables. “ 127

Los señores Domingo Ixcoy Baten, Lucio Ajanel Ixchop y Santos Cipriano Ixcoy Ajtun, fueron acusados de la comisión del mismo delito, por ser integrantes de la junta directiva de la escuela de auto gestión comunitaria del paraje Pachaguacan del municipio de Momostenango, departamento de Totonicapán, en el momento en que acontecieron los hechos.

III. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto:

La defensa técnica del señor Eulalio Ixcoy Ajanel elaboró la correspondiente teoría del caso, y estimó necesaria, la práctica del peritaje cultural con la finalidad de establecer si el procesado como miembro de la junta directiva de la escuela de auto gestión

¹²⁷ Acusación contenida en sentencia de fecha 11 de abril del 2005, dictada por el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, dentro del expediente penal número 123-2004.

comunitaria del paraje Pachaguacan del municipio de Momostenango departamento de Totonicapán, actuó a título personal o delegado por la asamblea general del comité de la escuela de autogestión comunitaria de la comunidad de Pachaguacan, barrio Santa Ana, Momostenango (Coeduca) y tratar de evidenciar a los miembros del Tribunal de sentencia de Totonicapán que el actuar de su patrocinado no debe ser sancionado, porque se ejecutó en la creencia racional de que no se cometía ningún hecho delictivo y solo se obedecía una resolución de dicha asamblea general.

La abogada defensora Dora Petronila García Ajucum, en entrevista refirió que el objetivo al solicitar la práctica del peritaje cultural fue visibilizar, que en el contexto sociocultural de Momostenango, Totonicapán se respeta la autoridad de la mayoría y que su patrocinado actuó obedeciendo una resolución tomada por asamblea general, y en base a ello solicitar la absolución de su patrocinado por concurrir causas de inculpabilidad señaladas en el artículo veinticinco numeral cuatro del código penal en relación a la obediencia debida.¹²⁸

IV. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido como medio de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por la antropóloga, Licenciada Mirna Guísela Mayen de León, colegiada setecientos cincuenta y ocho, con fecha veintidós de febrero del año dos mil cinco.

El peritaje cultural versó sobre los siguientes temas:

IV. 1 Establecer si conforme a las normas del derecho maya vigente en el paraje Pachaguacan del barrio Santa Ana, del municipio de Momostenango del departamento de Totonicapán, las decisiones trascendentales para la armonía y la paz son tomadas por asamblea¹²⁹:

¹²⁸ García Ajucum Dora Petronila, defensor público de la sede de Totonicapán. Fecha de la entrevista: 25 de septiembre de 2014.

¹²⁹ Mayen De León Mirna Guísela, antropóloga, peritaje cultural aportado como prueba en el expediente judicial 23-2014. p. 2.

Afirma Guísela Mayen, que cuando se trata de decisiones trascendentales para la armonía y la paz, así como de asuntos que afectan a la colectividad, las comunidades se rigen por las decisiones tomadas por la totalidad de la población, es decir por asamblea comunitaria. Los integrantes de los consejos de ancianos, principales, alcaldes comunitarios, cofrades y autoridades comunitarias velan por el cumplimiento de tales disposiciones o aplican las sanciones según sea el caso¹³⁰.

Con respecto a los comités, los cuales se conforman por una colectividad, aunque constituyen una figura de organización social de origen occidental, para su funcionamiento siguen la misma norma que rige para los asuntos comunitarios, por lo que las decisiones son tomadas por el pleno de la asamblea general quienes tienen la potestad de sancionar en caso de incumplimiento de sus disposiciones y quienes velan por el cumplimiento de estas decisiones y sanciones son los integrantes de la junta directiva¹³¹.

Los señores Santos Cipriano Ixcoy Ajtun, Eulalio Ixcoy Ajanel, Lucio Ajanel Ixchop, y Domingo Ixcoy Baten, en su calidad de autoridades legítimamente electas velan por el cumplimiento, ejecutan las decisiones tomadas y aplican las sanciones impuestas por el pleno de la asamblea general del Coeduca, no actúan en forma personal¹³².

IV. 2 Establecer si desde el punto de vista de las normas del derecho maya vigente en el lugar donde se encuentra funcionando la mencionada escuela de autogestión comunitaria, se admite como sanción el retiro de las menores de edad de los beneficios de un proyecto por falta de colaboración o cooperación por parte de sus padres¹³³:

En este punto la antropóloga indica que en el derecho maya vigente en la comunidad de Pachaguacan, quien no colabora o incumple con las disposiciones tomadas por la asamblea comunitaria pierde el derecho a los beneficios que la comunidad establece para el grupo.

¹³⁰ Mayen De León, Mirna Guísela, Op cit. 2.

¹³¹ Ibíd. p. 2.

¹³² Ibíd. p. 2.

¹³³ Ibíd. p. 3.

Debido a la falta de colaboración y al incumplimiento en que incurrió el señor Guadalupe Sanic Torres en cuanto a ocupar el cargo de vocal dentro de la junta directiva del coeduca del lugar, y además porque no cumplió con los aportes solicitados para el ciclo dos mil dos y dos mil tres, acordados por todos en asamblea general, en la cual estuvo presente, la asamblea tomó la decisión de retirar al señor Sanic Torres del coeduca¹³⁴.

IV. 3 Establecer si conforme al derecho maya vigente en el lugar donde se encuentra funcionando la escuela de autogestión comunitaria ya relacionada, la falta de colaboración en los trabajos comunitarios se considera una transgresión a las normas de la comunidad y por consiguiente se reprocha y sanciona:

En la comunidad es una norma obligatoria y de observancia general, cooperar y contribuir prestando servicio ad honorem, ocupando cargos para los que sean electos por asamblea comunitaria, realizar tareas o emplear mano de obra gratuita, asistir a reuniones, dar aportes. Quien no cumple con dichas disposiciones es sancionado de acuerdo a como lo establece la asamblea comunitaria.

IV. 4 Establecer si conforme al derecho maya vigente en el lugar donde se encuentra funcionando la mencionada escuela de autogestión comunitaria, es la asamblea un órgano con mayor autoridad que el comité o junta directiva de una institución u organización comunitaria:

Conforme a las normas vigentes del derecho maya en Pachaguacan, así como en el resto de comunidades del país, es la asamblea general el órgano superior. En el caso del coeduca, la asamblea general constituye la máxima autoridad. Los integrantes de la junta directiva únicamente velan por el cumplimiento de las disposiciones tomadas o aplican sanciones que determina la asamblea¹³⁵.

¹³⁴ *Ibíd.* p. 3.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 4.

V. Conclusiones de la antropóloga Guísela Mayen sobre el peritaje elaborado

- a. *“La asamblea general es el órgano superior en la comunidad de Pachaguacan.*
- b. *Los procesados no actuaron a título personal sino ejecutaron las decisiones que tomó la asamblea general del coeduca.*
- c. *La sanción aplicada ha sido impuesta por los procesados en obediencia a dichas decisiones.*
- d. *La falta de colaboración en la prestación de un servicio y la falta de cooperación en los trabajos comunitarios o aportes son considerados una violación a normas de la comunidad y motiva sanción.*
- e. *La actuación de los procesados se enmarca dentro de las normas vigentes que rigen la vida comunitaria de Pachaguacan.*
- f. *Conforme al sistema jurídico maya, los procesados en su calidad de autoridades del coeduca de Pachaguacan, gozan de legitimidad en el ejercicio de sus funciones.* “¹³⁶

VI. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final

Es necesario, transcribir literalmente algunos de los pasajes de la sentencia analizada, a fin de establecer si la prueba del peritaje cultural aportado fue valorada por los jueces, y si dicha prueba tuvo alguna incidencia en la resolución final del proceso.

¹³⁶ *Ibíd.* p. 6.

*“... 2) PRUEBA PERICIAL: A la declaración e informe de A) MIRNA GUISELA MAYEN DE LEON: ... sin embargo la sanción si está enmarcada en la forma culturalmente establecida en el sistema jurídico vigente en la comunidad. El infractor es este caso el señor Torres Sanic al incumplir con sus deberes de padre de familia, no tomó en cuenta que su actuación podría dañar a las niñas y por otro lado incumplió las disposiciones que tiene la comunidad que desde antes conocía porque es parte de la comunidad. Cuando se habla de infracción es por dos razones: A. Porque el Ministerio de educación debió tener una supervisión, tiene entendido que existe una dirección Departamental y un Técnico Administrativo que sin duda alguna tiene que hacer una supervisión de cómo se lleva a cabo el desenvolvimiento tanto de las escuelas del PRONADE como de las MIXTA; las niñas en este caso no hubieren sido perjudicadas a su juicio si el MINISTERIO DE EDUCACIÓN a través de sus entidades no lo hubiera permitido como es su obligación. Por otro lado, el Ministerio de Educación incumplió con sus deberes porque en la escuela de Cho Cruz, lugar donde la educación también es pública, se expulsó a las niñas la primera vez en el año dos mil uno y por esa razón fueron llevadas a la escuela de Pachaguacan... Cuando dice Derecho Positivo Maya, se refiere que **dentro de las comunidades tienen sus propias normas, sus propias sanciones y sus propias autoridades que además en todo ello es reconocido por la propia comunidad: en el caso de las normas y las sanciones estas son seguidas por la comunidad porque en el caso de imponerlas; la población las acata y quienes las transgreden pueden tener una sanción por parte de las autoridades que son quienes las imponen y estas autoridades son autoridades legítimas...** El sistema Jurídico Maya tiene una característica muy especial, puesto que en caso de que exista una transgresión a una norma o incumplimiento a la misma primeramente se les llama la atención a las personas, se le pide que recapacite, que repare el daño o no sigue la norma, se le vuelve a llamar para que recapacite, si no cumple entonces se le aplica una sanción como una multa, un retiro temporal de una semana, por ejemplo. **Si la persona reincide en su actuar entonces se le aplica la pena máxima que puede ser el retiro del beneficio del servicio que se trate,***

dependiendo de la gravedad y si no se expulsa a la persona... " ¹³⁷ [Lo resaltado es propio]

Con relación a dicho dictamen pericial el Tribunal de sentencia indicó: "... A) por la oportunidad en que ha intervenido la perito y por su carencia de relación con las partes debe entenderse que la misma ha realizado una evaluación imparcial de los puntos que se le encomendaron. B) Que el dictamen y la declaración rendida tiene coherencia lógica, las conclusiones son razonables con la percepción directa de los juzgadores y con las declaraciones recibidas. **Por dichas razones el Tribunal les concede valor probatorio en virtud de que permite establecer que al imponer la sanción al señor Guadalupe Sanic torres, los miembros del COEDUCA de Pachaguacan, no tenían claro que con su actitud pudieran estar cometiendo un hecho ilícito**, contenido en el derecho oficial, específicamente en el código penal... Finalmente, al analizar la CULPABILIDAD interpretando nuestra normativa penal conforme a la doctrina, para que exista culpabilidad es necesaria la concurrencia de tres elementos: el primero es **conocimiento de la antijuricidad de los actos por parte del autor**. En el presente caso, los acusados al actuar, comunicándoles la expulsión a las niñas ya referidas del centro educativo creyeron que ejecutaban una orden recibida de la Asamblea General que había dispuesto expulsar al señor Guadalupe Sanic Torres como coeduca y en consecuencia expulsar a las niñas... se ve que los acusados actuaron pensando que ejecutaban una decisión de la Asamblea general que trataba de mantener el normal funcionamiento del comité y con ello el normal funcionamiento del establecimiento educativo referido, para lo cual era necesario, la contribución de todos los coeducas. La corriente doctrinal que el Tribunal considera aceptada para interpretar nuestro ordenamiento jurídico penal, es la que considera que ante la presencia de una orden ilícita estamos ante la presencia de una causa de exculpación, que abarca casos de error del subordinado, sobre la naturaleza lícita de la orden del superior al estar impartida dentro de la esfera de su competencia y revestida de formalidades legales... Además, el artículo 25 inciso 4º literal c) del Código Penal

¹³⁷ Sentencia dictada dentro del proceso penal 123-2004 por los jueces del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, con fecha 11 de abril del 2005. p. 15, 16,17 y 20.

*establece como requisito esencial para tomar como causa de exculpación lo que el Código llama causas de inculpabilidad, el caso de la obediencia debida, que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. **En el presente caso, la orden está dotada de apariencia legal, porque deviene de la Asamblea general con la intención de mantener la cooperación de los Coeducas para asegurar, mantener y mejorar el servicio de la educación en la comunidad, por lo que existe un elemento subjetivo consistente en que los acusados actuaron con la creencia de cumplir con una orden lícita...** “¹³⁸ [Lo resaltado es propio]*

VII. Valoración del peritaje aportado

El peritaje cultural efectivamente fue valorado por los Jueces del tribunal sentenciador, quienes expresamente indicaron al analizar la declaración de la antropóloga Guísela Mayen, que le otorgaban valor probatorio tanto a su declaración como al documento que contenía el peritaje cultural, en virtud de que permite establecer que al imponer la sanción al señor Guadalupe Sanic Torres, los miembros del coeduca de Pachaguacan, no tenían claro que con su actitud pudieran estar cometiendo un hecho ilícito contenido en el derecho oficial, específicamente en el código penal, hecho que les fue revelado a través del peritaje cultural incorporado como prueba.

VIII. Incidencia del peritaje aportado

El peritaje cultural aportado como medio de prueba en el proceso penal seguido en contra de Eulalio Ixcoy Ajanel, Domingo Ixcoy Baten, Lucio Ajanel Ixchop y Santos Cipriano Ixcoy Ajtun, por el delito de coacción, incidió favorablemente en el fallo final que los absuelve de la comisión del delito, en virtud de que los jueces al efectuar el análisis respectivo sobre la culpabilidad de los procesados, aunque no refieren

¹³⁸ Ibíd. p.47, 48 y 49.

expresamente el contenido del peritaje, lo evidencian al afirmar que los acusados al actuar comunicándoles la expulsión a las niñas ya referidas del centro educativo creyeron que ejecutaban una orden recibida de la asamblea general que había dispuesto expulsar al señor Guadalupe Sanic Torres como coeduca y en consecuencia expulsan a las niñas, y además afirman que el Tribunal considera, que la orden está dotada de apariencia legal, porque deviene de la asamblea general con la intención de mantener la cooperación de los coeducas para asegurar, mantener y mejorar el servicio de la educación en la comunidad, por lo que existe un elemento subjetivo consistente en que los acusados actuaron con la creencia de cumplir con una orden lícita.

Esta incidencia se reflejó en la sentencia que absuelve al señor Eulalio Ixcoy Ajanel y demás coprocesados, ya que el Tribunal consideró que en su actuar concurrió obediencia debida, derivado de que en su creencia sociocultural, las resoluciones o instrucciones de la asamblea general comunitaria se obedecen y por ello nunca pudieron advertir o determinar de manera manifiesta la ilegalidad de esa orden o mandato, extremos que evidenció la antropóloga en el peritaje cultural aportado como prueba.

3.1.2 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado con el número: trescientos uno guión dos mil cuatro (301-2004) del Juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento del Quiché

I. Datos del procesado

- | | |
|--------------------------|------------------------------|
| a. Nombre del procesado: | Manuel Canil Tzoc. |
| b. Edad: | Cincuenta y tres años. |
| c. Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d. Estado Civil: | Soltero. |
| e. Originario de: | Chichicastenango, El Quiché. |
| f. Escolaridad: | Sexto primaria. |

- g. Ocupación: Secretario de la alcaldía indígena.
de Chichicastenango, El Quiché.
- h. Origen étnico: K'iche'.
- i. Delito acusado: Apropiación y retención indebida
y usurpación de funciones.

II. Hechos contenidos en el auto de procesamiento

“ Se le sindicó de emitir permisos para el corte de árboles, permisos que usted autoriza mediante el estampado de su firma en dichos documentos, atribuciones que son competencia exclusiva de las autoridades del Instituto Nacional de Bosques y recibiendo a cambio de cada uno de los permisos extendidos la cantidad de dos quetzales con cincuenta centavos, sin emitir comprobante alguno, dinero que supuestamente se apropia la alcaldía indígena de Santo Tomás Chichicastenango, sin ingresarlo a las arcas del estado. “ ¹³⁹

III. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica del señor Manuel Canil Tzoc al formular su estrategia consideró necesario la práctica del peritaje cultural, ya que fue informada por el procesado que los permisos aludidos en el auto de procesamiento los firmaba él por encargo del señor Tomas Calvo Mateo, principal general de los ochenta y dos (82) cantones del municipio de Chichicastenango, del departamento de Quiché, y asimismo que el instituto nacional de bosques en su momento estuvo de acuerdo con dicha actividad, y que tal circunstancia constaba en el acta levantada el día dieciséis de marzo del dos mil uno.

¹³⁹ Auto de procesamiento dictado dentro del proceso 301-2004 del juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento del Quiché.

El abogado defensor Rudy Orlando Arreola Higueros solicitó la práctica del peritaje cultural, con la finalidad de evidenciar al juez a cargo del proceso, que los hechos contenidos en el auto de procesamiento no constituyen delito, ya que las acciones ejecutadas por el procesado fueron consensuadas y aceptadas por el instituto nacional de bosques (INAB) en su oportunidad y que fue delegado por el señor Tomas Calvo Mateo, principal general de los ochenta y dos cantones del municipio de Chichicastenango, del departamento de Quiché, quien no sabe leer y escribir, para que firmara en su nombre los referidos permisos.¹⁴⁰

IV. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido como medio de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por la antropóloga Lina Eugenia Barrios Escobar, colegiada número dos mil trescientos setenta y tres, en el mes de junio del año dos mil cinco. En el documento antropológico se establecieron los antecedentes históricos de la alcaldía indígena de Santo Tomás Chichicastenango, como se conceptualiza el cuidado de los bosques desde la visión de las autoridades indígenas del lugar, y la estructura de la alcaldía indígena de Santo Tomás Chichicastenango.

a. La Alcaldía Indígena de Chichicastenango como autoridad ancestral

Son consideradas autoridades ancestrales porque son elegidos por el sistema maya de meritocracia, se eligen a sus funcionarios por sus méritos como persona, deben poseer cualidades de honradez, responsabilidad, colaboración y servicio a la comunidad.

Las autoridades indígenas de la alcaldía aplican el derecho maya en la resolución de conflictos, velan por el bienestar general de la población, aplican mecanismos de

¹⁴⁰ Arreola Higueros, Rudy, defensor público de la sede de Santa Cruz, El Quiché. Fecha de la entrevista: 28 de octubre 2014.

control en caso algún miembro de la alcaldía abuse del poder, y son los principales o ancianos que tienen la potestad de cambiarlo si no cumple con sus funciones.

Las alcaldías indígenas constituyen un sistema impuesto por los españoles a la población maya como forma de gobierno local. Se llamó así porque solo los indígenas podían integrarla. A través de esta institución los mayas mantuvieron su forma de gobierno ancestral en todos los pueblos de Guatemala durante la colonia¹⁴¹.

b. Cuidado de los bosques en la cultura maya

El cuidado de los bosques en la cultura maya se enseña desde la infancia a través de la tradición oral, se da consejos a los pequeños, se les transmiten valores en charlas que imparten los ancianos y principales alrededor del fuego, después de cenar. Cuando los adultos van al bosque a extraer leña explican a los niños y jóvenes que les acompañan, sobre los cuidados de los bosques.

Básicamente se hace leña de árboles o ramas que ya cayeron por causa de elementos naturales tales como, vientos, rayos, tormentas, o por gravedad derivado de la edad de los árboles. Se explica a los jóvenes que antes solo se derribaban árboles antiguos y se permitía la regeneración natural del bosque, sin necesidad de reforestación artificial, pero ahora es necesario acudir a la misma¹⁴².

Lina Barrios explica que en relación al corte de árboles en Chichicastenango, entrevistó a las autoridades tradicionales de los cantones que lo integran, en una reunión en la cual estuvieron presentes los urijil (máxima autoridad del cantón) y los alcaldes comunitarios de los ochenta y dos (82) cantones, obteniéndose los siguientes datos¹⁴³.

¹⁴¹ Barrios Escobar Lina Eugenia, peritaje cultural, alcaldía indígena, Santo Tomas Chichicastenango, acompañado como medio de convicción en proceso 301-2004 juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de El Quiché. p. 1 y 2.

¹⁴² *Ibíd.* p. 11.

¹⁴³ *Ibíd.* p. 16.

- a. Los urijil de cada cantón y los alcaldes comunitarios solo autorizan cortar árboles para consumo familiar o para construcción, nunca se autoriza la extracción para venta.
- b. Solo se autorizan 3 árboles al año por familia.
- c. La persona que corta un árbol para uso familiar se compromete ante el urijil o alcalde auxiliar que autorizó el corte a sembrar cinco árboles para reponer el que se corta.

d. Estructura de la alcaldía indígena de Santo Tomás Chichicastenango

Está compuesta por cuatro cuerpos de funcionarios. Dos funcionan en el área rural y dos a nivel de todo el municipio.

Los funcionarios del área rural son: Los urijil o principales del cantón y los alcaldes comunitarios de los ochenta y dos (82) cantones. Estas personas son electas en su mayoría en asamblea general o seleccionados por los funcionarios que dejan el cargo. Debe llenar los requisitos de honorabilidad, responsabilidad, prestación de servicio a la comunidad y estar casados.

Los miembros de la alcaldía indígena son: primer alcalde indígena, segundo alcalde indígena, síndico y secretario. Asimismo, la integran los *reqlemal* o principales, siendo ellos, *nim reqlemal* o principal general, *ukaq reqlemal* o segundo principal y *rax reqlemal* o tercer principal.

La alcaldía indígena tiene como funciones principales las siguientes¹⁴⁴:

- a. Velar por el bienestar general de la población K'iche' de Chichicastenango;
- b. Aplicar el derecho maya para la resolución de conflictos;
- c. Reunir a los urijil de cada cantón para tomar las decisiones en conjunto;
- d. Coordinar el trabajo con los diferentes cantones;
- e. Cuidar los bosques comunales;

¹⁴⁴ Ibíd. p. 15 y 16.

f. Velar por la reforestación;

g. Conclusiones del Peritaje cultural

- a. Los integrantes de la alcaldía indígena de Chichicastenango son autoridades ancestrales mayas, quienes mantienen las prácticas antiguas de gobierno maya.
- b. La alcaldía indígena está compuesta por cuatro cuerpos que están presentes en el área rural y urbana dando cobertura a la totalidad del municipio, las decisiones son tomadas en consenso por los cuatro cuerpos, y nunca se emiten decisiones unilaterales.
- c. La alcaldía indígena de Chichicastenango tiene entre sus diversas funciones la responsabilidad de velar por la conservación de los recursos naturales del municipio.
- d. La cultura de conservación de los bosques es inherente a los maya K'iche' de Chichicastenango¹⁴⁵.

V. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final

Con la finalidad de estimar la valoración e incidencia que el peritaje cultural causó sobre la resolución final en el presente caso, efectuamos el análisis sobre la resolución que contiene el sobreseimiento del proceso y la solicitud planteada por el agente fiscal respectivo al juez contralor, citando literalmente algunos pasajes de la misma.

La resolución de la juez a cargo de la investigación no refiere en forma expresa el contenido del peritaje cultural, pero si lo alude tácitamente al indicar: “... *La suscrita Juez al entrar a resolver el presente caso, en base al artículo 345 Quarter. Considera que en vista que el Ministerio Publico a través de la investigación realizada estableció que los personeros del Instituto Nacional de Bosques y miembros de la comunidad Indígena de Chichicastenango definieron los permisos de consumos familiares,*

¹⁴⁵ Ibíd. p. 17.

los principales los estará extendiendo y con la declaración de TOMAS CALVO MATEO, donde se le faculta para extender permisos, y al no existir fundamento promover el juicio público... " ¹⁴⁶ [Lo resaltado es propio]

Todo lo contrario sucede con la solicitud escrita que plantea el agente fiscal del ministerio público al solicitar el sobreseimiento en favor del sindicato, quien argumenta y reconoce el contenido del peritaje cultural practicado e ingresado al proceso penal como medio de investigación al indicar, " ... se entrevistó al señor TOMAS CALVO MATEO quien indicó que es el Principal general de los ochenta y dos cantones del Municipio de Chichicastenango y que por ignorar leer y escribir delegó su autoridad en el señor MANUEL CANIL TZOC, para que él como Secretario de la Alcaldía Indígena firme los permisos autorizando corte de árboles para consumo familiar. **Asimismo existe el Peritaje Cultural aportado como medio de investigación** llevado a cabo por la Licenciada en antropología LINA EUGENIA BARRIOS ESCOBAR, **de donde se colige que la forma en que se han extendido licencias para el corte de árboles para el consumo familiar, ha sido siempre manejado por las mismas comunidades, así como el cuidado de los bosques lo cual han llevado desde mucho tiempo atrás...** " ¹⁴⁷ [Lo resaltado es propio]

VI. Valoración del peritaje

El peritaje cultural tácitamente fue valorado por el Juez contralor, ya que al resolver alude a la coordinación que el Instituto nacional de bosques y las autoridades de la alcaldía indígena de Chichicastenango establecieron con relación a los permisos para el corte de árboles. Asimismo, reconoce a las autoridades de la alcaldía indígena de Chichicastenango al referirse en su resolución a la calidad que ostentaba en esa

¹⁴⁶ Resolución proferida dentro del proceso penal 301 2004 por la licenciada Lidia Rubí Pérez Figueroa, jueza de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente de Santa Cruz, El Quiché, con fecha 21 de julio del 2005

¹⁴⁷ Solicitud de sobreseimiento presentada por Licenciada Consuelo Méndez Ovalle, Agente Fiscal del Ministerio Público de la fiscalía distrital Quiché, con fecha 20 de junio de 2005 dentro del proceso 301 2004 ante el juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Santa Cruz El Quiché. p. 2.

ocasión el señor Tomas Calvo Mateo como principal de la referida alcaldía indígena y por la delegación que esta autoridad indígena hace a Manuel Canil Tzoc, infiere que no existe acción delictiva en el actuar del sindicado. Estos extremos que se hicieron constar en el peritaje cultural acompañado como medio de investigación ante el Ministerio público.

VII. Incidencia del peritaje

El peritaje cultural aportado como medio de investigación en el proceso penal ampliamente referido, incidió en la resolución de sobreseimiento dictada a favor del sindicado, ya que el Juez al efectuar el análisis respectivo lo refiere tácitamente relacionándolo con el documento que contiene el acta cinco dos mil de fecha dieciséis de marzo del dos mil uno, por medio de la cual se autorizó a los principales (en esa ocasión don Tomas Calvo Mateo ostentaba dicha calidad) para extender los permisos para el corte de árboles en las comunidades de Chichicastenango, siempre que fuere para consumo familiar, conforme a las costumbres ancestrales del lugar.

El peritaje cultural permitió al fiscal del ministerio público comprender el contexto cultural del sindicado, lo cual incidió al tomar la decisión de solicitar a su favor el sobreseimiento del proceso. Al comprender la forma de vida, costumbres y cuidado de la naturaleza en el lugar, pudo convencerse que el actuar del procesado no era constitutivo de delito.

3.1.3 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado con el número: seis guión dos mil cinco (6-2005) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango

I. Datos del procesado

- | | |
|--------------------------|--|
| a. Nombre del procesado: | Romualdo Ovispo Hernández Lex. |
| b. Edad: | Sesenta y cinco años. |
| c. Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d. Estado Civil: | Soltero. |
| e. Originario de: | San Martín Jilotepeque, Chimaltenango. |
| f. Escolaridad: | Analfabeta. |
| g. Ocupación: | Agricultor. |
| h. Origen étnico: | Kaqchikel. |
| i. Delito acusado: | Triple asesinato y lesiones graves. |

II. Hechos contenidos en la acusación fiscal

El señor Romualdo Ovispo Hernández Lex fue acusado junto con los señores Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey de los siguientes hechos: “ *Ustedes ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX, CIRIACO HERNANDEZ CAMEY y SANTOS HERNANDEZ CAMEY el veinte de julio del año dos mil cuatro aproximadamente a las diecinueve horas, salieron de su residencia ubicada en Caserío Oratorio, aldea Estancia*

del municipio de San Martin Jilotepeque departamento de Chimaltenango acompañados de otros dos individuos hasta ahora desconocidos, dirigiéndose a la residencia del señor Ambrosio Hernández Lex que está ubicada como a doscientos metros de su residencia: allí se encontraban cenando en la cocina con la puerta cerrada Fidelia Lex O Fidelia Hernández Lex, Pablo Sunum y Felicita O Felisa Hernández Camey y al llegar ustedes empujaron la puerta gritando: “hoy si mucha, hoy si los vamos a matar” y a pesar de que Felicita o Felisa Hernández Camey trató de que no entraran, ustedes ingresaron al interior de la cocina llevando ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX Y CIRIACO HERNANDEZ CAMEY cada uno, una escopeta en la mano y SANTOS HERNANDEZ CAMEY llevaba un machete en las manos; sacaron a Felicita o Felisa Hernández Camey, Fidelia Lex o Fidelia Hernández Lex y Pablo Sunun al patio de la casa, lugar en donde los golpearon en diferentes partes del cuerpo y les amarraron los brazos hacia atrás, posteriormente se dirigieron hacia el dormitorio en el cual descansaba el señor Ambrosio Hernández Lex, pero como tenía cerrada la puerta ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX comenzó a abrir un hoyo en la ventana que está en la esquina del dormitorio y al lograr abrir la ventana ingresaron al interior del dormitorio CIRIACO HERNANDEZ CAMEY y SANTOS HERNANDEZ CAMEY quienes sacaron al patio al señor Ambrosio Hernández Lex a patadas y manadas y también le amarraron. Estando amarrados Felicita o Felisa Hernández Camey, Fidelia Lex o Fidelia Hernández Lex, Pablo Sunun y Ambrosio Hernández Lex, se los llevaron a su residencia (de los sindicatos) en la cual se encontraban Juana López Balan (esposa de ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX), María Cecilia López Guerra y María Dominga López; estando adentro, ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX les volvió a decir que los iba a matar y a la señora Fidelia le gritaba que le quitara la enfermedad a su esposa Juana López Balan porque si no la iba a matar. La señora Fidelia le decía que ella no le estaba haciendo nada malo a Juana y se dirigió a donde estaba la señora Juana acostada a sobarle el estómago para ver si se curaba, momentos en los cuales ustedes les seguían pegando.

Siendo la madrugada del veintiuno de julio del año dos mil cuatro ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX, le preguntó a la señora Fidelia si ya había curado a su esposa y como no la curó le dijo que la iba a llevar arriba y la iba a matar, por lo que Fidelia y

Ambrosio le dijeron que no los matara. Luego sacaron a Fidelia, Ambrosio, Pablo y Felicita o Felisa de su residencia hacia una pinada, tomando un extravío que conduce a la carretera vieja del lugar denominado Tierra Colorada y estando en ese lugar ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX con un machete que llevaba atacó a la señora Fidelia dándole machetazos en diferentes partes del cuerpo, momento en el cual también se acercaron sus hijos Santos y Ciriaco, quienes también llevaban machetes con los cuales golpearon a la señora Fidelia: posteriormente con los machetes que llevaban también golpearon en diferentes partes del cuerpo al señor Ambrosio después agarraron al señor Pablo golpeándolo también en diferentes partes del cuerpo con los machetes que llevaban, provocándoles finalmente la muerte. Por último, ROMUALDO OVISPO HERNANDEZ LEX, se acercó a su hija Felicita O Felisa y le dijo hoy si te mato y le dio un machetazo en la cabeza que le hizo perder el conocimiento... “¹⁴⁸

III. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica del señor Romualdo Ovispo Hernández Lex formuló la respectiva teoría del caso, y en la entrevista con el procesado recibió información que evidenció la influencia y creencia de actos de brujería en contra del procesado y su familia, razón por la cual estimó que la práctica de un peritaje cultural permitiría a los Jueces del tribunal de sentencia conocer el contexto cultural y las verdaderas motivaciones del actuar de su patrocinado en los hechos que le fueron endilgados.

El abogado defensor Julio Salvador Pérez Hernández, a través de entrevista refirió que el objetivo al solicitar la práctica del peritaje cultural era, evidenciar ante el Tribunal de sentencia el contexto sociocultural y la creencia y temor que causa la brujería en la población de San Martín Jilotepeque y derivado de ello solicitar la absolución de su

¹⁴⁸ Acusación contenida en sentencia de fecha 9 de junio del año 2005, dictada por el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango, dentro del expediente penal número 6-2005.

patrocinado por concurrir causas de inculpabilidad señaladas en el artículo veinticinco (25) del código penal.¹⁴⁹

IV. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido como medio de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por el antropólogo, Licenciado Miguel Ángel Avendaño Toledo en el mes de abril del año dos mil cinco.

Los datos referidos en el peritaje cultural fueron recogidos por el antropólogo durante cuatro visitas que se hicieron a la población del caserío Oratorio, San Martín Jilotepeque Chimaltenango, utilizando la técnica de la entrevista profunda y la observación de los entrevistados, se tomó en cuenta la comunidad de pertenencia de los procesados, y además se contó con el apoyo de un intérprete del idioma maya Kaqchikel, lo cual facilitó la comunicación¹⁵⁰.

a. Comparación de las actividades del brujo y del hechicero

El antropólogo Avendaño Toledo necesitó establecer comparaciones entre las actividades que desarrollan los brujos y los hechiceros, con la finalidad de establecer los elementos adecuados que le permitieran definir a que personaje se refería el procesado en defensa de las acciones delictivas que se le acusaron¹⁵¹.

A.- Motivaciones del brujo y del hechicero para iniciar acciones malignas:

- a. Ganancia material.
- b. Venganza.

¹⁴⁹ Pérez Hernández, Julio Salvador, defensor público de la sede de Chimaltenango. Fecha de la entrevista: 14 de octubre 2014.

¹⁵⁰ Avendaño Toledo Miguel Ángel, antropólogo, peritaje cultural aldea la estancia de la virgen, San Martín Jilotepeque, Chimaltenango. p. 1 y 2.

¹⁵¹ Avendaño Toledo Miguel Ángel, Op. Cit. p. 6 y 7.

- c. Envidia.
- d. Satisfacción sádica en el sufrimiento de los virtuosos.

B.- Personas contra las cuales es probable que el brujo tome acción maligna:

- a. Persona que sea honrada y tenga dinero digno de ser robado.
- b. Persona que ha ofendido al brujo.
- c. Persona contra quien un hechicero ha obtenido la ayuda del brujo.
- d. Mujeres dormidas.

C.- Personas contra las cuales es probable que el hechicero tome acción maligna:

- a. Alguien que ha ofendido al hechicero.
- b. Alguien de quien él desea aprovecharse en forma material.
- c. Alguien que es más rico, más guapo, más trabajador, más próspero.
- d. Mujeres que han rechazado sus insinuaciones sexuales.

D.- Tipos de acción maligna que utiliza el brujo:

- a. Latrocinio nocturno.
- b. Molestias nocturnas a la víctima.
- c. Rapto nocturno.

E.-Tipos de acción maligna que utiliza el hechicero:

- a. Homicidio por medio de magia.
- b. Causar enfermedad a la víctima.
- c. Poner tonta o complaciente a la víctima.
- d. Dañar los cultivos o ganado de la víctima.

G.- Fuente de capacidad especial para realizar el mal que tiene el brujo:

- a. Poder derivado de un pacto con el diablo.

H.- Fuente de capacidad especial para realizar el mal que tiene el hechicero:

- a. Conocimientos de ritos y fórmulas especiales aprendidos de otros hechiceros, de libros y del chismorreo común¹⁵².

b. Conclusiones del Peritaje cultural

- a. *“La información que brindaron los entrevistados y entrevistadas fue parca y vaga sin ahondar en detalles.*
- b. *La información recabada en la comunidad la estancia de la virgen de San Martín Jilotepeque sobre las creencias y probable existencia de brujos en la misma, no reflejan que exista una práctica de estos hechos sociales ni se cuente en la aldea con personas que realicen y practiquen dicho trabajo.*
- c. *Un dato interesante es que se adjudica esta práctica (brujería) a otros espacios, por ejemplo, a otro municipio, otras aldeas del mismo municipio y/u otro departamento si se requiere el servicio de los mismos o si se necesita contrarrestar algún maleficio.*
- d. *No se conoce de la existencia de otro caso similar al referido del estudio en cuestión que haya sucedido en la comunidad.*
- e. *Las personas entrevistadas no logran distinguir entre lo que es un brujo y lo que es un hechicero.*
- f. *Existencia fuerte de creencias religiosas judeo cristianas.”*¹⁵³

¹⁵² Avendaño Toledo Miguel Ángel, Op Cit. p. 6 y 7.

¹⁵³ Ibíd. p. 7.

V. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final

Es necesario transcribir literalmente algunos de los pasajes de la sentencia analizada a fin de establecer, si la prueba del peritaje cultural aportado fue valorada por los jueces y si dicha prueba tuvo alguna incidencia en la resolución final del proceso.

*“... d) **MIGUEL ANGEL AVENDAÑO TOLEDO**, indicó ser Licenciado en antropología, y que ratifica el informe de peritaje cultural emitido en abril del dos mil cinco, asimismo procedió a explicar la forma en que efectuó el peritaje indicando que él había ido al lugar conocido como comunidad La Estancia de la Virgen de San Martín Jilotepeque, se entrevistó con algunas personas estableciendo que en el lugar donde se realizó la investigación **no hay práctica de brujería, pero si creen en ella**, y que van a Joyabaj, lugar cercano donde si hay brujería, asimismo indicó que la brujería es un fenómeno conocido por la mayoría de las culturas y grupos humanos **y que se encuentra mayor énfasis de creencia en las personas de descendencia maya. A lo manifestado por el perito Avendaño Toledo y a su informe cultural se les concede valor probatorio**, puesto que con el mismo se establece lo relativo a la brujería no solo de parte de la cultura maya, sino de parte de la cultura de todas las sociedades... Cabe indicar que si se estableció por medio del peritaje cultural emitido por Miguel Ángel Avendaño Toledo, que efectivamente esa creencia (brujería) es una situación enraizada no solo en la cultura maya sino en todos los estratos sociales y culturas, y por esa razón considera el Tribunal que no es una razón suficiente para actuar como lo hicieron y por ello deniega la tesis de la defensa relativa a que sus patrocinados actuaron dentro de las causas de inculpabilidad señaladas en el artículo 25 del Código Penal, sin embargo **si puede considerarse como un elemento en su favor pues es evidente que ellos actuaron obcecados al verse influenciados y amenazados de la creencia de que eran objeto de brujería, situación que incluso ya habían hecho del conocimiento jurisdiccional** puesto que Romualdo Ovispo Hernández Lex presentó denuncia al Juzgado de Paz de San Martín Jilotepeque haciendo ver esa situación, según consta en autos, confirmando las versión de los procesados en el sentido de que*

*ellos dieron muerte a Fidelia Hernández Lex o Fidelia Lex, Ambrosio Hernández Lex, y Pablo Sunun, único apellido, así como que lesionaron a Felicia o Felicita Hernández Camey, y que todo es debido a que Romualdo decía que Fidelia les hacía brujería; ... la señora María Cecilia López Guerra, quien narró al Tribunal en forma veraz que vio el día de los hechos cuando Romualdo, Santos y Ciriaco, salieron y alistaron sus machetes y salieron de la casa, habiendo ido a traer a Fidelia, Ambrosio, Pablo y a Felicita a quienes los llevaron, amarrados para que **curarán de brujería a su mamá la señora Juana López, conviviente de Romualdo, habiendo visto como Fidelia hizo oraciones que no se entendían y quemando candelas con huevos, pero como no la curaron de ahí de su casa se la llevaron...** y para el caso de Balán López en su declaración determina que en efecto había un conflicto entre Romualdo y sus hermanos Fidelia y Ambrosio en el que estaban **involucradas creencias de brujería...** y ello pudo ser el móvil para que los acusados procedieran en la forma que lo hicieron, sobre todo si tomamos en cuenta que Romualdo ya había acudido a un juzgado de paz a presentar denuncia **relativo a la brujería...**" ¹⁵⁴ [Lo resaltado es propio]*

VI. Valoración

El peritaje cultural efectivamente fue valorado por los Jueces del tribunal, quienes expresamente indicaron al analizar la declaración del antropólogo Licenciado Miguel Ángel Avendaño Toledo, que le otorgaban valor probatorio tanto a su declaración como al documento que contenía el peritaje cultural, pero únicamente en lo relativo a establecer el fenómeno de la brujería, indicando que igualmente dicha creencia (brujería) ocurría en todas las sociedades y no solo en la cultura maya.

¹⁵⁴ Sentencia dictada dentro del proceso penal 6-2005 por los jueces del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango con fecha 9 de junio del año 2005.

I. Incidencia

El peritaje cultural aportado como medio de prueba en el proceso penal ampliamente referido, incidió en la sentencia dictada en contra de dos de los procesados, ya que los Jueces del tribunal al efectuar el análisis respectivo indicaron que la creencia y temor de los efectos de la brujería, principalmente en el procesado Romualdo Ovispo Hernández Lex, no era razón suficiente para justificar el acometimiento contra la vida de tres personas y las lesiones graves causadas a la otra víctima, sin embargo afirmaron que dicho temor a la brujería, puede considerarse como un elemento en su favor, pues es evidente que ellos actuaron obcecados al verse influenciados y amenazados de la creencia de que eran objeto de daño a través de actos de brujería por parte de una de las víctimas fallecidas.¹⁵⁵

Esta incidencia se reflejó en la gradación de las penas dictadas en contra de los procesados Romualdo Ovispo Hernández Lex y Santos Hernández Camey, ya que, aunque el Tribunal no lo indicó expresamente, estos fueron condenados a las penas mínimas que contienen el delito de asesinato y de lesiones graves atendiendo a las circunstancias del móvil del delito, es decir, el temor y la influencia de la brujería que afirmaron se encontraban padeciendo por parte de una de las fallecidas.

3.1.4 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: ciento noventa y siete guión dos mil siete (197-2007) Juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Jalapa

I. Datos del procesado

- a. Nombre: Pedro Mateo Gómez.
- b. Edad: 35 años.

¹⁵⁵ Consta en la sentencia de mérito, que el señor Ciriaco Hernández Camey fue declarado inimputable al establecerse científicamente dentro del juicio oral y público, que padecía de enfermedad mental al momento de cometer los hechos atribuidos a su persona. p. 28 y 29.

- c. Nacionalidad: Guatemalteco.
- d. Estado Civil: Casado.
- e. Originario de: Aldea Plan de la Cruz, San Pedro Pínula, Jalapa.
- f. Ocupación: Agricultor.
- g. Origen étnico: Maya Poqomam.
- h. Delito acusado: Contrabando a la hacienda pública en el ramo de alcoholes, bebidas alcohólicas y fermentadas.

II. Hecho señalado al sindicado

Al sindicado se le inició proceso penal en virtud de que fue sorprendido por agentes de la policía nacional civil, transportando cuatro galones aproximadamente del licor denominado cusha, cuando transitaba por las calles del municipio de San Juan Alzatate, por lo que fue detenido y consignado ante el juez correspondiente.¹⁵⁶

III. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica¹⁵⁷ del señor Pedro Mateo Gómez solicitó al perito Fredy Rodolfo Ochaeta Argueta, la elaboración del peritaje cultural con el fin de determinar y demostrar que en el lugar en el que vive el procesado, normalmente se consume bebidas alcohólicas no registradas o patentadas (licor clandestino o cusha) especialmente cuando se realizan fiestas, no con fines de comercio.

¹⁵⁶ Información proporcionada por el Licenciado Otto Ramírez Vásquez, Coordinador del instituto de la defensa pública penal en el departamento de Jalapa. Fecha de la entrevista: 10 de noviembre 2014.

¹⁵⁷ Consta en el proceso penal que la defensa técnica del procesado la ejerció el abogado Luis Eduardo Carranza Lorenzana, defensor público de Jalapa.

IV. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural diligenciado como elemento de convicción de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por el perito Fredy Rodolfo Ochaeta Argueta, antropólogo, colegiado ocho mil cuatrocientos setenta y siete (8,477) el diecinueve de diciembre del año dos mil siete. En relación al caso concreto, el peritaje cultural acreditó lo siguiente¹⁵⁸:

a. Análisis de contenido cultural del sindicado

- *“Respecto al acrecentamiento de vida, el señor Pedro Mateo Gómez presenta un cuadro financiero personal deteriorado, tiene un ingreso de Q.20.00 quetzales cuando cuenta con trabajo, no tiene casa de habitación propia y paga una renta de Q.320.00 quetzales mensuales en una aldea cerca de San Carlos Alzatate.*
- *Respecto al carácter intelectual de la costumbre de su vida cotidiana: Pedro Mateo Gómez posee paupérrimos conocimientos de su realidad contextual dadas las condiciones de pobreza en que vive.*
- *Posee algún cambio de acento de la afectividad al entendimiento en las relaciones interpersonales interculturales.*
- *Una cultura de indiferencia, “un mirarse sin verse”, típico de las relaciones sociales en las que la indiferencia ante los demás ha pasado a primer plano y no puede ser de otra manera debido a los contactos continuos con innumerables personas sin la apreciación humana en su definición es la reacción observada de los ladinos de la región frente al pueblo Poqomam.*
- *La muchedumbre solitaria, el individuo solitario es el enfoque que se pretende ver de manera real pero equivocada la relación interétnica de los Pocomames,*

¹⁵⁸ Ochaeta Argueta, Fredy Rodolfo, doctor en derecho Internacional de derechos humanos, peritaje cultural rendido dentro del expediente 197-07. Of. 1º. del juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Jalapa.

sin percatarse de la institucionalidad del poder local que el Poqomam vive y se desarrolla bajo un principio de comunidad étnica con su propia cosmovisión.

- *La “cultura de indiferencia” tiene su culminación en el hastío y la indolencia, en la capacidad de distinguir la significación y el valor de la diferencia de las cosas, una situación en la que todo da igual y es difícil decidirse por nada, es el posicionamiento de la administración de justicia frente a la realidad del pueblo indígena en esta región del país.*
- *Preponderancia de la cultura objetiva sobre la subjetiva en la relación cotidiana interpersonal.*
- *La “cultura de indiferencia” está tan arraigada que se invisibiliza y permea la sensibilidad humana.*
- *En el ámbito nacional más amplio desde el ángulo de la exclusión y discriminación, el pueblo Poqomam se encuentra permanentemente desde este esquema perverso.*
- *Distinguen conflictos que igualmente están presentes: i) Crímenes comunes, disolución de la familia, narcotráfico, estafas, robos, lavado de dinero, etc., que son consecuencia de la explotación del individuo y su hacinamiento en aldeas y casas de habitación muy degradados por el fenómeno de exclusión social, son los factores principales de la depauperación del pueblo Poqomam; ii) Lo normal en la cotidianidad, la visión ladina es diferente a la cosmovisión Poqomam, por ello, muchas veces se proclama rompimiento del orden jurídico por desconocimiento. “¹⁵⁹*

b. Conclusión general

La reforma procesal penal está siendo tensionada internamente, por lo contradictorio que resulta asumir la validez de la diversidad cultural en un sistema que se sustenta desde una visión mono cultural, particularmente en las situaciones en que están

¹⁵⁹ Ochaeta Argueta, Fredy Rodolfo, Op cit. p. 7 y 8.

involucrados los Pocomames, especialmente el señor **Pedro Mateo Gómez**, ya que se cuestiona la universalidad de los principios que la sustentan¹⁶⁰.

En un sistema jurídico mono cultural como impera en Guatemala, se debe revalidar la validez y legitimidad de los principios que sustentan la valoración de lo que es correcto e incorrecto. En la dimensión práctica de los procesos, la contradicción se verifica cuando los resultados conclusivos del peritaje deben ser expuestos ante los jueces, estableciéndose de esta manera un espacio y un lugar legitimado, desde el cual se argumenta a favor del reconocimiento de la validez de la diversidad social y cultural, evidenciando en los hechos la necesidad de un pluralismo jurídico hasta ahora inexistente¹⁶¹.

Desde lo experimentado por el sindicato, que le fue incautado cuatro galones aproximadamente de cusha, con lo cual se atenta en contra del bien jurídico tutelado por el estado de Guatemala porque se defrauda al fisco en el ramo de bebidas alcohólicas. La cusha es una bebida ceremonial maya no registrada y para el pueblo Pocomam normalmente se consume esta bebida alcohólica de manera especial cuando se realizan fiestas, pero su fabricación no se efectúa con fines de comercio¹⁶².

c. De la solicitud del Ministerio Público

Con base en el peritaje cultural efectuado, el abogado defensor promovió que el Ministerio público solicitara un criterio de oportunidad a favor del procesado, al cual accedió el juez.

V. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final

El Juez de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente de Jutiapa, fundamentó su decisión de otorgar el criterio de oportunidad en el peritaje cultural, el cual según afirmó, logró acreditar que el problema de elaboración de licor

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 8.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 8.

¹⁶² *Ibíd.* p. 8.

clandestino y su consumo, forma parte de las costumbres del pueblo Maya Poqomam. Refirió el juzgador que siendo el sindicado vecino de San Carlos Alzatate, Jutiapa, donde predomina la población Maya Poqomam, es creíble que transportara el licor, pero no con fines clandestinos, sino más bien lo trasladaba sin ánimo de cometer delito, como parte de las actividades rutinarias del pueblo maya Poqomam asentado en ese lugar.

El criterio de oportunidad además le fue otorgado al sindicado ya que no contaba con antecedentes penales, ni le había sido otorgado el beneficio del criterio de oportunidad con anterioridad¹⁶³.

3.1.5 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: treinta y nueve guión dos mil once (39-2011) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal

I. Datos del procesado

- | | |
|--------------------|--|
| a. Nombre: | Víctor Pop Ché. |
| b. Edad: | 21 años. |
| c. Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d. Estado Civil: | Soltero. |
| e. Originario de: | Aldea Río Salado, municipio de Livingston, departamento de Izabal. |
| f. Ocupación: | Agricultor. |
| g. Origen étnico: | Maya Q'eqchi' |
| h. Delito acusado: | Homicidio culposo. |

I. Hechos acusados de conformidad con la acusación fiscal presentada al Juzgado de Primera Instancia Penal

¹⁶³ Criterio de oportunidad de fecha 11 de marzo 2008, dictado por el juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Jalapa, en el expediente penal número 197-2007. p. 1.

“Porque usted Víctor Pop Ché, el día dieciséis de febrero del año dos mil nueve, siendo aproximadamente las seis de la mañana, se dirigía junto con su padre Pedro Pop Chub a realizar labores agrícolas en las tierras asignadas por la comunidad y accidentalmente disparó contra el señor al señor Juan Pop Chub con un rifle que usted portaba, ocasionándole la muerte instantáneamente” ¹⁶⁴

II. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica del señor Víctor Pop Ché solicitó la elaboración del peritaje cultural en virtud de que la esposa de la presunta víctima le manifestó que el sindicado ya había sido juzgado conforme el derecho indígena de su comunidad y que ella estaba conforme con la sanción impuesta al sindicado, ya que el mismo debía chapear, limpiar, sembrar, tapiscar la milpa por temporada, en dos manzanas de terreno y que dicha labor debía ser cumplida hasta que el menor de sus hijos cumpliera la mayoría de edad. Asimismo, manifestó que Víctor Pop Ché había adquirido ese compromiso frente a las autoridades de su comunidad y se encontraba cumpliendo con ello. ¹⁶⁵

III. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido como medio de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por el antropólogo Ervin Fidel Us Álvarez, colegiado ocho mil cuatrocientos setenta y siete (8,477) en el mes de agosto del dos mil diez. En relación al caso concreto, el peritaje cultural acreditó lo siguiente ¹⁶⁶:

¹⁶⁴ Hechos extraídos del memorial de acusación presentado por el fiscal distrital del ministerio público en Izabal, ante el juez de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente de Izabal dentro de la causa 89-2009 Of. 2º.

¹⁶⁵ Información obtenida mediante entrevista a la defensora pública Lesbia Marleny Sis Chén, en fecha 15 de noviembre de 2014.

¹⁶⁶ Us Álvarez, Edwin Fidel, antropólogo, peritaje cultural rendido dentro del expediente 39-2011 del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Izabal.

a. Aspectos culturales de la Aldea Río Salado

La Aldea Río Salado es indígena maya que pertenece a la comunidad lingüística maya Q'eqchi', pudiendo constatarse que todas las familias que viven allí son indígenas, específicamente maya Q'eqchie's.

En tal sentido la referida aldea mantiene muchos de los elementos culturales propios de la cultura maya Q'eqchi', tales como el idioma, el atuendo tradicional, algunas técnicas agrícolas, la dieta, algunas tradiciones e instituciones o autoridades como las comadronas (obstetras indígenas), los guías espirituales, la práctica misma de la espiritualidad maya, entre otros aspectos ¹⁶⁷.

Además del idioma, se pudo establecer que en dicha comunidad se practica la espiritualidad maya que es dirigida por guías espirituales, esta práctica se da paralela a otras prácticas religiosas como las del catolicismo y otras. Asimismo, la labor agrícola referente al cultivo del maíz mantiene claramente patrones mayas de toda la región Q'eqchi'.

b. Sistema de autoridad en la Aldea Río Salado

La aldea Río Salado es una comunidad bastante joven considerando que apenas hace setenta y cinco años llegaron los primeros habitantes y fundadores provenientes de Alta Verapaz, las primeras familias buscaban territorios para poder subsistir agrícolamente.

La comunidad cuenta con su propia estructura de autoridades, la que a su vez se encarga de velar por el cumplimiento de las normas de la comunidad y el establecimiento de la armonía colectiva¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ibíd. p. 10.

¹⁶⁸ Ibíd. p. 12.

Sin embargo, el desplazamiento produjo cierto nivel de cambio cultural que si bien en esencia no modifica la práctica de la administración de justicia desde la lógica indígena Q'eqchi', si se pueden observar ciertas modificaciones que es importante señalar.

Si bien los principios y valores rigen la lógica de la aplicación de las normas y el mantenimiento de la armonía comunitaria, la elección de la autoridad no necesariamente observa la edad de los servidores, ya que en su mayoría son personas jóvenes (no mayores de 40 años)¹⁶⁹.

Por otra parte, la estructura por medio de la cual se rigen las autoridades no se hace en función de la estructura tradicional o por medio de una "lógica propia" si se quiere plantear así, sino más bien las autoridades se organizan mediante la lógica de la estructura del Consejo Comunitario de Desarrollo, de acuerdo a la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Es decir, se nombran en número y puestos según lo establece dicha normativa.

Estas dos modificaciones sustantivas se deben a que se le ha exigido a la comunidad de acuerdo a la lógica del gobierno municipal de Livingston, organizar y conformar el respectivo Consejo Comunitario de Desarrollo a efecto de tener participación en el gobierno municipal, lo que eventualmente podría traducirse en acceso a servicios y proyectos municipales.

Frente a esto la comunidad se ha organizado de tal suerte que sus autoridades propias se conforman en dicho consejo y en consecuencia, siguen con las funciones y lógica anterior, pero atendiendo lo concerniente a las obligaciones frente al gobierno municipal en la lógica de los consejos de desarrollo de acuerdo a la ley específica¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 12.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 13.

c. Sobre la identidad del señor Víctor Pop Ché

El peritaje estableció que el sindicato se identifica como indígena de acuerdo a los elementos siguientes¹⁷¹:

- a. De acuerdo al análisis de su familia tanto extensa como nuclear, se puede establecer que el sindicato proviene de una familia indígena Maya Q'eqchi'.
- b. En cuanto al atuendo o vestuario tradicional propio de los Q'eqchie's de dicha comunidad, él no lo utiliza desde que nació, ya que no es un elemento que mantienen los hombres de la comunidad, al contrario de las mujeres quienes si portan el traje indígena maya Q'eqchi' tradicional.
- c. En cuanto al idioma, el sindicato únicamente puede comunicarse en idioma maya Q'eqchi'.
- d. El señor Víctor Pop Ché se auto identifica como un hombre Q'eqchi'.

e. El juzgamiento de Víctor Pop Ché

El peritaje estableció que el día 16 de febrero del año 2009, a las seis de la mañana, Víctor Pop Ché, junto a su padre y algunos de sus hermanos se dirigían a sus labores agrícolas, lo que a su vez hacían otras familias de la comunidad a las tierras asignadas por la comunidad para la producción de maíz, frijol y otros productos agrícolas de consumo alimenticio familiar¹⁷².

Mientras caminaban a las tierras para la labor divisaron entre el bosque una piara de cerdos salvajes o jabalíes, lo que puso en alerta a Víctor, quien pidió inmediatamente el rifle de hechura o fabricación casera a su padre para dar caza a los animales, cuya carne es consumida como parte de la dieta de las familias de la comunidad. Desconociendo que su tío Juan Pop Chub, se encontraba entre los arbustos, probablemente intentando dar caza a los mismos animales divisados por la familia de

¹⁷¹ Ibíd. p. 13 y 14.

¹⁷² Ibíd. p. 15.

Víctor Pop Ché, quien viendo movimientos en unos arbustos al alcance del rifle que tenía en sus manos, disparó el arma dando muerte casi inmediata a su tío.

Inmediatamente después de superar su sorpresa y la pena, dio aviso a su padre, al mismo tiempo que se dirigía a la comunidad para dar aviso de lo sucedido. La comunidad inicialmente lo aprehendió y luego lo puso a disposición de la policía nacional civil. Sin embargo, posteriormente las autoridades comunitarias decidieron proceder a resolver el caso dado que los hechos se dieron en la comunidad y las personas involucradas también lo eran.

En virtud de ello, se procedió a juzgar al señor Víctor Pop Ché considerando que en ningún momento huyó, sin más bien intentó auxiliar a su tío y dio aviso. Asimismo, se consideró el hecho de que la muerte del occiso fuera un accidente y no un acto intencional, ya que no existió entre ambas personas ninguna rivalidad¹⁷³.

El juicio se realizó de manera pública privando los valores y principios antes mencionados, concluyendo en una pena para el señor Víctor Pop Ché consistente en trabajar dos manzanas de propiedad de la familia de Juan Pop Chub para poder cosechar el maíz, frijol y otros productos agrícolas suficientes para alimentar a la familia de su difunto tío.

Esa labor debe realizarla hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (18 años). De esa cuenta, el trabajo se realizará hasta que la menor de las hijas, la cual tiene a la fecha cinco años de edad, cumpla los dieciocho años. Es decir, que lo anterior implica la imposición de una pena de catorce años consistente en realización de labor anual de preparación de la tierra, desmontada, fertilización y cosecha de productos a favor de la familia del señor Juan Pop Chub¹⁷⁴.

¹⁷³ *Ibíd.* p. 16.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 16

f. Conclusiones del peritaje cultural

- a. *“De acuerdo a la labor de campo y de gabinete realizada, se pudo determinar que, analizando las evidencias culturales, particularmente en cuanto al análisis de ciertos elementos diacríticos, como idiomas, vestuario, religiosidad y agricultura, se pudo determinar que la aldea Río Salado, del municipio de Livingston, departamento de Izabal, es una comunidad indígena, particularmente maya Q’eqchi’.*
- b. *De acuerdo a la opinión y punto de vista de distintas personas de la comunidad, en dicha aldea la vida social se rige mediante el sistema de justicia indígena. Todos los entrevistados coinciden en que los conflictos surgidos en la comunidad deben ser resueltos por sus propias autoridades. De acuerdo a la indagatoria realizada no han existido casos en los que se prefiera poner en manos de la justicia “oficial” u “occidental”.*
- c. *Se determinó que el sindicado, señor Víctor Pop Ché, se considera indígena considerando su derecho a la auto identificación. Ello se pudo constatar con el análisis de otros elementos diacríticos, tales como el idioma.*
- d. *En cuanto al nivel de legitimidad y aceptación que tienen las autoridades comunitarias de la aldea Río Salado, se pudo constatar que los vecinos creen y respetan las decisiones y las actuaciones de sus propias autoridades. Un elemento clave es que los miembros de la comunidad tienen una buena opinión de sus autoridades y consideran que han llevado una buena labor en cada uno de los casos y en el mantenimiento de la paz y la armonía comunitaria.*
- e. *En virtud de lo señalado, tanto la familia del occiso como del resto de las familias consideran que el juicio realizado a Víctor Pop Che, es legítimo en virtud del acuerdo de las partes involucradas. Por otro lado, consideran que la actuación de las autoridades fue imparcial y que se observaron los principios del sistema de justicia propio de los pueblos indígenas. “¹⁷⁵*

¹⁷⁵ *Ibíd.* p. 16 y 17.

IV. Valoración del peritaje cultural en la resolución final

En este caso, si bien el Juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal admitió la acusación y declaró la apertura a juicio, el mismo no se llevó a cabo debido a que por solicitud del abogado defensor, el Juez unipersonal de sentencia que debía conocer el debate, accedió a efectuar antes del inicio de la misma una audiencia de criterio de oportunidad, tomando en consideración que concurrían los requisitos de ley, sobre todo, lo relativo al acuerdo de la víctima, ya que ella solicitaba que no iniciara la audiencia ya que Víctor había sido ya sancionado en su comunidad y estaba cumpliendo con el acuerdo al que se comprometió ante ella y las autoridades indígenas.¹⁷⁶ Además, constaba en el expediente una solicitud de desistimiento por parte de la víctima.

El juez, fundamentándose en la manifestación verbal de la víctima acerca de estar de acuerdo en que se le otorgara el beneficio al procesado y en virtud de haberse acreditado mediante su dicho **y el peritaje cultural que mismo ya había sido sancionado en su comunidad según las costumbres indígenas y que estaba cumpliendo con su castigo**, decidió otorgarle el beneficio. Así, el 24 de febrero del año 2012, le fue otorgado el criterio de oportunidad a Víctor Pop Ché, sin ninguna regla de abstención.

V. Incidencia del peritaje aportado

Debido a que el procedimiento de desjudicialización utilizado en este caso, requería como condición elemental el acuerdo de la víctima para otorgar el beneficio al señor Víctor Pop Ché, el Juez unipersonal de sentencia se basó en lo manifestado por ella como un aspecto esencial para otorgar el beneficio, **pero también fundamentó su**

¹⁷⁶ Información obtenida mediante entrevista a la Defensora Pública Lesbia Marleny Sis Chén, en fecha 15 de noviembre de 2014.

decisión en la existencia del peritaje cultural que acreditó que el sindicato había sido ya sancionado por su comunidad por el hecho por el cual estaba siendo procesado y que estaba cumpliendo ya con esa sanción, lo que otorgó un respaldo a lo manifestado por la víctima y le confirió la convicción de que debía otorgar el beneficio.

Si bien, en este caso no se produjo un reconocimiento de que otra autoridad había conocido el caso y por ello el proceso penal no debía continuar, como lo pretendía el abogado defensor, el peritaje le ilustró al Juez sobre la identidad de Víctor Pop Ché, sus costumbres, la organización de su comunidad y la sanción que le fue impuesta por la muerte del señor Juan Pop Chub, otorgándole la certeza de brindar el beneficio al procesado con el conocimiento de que la víctima estaba siendo resarcida.

3.1.6 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado en el proceso identificado como expediente número: ciento sesenta guión dos mil ocho (160-2008) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, referido y analizado en casación número 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia

I. Datos del procesado

- | | |
|--------------------|--|
| a) Nombre: | Rubén Francisco Puac Baquiaux. |
| b) Edad: | 43 años. |
| c) Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d) Estado Civil: | Casado. |
| e) Originario de: | Paraje Chuisocop cantón Poxlajuj, Totonicapán. |
| f) Escolaridad: | Instruido. |
| g) Ocupación: | Comerciante. |
| h) Origen étnico: | K'iche'. |
| i) Delito acusado: | Coacción. |

II. Hechos acusados de conformidad con la acusación fiscal presentada al Juzgado de primera instancia penal

“ Usted don Francisco Rubén Puac Baquiaux el día 30 de octubre del año 2007, a las 6:30 horas, llegó a la residencia del señor Lorenzo José Gutiérrez barreno ubicada en el paraje Xolcajá, del cantón Poxlajuj, del municipio de Totonicapán, acompañado de los señores: Adrian Velásquez, Lucas Chaclan Tzul, Doroteo Chaclán Gutiérrez, Jorge Eloy Batz, Juan de León García, Mateo Barreno Gutiérrez, Guadalupe castro, María Chaclan, Carlos Antonio Velásquez, Herlinda Barreno Gutiérrez, René Tzul Gutiérrez, Lucas Chaclán Tzic, Byron Osvaldo Lacan y Santos Miguel Tzul, quienes sin estar legítimamente autorizados ingresaron a dicha residencia, con el objeto de intimidar al señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno, para que ya no continuara haciendo uso de la paja de agua de la cual es propietario. Posteriormente en el interior de la residencia usted procedió a escavar con un azadón, en el lugar donde se encontraba el tubo de agua potable de la vivienda del señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno, sacó de una bolsa nylon, una sierra de hierro y procedió a cortar el tubo de agua potable y le colocó un tapón, con el fin de dejarlo sellado y sin el servicio del vital líquido al agraviado y su familia. No obstante, el señor Gutiérrez Barreno acreditó ante su comunidad a través de los alcaldes comunitarios del cantón Poxlajuj, del municipio de Totonicapán, estar al día con los pagos del servicio de agua potable. “ ¹⁷⁷

III. Hechos acreditados por el Tribunal de sentencia penal de Totonicapán

En el proceso por el delito de coacción seguido en contra del señor Rubén Francisco Puac Baquiaux se tuvo por acreditado el siguiente hecho:

“El treinta de octubre de dos mil siete a las seis horas con treinta minutos aproximadamente, Francisco Rubén Puac Baquiaux llegó a la residencia de Lorenzo

¹⁷⁷ Hechos extraídos del memorial de acusación presentado por el fiscal distrital del ministerio público en Totonicapán, ante el juez de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente de Totonicapán dentro de la causa 160-2008.

José Gutiérrez Barreno, ubicada en el paraje Xolcajá, del Cantón Poxlajuj, del municipio y departamento de Totonicapán. El primero de los mencionados iba acompañado de los señores Adrián Velásquez, Lucas Chaclan Tzul, Doroteo Chaclán Gutiérrez, Jorge Eloy Batz, Juan de León García, Mateo Barreno Gutiérrez, Guadalupe castro, María Chaclan, Carlos Antonio Velásquez, Herlinda Barreno Gutiérrez, René Tzul Gutiérrez, Lucas Chaclán Tzic, Byron Osvaldo Lacan y Santos Miguel Azul- sic. El señor Puac Baquix excavó con un azadón en el lugar donde se encuentra ubicado el tubo que conduce el agua potable y al encontrarlo, lo cortó con una sierra y le colocó un tapón al mismo para que quedara sellado. “ ¹⁷⁸

IV. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica del señor Francisco Rubén Puac Baquix, al plantearse la teoría del caso estimó necesario visibilizar a través de un peritaje cultural, que la acción del procesado siempre estuvo enmarcada en el cumplimiento de una resolución dictada por la asamblea comunitaria del lugar donde acontecieron los mismos.

El abogado defensor Licenciado Pedro Ixchiu García, refirió que el objetivo al solicitar la práctica del peritaje cultural, independientemente de evidenciar que el actuar del procesado Francisco Rubén Puac Baquix al cerrar el paso del agua de la propiedad del agraviado se realizó en cumplimiento de una delegación recaída en su persona por resolución de la asamblea comunitaria del Cantón Poxlajuj, Totonicapán, fue además, mostrar que la dinámica de procedimientos en el derecho indígena, no es la misma que en el derecho oficial en el juzgamiento o resolución de conflictos o casos concretos. ¹⁷⁹

¹⁷⁸ Hecho descrito en la casación número 01004-2012-01524 resuelta por la Corte Suprema de Justicia, con fecha seis de noviembre del dos mil doce. p. 1.

¹⁷⁹ Ixchiu García, Pedro, defensor público de la sede de Totonicapán. Fecha de la entrevista: 10 de septiembre de 2014.

V. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido como medio de investigación en el proceso penal aludido, fue elaborado por el antropólogo Licenciado Fredman Pacay, colegiado seis mil doscientos sesenta y siete (6,267) en el mes de Julio del año dos mil once. El peritaje cultural versó sobre los siguientes temas¹⁸⁰:

- a. **Establecer si la comunidad del cantón Poxlajuj, es una comunidad indígena y si cuenta con organización tradicional propia y qué papel desempeñaba en el año dos mil siete (2007) el señor Rubén Francisco Puac Baquix dentro de la misma**

Fredman Pacay afirma que de acuerdo al trabajo de campo realizado y a la información facilitada por los miembros del cantón Poxlajuj, se pudo establecer que ésta se caracteriza por ser una comunidad eminentemente indígena, cuya población pertenece a la etnia K'iche'. Además, la comunidad de Poxlajuj cuenta con una organización de autoridades comunitarias, de origen ancestral maya, en la cual cada año se realiza un proceso de elección de autoridades comunitarias. Refiere, asimismo, que en los años dos mil seis y dos mil siete, el señor Rubén Francisco Puac Baquix, fungió como alcalde comunitario en el cantón Poxlajuj, lo cual consta en el libro de actas del cantón referido en acta número trescientos tres guión dos mil seis de fecha veinticinco de octubre de ese año ¹⁸¹.

La organización tradicional propia de la comunidad del cantón Poxlajuj está definida de la forma siguiente:

- a. **La asamblea comunitaria:** Es el órgano máximo de toma de decisiones a nivel de la comunidad y ejerce su autoridad sobre todas aquellas situaciones que corresponden para mantener la integridad de la comunidad y además nombra a las personas para prestar servicio a la comunidad. Para los habitantes de la

¹⁸⁰ Pacay, Fredman, antropólogo, peritaje cultural rendido dentro del expediente 160-2008 del juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Totonicapán. p. 2.

¹⁸¹ Ibíd. p. 7.

comunidad, es una obligación asistir, porque los asuntos que de abordan son de interés colectivo, aunque asistir es una decisión personal, no hacerlo implica que en futuro no podrá alegar desconocimiento o inconformidad con lo resuelto en asamblea¹⁸².

- b. **Alcaldía comunitaria:** El cargo es designado por la asamblea comunitaria por cierto tiempo. Dentro de sus funciones está proteger el patrimonio de la comunidad, realizar gestiones para la comunidad ante la municipalidad y otras instituciones de gobierno o privadas, apoyar a los diferentes grupos comunitarios, llevar control de las defunciones en la comunidad, medir en conflictos familiares de terrenos y otros, representar a la comunidad ante la junta directiva de los cuarenta y ocho cantones de Totonicapán, **dar cumplimiento y ejecutar las decisiones de la asamblea comunitaria**¹⁸³.
- c. **Vicealcalde comunitario:** Ejerce las mismas funciones que el alcalde comunitario y lo sustituye en caso de ausencia.
- d. **Secretario Comunitario:** Tiene las funciones de escribano, le compete la redacción, lectura, recopilación de firmas y datos de los miembros de la comunidad, conocimientos certificaciones, control de oficio y actas.
- e. **Alguaciles:** Custodian los documentos del pueblo de Totonicapán según designación de turnos. Llevan citaciones y notificaciones del alcalde comunitario a los vecinos del cantón Poxlajuj.
- f. **Promotor de Baños termales de agua caliente:** Sus funciones se desarrollan alrededor del funcionamiento de los baños de agua caliente.
- g. **Delegados de baños de agua caliente:** Cubren turnos en los baños de agua caliente, reportan anomalías y realizan limpieza en los baños de agua caliente.
- h. **Escolares:** Velan por el mantenimiento del edificio escolar, realizan limpieza, reportan al alcalde comunitario los problemas en la escuela.
- i. **Comités comunitarios:** son grupos de apoyo a la comunidad de Poxlajuj que atienden problemáticas muy particulares de la comunidad, por ejemplo, el

¹⁸² Ibíd. p. 8.

¹⁸³ Ibíd. p. 10.

mantenimiento de agua potable, caminos, padres de familia y desarrollo por paraje ¹⁸⁴.

b. Establecer quiénes son las autoridades tradicionales que se encargan de la gestión, administración y control de agua potable en dicha comunidad

En la comunidad de Poxlajuj, funciona el comité de mantenimiento de agua, el cual está integrado por nueve personas y en ella se encuentran representados todos los parajes de la comunidad de Poxlajuj. Los integrantes del comité duran en sus cargos dos años. ¹⁸⁵

La principal función del comité es administrar las dos fuentes de agua potable que abastecen a la comunidad. Sus atribuciones los obligan a identificar las problemáticas que afectan el buen suministro del agua y a organizar todas las posibles respuestas y soluciones para mejorar el servicio a la comunidad.

Todos los vecinos de la comunidad están obligados a dar una cuota anual de veinte quetzales para sufragar los gastos de operación y mantenimiento del servicio de agua para la comunidad¹⁸⁶.

c. Establecer cuáles fueron los antecedentes del conflicto que ameritó la imposición de una sanción en el caso concreto

El antropólogo Pacay describe el origen del conflicto así: El treinta de septiembre del año dos mil seis, un grupo de personas de la comunidad encabezadas por el señor Lorenzo José Gutiérrez, dirigió oficio al presidente de la parcialidad ¹⁸⁷ Baquix con el fin de hacer de su conocimiento hechos delictivos que estaban realizando autoridades de la comunidad de Poxlajuj, a través del beneficio del agua potable, pues en varias

¹⁸⁴ Ibíd. p. 12.

¹⁸⁵ Ibíd. p. 13.

¹⁸⁶ Ibíd. p. 14.

¹⁸⁷ Refiere Fredman Pacay en el peritaje cultural analizado que, parcialidades se le denomina en Totonicapán a aquellos grupos sociales con vínculos de parentesco que poseen una extensión de tierra en común, y se caracterizan por poseer áreas boscosas cuidadosamente conservadas con reglamentos internos.

oportunidades amenazaban con cortar el agua si no apoyaban las acciones que realizan dichas autoridades¹⁸⁸.

El treinta y uno de enero del año dos mil siete se reunieron las autoridades de alcaldía comunitaria, comité de mantenimiento de agua potable, junta directiva de la comunidad de Poxlajuj, la parcialidad Baquix, y los habitantes de la comunidad de Poxlajuj para aclarar las anomalías denunciadas. Luego de la discusión se llegó al consenso de que el señor José Lorenzo Gutiérrez con su actuar en la denuncia cometió agravios en contra de la comunidad, tales como haber expresado engaños y mentiras ante las autoridades de la parcialidad Baquix, al afirmar que las autoridades de Poxlajuj estaban vendiendo el agua y acusarlos de oportunistas y de beneficiarse personalmente; poner en riesgo la integridad de las autoridades comunitarias y el abastecimiento del agua para la comunidad; ofender a las autoridades comunitarias al mentir y engañar a la parcialidad Baquix.

Ante la falta grave cometida por el señor Lorenzo José Gutiérrez, la asamblea comunitaria le fijó la multa de cinco mil quetzales, determinándose que, si no realizaba el pago en una sesión posterior, se acordaría la suspensión del servicio de agua potable a su vivienda. El treinta de octubre del año dos mil siete la alcaldía comunitaria, comité de mantenimiento de agua, junta directiva de la comunidad Poxlajuj, comité de caminos y patronato de familia, en cumplimiento de lo ordenado por la asamblea comunitaria se apersonaron a la vivienda del señor Lorenzo José Gutiérrez, para suspenderle el agua potable¹⁸⁹.

En acta número trescientos cuarenta y cinco guión dos mil siete, de fecha diecinueve de septiembre de de dos mil siete, se dejó constancia que en asamblea a comunitaria, estando presentes el alcalde comunitario, los integrantes del comité de mantenimiento de agua, los integrantes de la junta directiva de la comunidad de Poxlajuj, y los habitantes de la comunidad, acordaron enviar la tercera nota a don Lorenzo José Gutiérrez Barreno para que hiciera efectiva la multa fijada por asamblea comunitaria por

¹⁸⁸ Pacay Fredman, Op. Cit. p. 16.

¹⁸⁹ Ibíd. p. 16

la cantidad de cinco mil quetzales. Desde la fecha de la imposición de la sanción transcurrieron diez meses y fueron enviados tres requerimientos de pago¹⁹⁰.

d. Establecer el papel del alcalde comunal en la resolución del conflicto y en la ejecución de la sanción impuesta

Al alcalde comunal de esa época señor Rubén Francisco Puac Baquiaux, le correspondió organizar, convocar, y presidir las asambleas comunitarias en las ocasiones en que se trató sobre el tema, con el objeto de informar, consultar y tomar nota de las decisiones acordadas por los miembros de la comunidad representados por los asambleístas.

Como resultado de ese proceso y por incumplimiento del señor Lorenzo José Gutiérrez Barreno al pago de la sanción económica impuesta, la asamblea comunitaria determinó suspenderle el servicio de agua, hasta que cumpliera con la sanción impuesta. El alcalde comunitario fue designado por la asamblea comunitaria para la aplicación de la sanción impuesta, haciéndose acompañar en la diligencia por el comité de mantenimiento de agua, la junta directiva de la comunidad y el patronato de padres de familia¹⁹¹.

e. Establecer cuál fue el procedimiento seguido por las autoridades de la comunidad, para la imposición de la sanción

El treinta de octubre del dos mil siete se ejecuta el mandato de la asamblea comunitaria, para lo cual ya habían transcurrido diez meses desde la adopción de la sanción. En dicha acción estuvieron presentes los integrantes de la alcaldía comunitaria, comité de mantenimiento del agua, junta directiva de la comunidad Poxlajuj, comité de camino y patronato de familia, para darle cumplimiento a lo ordenado por la asamblea comunitaria. En esa ocasión se redactó un acta que deja constancia de la suspensión del agua potable a la residencia del señor Lorenzo José Gutiérrez, y se indica que la medida no es definitiva, toda vez se cumpla con el pago de la multa, y que dicha suspensión se levantará cuando él resuelva el problema con la

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 17

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 18

comunidad dejándole un espacio de tres meses para cumplir dicha suspensión de lo contrario la asamblea tomará decisiones del chorro suspendido¹⁹².

f. Establecer si la medida disciplinaria impuesta se encuentra dentro de los límites de la jurisdicción y la competencia de las autoridades de la comunidad

En razón del ejercicio propio del derecho propio en la comunidad de Poxlajuj, el mantenimiento del orden comunitario requiere de la existencia de una serie de normas de convivencia y de organización social. En ese orden, la actuación del señor Rubén Francisco Puac Baquix en aquella oportunidad, fue en estricto cumplimiento de sus funciones y obligaciones como autoridad comunitaria (alcalde comunitario de la comunidad de Poxlajuj) y en el marco de la competencia y jurisdicción preestablecido para el ejercicio del derecho propio de la comunidad de Poxlajuj¹⁹³.

VI. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final

Para efectuar el análisis sobre la incidencia y valoración del peritaje cultural rendido por el antropólogo, Licenciado Fredman Pacay, transcribiremos literalmente algunos pasajes de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia al resolver la casación número cero uno cero cero cuatro guión dos mil doce guión cero un mil quinientos veinticuatro (01004-2012-01524) de fecha seis de noviembre de dos mil doce, porque es allí precisamente donde encontramos la incidencia del peritaje cultural con respecto al fallo final de absolución a favor del procesado.

“DOCTRINA: El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la constitución Política de la República de Guatemala, al igual que el Derecho Oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser el pilar de la convivencia, debe responder a la

¹⁹² Ibíd. p. 20.

¹⁹³ Ibíd. p. 22.

dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlos a institutos jurídicos propios de sistemas hegemónicos nacidos en realidades sociales distintas. De esa cuenta, **los únicos límites legítimos que pueden soportar son:** a) los Derechos Humanos, porque estos responden al logro de una conquista histórica de toda la civilización humana, que como tal, trasciende a cualquier comunidad; b) Que toda sanción impuesta en el marco del derecho indígena para ser válida quiere (sic) que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo, que no sea arbitrario ni consista en lesión física, ni constituya un exceso en el uso de la fuerza.

En el presente caso, el agraviado en sede penal oficial, presentó junto a otras personas una denuncia contra el alcalde comunitario, que fue sometida democráticamente a la asamblea comunitaria a la cual se convocó verbalmente de forma pública y el ofendido no compareció; denuncia que luego de ser discutida fue declarada finalmente como mentira y ofensa contra la comunidad, por lo que se le impuso a dicho agraviado la pena principal de multa y la subsidiaria de corte de agua, lo que se ejecutó casi diez meses después de la decisión y luego de tres requerimientos de pago; por lo que al cumplir dichas sanciones con los requerimientos supra citados y ser razonables, no configura un hecho delictivo la acción de su cumplimiento por la autoridad indígena responsable. Es procedente el recurso de casación por motivo de fondo cuando, el acusado denuncia la ilegalidad de habersele condenado por coacción, **al haber ejecutado, en su calidad de autoridad indígena, una decisión emitida contra el agraviado en la asamblea comunitaria, si del análisis del caso concreto se establece que dicha condenatoria en sede penal contra él acusado se hizo con total incompreensión de la dinámica del derecho indígena y de sus formas propias de resolución de conflictos.**

En el presente caso, el alcalde comunitario que ejecutó diez meses después de impuesta la sanción subsidiaria de corte de agua potable contra el agraviado por la asamblea comunitaria, **no constituye delito porque si estaba actuando legítimamente autorizado por la comunidad y sus procedimientos propios para ejecutar este tipo de sanciones, mismas que devienen igualmente legítimas en**

atención al artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El afectado tuvo todo el tiempo para defenderse con los mecanismos propios del derecho Indígena ante las autoridades comunales. “¹⁹⁴ [Lo resaltado es propio]

*“ ... La magistrada Rita Marina García Ajquijay (vocal de la sala quinta de apelaciones del ramo penal con sede en Quetzaltenango) emitió voto razonado disidente y consideró que la sentencia emitida por el juez unipersonal de sentencia carece de sustento jurídico, para lo cual emitió los siguientes argumentos: a) Los argumentos relativos a que, el señor José Gutiérrez Barreno se le siguió proceso con vulneración de sus derechos de defensa ... carecen de fundamento fáctico y jurídico, **porque la dinámica del derecho Indígena no es la misma de los procedimientos de juzgamientos en los casos concretos.** En ese sentido agregó que sí se realizó un llamado verbal a toda la comunidad, a la cual el señor Gutiérrez Barreno no quiso asistir, y que dicha convocatoria quedó probada en el juicio con las declaraciones de descargo a las que el sentenciador les otorgó valor probatorio, por lo que el sancionado si tuvo conocimiento por la forma propia de convocatoria en su comunidad como fue la comunicación oral de convocatoria para la realización de la asamblea en el día, lugar y hora que consta en el expediente; b) Que el sancionado tuvo la oportunidad durante el lapso de nueve meses de hacer efectiva la sanción principal consistente en el pago de la multa de cinco mil quetzales. **Además, que la sanción impuesta no derivó del alcalde comunitario sino de la asamblea comunitaria, y que aquel únicamente la materializó como miembro de la asamblea.** En tal virtud, el derecho oficial cayó en yerro por no haber individualizado correctamente al sujeto activo de la acción, y la decisión de someter a proceso penal un asunto decidido en el Derecho Indígena vulneró el artículo 66 Constitucional... “¹⁹⁵ [Lo resaltado es propio]*

“... Ahora bien, en lo que respecta a la decisión propia de la vida comunal adoptada por la Asamblea respectiva, relativa a cortar el agua del agraviado, se establece que la misma es una facultad del alcalde comunitario, pero desde el prisma del Derecho Consuetudinario maya, que reconoce en dicha persona a una autoridad con capacidad

¹⁹⁴ Sentencia dictada por la corte suprema de justicia dentro del recurso de casación número 01004-2012-01524 con fecha 6 de noviembre de 2012. p. 2.

¹⁹⁵ *Ibíd.* p. 4 y 5.

de ejecutar resoluciones dictadas por la asamblea comunal. **En ese sentido, es un hecho acreditado que se desprende del informe antropológico valorado positivamente por el sentenciador, que, dentro de la forma de organización de dicho grupo objetivo, el alcalde comunitario tiene sus atribuciones conforme a las finalidades de la comunidad, las cuales se encuentran bien delimitadas e incorporan la materialización de las decisiones de la Asamblea comunitaria... Ello implica reconocer la cosmovisión de los pueblos mayas, que confluye en sus formas de organización, usos y costumbres en cada comunidad.** Y al ser el Derecho el pilar de la convivencia en armonía que vive y se desenvuelve en el conjunto de relaciones sociales dentro del contexto que le corresponde, debe reconocerse la legitimidad en la materialización de una disposición sancionatoria impuesta por una comunidad maya, con motivo de un juicio llevado contra el agraviado. Por ello, **Cámara Penal determina que el hecho acreditado al acusado Francisco Rubén Puac Baquiáx no es constitutivo de delito ya que, la interrupción del abastecimiento de agua potable contra el agraviado, no ha sido arbitraria ni violenta, al haberse decidido en el marco de un procedimiento indígena donde el agraviado tuvo la oportunidad de pronunciarse, y la decisión fue ejecutada por un líder comunitario legítimamente autorizado...** Por lo anterior, es jurídicamente incorrecto condenar a una autoridad indígena, electa en procedimientos propios de la comunidad por dar cumplimiento a decisiones comunales que nos son tiránicas ni ejercidos con fuerza bruta ni crueldad, con el propósito de inducir la inconformidad de la conducta de un miembro de la comunidad a las reglas aceptadas de vida; porque deja sin razón, contenido, materia y sentido al derecho indígena y desprotege los valores constitucionales de derecho a la cultura, la integridad, e impide la promoción de formas de vida y organización indígena... “¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ibíd. p. 17 y 18.

VII. Valoración del peritaje aportado

El peritaje cultural efectivamente fue valorado por el Juez unipersonal de sentencia de Totonicapán, aunque no incidió en el fallo dictado por él, ya que condenó al procesado por el delito de coacción, lo cual motiva la presentación de las impugnaciones de ley.

No ocurre lo mismo ante los magistrados de la cámara penal de la corte suprema de justicia, quienes hacen una valoración expresa del peritaje cultural introducido como prueba y afirman como sustento del fallo, que del informe antropológico valorado positivamente por el juez unipersonal de sentencia en su oportunidad, se determina que dentro de la forma de organización de dicho grupo objetivo, el alcalde comunitario tiene sus atribuciones conforme a las finalidades de la comunidad, las cuales se encuentran bien delimitadas e incorporan la materialización de las decisiones de la asamblea comunitaria, y que ello implica reconocer la cosmovisión de los pueblos mayas, que confluye en sus formas de organización, usos y costumbres en cada comunidad.

VIII. Incidencia del peritaje aportado

El peritaje cultural aportado como medio de prueba en el proceso penal seguido en contra de Francisco Rubén Puac Baquix, por el delito de coacción, incidió favorablemente en el fallo emitido por los magistrados de cámara penal de la corte suprema de justicia al resolver la casación, ya que con argumentos sólidos y coherentes, reconociendo la composición social de la comunidad de Poxlajuj, la dinámica de sus autoridades comunitarias, los procedimientos para resolver conflictos y sus formas de sanción.

Es tal la incidencia del fallo que los magistrados aludidos, **absuelven** al procesado del delito de coacción e indican expresamente que de la decisión propia de la vida comunal adoptada por la asamblea respectiva, relativa a cortar el agua del agraviado, se establece que la misma es una facultad del alcalde comunitario, pero desde el prisma del derecho consuetudinario maya, que reconoce en dicha persona a una autoridad con capacidad de ejecutar resoluciones dictadas por la asamblea comunal, y por ello al

resolver declaran que el hecho acreditado al acusado no es constitutivo de delito ya que, la interrupción del abastecimiento de agua potable contra el agraviado, no ha sido arbitraria ni violenta, al haberse decidido en el marco de un procedimiento indígena donde el agraviado tuvo la oportunidad de pronunciarse, y la decisión fue ejecutada por un líder comunitario legítimamente autorizado.

3.1.6 Análisis y valoración del peritaje cultural aportado como prueba en el proceso identificado con el número: ciento veintiocho guión dos mil trece (128-2013) del Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Salamá, Baja Verapaz

I. Datos del procesado

- | | |
|--------------------------|--------------------------------------|
| a. Nombre del procesado: | Gregorio Cuxum Zetin. |
| b. Edad: | Veintidós años. |
| c. Nacionalidad: | Guatemalteco. |
| d. Estado Civil: | Soltero. |
| e. Originario de: | San Jerónimo, Rabinal, Baja Verapaz. |
| f. Escolaridad: | Analfabeta. |
| g. Ocupación: | Agricultor. |
| h. Origen étnico: | Maya Achí. |
| i. Delito acusado: | Violación. |

II. Hechos contenidos en la plataforma fáctica de la acusación:

La fiscalía del ministerio público del departamento de Baja Verapaz, imputó al acusado Gregorio Cuxum Zetin, el siguiente hecho: “... *Gregorio Cuxum Zetin cuando llegaba a la residencia de la niña **Jeydi Fabiola Bolvito Rojas**, de once años de edad, ubicada en la aldea los limones del municipio de San Jerónimo del departamento de Baja Verapaz a visitar a la familia, logrando ganar la confianza de los señores Estefana*

*Rojas Sumpango y Carlos Bolvito Pérez progenitores de la agraviada y se queda de visita aproximadamente quince días en la residencia de la menor agraviada donde constantemente le indica a la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas, que la quería para su mujer y al obtener el rechazo por parte de la menor agraviada, un día aproximadamente en el período comprendido del quince de agosto al mes de septiembre del año dos mil doce aproximadamente a las dieciocho horas aprovecha que la niña **Jeydi Fabiola Bolvito Rojas** sale sola de su residencia conduciendo una bicicleta en dirección a la tienda con el nombre “ Los Limones” en la comunidad antes indicada y aproximadamente a cincuenta metros de la residencia de la agraviada, usted Gregorio Cuxum Zetin sale en el camino y le indica a la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas que le preste la bicicleta, razón por la cual ella se baja de la bicicleta que conducía, oportunidad que usted Gregorio Cuxum Zetin aprovecha y toma de la cintra a la niña referida, la acaricia, la besa y al escuchar que la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas le indica que la deje ir, usted la amenaza diciéndole que le “ va a zampar dos plomazos en el estómago... y obliga a la niña agraviada a meterse al monte, la desnuda y usted Gregorio Cuxum Zetin se quita el pantalón y abusa sexualmente de la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas de once años de edad, quien en esa oportunidad no indica lo sucedido a sus progenitores por miedo.*

Posteriormente dos días después que abusa sexualmente de la agraviada usted Gregorio Cuxum Zetin regresa nuevamente a la residencia de la niña agraviada, quedándose a dormir en un cuarto contiguo a donde duerme la menor agraviada y Aura Yolanda Tista Rojas hermana de la agraviada, aprovechándose de la situación en horas de la noche abusa sexualmente nuevamente de la menor Jeydi Fabiola Bolvito Rojas, luego de lo sucedido usted engaña a los progenitores de la agraviada, indicando que hicieran tamales para compartir con la familia y llega su progenitora la señora María Natividad Zetin Manuel acompañada de otros familiares y al momento de estar cenando les indica que los tamales son para la despedida de la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas, para que sea su mujer, a lo cual los progenitores de la menor aceptan solamente que tengan una relación de noviazgo, pero usted abusando de la confianza de los progenitores de la agraviada sigue abusando sexualmente y la lleva en dos ocasiones a

visitar a su progenitora María Natividad Zetin Manuel, en la aldea el Cacao del municipio de San Jerónimo, del departamento de Baja Verapaz.

En virtud de que la niña Jeydi Fabiola Bolvito Rojas, cuenta la violación sexual de la cual es víctima a su hermana Aura Yolanda Tista Rojas, los progenitores de la agraviada le exigen al procesado que no regrese a su residencia y usted Gregorio Cuxum Zetin interpone el veintiuno de noviembre del año dos mil trece una denuncia ante la policía nacional civil del municipio de San Jerónimo, Baja Verapaz. “¹⁹⁷

III. Justificación de la utilización del peritaje cultural como prueba en el caso concreto

La defensa técnica del señor Gregorio Cuxum Zetin al diseñar su teoría del caso, estimó necesario la práctica del peritaje cultural dado que, al entrevistarse con el procesado este le manifestó que toda la acusación era falsa, y que él se había casado con la agraviada, conforme a la cultura maya achí y que incluso un día antes de que los papás de la supuesta agraviada lo denunciaran por la supuesta violación, el denunció la ausencia de su esposa.

El abogado defensor público Otto Bailón refiere que solicitó la práctica del peritaje cultural, con la finalidad de evidenciar al Juez unipersonal de sentencia de Alta Verapaz, que los hechos contenidos en la acusación no se podrían acreditar, en virtud de que no existía ningún delito, ya que los padres de la menor supuestamente agraviada efectuaron una acusación distorsionada y alejada de los hechos que acontecieron en la realidad, y que además si se celebró el matrimonio maya achí de la menor con el procesado y todo ello fue consensuado con los padres de ella, tal como es culturalmente aceptado en el lugar, y como consecuencia de ello debería absolverse al procesado al dictarse sentencia.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Sentencia proferida por el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Baja Verapaz. Con fecha 26 de febrero de 2014, dentro del Proceso, 128-2013. p. 2 y 3.

¹⁹⁸ Bailón, Otto, Defensor Público de la sede de Salamá, Baja Verapaz. Fecha de la entrevista: 7 de noviembre 2014.

IV. Contenido del dictamen pericial

El peritaje cultural ofrecido, aceptado y valorado como prueba en el proceso penal aludido, fue elaborado por la antropóloga Lina Eugenia Barrios Escobar, colegiada en Humanidades número dos mil trescientos setenta y tres, en el mes de enero del año dos mil catorce. En el documento antropológico se establecieron las diferentes formas de contraer matrimonio en la cultura Maya-Achí de Baja Verapaz, aportando elementos científicos desde varias ciencias, la antropología, la etnología, la historia y la lingüística.

El peritaje cultural realizado, analizó el caso específico del matrimonio maya de “ Jeydi Fabiola Bolvito Rojas y Gregorio Cuxum Zetin, el cual se llevó a cabo en San Jerónimo, Baja Verapaz, por las autoridades indígenas el **Ajtz! onoj** (pedidor) y **Kojixel** (esposa del pedidor)¹⁹⁹. “

a. Matrimonio en diferentes culturas

Hay 9,000 culturas en el mundo y en cada una las reglas del matrimonio son diferentes y por ello las características cambian, y pueden ser alguna de las siguientes²⁰⁰.

- La edad de casarse, tanto del novio como de la novia.
- Qué familia pide al novio o a la novia.
- Puede ser un casamiento monógamo o polígamo.
- El lugar de residencia del matrimonio, matriarcal, patriarcal o neo local.
- Quien de los contrayentes aportará alimento a la nueva familia.
- La entrega de la dote (sea por el novio o por la novia).
- El orden de los apellidos de los hijos (primero madre y luego padre o viceversa).
- Quienes (hijos o hijas) heredaran los bienes aportados en el matrimonio.

Evidentemente cada cultura tiene sus propias reglas en relación al matrimonio y es por eso, que las situaciones que se susciten en torno a esta institución, deben juzgarse desde esa cultura y no cualquiera otra.

¹⁹⁹ Barrios Escobar Lina Eugenia, Peritaje cultural, el matrimonio maya achí y el matrimonio de Jeydi Fabiola Bolvito Rojas y Gregorio Cuxum Zetin. Dictamen pericial expuesto y ratificado en proceso 128-2013 Tribunal unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de baja Verapaz. p. 1.

²⁰⁰ *Ibíd.* p. 4.

b. Los maya achí y el matrimonio

Lina Barrios refiere que durante la colonia se funda el ingenio San Jerónimo y las tierras son utilizadas para siembra de caña y crianza de ganado, trasladando personas afro descendientes como mano de obra. Es a partir del siglo XIX, que salen pobladores achí de Cubulco, Rabinal, San Miguel Chicaj y Salamá a vivir a San Jerónimo, se asientan en la orilla de la carretera baja de la cumbre de Santa Elena a San Jerónimo. Las comunidades donde se asentaron estos pobladores achí son El Cacao, el Naranjo, los Jocotes, el Astillero²⁰¹.

La edad para contraer matrimonio entre los maya achí es variable, depende de cada pueblo.

La licenciada Barrios indica en el documento que contiene el peritaje cultural, que la jefatura del área de salud de Baja Verapaz, confirmó que las primigestas o mujeres de primer parto pertenecientes a la población maya achí se encontraban en el rango de los trece años, lo cual indica que se casaron a los doce años. Los dieciocho años es una edad considerada como la mayoría de edad entre los ladinos y mestizos y así está plasmado en el código civil, sin embargo, la realidad de las comunidades que pertenecen a la cultura maya es otra, en la mayoría de áreas rurales achí, a una joven de veinte años que no se ha casado, se afirma que “*ya la dejó el tren*”, es decir, es considerada como solterona por la población²⁰².

Lo anterior se debe a que, en la cultura maya, no existe la etapa de la adolescencia, se marca la niñez y la juventud, al traspasar de la niñez a la juventud, culturalmente ya es permitido el matrimonio²⁰³.

c. El ceremonial maya achí de casamiento

En el caso de la cultura maya este ceremonial es milenario, aparece registrado en el Popol Wuj, en el cual se *menciona “y allí comenzaron los banquetes, las bebidas por sus hijas, cuando las pedían en matrimonio “. De esta manera agradecemos y damos*

²⁰¹ *Ibíd.* p. 7.

²⁰² *Ibíd.* p. 8.

²⁰³ *Ibíd.* p. 8.

gracias por la señal, por nuestra descendencia, esta es muestra de consentimiento para que sean esposas y sean esposos. “²⁰⁴

En el pueblo maya achí existen cinco procedimientos para casarse:

B’oqoj: Esta forma de casamiento es bastante larga, dura alrededor de un año y siete meses. Durante ese lapso de tiempo se efectúan siete ceremoniales, está modelado para los casos en que la familia de la mujer contrayente goza de **prestigio social**.

Tz ono: Al igual que el anterior dura un año y siete meses el ritual y esta delineado para los casos en que la familia de la mujer es **respetada** en la comunidad.

Kojoj ya: Es una versión corta de casarse. Todo el ceremonial se reduce a un solo día y se debe a que la familia de la novia es de escasos recursos económicos y tienen poco prestigio en la comunidad.

Xanimajb: En la segunda o tercera pedida de la novia, resulta que el novio no es del agrado de los padres, pero la novia si quiere casarse con él y se lo informa a sus padres. En este caso los contrayentes se van de la aldea o del municipio por dos o tres meses, esperando que la ira de los padres de la novia desaparezca, la pareja regresa a casa de los padres de la novia y piden perdón, y posteriormente se realiza el matrimonio²⁰⁵.

Releq ajb i o Elanik: No hay ningún tipo de pedida, la pareja se pone de acuerdo para irse juntos, el joven avisa a sus papas que ya se **robó** a la señorita y ellos posteriormente van a informar a los papas de la señorita de esa situación²⁰⁶.

²⁰⁴ Ibíd. p. 11.

²⁰⁵ Ibíd. p. 20.

²⁰⁶ Ibíd. p. 21.

d. Características del matrimonio de Jeydi Fabiola Bolvito Rojas y Gregorio Cuxum Zetin

El matrimonio de Jeydi Fabiola Bolvito Rojas y Gregorio Cuxum Zetin se da en la forma conocida entre el pueblo maya achí como **Kojoj ya**, en atención a las siguientes características²⁰⁷.

- a. El señor Gregorio Cuxum Zetin fue a solicitar a Jeydi para su esposa;
- b. El ceremonial de pedida y casamiento duró un día;
- c. La ropa que le compraron a Jeydi, implicaba proposición de matrimonio;
- d. La familia de Jeydi invitó ese día a José María Rodríguez, Ajtz **onoj** (autoridad designada en la cultura achí para celebrar matrimonios) para que estuviera presente y realizara una ceremonia;
- e. La esposa de José María Rodríguez (ajtz onoj), estuvo presente dando consejos (pixab) de matrimonio a la pareja;

f. Conclusiones del Peritaje cultural

- *“La edad de casamiento entre los achí es muy temprana, normalmente las mujeres a los trece años tienen su primer hijo;*
- *La cultura maya no marca la etapa de adolescencia, de la niñez se pasa a la juventud, la cual empieza a los catorce años;*
- *Las personas que realizan los casamientos son ancianos que conocen los rezos y consejos sobre el matrimonio y se les denomina como Ajtz **onoj**;*
- *El matrimonio de Jeydi Fabiola Bolvito Rojas y Gregorio Cuxum Zetin aconteció en la forma denominada Kojoj Ya, porque ambas familias tienen recursos económicos limitados;*
- *Un domingo de agosto del año dos mil doce, los padres de Jeydi la entregan a Gregorio para que se la lleve a su casa como su esposa;*
- *El veinte de noviembre del dos mil doce, Jeydi es enviada a la capital por su madre, para evitar que esté con Gregorio;*

²⁰⁷ Ibíd. p. 23.

- *El día veintidós de noviembre del año dos mil doce, los padres de Jeydi denuncian a Gregorio por violación a su menor hija y derivado de ello, el veintiuno de junio del dos mil trece, Gregorio es encarcelado.”*²⁰⁸

V. Valoración e incidencia del peritaje cultural en la resolución final:

Para efectuar la valoración e incidencia que el peritaje cultural causó sobre la resolución final en el presente caso, elaboramos el análisis sobre la sentencia dictada con fecha veintiséis de febrero del dos mil catorce, por el Juez unipersonal de sentencia penal del tribunal del departamento de Baja Verapaz, citando literalmente algunos pasajes de la misma.

*“Tres) Dictamen pericial cultural elaborado por la licenciada en antropología Lina Eugenia Barrios Escobar. ... **VALORACION:** El estudio del documento que contiene el peritaje cultural al cual se hace referencia en este apartado, permite establecer que la investigación practicada reúne todos los requisitos de un estudio riguroso de la realidad cultural de la región de Baja Verapaz, particularmente en lo que concierne a la constitución temprana de las familias en el área rural y a los rituales establecidos en cada región para ese fin. No obstante, con pleno conocimiento que el respeto a los derechos culturales tiene por límite que en su observación no se vulneren derechos humanos, particularmente de grupos específicos de la población como los menores de edad, por si solas, las conclusiones del peritaje cultural que se analiza no pueden estimarse, bajo ningún punto de vista, como causa de eximente de responsabilidad penal, por el hecho de que la investigación haya concluido que, en el mes de agosto de dos mil doce, tuvo lugar una celebración con características de ceremonia de matrimonio maya o indígena... La veracidad sobre la realización de esta ceremonia con características de matrimonio maya-achí, únicamente puede ser estimada para confirmar la versión del sindicado en cuanto a que tuvo autorización de los padres de la citada menor para llevarla con él, con el propósito de que vivieran juntos y no que la hubiera llevado en forma forzada... **constituye un dato indiciario sobre que los hechos de la acusación no ocurrieron realmente, más bien se presentan como***

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 24.

una estrategia utilizada por los progenitores de Jeydi Fabiola para deslindarse de responsabilidad... En los extremos considerados en este apartado, al peritaje cultural y a la declaración de la antropóloga Lina Eugenia Barrios Escobar **se les otorga valor probatorio.** “²⁰⁹

Al analizar la prueba documental, el Juez unipersonal de sentencia aludido indicó:

“Quedó debidamente acreditado –por la propia declaración de la menor, de su hermana, de su mamá y del propio procesado, **además de la prueba pericial antropológica-** que en la residencia del denunciante tuvo lugar una celebración o “pedida” un día antes de que el sindicado y la citada menor se fueran a vivir juntos a la aldea el cacao, del municipio de San Jerónimo...”²¹⁰

“... VII) DEL ERROR DE PROHIBICION Y DEL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO DEL ACUSADO. ... es necesario dejar consignado que las complejidades jurídicas derivadas del presente juicio pusieron de manifiesto que la conducta del procesado en cuanto a la convivencia que sostuvo con la menor Jeydi Fabiola Bolvito Rojas **estuvo condicionada por error tanto sobre el tipo como por sus circunstancias culturales, es decir que se advirtió que actuó como lo hizo en la creencia de estar haciendo lo correcto....** Se deduce, que, en su dimensión cultural, el acusado consideró que estaba actuando correctamente... Al considerar todas estas cuestiones –**las circunstancias personales y las circunstancias culturales-** se evidencia que el sindicado actuó no solo con error sobre el tipo penal, sino bajo error culturalmente condicionado porque no tenía conocimiento pleno de que su actuar, al llevar a la menor Jeydi Fabiola a vivir con él, era una **circunstancia que atentaba contra el orden jurídico.** ...Todo esto se enmarca dentro de las prácticas culturales propias de los grupos indígenas cuando se celebra un compromiso como el que ahora es motivo de análisis. Debe reiterarse en este punto que la realidad de la ceremonia antes relacionada no sea causa de eximente del acusado. Lo que se afirma es que, por su particular condición cultural, se deriva que, en

²⁰⁹ Sentencia de fecha 26 de febrero de 2014, dictada por el Juez unipersonal de sentencia del Tribunal de sentencia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Baja Verapaz. p. 31 y 32.

²¹⁰ *Ibíd.* p. 33.

su moralidad, el sindicato consideró haber estado actuando correctamente al llevar a vivir con él a una persona que resultó ser una niña de doce años de edad.... “ ²¹¹ [Lo resaltado es propio]

VI. Valoración del peritaje cultural

El peritaje cultural fue valorado por el juez unipersonal de sentencia, tal como se afirma en la resolución, indicando que dicha investigación antropológica además de llenar todos los requisitos de un estudio, permitió establecer la realidad cultural de la región de Baja Verapaz, particularmente en lo que concierne a la constitución temprana de las familias en el área rural y a los rituales establecidos en cada región para ese fin, y constituyó un dato indiciario que concatenado con otros medios de prueba (declaraciones testimoniales, fotografías y peritaje psicológico), permitió establecer que los hechos de la acusación no ocurrieron realmente.

VII. Incidencia del peritaje cultural

El peritaje cultural aportado como prueba en el proceso penal referido incidió en la sentencia absolutoria dictada a favor del procesado, ya que el juez al efectuar el análisis respecto a la acreditación de los hechos concretos contenidos en la acusación, lo utiliza concatenado con la declaraciones de: la menor edad señalada como víctima, de la madre de ésta, los testigos que estuvieron en la celebración ocurrida en la casa de habitación de la agraviada y con el peritaje psicológico aportado en el juicio.

El peritaje cultural permitió al juzgador comprender el contexto cultural del procesado, que fue condicionante esencial en el hecho que se le atribuyó. Al comprender la forma de pensar, su forma de vida, sus costumbres y sus creencias, pudo resolver el caso atendiendo a la pertinencia cultural del lugar donde ocurrieron los hechos (distorsionados en la acusación) y con ello resolvió equitativamente.

²¹¹ *Ibíd.* p. 46, 47,48 y 49.

CAPÍTULO IV

4.1 Presentación, análisis y discusión de resultados

En el desarrollo de la presente investigación se logró determinar que los avances en materia de litigio con pertinencia cultural logrados en Guatemala a la presente fecha, representan únicamente la primera fase en la incipiente utilización de un medio de prueba relevante como lo es el peritaje cultural.

Es evidente que el peritaje cultural, como medio de prueba en Guatemala es utilizado, aunque muy poco, en el litigio de casos penales, especialmente en aquellos en los cuales el sindicado o sindicada es persona originaria de pueblos indígenas. Todo ello con una lógica puntual, que tiene su razón de ser por la característica multicultural, plurilingüe y multiétnica de nuestro país.

El reconocimiento del peritaje cultural como medio de prueba, se logró visibilizar en los siete fallos judiciales analizados en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación; en su presentación e incorporación como medio de prueba en el juicio penal respectivo, el juzgador lo analizó y lo refirió en el fallo mismo, aunque en la resolución de fondo, salvo excepciones, no se valorara conforme a las reglas de la sana crítica razonada y por ende no logró matizarse su importancia en la determinación de la responsabilidad del procesado.

En cuanto al tema de la prueba en el proceso penal guatemalteco, cabe destacar que el legislador con excelente criterio contempló en los artículos ciento ochenta y uno (181) y ciento ochenta y dos (182) del Código procesal penal, que además del ministerio público, los tribunales (refiriéndose a los Jueces) tienen el deber de procurar por sí, la averiguación de la verdad, mediante los medios de prueba permitidos y que los hechos y circunstancias de interés dentro del proceso se pueden probar por cualquier medio de prueba permitido. En ese sentido la utilización del peritaje cultural y la deposición del perito cultural ante los órganos jurisdiccionales, no confrontaron ningún problema,

aunque como ya se expuso, el contenido del mismo y las aclaraciones del perito respectivo no fueron tomadas en cuenta o por lo menos no fueron relevantes en el fallo final en la mayoría de las resoluciones.

El principio de libertad probatoria, permite a las partes procesales utilizar el peritaje cultural como prueba, que, no siendo prohibida ni manifiestamente impertinente, convierte la investigación y el proceso penal, en una actividad creativa dirigida a superar el estado de incertidumbre para descubrir la verdad, en observancia a los principios de legalidad y objetividad que son característicos del proceso penal guatemalteco.

En los fallos judiciales analizados en el presente trabajo de investigación, resalta que en el sector justicia penal, desde la investigación que realiza el ministerio público hasta las sentencias que emiten los diferentes jueces, se refleja la resistencia a valorar el peritaje cultural como la prueba, que muestra y evidencia verdades históricas diferentes a la perspectiva del órgano persecutor y con ello lo que se promueve, es el desconocimiento de la facultad resolutoria de las autoridades indígenas reconocidas ancestralmente, además matiza la percepción de jueces del sistema de justicia penal oficial, que ignoran, no por desconocimiento, sino por rechazo, dicha forma de resolución de conflictos.

Haciendo un breve recorrido a través de los anteriores tres capítulos, puede apuntarse dentro de los resultados más importantes para ser sometidos a discusión, primero: la importancia de que los operadores de justicia se impongan y sensibilicen en el conocimiento del peritaje cultural y por ende del litigio penal con pertinencia cultural, pues en algunos casos se hace necesario conocer los factores antropológicos que pudieron incidir en una persona para ejecutar actos contrarios a la ley, por ello se considera que el peritaje cultural es útil para que el juez a cargo del proceso tenga una visión completa del contexto sociocultural donde se suscitó el hecho.

En segundo lugar, resalta que las autoridades indígenas ancestrales legítimamente reconocidas en nuestro país, resuelven cotidianamente una serie de conflictos y alguno de estos a pesar de estar solucionados se judicializan, propiciando con ello, el desconocimiento e irrespeto al sistema jurídico indígena.

Un claro ejemplo de esta realidad, lo constituye el fallo dictado por la Corte suprema de justicia dentro del recurso de casación número 01004-2012, en relación a la sentencia condenatoria que declaró el Tribunal de sentencia penal de Totonicapán en contra del señor Francisco Rubén Puac Baquix. En esa oportunidad la corte suprema de justicia declaró: “... *procedente el recurso de casación por motivo de fondo cuando, el acusado denuncia la ilegalidad de habersele condenado por coacción, **al haber ejecutado, en su calidad de autoridad indígena, una decisión emitida contra el agraviado en la asamblea comunitaria, si del análisis del caso concreto se establece que dicha condenatoria en sede penal contra él acusado se hizo con total incomprensión de la dinámica del derecho indígena y de sus formas propias de resolución de conflictos.*** “

Es importante resaltar que en la investigación realizada, se comprobó que el peritaje cultural como instrumento antropológico, muestra varias realidades en relación a los hechos discutidos penalmente, una de ellas la que ya se indicó, cuando la autoridad indígena resuelve el conflicto y sanciona conforme a sus reglas, pero además, quedó probado que algunas de las acciones consideradas delictivas, finalmente a través del peritaje cultural incorporado como medio de prueba, son entendidas en el contexto sociocultural de las comunidades indígenas y por ende no constituyen delitos.

La ultima realidad que se evidenció en el presente trabajo de investigación es que, en los fallos analizados, algunos de los juzgadores y fiscales del ministerio público, no visualizaron al sindicado en su entorno y tampoco lograron percibir las circunstancias culturales, históricas o familiares que pudieron incidir en la comisión de un hecho considerado como delictivo, faltando a la objetividad al investigar y al dictar sentencias.

La pertinencia cultural, debe ser abordada desde los puntos de vista histórico y cultural, pues en ese sentido resultan indivisibles para comprender la situación de la persona sindicada en un momento determinado, por ello el peritaje cultural cobra especial relevancia; al admitirlo y desarrollarlo como prueba, permite al juzgador tener un panorama amplio del contexto en que ocurrieron los hechos, lo que permitirá observar a detalle la realidad cultural, social, histórica, familiar y de comportamiento, y con ello al aplicar las reglas de la sana crítica razonada establecerá juicios de valor diferentes a los presentados por el Ministerio público.

El derecho probatorio, es una rama del derecho que, por lo general, en las diferentes universidades del país, se ha estudiado en forma paralela a las otras. Sin embargo, es crucial en el caso del derecho penal hacer énfasis en la importancia del derecho probatorio, es de vital importancia que los litigantes se mantengan a la vanguardia en materia probatoria, documental, testimonial y científica y sobre todo que se impulse la utilización de medios probatorios innovadores como lo es el peritaje antropológico o cultural, que se ha utilizado en materia de derecho indígena y de teoría de género; debe impulsarse el estudio de la actividad probatoria desde los puntos de vista doctrinario y legal, para conocer los principios que la fundamentan y sobre todo recordar el principio de libertad probatoria, que es el que abre la puerta a la aplicación de nuevas técnicas, en aras del fin del proceso penal que es la averiguación de la verdad.

En el capítulo primero se analizó sobre los antecedentes históricos del peritaje cultural, logrando establecer desde cuando dicho medio de prueba fue utilizado en nuestro país, además, se abordó la definición, naturaleza jurídica, características y contenido del mismo. En este mismo capítulo se estudió brevemente la diversidad cultural referida a los antecedentes históricos del derecho indígena, el pluralismo jurídico y el abordaje de distintos instrumentos internacionales que resguardan y protegen los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El estudio permitió determinar la importancia que reviste el peritaje cultural como medio de prueba en la república de Guatemala, a pesar de la insensibilidad sobre el tema de la pertinencia cultural de algunos jueces y fiscales.

En concordancia con la legislación adjetiva penal, se analizaron en el capítulo dos del presente trabajo de investigación, las características de la prueba en el proceso penal guatemalteco, particularmente el procedimiento y desarrollo de la prueba pericial y valoración de la misma. Dicho análisis permitió establecer que el peritaje cultural, es un medio de prueba permitido y que su incorporación como prueba depende de que el mismo se refiera al objeto de la averiguación en el proceso, y que sea útil para el descubrimiento de la verdad, y, por último, que no sea abundante en relación con otros medios de prueba.

En referencia a la incorporación del peritaje cultural y deposición del perito cultural en el juicio oral respectivo, se pudo determinar que su forma de incorporación es a través de la declaración del perito designado y ofrecido con las formalidades de ley y es un medio de prueba perfectamente legal, que debe reunir las características de toda prueba pericial, tal como lo establece el Código procesal penal, en atención al principio de libertad probatoria.

Del análisis de casos reales abordado en el capítulo tres, se obtiene como resultado los criterios de cómo y cuándo puede ser utilizado el peritaje cultural como medio de prueba, se desglosan en cada uno de sus componentes los peritajes reales analizados, para hacer los apuntes respecto a su contenido y la estructura esencial que contienen.

El principal resultado de la presente investigación, es que se revela la importancia de la utilización del peritaje cultural dentro de las estrategias de litigio, en los casos en que el litigante considere que es aplicable la pertinencia cultural, derivado de la entrevista con su cliente o patrocinado, además, se establece cómo en forma legal y técnica puede ser incorporada la pertinencia cultural a través del peritaje

como medio probatorio y la forma idónea de cómo el mismo debe ser ofrecido e incorporado al proceso penal.

El análisis sobre la valoración e incidencia de peritajes culturales en casos concretos, requiere de un procedimiento sistemático para obtener información de una actuación observable y para ese fin se utilizaron cuadros de cotejo que permitieron a partir de variables establecidas, determinar si en los fallos analizados se cumplió con lo establecido en la Constitución política de la república de Guatemala, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Código procesal penal y otras leyes e instrumentos internacionales que son de observancia obligatoria para los jueces a cargo de los procesos.

El primer cuadro de cotejo se construyó y diseñó, con el objetivo de establecer si al dictarse el fallo judicial, los jueces o Tribunales colegiados respectivos observaron el cumplimiento de las reglas de sana crítica razonada y como consecuencia de ello, valoraron el peritaje cultural y la deposición del perito cultural en el caso concreto, asimismo tratar de establecer si el peritaje cultural incidió en la resolución del juez, o evidenció que el hecho ya estaba juzgado en la comunidad donde ocurrió, y por último, si la prueba del peritaje cultural permitió establecer que la acción punible del procesado no era considerada como delito en el contexto sociocultural donde ocurrió.

El segundo y tercer cuadro de cotejo se construyeron, con el objetivo de establecer si al momento de resolver, se respetaron los principios de tutela judicial efectiva, de cosa juzgada y non bis in ídem, presunción de inocencia, derecho a la justicia en el propio idioma, y si tratándose de sindicatos pertenecientes a pueblos indígenas se observaron y respetaron los artículos 66 de la Constitución Política de Guatemala y 8) inciso c) de la Convención americana de derechos humanos.

4.2 Análisis del cuadro de cotejo número uno, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación

4.2.1 Fallo judicial número uno

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número **uno** del cuadro de cotejo uno, se puede indicar, que en efecto el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, **expresamente valoró el peritaje cultural** aportado al proceso por la defensa técnica del procesado señor Eulalio Ixcoy Ajanel, y que dicha valoración **se llevó a cabo conforme a las reglas de la sana crítica razonada**, indicando el Tribunal en el fallo respectivo que otorgaba valor probatorio al mismo, porque les permitió establecer que al imponerse la sanción al agraviado señor Guadalupe Sanic Torres por parte de los miembros del COEDUCA de Pachaguacan, no tenían claro que con su actitud pudieran estar cometiendo un delito de los contenidos en el derecho oficial.

El Tribunal de sentencia de Totonicapán, utilizando las reglas de la sana crítica razonada hace **un análisis coherente respecto a la culpabilidad, indicando en el fallo, que para que exista culpabilidad es necesario la concurrencia del elemento denominado conocimiento de la antijuricidad de los actos por parte del autor,** e indican que en el caso sometido a su juzgamiento, el procesado actuó pensando que ejecutaba una orden legal recibida de la Asamblea General que había dispuesto expulsar al señor Guadalupe Sanic Torres como miembro del COEDUCA y como consecuencia expulsar a las niñas.

El peritaje cultural **evidenció que el hecho** acusado al señor Eulalio Ixcoy Ajanel, no era considerado como delito en el cantón Pachaguacan, Departamento de Totonicapán, y así lo indica el Tribunal al referir que la orden de expulsar a las niñas de la escuela, estaba revestida de apariencia legal, porque devenía de la Asamblea General del COEDUCA con la intención de mantener la cooperación de los miembros del mismo, para asegurar, mantener y mejorar el servicio de educación en la comunidad, por lo que

existió un elemento subjetivo consistente en que el acusado actuó con la creencia de cumplir una orden lícita y por ende no delictiva en el contexto sociocultural donde ocurrió.

El peritaje cultural aportado en el proceso seguido en contra del señor Eulalio Ixcoy Ajanel, en efecto **incidió favorablemente** en la resolución final vertida por el Tribunal de sentencia de Totonicapán, ya que en el fallo se indica que el dictamen (peritaje cultural) y la declaración del perito Guísela Mayen, permiten al Tribunal establecer que el acusado y los miembros del COEDUCA, no tenían claro que con su actitud cometían ilícitos.

Fue tal la incidencia del peritaje cultural, que se reflejó en la sentencia que absolvió al procesado, ya que el Tribunal además consideró que en su actuar concurrió obediencia debida, derivado de que en su creencia sociocultural las resoluciones o instrucciones de la Asamblea General comunitaria se obedecen, por ello nunca advirtió la ilegalidad de esa orden y la ejecutó.

4.2.2 Fallo judicial número dos

El análisis en relación al fallo judicial referido con el número **dos** del cuadro de cotejo número uno, evidencia que el Juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de El Quiché tácitamente **valoró el peritaje cultural** aportado al proceso por la defensa técnica del procesado señor Manuel Canil Tzoc, ya que en la resolución del sobreseimiento aludió en forma somera la coordinación que existió entre las autoridades de la Alcaldía Indígena de Chichicastenango y el Instituto nacional de bosques en relación a los permisos para el corte de árboles de uso familiar.

Hay que resaltar que la valoración tácita del peritaje cultural en la resolución del sobreseimiento dictado por el juez, no observa las reglas de la sana crítica razonada por no tratarse de una sentencia, pero tratándose de un auto que resuelve el proceso,

tampoco cumple con los requisitos del artículo once bis (11bis) del Código procesal penal en relación a la clara y precisa fundamentación de la decisión.

El peritaje cultural evidenció, que el **hecho** acusado al señor Manuel Canil Tzoc, por tratarse de una actividad reglada entre la Municipalidad Indígena de Chichicastenango y el Instituto nacional de bosques, no podía considerarse como delito, ya que la tala de árboles para consumo familiar es una práctica aceptada en Chichicastenango y por ello dicta el sobreseimiento de ley.

El peritaje cultural aportado en el proceso seguido en contra del señor Manuel Canil Tzoc, **incidió favorablemente** en la resolución final vertida por el Juez de primera instancia penal de Santa Cruz, El Quiché, ya que en el fallo que contiene el sobreseimiento lo relaciona en referencia a la autoridad indígena que ejercía en esa oportunidad el señor Tomas Calvo Mateo, quien como Principal de la Municipalidad Indígena de Chichicastenango extendía los permisos para la tala de árboles para consumo familiar.

El Peritaje cultural aportado en el proceso aludido no mostró al juzgador, que el hecho imputado al procesado hubiere sido resuelto y juzgado con anterioridad en la comunidad conforme a las normas del derecho indígena, evidentemente porque se trata de una práctica permitida conforme a las reglas de convivencia cultural en ese lugar.

4.2.3 Fallo judicial número tres

Del análisis en relación al fallo judicial referido con el número **tres** del cuadro de cotejo número uno, se desprende que los Jueces del tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango, otorgaron valor probatorio al peritaje cultural aportado por la defensa de los acusados Romualdo Ovispo Hernández Lex, Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey.

En la valoración de este medio de prueba, **se observaron las reglas de la sana crítica razonada**, dado que el Tribunal efectuó un análisis del medio de prueba, de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común; además concatenó el contenido del peritaje cultural con otros medios de prueba.

Conforme la sentencia, **el peritaje evidenció** únicamente lo relativo al fenómeno de la brujería, indicando que igualmente dicha creencia (brujería) ocurría en todas las sociedades y no solo en la cultura Maya.

Con ello, el peritaje **incidió favorablemente en la resolución final**, no para obtener una sentencia absolutoria, ya que los Jueces del tribunal de sentencia admiten que la brujería (cuya creencia fue probada a través del peritaje cultural) no desvirtuó su responsabilidad penal, pero constituyó un elemento fundamental en el actuar de los acusados. En la sentencia se manifiesta que la creencia y temor de los efectos de la brujería, principalmente en el procesado Romualdo Ovispo Hernández Lex, no era razón suficiente para justificar el acometimiento contra la vida de tres personas y las lesiones graves causadas a la otra víctima, sin embargo el temor a la brujería, puede considerarse como un elemento en su favor, pues es evidente que ellos actuaron obcecados al verse influenciados y amenazados de la creencia de que eran objeto de daño a través de actos de brujería por parte de una de las víctimas fallecidas. Así, la incidencia del peritaje se reflejó en la gradación de las penas dictadas en contra de los procesados Romualdo Ovispo Hernández Lex y Santos Hernández Camey, ya que, estos fueron condenados a las penas mínimas que contienen los delitos de asesinato y lesiones graves, atendiendo a las circunstancias del móvil del delito, es decir, el temor y la influencia de la brujería que afirmaron se encontraban padeciendo por parte de una de las fallecidas.

4.2.4 Fallo judicial número cuatro

En relación al fallo judicial referido con el número **cuatro** del cuadro de cotejo número uno, no procede el análisis de la valoración del peritaje como medio de prueba, ya que

el caso no finalizó mediante sentencia, sino a través de un auto emitido por el Juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del Departamento de Jalapa, que otorgó criterio de oportunidad.

El peritaje evidenció que la elaboración y transporte de licor (cusha) y su consumo, forma parte de las costumbres del pueblo Maya Poqomam y que eso no se considera delito dentro de esa cultura, asimismo que se desconoce que ese acto constituya delito en otro contexto.

El peritaje incidió favorablemente en la resolución final, ya que, con base en este medio de investigación, refirió el juzgador que siendo el sindicado vecino de San Carlos Alzatate, Jutiapa, donde predomina la población Maya Poqomam, es creíble que transportara el licor, pero no con fines clandestinos, solo lo trasladaba sin ánimo de cometer delito, como parte de las actividades rutinarias del Pueblo Maya Poqomam asentado en ese lugar. Esta situación aunada a que el sindicado no contaba con antecedentes penales, ni le había sido otorgado el beneficio del criterio de oportunidad con anterioridad, permitió que se le concediera el beneficio referido.

4.2.5 Fallo judicial número cinco

En relación al fallo judicial referido con el número **cinco** del cuadro de cotejo número uno, no procede el análisis de la valoración del peritaje como medio de prueba, ya que el caso no finalizó mediante sentencia, sino a través de un auto que otorgó criterio de oportunidad emitido por el Juez unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal.

El peritaje evidenció que el sindicado ya había sido sancionado por su comunidad por el hecho por el cual estaba siendo procesado y que ya estaba cumpliendo con esa sanción.

El peritaje incidió en la resolución final de manera favorable. Si bien, el procedimiento de desjudicialización utilizado en este caso, requería como condición elemental el acuerdo de la víctima para otorgar el beneficio al señor Víctor Pop Ché, este fue manifestado expresamente por la víctima, agregando que el señor Víctor Pop Ché se encontraba cumpliendo con la sanción que le fue impuesta en su comunidad y solicitó al juez que le concediera el criterio de oportunidad, ya que el señor Víctor Pop Ché no contaba con recursos económicos, pero con su trabajo y el aporte que mensualmente le brindaba a ella y su familia, podían contar con un ingreso económico que se vería interrumpido si continuaba el caso en el Tribunal.

Si bien, **no se produjo un reconocimiento de que otra autoridad ya había conocido y resuelto el caso, por lo que el proceso penal no debía continuar, tal como lo pretendía el abogado defensor, se cumplió con el objetivo del que por medio del peritaje se ilustró al juez sobre la identidad de Víctor Pop Ché, sus costumbres, la organización de su comunidad y la sanción que le fue impuesta por la muerte del señor Juan Pop Chub, otorgándole la certeza de brindar el beneficio al procesado con el conocimiento de que la víctima estaba siendo resarcida.**

4.2.6 Fallo judicial número seis

En relación al fallo judicial referido con el número **seis** del cuadro de cotejo número uno, no procede el análisis de la valoración del peritaje como medio de prueba, ya que la resolución que se analiza consiste en una sentencia emitida en recurso de casación por la Cámara penal en el expediente 01004-2012-01524, siendo acusado el señor Francisco Rubén Puac Baquiaux. Sin embargo, la sentencia refiere que del informe antropológico valorado positivamente por el Juez unipersonal de sentencia en su oportunidad **evidencia que** dentro de la forma de organización de dicho grupo objetivo, el Alcalde Comunitario tiene sus atribuciones conforme a las finalidades de la comunidad, las cuales se encuentran bien delimitadas e incorporan la materialización de las decisiones de la Asamblea Comunitaria, y que ello implica reconocer la

cosmovisión de los Pueblos Mayas, que confluye en sus formas de organización, usos y costumbres en cada comunidad; con ello, se reconoce la composición social de la comunidad de Poxlajuj, la dinámica de sus autoridades comunitarias, los procedimientos para resolver conflictos y sus formas de sanción.

El peritaje incidió favorablemente en la sentencia de casación en el sentido de que con base en lo acreditado por el peritaje antropológico, los magistrados aludidos, **absuelven** al procesado del delito de coacción e indican expresamente que de la decisión propia de la vida comunal adoptada por la asamblea respectiva, relativa a cortar el agua del agraviado, se establece que la misma es una facultad del Alcalde Comunitario, pero desde el prisma del derecho Maya, que reconoce en dicha persona a una autoridad con capacidad de ejecutar resoluciones dictadas por la Asamblea Comunal, y por ello al resolver declaran que el hecho acreditado al acusado no es constitutivo de delito, porque la interrupción del abastecimiento de agua potable contra el agraviado, no ha sido arbitraria ni violenta, al haberse decidido en el marco de un procedimiento indígena donde el agraviado tuvo la oportunidad de pronunciarse, y la decisión fue ejecutada por un líder comunitario legítimamente autorizado.

4.2.7 Fallo judicial número siete

Del análisis en relación al fallo judicial referido con el número **siete** del cuadro de cotejo número uno, se desprende que el Juez unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente de Baja Verapaz, otorgó **valor probatorio** al peritaje cultural aportado por la defensa del acusado Gregorio Cuxum Zetin.

En la valoración de este medio de prueba, **se observaron las reglas de la sana crítica razonada**, dado que el Juez unipersonal de sentencia efectuó un análisis del medio de prueba de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común; además concatenó el contenido del peritaje cultural con otros medios de prueba consistentes en declaraciones testimoniales, fotografías y peritaje psicológico.

De acuerdo con la resolución referida, el Juez unipersonal de sentencia, afirma que la investigación antropológica además de llenar todos los requisitos de un estudio, **evidenció** la realidad cultural de la región de Baja Verapaz, particularmente en lo que concierne a la constitución temprana de las familias en el área rural y a los rituales establecidos en cada región para ese fin, y constituyó un dato indiciario que concatenado con otros medios de prueba (declaraciones testimoniales, fotografías y peritaje psicológico), permitió establecer que los hechos de la acusación no ocurrieron realmente.

El peritaje cultural **incidió en la resolución final de manera favorable**, ya que el juzgador emite una sentencia basándose en la información proporcionada por el peritaje cultural, que a su vez se concatenó con las declaraciones de la menor edad señalada como víctima, de la madre de ésta, los testigos que estuvieron en la celebración ocurrida en la casa de habitación de la agraviada y con el peritaje psicológico aportado en el juicio. Esto permitió al juzgador comprender el contexto cultural del procesado, que fue condicionante esencial en el hecho que se le atribuyó.

Al comprender la forma de pensar, su forma de vida, sus costumbres y sus creencias, resolvió el caso atendiendo a la pertinencia cultural del lugar donde ocurrieron los hechos (distorsionados en la acusación) y con ello resolvió emitiendo una sentencia de carácter absolutorio.

4.3 Análisis del cuadro de cotejo número dos, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación:

4.3.1 Fallo judicial número uno

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número uno del cuadro de cotejo dos, se puede indicar, que en efecto el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, **observó el principio de tutela judicial efectiva** en la resolución final, toda vez que el procesado Eulalio Ixcoy Ajanel ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, **se observaron las reglas de debido proceso**. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones, practicas propias de su cultura y el sistema de autoridades de su comunidad, esto fue fundamental ya que modificó sustancialmente la trascendencia del hecho que se le atribuyó al acusado, finalizando el caso en una sentencia de carácter absolutorio.

Es importante también tomar en consideración que la sentencia, **también extendió la tutela judicial efectiva a declarar la nulidad de decisiones de autoridad contrarias a preceptos constitucionales**, a continuación, se transcribe la parte de la sentencia que otorga la tutela: *“...el Tribunal considera necesario, no obstante dictarse un fallo absolutorio, que se realicen acciones tendientes a reparar o hacer menos gravoso el daño causado a las educandas. En primer lugar, el artículo 9 del Reglamento Interno de la Escuela de Autogestión comunitaria de Pachawacan, por entenderlo, como en el caso que se juzga, que el coeduca electo para prestar sus servicios y que no cumpla, sus hijos junto con él serán expulsados del establecimiento. Lo que por atentar contra disposiciones constitucionales es nulo ipso jure.”*

Aunque el idioma materno del acusado Eulalio Ixcoy Ajanel es el Maya K'iche' y en su comunidad se habla ese idioma, no se establece en la sentencia que haya estado presente algún traductor del idioma K'iche' para que el acusado pudiera comprender

adecuadamente en su propio idioma todas las diligencias y actuaciones procesales, tampoco se hace referencia a que se le haya consultado si deseaba contar con la presencia de un traductor, o que su abogada defensora solicitara que se designara uno. Por lo tanto, **no existe fundamento para argumentar que se respetó el derecho de acceso a la justicia en el propio idioma.**

Durante todo el proceso penal se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Eulalio Ixcoy Ajanel y la misma quedó confirmada luego de la emisión de la sentencia de carácter absolutorio.

4.3.2 Fallo judicial número dos

El análisis en relación al fallo judicial referido con el número **dos** del cuadro de cotejo número dos, evidencia que, en la resolución del Juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de El Quiché, se observó la garantía de tutela judicial efectiva a favor del señor Manuel Canil Tzoc, ya que en la resolución del sobreseimiento se hace constar que el procesado ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones, y las prácticas propias de su cultura, esto fue fundamental ya que modificó sustancialmente la trascendencia del hecho que se le atribuyó al acusado, finalizando el caso en un auto que declaró el sobreseimiento.

En la resolución referida se hace constar que el sindicado Manuel Canil Tzoc, fue asistido por un intérprete hablante del idioma Maya K'iche', que es la lengua materna del sindicado, por lo que se **respetó su derecho al acceso a la justicia en el propio idioma.**

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Manuel Canil Tzoc y la misma quedó confirmada luego de la declaración de sobreseimiento del caso.

4.3.3 Fallo judicial número tres

Del análisis en relación al fallo judicial referido con el número **tres** del cuadro de cotejo número dos, se desprende que los Jueces de tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango, respetaron el principio de tutela judicial efectiva en el proceso instruido contra los acusados Romualdo Ovispo Hernández Lex, Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey. Esto debido a que los acusados ejercieron libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones y las prácticas propias de su cultura, esto fue fundamental ya que modificó la trascendencia del hecho que se le atribuyó al acusado, en el sentido de que si bien, no se obtuvo una sentencia de carácter absolutorio, las circunstancias culturales incidieron en atenuar su responsabilidad penal.

En la resolución referida se hace constar que los acusados fueron asistidos por un intérprete hablante del idioma Maya Kaqchikel, que es la lengua materna de los acusados, por lo que se **respetó su derecho al acceso a la justicia en el propio idioma.**

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia de los señores Romualdo Ovispo Hernández Lex, Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey.

4.3.4 Fallo judicial número cuatro

En relación al fallo judicial referido con el número **cuatro** del cuadro de cotejo número dos, se evidencia que la resolución del Juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Jalapa, observó la garantía de tutela judicial efectiva a favor del señor Pedro Mateo Gómez, ya que en el auto que declara el criterio de oportunidad se hace constar que el procesado ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones y las prácticas propias de su cultura, esto fue fundamental ya que, según ellas, el hecho que se le sindicó, no constituía delito, dado que el peritaje acreditó esta circunstancia, le fue otorgado el beneficio del criterio de oportunidad.

El peritaje cultural efectuado en este proceso, establece que el sindicado Pedro Mateo Gómez pertenece a la comunidad lingüística Maya Poqomam. Sin embargo, la sentencia no refiere que haya estado presente algún traductor del idioma Maya Poqomam para que el acusado pudiera comprender adecuadamente en su propio idioma todas las diligencias y actuaciones procesales, tampoco se hace referencia a que se le haya consultado si deseaba contar con la presencia de un traductor, o que su abogado defensor solicitara que se designara uno. Por lo tanto, **no existe fundamento para argumentar que se respetó el derecho de acceso a la justicia en el propio idioma.**

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Pedro Mateo Gómez.

4.3.5 Fallo judicial número cinco

En relación al fallo judicial referido con el número **cinco** del cuadro de cotejo número dos, se evidencia que la resolución del Juez unipersonal de sentencia penal,

narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal, observó la garantía de tutela judicial efectiva a favor del señor Víctor Pop Ché y las víctimas en el proceso penal, ya que en el auto que declara el criterio de oportunidad se hace constar que el procesado ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones, prácticas propias de su cultura y su sistema de autoridades indígenas.

Es interesante que **aunque la resolución no respeta expresamente el principio de cosa juzgada y el principio de *Non bis in ídem***, reconoce expresamente que las autoridades indígenas actuaron en esa calidad, únicamente refiere que en su comunidad le fue impuesta una sanción que beneficia de mejor manera a la víctima y a su familia, que la sanción que pudiera recibir en el sistema de justicia oficial, corriendo el riesgo de que si continúa el proceso en este sistema no se logre una reparación eficiente a la víctima como la impuesta al sindicado en su comunidad y dado que el sindicado ya se encuentra cumpliendo con dicha sanción, le otorgó el criterio de oportunidad con la única regla de abstención, consistente en seguir cumpliendo con la sanción referida. Con ello se deduce que el juez consideró la sanción comunitaria como más justa que la que pudiera obtenerse en el sistema de justicia oficial.

Esta decisión se fundamentó en la petición de la víctima, quien manifestó que el sindicado cuenta con recursos económicos y que en su comunidad lo sancionaron con sostener económicamente a ella y a su familia, ante el fallecimiento de su esposo, por lo que con el aporte mensual del sindicado ella puede contar con un ingreso económico. Por el contrario, si en el sistema de justicia oficial fuere condenado y va a prisión, no contaría con los recursos económicos para pagarle una reparación, y ella dejaría de recibir el apoyo que ahora obtiene.

En la resolución referida, se hace constar que el sindicado fue asistido por un intérprete hablante del idioma Maya Q'eqchi' del Instituto de la defensa pública penal, este es el

idioma materno del sindicado, por lo que se respetó su derecho al acceso a la justicia en el propio idioma, con el intérprete pudo expresarse libremente y comprender en su lengua materna todas las actuaciones procesales efectuadas.

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Víctor Pop Ché.

4.3.6 Fallo judicial número seis

En relación al fallo judicial referido con el número **seis** del cuadro de cotejo número dos, se evidencia que la resolución de la Cámara penal de la Corte suprema de justicia, observó la garantía de tutela judicial efectiva, ya que se hace constar que el procesado ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones, prácticas propias de su cultura y su sistema de autoridades indígenas.

De los casos analizados, esta sentencia es una de las que tutela de mejor manera los derechos de los pueblos indígenas, en los aspectos relacionados (identidad, costumbres, tradiciones, prácticas propias de su cultura y su sistema de autoridades indígenas) en el caso concreto y brinda elementos para casos similares, ya que brinda argumentos como los siguientes:

- *“... El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la constitución Política de la República de Guatemala, al igual que el Derecho Oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser el pilar de la convivencia, debe responder a la dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlos a institutos jurídicos propios de sistemas hegemónicos nacidos en realidades*

sociales distintas. De esa cuenta, **los únicos límites legítimos que pueden soportar son:** a) los Derechos Humanos, porque estos responden al logro de una conquista histórica de toda la civilización humana, que como tal, trasciende a cualquier comunidad; b) Que toda sanción impuesta en el marco del derecho indígena para ser válida quiere (sic) que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo, que no sea arbitrario ni consista en lesión física, ni constituya un exceso en el uso de la fuerza...”

- “...Por ello, **Cámara Penal determina que el hecho acreditado al acusado Francisco Rubén Puac Baquix no es constitutivo de delito ya que, la interrupción del abastecimiento de agua potable contra el agraviado, no ha sido arbitraria ni violenta, al haberse decidido en el marco de un procedimiento indígena donde el agraviado tuvo la oportunidad de pronunciarse, y la decisión fue ejecutada por un líder comunitario legítimamente autorizado...** Por lo anterior, es jurídicamente incorrecto condenar a una autoridad indígena, electa en procedimientos propios de la comunidad por dar cumplimiento a decisiones comunales que nos son tiránicas ni ejercidos con fuerza bruta ni crueldad, con el propósito de inducir la inconformidad e la conducta de un miembro de la comunidad a las reglas aceptadas de vida; porque deja sin razón, contenido, materia y sentido al derecho indígena y desprotege los valores constitucionales de derecho a la cultura, la integridad, e impide la promoción de formas de vida y organización indígena...”

Por lo anterior, esta sentencia **respetó el principio de cosa juzgada y Non bis in ídem.**

En este caso, en la resolución referida, no se hace constar que se haya requerido el apoyo de un Intérprete ya que el trámite del recurso es en su mayoría escrito, y el día de la vista los sujetos sustituyeron su participación a través de memoriales en los que expresaron sus argumentos respectivos. Por ello, no fue necesario hacer uso del derecho a la presencia de un Intérprete.

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Rubén Francisco Puac Baquix.

4.3.7 Fallo judicial número siete

En relación al fallo judicial referido con el número **siete** del cuadro de cotejo número dos, se evidencia que la sentencia del Juez unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Baja Verapaz, observó la garantía de tutela judicial efectiva, ya que se hace constar que el procesado ejerció libremente la defensa de sus derechos y sus pretensiones. Además, se observaron las reglas de debido proceso. En especial, el caso fue abordado con pertinencia cultural, respetando el derecho a la identidad cultural del procesado, sus costumbres, tradiciones y las prácticas propias de su cultura, lo que conllevó a la emisión de una sentencia absolutoria.

El peritaje cultural efectuado en este proceso, establece que el sindicato Gregorio Cuxum Zetín pertenece a la comunidad lingüística Maya Achí. Sin embargo, la sentencia no refiere que haya estado presente algún traductor de ese idioma para que el acusado pudiera comprender adecuadamente en su propio idioma todas las diligencias y actuaciones procesales, tampoco se hace referencia a que se le haya consultado si deseaba contar con la presencia de un traductor, o que sus Abogados Defensores solicitaran que se designara uno. Por lo tanto, **no existe fundamento para argumentar que se respetó el derecho de acceso a la justicia en el propio idioma.**

Del análisis de la resolución referida, se desprende que se respetó el principio de presunción de inocencia del señor Gregorio Cuxum Zetín.

4.4 Análisis del cuadro de cotejo número tres, en relación a los siete fallos judiciales referidos en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación:

4.4.1 Fallo judicial número uno

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número uno del cuadro de cotejo número tres, es factible indicar, que en efecto el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, observó el contenido del artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala en el sentido de que absuelve a los acusados del delito de coacción, bajo el argumento de que los acusados actuaron creyendo que ejecutaban una orden recibida de la Asamblea general que había dispuesto expulsar a la presunta víctima como COEDUCA y a sus hijas del establecimiento educativo. Es importante acá que la Asamblea general está integrada por autoridades que la comunidad indígena de los acusados reconoce como legítimas, por ello, los acusados no cuestionaron la validez de la decisión.

Aunque la sentencia no se basa expresamente en el artículo 66 constitucional, ni hace referencia al artículo en el apartado de las disposiciones legales aplicables, del análisis de la resolución se desprende que **si existió observancia del contenido del artículo referido.**

De la misma manera, la sentencia no invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de pueblos indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos. Sin embargo, el análisis del Tribunal tuteló los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho del acusado a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza**

el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.

De la misma forma, **se respetó el contenido del artículo 11 bis del Código procesal penal, la sentencia contiene fundamentación fáctica, jurídica y probatoria.**

4.4.2 Fallo judicial número dos

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número dos del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que en efecto, la Jueza del juzgado de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de El Quiché, observó el contenido del artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala en el sentido de que en su resolución, reconoce las costumbres y prácticas de la comunidad indígena a la que pertenece el acusado Manuel Canil Tzoc y con base en ello, sobresee el caso. Por ello, aunque el auto que declara el sobreseimiento, no se basa expresamente en el artículo 66 constitucional, ni hace referencia al artículo en el apartado de las disposiciones legales aplicables, del análisis de la resolución se desprende que **si existió observancia del contenido del artículo referido.**

De la misma manera, la sentencia no invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de Pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos. Sin embargo, en la fundamentación fáctica de la resolución, se tutelan los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se concluye que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho del acusado a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.**

Cabe resaltar que la resolución cuenta con fundamentación fáctica, pero su fundamentación probatoria es deficiente, no se enumera ni analizan los medios de prueba que fundamentan la decisión, la jueza únicamente hace referencia a que se basa en la documentación contenida en autos. La fundamentación jurídica también es deficiente, únicamente cita algunos artículos del Código Penal, Código procesal penal, Constitución política de la república de Guatemala, Ley del organismo judicial y Convención americana sobre derechos humanos, pero no cita toda la normativa legal que corresponde, ni otras que debían ser aplicables en el caso concreto.

4.4.3 Fallo judicial número tres

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número tres del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que en efecto, el Tribunal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Chimaltenango, observó el contenido del artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala al reconocer en su resolución, las costumbres y prácticas de la comunidad indígena a la que pertenecen los acusados Romualdo Ovispo Hernández Lex, Ciriaco Hernández Camey y Santos Hernández Camey, y con base en ello, si bien, no se obtuvo una sentencia de carácter absolutorio, las circunstancias culturales incidieron en atenuar sus responsabilidades penales.

De la misma manera, la sentencia no invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de Pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos. Sin embargo, en la fundamentación fáctica y probatoria de la resolución, se tutelan los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho de los acusados a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo**

garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.

De la misma forma, **se respetó el contenido del artículo 11 bis del Código procesal penal, ya que la sentencia contiene fundamentación fáctica, jurídica y probatoria.**

4.4.4 Fallo judicial número cuatro

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número cuatro del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que en efecto, el juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Jalapa, observó el contenido del artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala en el sentido de que en su resolución, reconoce las costumbres y prácticas del pueblo indígena Maya Poqomam a la que pertenece el señor Pedro Mateo, ya que conforme a ellas, el hecho que se le sindicó, no constituía delito, dado que el peritaje acreditó esta circunstancia, le fue otorgado el beneficio del criterio de oportunidad.

De la misma manera, la sentencia no invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de Pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos. Sin embargo, en el análisis que efectúa en el auto respectivo, se tutelan los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho de los acusados a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.**

En cuanto a la fundamentación de la resolución, la misma cuenta con fundamentación fáctica suficiente y probatoria, pero la jurídica es incompleta, cita únicamente algunos

artículos del Código procesal penal, Ley orgánica del Ministerio público, Ley de alcoholes, bebidas alcohólicas y fermentadas y Ley del organismo judicial, sin embargo, esta normativa no es suficiente para el caso concreto.

4.4.5 Fallo judicial número cinco

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número cinco del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que el Juez unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Izabal, no fundamenta su decisión en el artículo 66 constitucional, ni lo invoca en ninguna parte de su resolución, sin embargo, de manera indirecta, observó el contenido de ese artículo ya que en su resolución, reconoce las costumbres, prácticas y sistema de autoridades indígenas de la comunidad Maya Q'eqchi' a la que pertenece el acusado Víctor Pop Ché, lo cual se puede observar en su decisión que el proceso instruido en contra del acusado no debe continuar y que el mismo debe cumplir con la sanción que le fuera impuesta en su comunidad y le otorga un criterio de oportunidad.

De la misma manera, la sentencia no invoca Instrumentos Internacionales que garantizan derechos humanos de Pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos. Sin embargo, en el análisis que efectúa en el auto respectivo, se tutelan los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho de los acusados a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.**

En su resolución, **se respetó el contenido del artículo 11 bis del Código procesal penal, la sentencia contiene fundamentación fáctica, jurídica y probatoria.**

4.4.6 Fallo judicial número seis

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número seis del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que la Cámara penal de la Corte suprema de justicia, **si observó el contenido del artículo 66 constitucional** en los siguientes pasajes de su resolución:

- *“...El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el **artículo 66 de la constitución Política de la República de Guatemala**, al igual que el Derecho Oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser el pilar de la convivencia, debe responder a la dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlo a institutos jurídicos propios de sistemas hegemónicos nacidos en realidades sociales distintas...”* (El resaltado es propio).
- *En el presente caso, el alcalde comunitario que ejecutó diez meses después de impuesta la sanción subsidiaria de corte de agua potable contra el agraviado por la asamblea comunitaria, no constituye delito porque si estaba actuando legítimamente autorizado por la comunidad y sus procedimientos propios para ejecutar este tipo de sanciones, mismas que devienen igualmente legítimas en atención al **artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala**.* (El resaltado es propio).

La sentencia también invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de Pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, tales como el Convenio 169 de la organización internacional del trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; la Declaración de las naciones unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas; y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho de los acusados a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.**

En su resolución, **se respetó el contenido del artículo 11 bis del Código procesal penal, la sentencia contiene fundamentación fáctica, jurídica y probatoria.**

4.4.7 Fallo judicial número siete

Al efectuar el análisis en relación al fallo judicial referido con el número siete del cuadro de cotejo número tres, se puede indicar, que el Juez unipersonal de sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Salamá, observó el contenido del artículo 66 de la Constitución política de la república de Guatemala al reconocer en su resolución, las costumbres y prácticas del pueblo Indígena Maya Achí a la que pertenece el señor Gregorio Cuxum Zetin, y con base en ellas, reconoce que el acusado no cometió el delito que se le atribuyó, por lo que se emitió una sentencia absolutoria.

Si bien, la sentencia no invoca instrumentos internacionales que garantizan derechos humanos de pueblos Indígenas y que son vigentes en Guatemala, ni principios reconocidos por la comunidad internacional en relación a los mismos derechos, en el análisis que efectúa en el auto respectivo, se tutelan los derechos que estos instrumentos y principios garantizan, por lo que se **respetó el contenido de los estándares internacionales en esta materia.**

Del análisis del presente caso, se desprende que **se respetó el derecho de los acusados a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, tal como lo garantiza el artículo 8 inciso c) de la Convención americana sobre derechos humanos.**

En la sentencia, se respetó el contenido del artículo 11 bis del Código procesal penal, la sentencia contiene fundamentación fáctica, jurídica y probatoria.

A través de los casos concretos estudiados, se logró establecer que algunos juzgadores valoraron la prueba del peritaje cultural y lo utilizaron para fundar sus decisiones (a favor o en contra del procesado), en tanto que otros únicamente lo refirieron en su fallo, y lamentablemente no tomaron en cuenta su contenido al momento de resolver el fondo de la cuestión.

Los peritajes culturales analizados reflejan de manera contundente, la importancia que este medio de prueba ostenta en el proceso penal guatemalteco, ya que a través de su desarrollo como prueba, se logró obtener un contexto mucho más objetivo acerca del procesado y su relación con el entorno cultural, de las Autoridades Indígenas que existen y resuelven conflictos sometidos a su conocimiento, especialmente en el interior de la república y finalmente, el cumplimiento de las resoluciones emanadas de las autoridades Indígenas reconocidas en el lugar.

Finalmente, luego del análisis de los fallos judiciales aludidos en la presente investigación, se establecen como características que debe poseer un perito que presenta un peritaje cultural, las siguientes:

- a) Sólida formación práctica-teórica en el área de su experticia (antropólogo, sociólogo, etnólogo etc.).
- b) Conocimientos y educación continua sobre la profesión que ejercen, lo cual incidirá para que se mantengan actualizados sobre las corrientes y tendencias doctrinarias modernas y en consecuencia su pericia será mejor estructurada.
- c) Formación ética reconocida.
- d) Poseer habilidades que permitan la correcta interpretación del requerimiento contenido en el peritaje cultural, con lo cual se ilustrará correctamente al juez, sobre un tema que no conoce a profundidad (Contexto cultural, existencia o ausencia de autoridades indígenas etc.).

- e) Utilización de un lenguaje propio y moderado, que demuestre respeto y trato asertivo con las partes que intervienen en el proceso penal dentro del cual presenta la pericia cultural.
- f) Responsabilidad profesional, el perito cultural debe tomar conciencia respecto a que la pericia elaborada y presentada como prueba, tendrá influencia en la decisión del juez y por ende debe en todo momento ser objetivo en su actuar.

Evidentemente, la utilización del peritaje cultural como medio de prueba en un proceso penal, requiere armonizar y definir los límites de dicha pericia frente al concepto de legalidad en sentido estricto.

Para ello acudimos al artículo 66 constitucional que indica; “... *El Estado reconoce, respeta, y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, y formas de organización social, ...*” armonizándolo con el contenido de los artículos 182, 18, 185 y 186 del Código procesal penal, en el sentido de que el peritaje cultural introducido como prueba debe haberse obtenido por medio lícito, y debe referirse directa o indirectamente a la averiguación, y ser útil para el descubrimiento de la verdad, y por ende no sea abundante en relación con otros medios de prueba ya incorporados.

Superado el presupuesto sobre la legalidad y pertinencia del peritaje cultural como medio de prueba de acuerdo a las normas procesales aludidas, encontraremos el límite del ámbito cultural con respecto a la legalidad estricto sensu, en lo definido en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la Organización internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, los cuales citamos en sus partes conducentes:

“Artículo 8: ... 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, **siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.** ... “

“Artículo 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.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia... “(negritas y subrayados no aparecen en el texto original)

En resumen, el peritaje cultural admitido como prueba en un proceso penal, logra su armonización con el aspecto de legalidad, cuando su utilización es compatible con los derechos fundamentales definidos por la Constitución política, leyes ordinarias y los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el Estado de Guatemala, siendo estos presupuestos, además, el límite que debe observarse en su admisibilidad y valoración como medio de prueba.

CONCLUSIONES

1. El peritaje cultural debe entenderse, como el tipo de pericia a través de la cual un experto en temas sociales, culturales o antropológicos, que podría ser un antropólogo, sociólogo o una persona con conocimientos culturales concretos de determinado lugar, rinde un dictamen para orientar al juzgador acerca de condiciones sociales, culturales, económicas y de naturaleza antropológica, que coadyuven en la averiguación de la verdad y resolución objetiva del caso.
2. Conforme al principio de libertad probatoria, el peritaje cultural es un medio de prueba permitido en el proceso penal guatemalteco y puede ser utilizado siempre y cuando no suprima garantías y facultades inherentes de las personas, no afecte el sistema institucional, y se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y por lo tanto sea útil para el descubrimiento de la verdad y por ende no sea abundante.
3. El peritaje cultural permite al juez, establecer que el hecho sometido a su conocimiento ya fue resuelto por las autoridades indígenas reconocidas en el lugar del conflicto y como consecuencia de ello, en resguardo del debido proceso y en salvaguarda del principio non bis in ídem, dejar de conocer el conflicto si estuviere sometido a su conocimiento o rechazar el mismo cuando se le plantea.

RECOMENDACIONES

1. Que, respetando el carácter multicultural de Guatemala, las Facultades de ciencias jurídicas y sociales de las Universidades del país, incorporen a su pensum curricular el estudio del litigio penal con pertinencia cultural y específicamente el análisis de la utilización adecuada de la prueba del peritaje cultural, para preparar a futuros operadores de justicia con dicho conocimiento y ello permita un verdadero acceso a la justicia de los pueblos Indígenas, enfatizando en la sensibilización.
2. Que la Instancia coordinadora de la modernización de la justicia integrada por el Ministerio público, Ministerio de gobernación, Organismo judicial e Instituto de la defensa pública penal, coordine e impulse a través de protocolos de actuación interinstitucionales, la utilización e implementación del peritaje cultural como prueba de cargo o de descargo en los diferentes procesos penales.
3. Que el Colegio de abogados y notarios de Guatemala, implemente cursos de litigio con pertinencia cultural, dirigido a los abogados aglutinados en el mismo, con el objetivo de que al intervenir en los procesos penales utilicen adecuada y asertivamente la prueba del peritaje cultural, y con ello se logre el adecuado y correcto acceso a la justicia de los pueblos indígenas en nuestro país.
4. Que la Corte suprema de justicia en uso de la iniciativa de ley que la faculta, solicite al Congreso de la república de Guatemala la reforma por adición del artículo 226 del Código procesal penal, adicionando al texto del artículo del mismo el siguiente párrafo: **“Las autoridades indígenas o ancestrales reconocidas en el lugar donde acontecieron los hechos, podrán ser propuestas como peritos culturales, respecto a los hechos sometidos a su conocimiento y resolución. “**

5. Que la Corte suprema de justicia en uso de la iniciativa de ley que la faculta, en cumplimiento del compromiso del Estado de Guatemala contenido en el Acuerdo de fortalecimiento de la sociedad civil y funciones del Ejército en una sociedad democrática, solicite al Congreso de la república de Guatemala, la reforma por adición de la sección QUINTA del Código procesal penal, proponiendo la adición al artículo 244 bis con el texto siguiente: “ **Peritaje Cultural:** Las partes podrán solicitar o proponer al Juez contralor, Juez unipersonal o Tribunal de sentencia, el desarrollo e implementación de la pericia cultural necesaria para denotar el contexto sociocultural en el cual ocurrieron los hechos.

6. Que el Fondo de desarrollo indígena de Guatemala (Fodigua), en cumplimiento de su objetivo relacionado con contribuir activamente a la promoción de procesos de transformaciones institucionales y del estado para responder a la realidad multilingüe e intercultural de la sociedad guatemalteca, apoye al Instituto de la defensa pública penal en capacitaciones sobre litigio con pertinencia cultural, de manera que los defensores públicos de dicha institución intervengan en los procesos penales tomando en cuenta y aplicando la pertinencia cultural en beneficio de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca.

7. Que la escuela de estudios judiciales del Organismo judicial, unidades de capacitación del Ministerio público e Instituto de la defensa pública penal, estructuren capacitaciones conjuntas, que permitan a los jueces, fiscales y defensores públicos fortalecer sus capacidades en litigio penal y especialmente en el litigio con pertinencia cultural basados en el peritaje cultural como medio de prueba, con la finalidad de utilizar medios de prueba distintos a la prueba testimonial y documental como ocurre en la actualidad.

8. Que desde la Instancia coordinadora para la modernización de la justicia, se diseñen las políticas de actuación a implementarse en el abordaje y litigio de procesos penales con pertinencia cultural, y al estar diseñadas, se incorporen los

mecanismos de control necesarios para la institucionalización de dichas políticas en las instituciones de justicia penal.

9. Que las Facultades de ciencias jurídicas y sociales de las Universidades del país, regulen el estudio del derecho probatorio como una rama independiente del derecho, y específicamente se fortalezca a los estudiantes en la determinación, proposición y adecuada utilización de la prueba del peritaje y especialmente el peritaje cultural como medio científico de prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Asociación de investigación y estudios sociales (ASIES), **Valoraciones sobre pluralismo jurídico y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.** Guatemala. s.e. 2010.
2. Asociación de investigación y estudios sociales (ASOES), **Administración de justicia en Centroamérica 2000-2009, el caso de Guatemala.** Revista asies número 1. Guatemala. 2012.
3. Barrera Santos, Russed Yesid; **Resolución de conflictos en pueblos mayas de Guatemala;** Guatemala, secretaria de la paz, s.e., 2005.
4. Cafferata Nores, José I. **La imparcialidad del perito contralor,** "Semanao Jurídico", n° 208/82.
5. Cafferata Nores, José; **La prueba en el proceso penal.** Tercera edición. Buenos Aires, Argentina, Ediciones de palma, 1998.
6. Diccionario Jurídico Espasa, volumen único, Madrid España, 2005.
7. Diccionario de la lengua española, volumen II, Madrid España, 2001.
8. García Rodríguez, Juan; **El peritaje y su proyección científica;** México. universidad autónoma de Nuevo León, facultad de derecho y criminología, 2003.
9. González Castellanos Roberto, Lavin Mario, Curiel Lorenzo Lilian; **Metodología de la investigación científica para las ciencias técnicas;** Cuba, Universidad de Matanzas, 1era parte, 2003.
10. Instituto de la defensa pública penal; **Guía de peritajes culturales y su aplicación en la administración de justicia;** Guatemala; editorial IDPP, proyecto defensorías indígenas, 2008.
11. Instituto de la defensa pública penal; **Guía pedagógica para defensores públicos para el abordaje de casos con pertinencia cultural.** s.e. Guatemala, 2008.
12. Instituto de la defensa pública penal; **La prueba en materia penal;** Guatemala, IDPP. Unifocadep. s.e., 2008.
13. Instituto de la defensa pública penal; **Módulo interculturalidad;** Guatemala, editorial serviprensa, S.A., 2008.

14. Instituto de la defensa pública penal; **Sistematización de casos resueltos con pertinencia cultural (mediada pedagógicamente)**. Guatemala, Ceder, 2009.
15. Marroquín Guerra Otto, Ordoñez Cifuentes José Emilio, García Fong Gustavo; **El Peritaje cultural indígena como forma de pluralismo jurídico**; Guatemala, URL instituto de investigaciones, 2006.
16. Ochoa García, Carlos; **Derecho consuetudinario y pluralismo Jurídico**; Guatemala. editorial Cholsamaj, 2002.
17. Ordoñez Cifuentes José Emilio Rolando; **Derecho indígena en Mesoamérica; México**. Tinta Negra Editores, 2007.
18. Rivera Cruz Rosa Marina; **La prueba en el proceso penal guatemalteco**; Guatemala, Universidad Rafael Landívar, s.e., 1974.
19. Sacalxot Martin; **El derecho maya como sistema jurídico**; Guatemala, fundación centro de documentación e investigación maya, 2008.
20. Sánchez Botero, Esther; **El peritaje cultural justicia en clave cultural**; Bogotá, Colombia. GTZ, 2010.
21. Schwank Duran John, y Reyes Calderón José Adolfo; **Derecho Maya**; Guatemala, Universidad Rafael Landívar, programa de fortalecimiento académico de las sedes regionales, 1992.
22. Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno; **Teoría de la prueba penal**; Guatemala, 1ª. edición, s.e., 2013.
23. Villalta Ludwin, declaraciones, pactos, convenciones sobre derechos humanos y directrices de la ONU aplicables en el proceso penal, Guatemala, 2009, Editorial NG.

Normativas

Nacionales:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad. Decreto uno guión ochenta y seis (1-86) de la Asamblea Nacional Constituyente
3. Convención americana sobre derechos humanos.

4. Convenio ciento sesenta y nueve (169) de la organización internacional del trabajo (OIT) para pueblos indígenas y tribales.
5. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
6. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
7. Código penal, decreto legislativo diecisiete guion setenta y tres (17-73).
8. Código procesal penal, decreto legislativo cincuenta y uno guión noventa y dos (51-92).
9. Decreto legislativo número 17-2009, que contiene reforma por adición de los artículos 218 bis y 218 ter al Código procesal penal guatemalteco.
10. Decreto legislativo número 79-97, que contiene la reforma el primer párrafo del artículo 225 y al primer párrafo del artículo 233 del Código procesal penal guatemalteco.
11. Código municipal, decreto legislativo doce guión dos mil dos (12-2002).
12. Ley de idiomas nacionales, decreto legislativo diecinueve guión dos mil tres (19-2003).
13. Ley del organismo judicial, decreto legislativo dos guión ochenta y nueve (2-89).
14. Ley orgánica del ministerio público, decreto legislativo cuarenta guión noventa y cuatro (40-94).
15. Ley del servicio público de defensa penal, decreto legislativo ciento veintinueve guión noventa y siete (129-97).
16. Ley forestal, decreto legislativo número ciento uno guión noventa y seis (101-96).
17. Manual del fiscal, del Ministerio público de Guatemala.

Electrónicas

1. Alertanet en derecho y sociedad / Law & Society, López, Miguel Berraondo, Los derechos humanos y los pueblos indígenas, Disponible: <http://www.alertanet.org/f2b-mberraondo.htm>.
2. Campo Izquierdo, Ángel Luis. La prueba pericial en los procesos judiciales. Disponible: http://www.ase mip.org/system/files/615/original/la_prueba_pericialen_los_procesos_judiciales.pdf?1335353760.
3. Diccionario real academia española. Vigésima tercera edición. <http://www.rae.es/>
4. Herod, Rosy. Diversidad Cultural. Disponible: <http://rosy-herod-3.blogspot.es/>

2. Comisión Internacional de Juristas; **La justicia en Guatemala, un Largo camino por recorrer**; Ginebra Suiza, s.e., 2005.
3. Alcaldía comunal de Chiyax, asociación de los 48 cantones de Totonicapán; **Aplicación de justicia en una comunidad indígena de Totonicapán, caso de robo agravado; Guatemala**, magna terra editores, 2005.
4. Codisra; **aportes para el litigio en casos de discriminación racial, étnica y de género**; Guatemala, editorial ISBN, 2010.
5. Jocholá Tujal María Magdalena, Cifuentes Domínguez Enrique Roberto, Alarcón Duque Adolfo Jacobo; **Metodología para el análisis de casos penales**; Guatemala, comisión nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la justicia. Editorial Argrafic, 2010.
6. Organización Internacional del Trabajo; **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica (una guía sobre el convenio 169 de la OIT)**; Guatemala, Aecid, s.e., 2006.
7. Proyecto fortalecimiento de la capacidad de defensa legal de los pueblos indígenas en América Central; **Pueblos indígenas y derechos colectivos**; Guatemala, editorial ASDI, 2006.
8. Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala; **Breve catalogo de derechos colectivos y específicos de los pueblos Indígenas de Guatemala**; Guatemala, editorial maya na oj, 2006.
9. López Batzin, Marta Juana; **Ensayo, enfoques teóricos políticos en el reconocimiento jurídico maya de Guatemala**; Guatemala, Oxlajuj Ajpop, s.e., 2008.
10. Par Usen, José Mynor; **Modelo de sistematización de experiencias y casos paradigmáticos resueltos con pertinencia cultural, enfoque de género y defensa de los derechos de las mujeres**; Guatemala, IDPP, s.e., 2010.
11. Ceder; **sistematización mediada pedagógicamente de casos resueltos con pertinencia cultural en el derecho oficial y el derecho maya**; Guatemala, IDPP, s.e., 2009.
12. Pacay Yalibat Edgar Raúl; **Sistema jurídico indígena, implementación y operatividad**; Guatemala, revista cumbre, 2007.

13. Falla Ricardo; **Juventud de una comunidad maya, Ixcán Guatemala**; Guatemala, editorial universitaria, 2006.
14. Par Usen Mynor; **Módulo de interculturalidad**; Instituto de la defensa pública penal, Guatemala, editorial serviprensa.
15. sociedad anónima, 2008.
16. Rivera Woltke, Víctor Manuel; **Los Derechos humanos y su relación histórica con el derecho procesal penal en Guatemala**; Guatemala sección de reproducción del organismo judicial, escuela de estudios judiciales, 1999.
17. Mayen Guísela; **Hacia la construcción de un sistema de justicia plural**; Guatemala, Waqib Aj, programa de formación, 2006.
18. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para Los Derechos Humanos; **Los derechos de los pueblos indígenas en el convenio 169 de la OIT, guía para la aplicación Judicial**; Guatemala, Ediciones Superiores, s.a., 2004
19. **Entrevista:** Mogollón Ricardo, defensor público de Santiago Atitlán. Departamento de Sololá.
20. **Entrevista:** García Ajucum, Dora Petronila, defensor público de la sede de Totonicapán.
21. **Entrevista:** Arreola Higueros, Rudy, defensor público de la sede de Santa Cruz, El Quiché.
22. **Entrevista:** Pérez Hernández, Julio Salvador, defensor público de la sede de Chimaltenango.
23. **Entrevista:** Ramírez Vásquez, Otto, Coordinador del Instituto de la defensa pública penal en el departamento de Jalapa.
24. **Entrevista:** Lesbia Marleny Sis Chén, defensora pública del eje de multiculturalidad.
25. **Entrevista:** Ixchiu García, Pedro, defensor público de la sede de Totonicapán. Totonicapán.
26. **Entrevista:** Bailón, Otto, Defensor Público de la sede de Salamá, departamento de Baja Verapaz.

ANEXOS

CUADRO DE COTEJO 1

variables	Fallo 1	Fallo 2	Fallo 3	Fallo 4	Fallo 5	Fallo 6	Fallo 7
¿Se le otorgó valor probatorio al peritaje cultural?	si	No	Si	No aplica	No aplica	No aplica	Si
¿El peritaje cultural fue valorado conforme a las reglas de la sana crítica razonada?	si	No	Si	No aplica	No aplica	No aplica	Si
¿El peritaje cultural evidenció que el hecho ya estaba juzgado en la comunidad?	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	Si	No aplica	No aplica
¿El peritaje cultural evidenció que el hecho no es considerado como delito en el contexto	si	si	si	si	No	si	si

<p>sociocultural donde ocurrió, o bien, que en el hecho concurrieron circunstancias culturales que modifican la responsabilidad penal del acusado?</p>					<p>aplica</p>		
<p>¿El peritaje cultural incidió en la resolución?</p>	<p>si</p>	<p>Si</p>	<p>si</p>	<p>si</p>	<p>si</p>	<p>si</p>	<p>Si</p>

CUADRO DE COTEJO 2

Variables	Fallo 1	Fallo 2	Fallo 3	Fallo 4	Fallo 5	Fallo 6	Fallo 7
¿Se observó el principio de tutela judicial efectiva en la resolución final?	Si						
¿Se respetó el principio de cosa juzgada y Non bis in ídem en el proceso analizado?	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	Si	Si	No aplica
¿Se observó el derecho de acceso a la justicia en el propio idioma?	No	Si	Si	No	Si	No aplica	No
¿Se respetó el principio de presunción de inocencia?	Si						

CUADRO DE COTEJO 3

Variables	Fallo 1	Fallo 2	Fallo 3	Fallo 4	Fallo 5	Fallo 6	Fallo 7
¿Se observó y respetó el contenido del artículo 66 de la constitución de Guatemala?	Si						
¿Se observaron y respetaron los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas?	Si						
¿Se respetó el contenido del artículo 8 inciso c) de la convención americana de derechos humanos?	Si						
¿Se observó el artículo 11 bis del							

Código procesal penal?	Si	Si	Si	No	Si	Si	Si
-------------------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------