

**ARMANDO GUEVARA GIL | AARON VERONA | ROXANA VERGARA
EDITORES**

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO: ENTRE LA REFLEXIÓN Y LA PRÁCTICA

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



Guevara Gil, A., Verona, A. & Vergara, R. (eds.). (2015). *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ).

Primera edición digital: mayo de 2015

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel
Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 6262000, anexos 4901 y 4930
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Cuidado de la edición:

Aarón Verona Badajoz / Roxana Vergara Rodríguez / José Enrique Sotomayor Trelles

Diseño de cubierta: Aarón Verona Badajoz

Fotografía: Puente Pukayacu, río Yanamayo, Yauya, Ancash - Armando Guevara Gil

El presente libro ha sido objeto de dos evaluaciones positivas por pares académicos especializados en la materia. Los capítulos de este libro son publicados con la autorización expresa de los autores.

Derechos reservados. Se permite la distribución y reproducción total o parcial de esta obra, siempre que no sea para fines comerciales y se cite la fuente.

ISBN: 978-612-4206-64-1

Lima, mayo de 2015

El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*

Armando Guevara Gil

Investigador y profesor principal en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú y vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas del Perú

Este trabajo ha sido un ejercicio de comparación entre la teoría y la práctica del peritaje antropológico o cultural como medio de prueba judicial, medio que se emplea para sustentar la aplicación de la legislación especial, que se puede practicar en cualquier proceso judicial para determinar la pertenencia cultural de una persona y que sirve para evaluar cómo esa pertenencia condicionó su conducta, lícita o ilícita.

Así, el presente capítulo compila, examina y sintetiza fuentes primarias, secundarias y entrevistas, y estudia cómo se practica el peritaje cultural en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en donde este se utiliza para invocar el «error de comprensión culturalmente condicionado» (artículo 15 del Código Penal vigente) y obtener la exención o reducción de la pena. Al respecto, la conclusión más resaltante es que si bien es cierto que los peritajes antropológicos de las causas revisadas contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial (e.g., el mentado artículo 15) en casos específicos, también lo es que esta función práctica ha desnaturalizado la finalidad de la pericia como institución judicial.

1. Introducción

El peritaje antropológico es un medio probatorio de crucial importancia para sustentar la aplicación de la legislación especial en cualquier ámbito del derecho, se puede practicar en cualquier proceso judicial que ventile hechos sujetos a diferentes interpretaciones culturales. Tiene dos objetivos primordiales: determinar la pertenencia cultural de una persona y analizar cómo esa pertenencia condicionó su conducta, lícita o ilícita, para el derecho positivo. Una vez practicada la pericia, corresponde a los magistrados judiciales evaluar su valor probatorio para resolver el caso.

En el Perú, esta pericia es empleada por lo general en causas que involucran a indígenas, aunque puede practicarse a cualquier persona que reivindique su diferencia cultural. Además, por lo general se emplea en el área penal para invocar el «error de comprensión culturalmente condicionado», sancionado en el artículo 15 del Código Penal, y

* Texto basado en la consultoría elaborada para la Oficina Regional de Iquitos de la Defensoría del Pueblo (ORI-DP) en el marco de su programa de estudios para la aplicación de la legislación especial indígena (Lima-Iquitos, diciembre de 2002). Tanto este trabajo como la guía para la aplicación del peritaje antropológico que lo acompaña en su primera edición están recogidos en el libro «Pauta Metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos» (Guevara Gil. et al. 2003).

obtener la exención o reducción de la pena. Como se verá a lo largo del texto, este uso de peritaje desnaturaliza la institución, lo que hace necesario replantear el uso y la práctica del examen antropológico en el Sistema Judicial, y más precisamente respecto del caso que nos ocupa, en la jurisdicción de la Corte Superior de Loreto.

En ese sentido, sugerimos que es necesario analizar las consecuencias sociales y humanas de la práctica del peritaje y la activación judicial de la diferencia cultural para lograr la exención o reducción de la pena en casos de violación de menores de edad u otros delitos (e.g., violencia familiar, homicidio). Al respecto, considérense las siguientes preguntas, ¿se está produciendo una aplicación indiscriminada de las prerrogativas consagradas en la legislación especial a personas que no actuaron real y categóricamente condicionadas por diferencias culturales?, ¿qué criterios se deben elaborar para evitar esa posible aplicación indiscriminada?

Asimismo, las deficiencias observadas en la elaboración de los exámenes antropológicos hicieron recomendable la preparación de una Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos, anexa a este volumen. Así, tanto el estudio como la guía reúnen los criterios teóricos, metodológicos y legales que un peritaje cultural debe cumplir. A esto se añaden otras necesidades técnicas y logísticas que deben ser atendidas, como la creación de un registro de peritos antropólogos y la formalización de su nombramiento, cumpliendo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento del Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) de la Corte Superior de Loreto.

2. Metodología

La metodología y técnicas de investigación fueron determinadas en función a los fines y objetivos del trabajo, a saber, diagnosticar, analizar y formular recomendaciones sobre la práctica de los peritajes antropológicos en los procesos judiciales que involucran a miembros de los pueblos indígenas en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Para lograrlo se procedió a:

- a) La revisión, análisis y síntesis de la información secundaria sobre los antecedentes doctrinarios, judiciales y normativos del peritaje. También se analizó al peritaje como medio probatorio y su valoración judicial, función y ubicación en la legislación nacional, general y especial, y se estudió al peritaje antropológico como medio probatorio específico en las causas indígenas.
- b) La recopilación, análisis y síntesis de la información de campo. Estas actividades incluyeron el estudio de los antecedentes bibliográficos y documentales de la Oficina Regional de Iquitos de la Defensoría del Pueblo (ORI-DP), entrevistas con los operadores y usuarios legales para identificar la percepción y valoración del peritaje, el estudio de la muestra de los expedientes judiciales ubicados en la Corte Superior de Loreto y de los casos proporcionados por la ORI-DP, y, finalmente, un balance del peritaje antropológico en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto.
- c) El análisis e integración de la información recopilada sobre el uso judicial del peritaje antropológico.
- d) El planteamiento de estrategias y acciones para impulsar la comprensión de la legislación especial y el empleo del peritaje como medio probatorio en la defensa judicial.

3. Marco conceptual sobre la legislación especial y el peritaje antropológico

3.1. Antecedentes

La legislación especial indígena está formada por una serie de normas nacionales e internacionales que obligan al Estado, y a la sociedad peruana en general, a dispensar un tratamiento particular a las personas que pertenecen a los pueblos originarios.¹ Para su activación, los derechos individuales y colectivos reconocidos y tutelados por la legislación especial exigen una serie de dispositivos y mecanismos procesales (i.e., intérpretes, pericias antropológicas).

La pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde fines de la Edad Media. La indagación era una «forma de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico [...] para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento». El objetivo era «oponer la verdad al poder» en un momento histórico en el que éste renunciaba a ser incuestionable y se sometía a formas racionales de verdad, crítica y probanza como parte de su compleja configuración medieval y moderna. Dentro del modelo indagatorio judicial, el magistrado podía convocar a entendidos y especialistas para que lo ilustren en las materias que debía arbitrar (Foucault 1983: 18, 64, 83).

El objetivo de la pericia es que un experto aporte al juzgador sus conocimientos teóricos, científicos, técnicos o artísticos para que este pueda dilucidar una controversia con mejores elementos de juicio. En la actualidad, el peritaje es un medio probatorio y una prueba que se puede actuar en cualquier esfera del derecho (civil, penal, tributario, administrativo) y en todo tipo de procesos judiciales.²

Circunscribimos nuestro trabajo a la esfera del derecho penal porque, según las entrevistas realizadas y los expedientes revisados, solo se practica en este ámbito en el distrito judicial de Loreto. Es más, el número de pericias antropológicas actuadas en procesos penales es mínimo por una serie de razones que detallaremos en la sección 4.

¹ Una revisión de las recientes publicaciones y dispositivos nacionales indica que estamos en un momento de indeterminación semántica. ¿A quiénes y desde dónde nos estamos refiriendo? Esa es la base de las dudas actuales. Luego de dos décadas de predominio de los términos «campesino» y «nativo» en la literatura política, jurídica y antropológica, desde mediados de los años 90 se ensayan una serie de aproximaciones alternativas. El avance del derecho internacional indígena, la reivindicación de derechos basada en la identidad y autoafirmación indígena, y las nuevas formas de concebir la relación entre el Estado y las sociedades que centraliza confluyen en la búsqueda de un nuevo lenguaje político y antropológico. «La denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos» (CONAPA 2002: 59, artículo 5.1). Anteriormente, la misma CONAPA, ya desaparecida, tomando la definición ensayada en la ley 27811 (2002) sobre la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, se refirió a éstos como «pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales» (Ballón 2002: 14, 115). Al respecto, ver también Chichizola (2000: 43, 47).

Lo cierto del caso es que en el ámbito judicial de Loreto la expresión «nativo» sigue siendo predominante.

² En teoría, el peritaje puede solicitarse en disputas tan disímiles como las del derecho de familia, sucesiones y personas (i.e., derecho al nombre y prelación de apellidos, modalidades de sucesión hereditaria, formas matrimoniales) o las que versan sobre derechos patrimoniales (i.e., titularidad de conocimientos tradicionales, formas de apropiación de los recursos naturales, pactos contractuales).

3.2. La pericia antropológica y el «error de comprensión culturalmente condicionado»

En el derecho penal peruano, la piedra de toque de la legislación especial aplicable a los indígenas imputados de haber incurrido en una conducta criminal es el artículo 15³ del Código Penal vigente:

Artículo 15: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Para lograr la aplicación de esta norma a los indígenas procesados es menester probar su cultura y sus costumbres y determinar si sus prácticas sociales y universos simbólicos los condujeron a actuar de manera ilícita.⁴ El objetivo es producir en el juez la convicción de que la conducta del denunciado correspondió a un «error de comprensión culturalmente condicionado».

El error de comprensión es «la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente» (Zaffaroni citado por Villavicencio 2002: 86). En este caso el infractor es una persona socializada dentro de un universo cultural diferente al hegemónico y por eso desarrolla prácticas y conductas basadas en una intelección o racionalidad diferente (no disminuida).

Por esta razón, «generalmente el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad», porque supone una equivocada comprensión de la ilicitud de la conducta (Villavicencio 2002: 87, 80).⁵ Por eso, al producirse, elimina la culpabilidad del procesado (Bramont-Arias 1997: 140-142). En el caso de que el error sea vencible, es decir, cuando el sujeto puede comprender el carácter delictuoso de su acto y aun así lo ejecuta, la pena será atenuada (Bramont-Arias 1997: 141-142). Las diferencias entre ambas hipótesis normativas son muy importantes al momento de calificar el delito, imputar la responsabilidad y graduar la pena aplicada a los procesados que poseen y alegan una condición cultural diferenciada.

3.3. Limitaciones del artículo 15 del Código Penal

Según el tratadista José Hurtado Pozo, el artículo 15 presenta un problema de técnica legislativa y concepción jurídica que atenta contra el potencial emancipatorio y pluralista de la legislación especial indígena (1997a: 116-119; 1997b, 627-629; 2001, 149). En principio,

³ Ballón precisa que este artículo es aplicable no sólo a los indígenas, «Teóricamente, el “error de comprensión” lo puede causar tanto un indígena nahua, como un budista descendiente de chinos que trabaja en la calle Capón [Lima], y un noruego en el aeropuerto Jorge Chávez. El dispositivo legal aplicable sería el mismo para todos ellos pues el “error” cultural, lo puede cometer cualquier individuo en un contexto cultural extraño» (Ballón 2002:77).

⁴ «En un proceso penal determinado deberán probarse la existencia del hecho delictivo, las circunstancias y móviles de su comisión, la identidad del autor y víctima [y] la existencia del daño causado. Además, es menester probar si el agente ha sufrido alguna carencia social, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima» (San Martín 1999 II: 598).

⁵ La exposición de motivos del Código Penal vigente señala que el error de tipo y el de prohibición sustituyen, con ventaja, a los términos error de hecho y de derecho: «el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad (no responsabilidad por el error)».

...para aplicar [a los indígenas] el artículo 15 del Código Penal sería necesario **comprobar que no son capaces, por razones culturales, de comprender el carácter delictuoso de sus actos** (e.g., robo de ganado, lesionar o matar a una persona) o que, dándose cuenta de este aspecto, eran incapaces de determinarse de acuerdo a las pautas culturales ajenas (1997a: 121; resaltado nuestro).

El problema es que «el lenguaje es muy traidor» y en lugar de regular el «error de comprensión culturalmente condicionado», la norma tipifica «un caso particular de incapacidad debido a la falta de interiorización de pautas culturales que pertenecen al grupo cultural dominante» (Hurtado Pozo 1997b: 629). Esto significa que el legislador confundió la tipificación y las consecuencias de la incapacidad penal con la figura del error de comprensión. En efecto,

Entre nosotros, se ha incorporado en nuestro Código Penal el artículo 15 sin la debida reflexión y sin considerar los efectos que, a pesar de las buenas intenciones de sus autores, puede tener su aplicación. Esta insuficiente reflexión doctrinaria explica que entre nosotros se califique a la exención de responsabilidad penal, prevista en dicha disposición, de «error culturalmente condicionado» (Hurtado Pozo 1997a: 117).⁶

Más allá de las cuestiones de técnica jurídica, el problema es que este artículo se fundamenta en una concepción errónea de la diferencia cultural. En lugar de definirla en términos pluralistas e interculturales, se opta por caracterizarla como fuente de incapacidad, como una carencia de conocimientos sobre la cultura hegemónica.

La actual regulación del art. 15 tiene el efecto paradójico de concluir afirmando, en parte, algo que fue criticado debidamente: el considerar a los indígenas o aborígenes como incapaces por el simple hecho de ser diferentes culturalmente de quienes producen, controlan y aplican el sistema de control social (Hurtado Pozo 1997a: 124; 1997b: 629).⁷

Así, es diferente no el que tiene un universo simbólico alternativo tan valioso como el dominante sino aquel que es sancionado como incapaz de comprender y compartir las prácticas culturales hegemónicas. Por eso, desde el punto de vista del sentido emancipatorio que pretende tener la legislación especial, la formulación y aplicación de esta norma tiene efectos contraproducentes. Impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar sus beneficios.

Sin embargo, es necesario anotar que en el ámbito judicial, el artículo 15 es frecuentemente invocado para eximir de responsabilidad o atenuar la pena a los indígenas procesados penalmente. No obstante, en el caso de la Corte Superior de Justicia de Loreto,

⁶ «Dada la peculiar manera como ha sido redactado el artículo 15, resulta conveniente comprender esta disposición como una regla preveyendo un caso especial de incapacidad penal y no una forma de “error culturalmente condicionado”. [...] en cierta forma el artículo 15 resulta superfluo en la medida en que la gran mayoría de los casos en que la represión comporta un conflicto cultural pueden ser resueltos como casos de error de prohibición. [...] Hubiera sido mejor completar la regulación del error de prohibición con una prescripción obligando a los jueces a tomar en consideración la cultura de los procesados» (Hurtado Pozo 1996: 124). Una solución alternativa, como señala Milagros de Pomar, consiste en la aplicación del principio de lesividad para determinar si el bien jurídico afectado es relevante en una comunidad determinada. Si no lo es, el juez podría determinar que la conducta no debería ser sancionada (de Pomar, com. pers. 11-08-2005) (Ver también Villavicencio 2006 y Bramont-Arias 2005).

⁷ Como el derecho también tiene implícita una política cultural que educa a los ciudadanos y magistrados sería menester reformar este artículo siguiendo las recomendaciones del Dr. Hurtado Pozo. De lo contrario, el signo de la aplicación de la legislación especial seguirá siendo discriminatorio y excluyente.

este se invoca de oficio porque en los últimos años son escasos los abogados que recurren a él en sus estrategias de defensa judicial. En cualquier caso, el peritaje antropológico es uno de los medios probatorios más eficaces para activar dicho artículo y, en general, la legislación especial penal.

3.4. El objeto de la pericia antropológica en el ámbito penal

Como señala el tratadista colombiano Hernán Darío Benítez, el peritaje antropológico tiene dos objetivos específicos, a saber, dirimir si una persona pertenece a un universo social y cultural diferente al consagrado en la ley penal, y si esa pertenencia lo hizo actuar ilícitamente, sin comprender el carácter delictivo que su acto tiene para el derecho oficial (o, si aun comprendiendo una norma no es capaz de motivarse por ella). Por eso, el peritaje antropológico no es el lugar adecuado para ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre «una cultura». Es más bien un instrumento judicial que ilustra a los magistrados sobre las características culturales específicas de la persona imputada penalmente.⁸

El hecho que se pretende averiguar es el que determina la clase de perito que ha de intervenir: para el caso que nos ocupa lo que se investigaría por medio del peritazgo [antropológico] sería **la pertenencia o no del individuo a otro grupo cultural diferente de la cultura hegemónica; y si esta pertenencia, que implica otra forma de concebir el mundo, lo condujo a actuar de manera ilícita** (1988: 132; resaltado nuestro) (Ver también: Hurtado Pozo 1996:121).

Si el eje del examen pericial es la persona y no la cultura en abstracto, también debe tenerse presente que la pericia, *strictu sensu*, no es un alegato a favor del procesado ni una cerrada defensa de las prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que apreciarán los magistrados. El perito, según el derecho procesal penal, es un órgano de prueba que tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de la conducta del imputado para determinar la existencia de la responsabilidad penal y la sanción aplicable:

...las demostraciones antropológicas no buscan justificar la no sanción; no afirman la involuntariedad del daño causado y mucho menos la equiparación de objetos de sanción y represión en nuestra sociedad con la del acusado. Se explica una realidad con base en el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura del acusado, así las razones sean claramente inconvenientes porque se puede prever de antemano que el sujeto va a ser sancionado. La contextualización cultural del caso permite al juez disponer de elementos para diferenciarlo o no como delito. (Sánchez y Jaramillo 2000: 89-90)

El problema, en general, es que los peritos tienden a realizar lo contrario: presentar alegatos a favor de «la cultura» del encausado en lugar de concentrarse en explicar a la magistratura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona condicionaron sus actos. En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las orientaciones culturales del imputado; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local donde se produjeron los hechos; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen limitado en su propósito, pero profundo en el análisis. Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista al procesado con otra batería de entrevistas a las personas involucradas en el caso y con un trabajo de campo corto que permita al perito formarse una idea de los hechos y de los condicionamientos

⁸ En esta materia disintimos de la opinión del Dr. Miguel Donayre Pinedo, quien sostiene que «se debe tener en cuenta que este peritaje no es sobre la persona sino sobre su entorno cultural» (1999: 3).

culturales que atravesaron los hechos sociales criminalizados. El problema es que los expertos trabajan en condiciones muy precarias en términos de plazo, recursos disponibles y apoyo logístico de las autoridades judiciales.

Otra dificultad del peritaje, esta vez ubicándonos en el aspecto antropológico, estriba en que cuando es preciso averiguar una circunstancia específica en relación con una persona determinada, **el informe se rinde en términos más bien generales**, es decir, lo que se obtiene del antropólogo no siempre es un dictamen sobre la situación particular de un sujeto, sino del estado de deterioro o pureza cultural de la comunidad a la cual pertenece este individuo. **A veces se recibe la impresión y ello es inevitable, de que lo juzgado es el *modus vivendi* de un conglomerado y las virtuales conexiones del sindicado con éste, y no la especialidad de las relaciones concretas y reales de ese sindicado con su cultura de origen y la forma en que hayan influido éstas para la realización de un acto que nosotros consideramos ilícito** (Benítez 1988: 135; resaltado nuestro).

No se trata, entonces, de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Se trata de examinar los hechos, la conducta y las orientaciones culturales de una persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico acumulado sobre determinada área o grupo social. Al respecto, si bien el peritaje explora la relación entre la pertenencia cultural de un individuo y cómo esta influye en su cumplimiento de las normas penales estatales, también será útil ponderar si su comportamiento es tolerable o intolerable para su grupo de referencia social y cultural porque eso ampliará la comprensión y los elementos de juicio del magistrado.

Al final, los resultados del examen antropológico se deben poner al servicio del juzgador para que éste realice una lectura intercultural tanto del derecho aplicable como de la conducta del imputado. El nuevo Código Procesal Penal (en adelante el nuevo CPP) prescribe expresamente que para la aplicación del artículo 15 se debe practicar una pericia que se pronuncie sobre las pautas culturales de referencia del procesado (artículo 172, inciso 2),⁹ es decir, que excluya apreciaciones sobre la culpabilidad.

3.5. Enfoques sobre la función del peritaje antropológico

Hemos identificado tres enfoques sobre la función y el significado del peritaje antropológico en las causas judiciales. El primero cuestiona radicalmente el papel del antropólogo perito; el segundo presenta al peritaje como una contraposición entre el saber judicial y el antropológico; y el tercero postula su papel ilustrativo y funcional en la administración de justicia.

Francisco Ballón (2002), por ejemplo, señala que lo democrático, emancipatorio y realmente pluralista sería que las autoridades judiciales convocaran a los propios indígenas como expertos en su cultura y costumbres. El problema para Ballón es que los antropólogos son unos mediadores culturales dotados de un saber-poder que interfiere y distorsiona la genuina expresión y difusión del conocimiento indígena. Esta posición principista y coherente lo lleva a cuestionar raigalmente el papel del perito antropológico:

...si se tratara de un indígena, el juez peruano estaría muchísimo más dispuesto a pedir opinión antropológica, que a acudir a un especialista del propio pueblo para escuchar su versión. [...] Para el indígena es requerido un «especialista» (alguien en posición [sic: posesión] de un «poder» ajeno a los indígenas) que «diga» la costumbre indígena. La cultura indígena es despojada de sus propios especialistas. En rigor, el despojo es a la capacidad de los pueblos

⁹ Código que viene entrando progresivamente en vigencia desde el año 2006 y se ha previsto que el proceso concluya el 2016.

indígenas a hacer valer, explicar y difundir sus modos culturales sin intermediarios. (Ballón 2002: 78)

En rigor, sin embargo, esta crítica puede también ser objetada porque no llega a su conclusión lógica. La mediación de expertos en una cultura ajena es ciertamente un problema que expresa la hegemonía legal, política y cultural de la sociedad dominante; pero el problema de fondo es que aun si contáramos con peritos indígenas, su conocimiento sería comprendido y asimilado en función de los códigos legales y semióticos de los magistrados que resuelven las causas judiciales. La información proporcionada por los peritos indígenas pasaría a integrar el régimen de verdad y poder encarnado en la configuración estatal y social vigente (Foucault 1983; Sánchez 1992). No sería suficiente que la información pericial sea producida por indígenas porque son los jueces quienes la interpretan.¹⁰ El reto y la solución están en diseñar mecanismos que además de reconocer la facultad de producir y asignar derecho a los pueblos indígenas, promuevan la comprensión intercultural de los jueces en las causas indígenas ventiladas en las cortes estatales.

En todo caso, frente a la crítica radical de Ballón pueden plantearse algunas alternativas prácticas. Una posibilidad teórica es la de recurrir a los antropólogos indígenas (*native anthropologists*). El problema es que todavía no contamos con un número suficiente de indígenas graduados en ciencias sociales para asumir el rol de peritos judiciales. No hay duda de que un indígena sabe más sobre su cultura que cualquier antropólogo pero los magistrados y el sistema judicial exigen que los peritos nombrados estén acreditados académica y profesionalmente. Otra posibilidad, en concordancia con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales,¹¹ es la de nombrar dos peritos, un indígena y un científico social, dotados del conocimiento necesario para ilustrar a la judicatura. Además, es factible que los propios indígenas utilicen los modelos y categorías judiciales para preparar sus propios alegatos y testimonios culturales¹², a través, por ejemplo, del *amicus curiae*.¹³

¹⁰ Yrigoyen observa que «por el peritaje, los peritos o expertos –ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etcétera) o miembros de las comunidades indígenas– sólo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden, la decisión la toma el juez». (1999: 98)

¹¹ En el proceso civil los peritos son propuestos por los colegios profesionales y nominados por el consejo ejecutivo de cada distrito judicial. Sólo por excepción se establece que «cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos señalados» (artículo 268 del Código procesal Civil). Éste se aplica de manera supletoria al Código de Procedimientos Penales en razón de la primera disposición final del Código Procesal Civil. Los artículos 274 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescriben la misma fórmula: los colegios profesionales «y las instituciones representativas de cada actividad u oficio debidamente reconocidas» remiten sus nóminas y las cortes superiores las publican. El Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) creado en 1998 también estableció que el perito debía «estar acreditado por el Colegio Profesional o institución representativa de su actividad u oficio», además de aprobar un proceso de evaluación dirigido por la corte superior del lugar. El Código de Procedimientos Penales establece que se «deberá nombrar de preferencia a especialistas donde los hubiere [y] a falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia» (art. 161). Disposiciones similares pueden encontrarse en los artículos 173 y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal para los casos en los cuales se encuentre vigente. La lectura restringida de estas normas es evidente pues no se conocen nombramientos como los exigidos por Ballón.

¹² De hecho, en los expedientes penales revisados se observa que se viene forjando una práctica que consiste en la presentación de documentos como las «constancias de morador» o los memoriales a favor de los procesados indígenas. Las constancias son otorgadas por las organizaciones y comunidades nativas para acreditar que el procesado es indígena y pertenece a una comunidad. Los memoriales, firmados por decenas de personas, son presentados para explicar a las autoridades que la conducta del procesado se ajusta a las normas comunales y que, en consecuencia, no debe ser sancionado.

¹³ Este es un interesante mecanismo de participación ciudadana que debería ser incorporado a los procesos de reforma judicial. No sólo los expertos o instituciones interesadas en un caso deberían tener

El segundo enfoque sobre el peritaje afirma que su función es la de contraponer el saber antropológico a las formas de conocimiento y poder del sistema judicial oficial. Al respecto, la destacada antropóloga colombiana Esther Sánchez señala que el peritaje antropológico debe emplearse para influir en los casos de procesados que no comparten los valores culturales y sistemas simbólicos de los jueces. El peritaje no debe simplemente «traducir, enseñar o equiparar el funcionamiento de una cultura» con otra sino que debe «trascender los niveles demostrativos implicando el reto de contrarios» y explicar «al juez el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura del acusado» (1992: 83, 89). El objetivo final es cuestionar el conocimiento judicial y oponerle un saber abierto, emancipatorio e intercultural. De esa forma se desafían los fundamentos políticos y epistemológicos de la verdad judicial y se abren espacios de diálogo y comprensión intercultural.¹⁴

Sobre este punto, es importante anotar que el sistema judicial se relaciona con la sociedad a través de un lenguaje peculiar (jerga judicial). Se sigue de la argumentación de Sánchez que la tarea del perito radica en cuestionar las formas de comprensión procesadas en el lenguaje legal ofreciendo un saber cultural y políticamente sensible a la diferencia. El problema es que la práctica judicial desarrolla un tipo de conocimiento y poder especializado que se procesa en un lenguaje cuasi-esotérico e incomprensible para la mayoría de la población, inclusive para los sectores más instruidos en otras ramas científicas y humanísticas. Es más, la potestad de asignar derechos y sanciones faculta a los magistrados a «traducir» los otros tipos de conocimiento especializado (e.g., ingeniería, contabilidad, psicología) a las categorías, tipos penales y modelos cognitivos del derecho oficial.

Así, no sólo el conocimiento indígena sino cualquier otro tipo de saber (e.g., antropológico) debe ser traducido a la jerga judicial. Naturalmente, el desencuentro entre las categorías judiciales y las indígenas es radical porque pertenecen a dos matrices culturales diferentes que además se hallan en una relación de poder asimétrica. Ahí, en la capacidad de exponer y sustentar un conocimiento alternativo al modo judicial de conocer la realidad social, radica el reto de cualquier perito enfrentado al problema de transformar su conocimiento en enunciados judicialmente inteligibles.

El tercer enfoque sobre el significado del peritaje cultural en los procesos judiciales sostiene que se trata de un medio probatorio que cumple un papel funcional en la impartición de justicia. A diferencia de las dos posturas anteriores, esta posición no reviste ningún sentido crítico y es de un neto corte positivista. Se limita a describir y analizar el examen antropológico desde un punto de vista institucional y legal, ubicándolo como un tipo particular de la pericia judicial y enfatizando el papel ilustrativo que cumple en la formación del juicio del magistrado.

la capacidad de contribuir con la administración de justicia. La Ley Orgánica del Poder Judicial sólo incluye «informes ilustrativos de instituciones profesionales» (artículo 275), pero esta facultad debería ampliarse a otros actores sociales. «Para algunos juristas es conveniente retomar la institución de tradición anglosajona resumida en la idea del *amicus curiae*. La idea es que el pueblo pueda hacer valer su opinión ante el juez y exponerle a título de amigo o colaborador del tribunal su opinión ante un tema» (Cifuentes Ordóñez 2000: 44).

¹⁴ «El sistema jurídico que investiga, juzga y reprime a los indígenas haciendo abstracción, por desconocimiento del acto definido como no sancionable y particular a una sociedad, está ejerciendo un poder, el poder, a partir de su conocimiento, ¡pero no justicia!». Por eso, «la estrategia de poder que el peritazgo contrapone es metodológicamente la posibilidad de cuestionar en otro conocimiento [la investigación y los resultados judiciales]» (Sánchez 1992: 90,89).

3.6. El peritaje en la legislación peruana

En el ámbito del derecho procesal civil, las pericias proceden «cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga» (artículo 262 del Código Procesal Civil de 1992, en adelante CPC). Para ello se debe indicar con claridad sobre qué puntos versará y cuál es «el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia». Es facultad del juez designar a uno o más peritos pero las partes también pueden presentar informes especializados. Los dictámenes periciales deben estar motivados y ser explicados en la audiencia de pruebas (artículos 263-266 del CPC).

En el campo penal, el Código de Procedimientos Penales de 1940, todavía vigente en algunos distritos judiciales hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, prescribe las condiciones y características de la pericia judicial. En la etapa instructiva, el juez nombrará dos peritos «cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales». Estos expertos deberán ser profesionales acreditados por los colegios profesionales o, a falta de éstos, personas de «reconocida honorabilidad y competencia en la materia» (artículos 160 y 161) que deberán «**expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados**» (artículo 26.b del Reglamento del REPEJ; resaltado propio)¹⁵. Asimismo, para aquellos casos en los que se encuentre vigente el nuevo CPP, serán los artículos 172 y 178 los que se refieran a la procedencia y características de la pericia. Considérese especialmente que al ser un medio de prueba, el peritaje debe ser pertinente, es decir, estar referido «al hecho que en el proceso debe probarse para determinar la responsabilidad» y no puede ser «totalmente ajeno al hecho incriminado» (San Martín 1999 II: 601).

Los peritos deben defender el contenido y la pertinencia de sus informes y, en caso de contradicciones, debatir ante y con el juez instructor, los abogados y el fiscal en una diligencia de entrega y ratificación pericial. Durante el juicio oral, los peritos también presentarán sus conclusiones y ratificarán su informe en una audiencia pública en la que los magistrados, el fiscal y el acusado podrán debatir sus resultados (artículos 167 y 259 del Código de Procedimientos Penales, y 174, 181, 242 y 378 del nuevo CPP). Así, el medio probatorio es sometido al principio de contradicción¹⁶ y eventualmente pasa a constituirse en prueba (artículos 167 del Código de Procedimientos Penales, Directiva n.º 008-2012-MP-FN y el artículo 242 del nuevo CPP; San Martín 1999 II: 585).

Así, el fiscal, que es el titular de la carga de la prueba, dirige la investigación y debe probar su acusación en el juicio oral, puede disponer de un «órgano de prueba» como el perito, quien «de oficio o a petición de los sujetos procesales, [practicará] un peritaje siempre que la explicación y comprensión de algún hecho requiera conocimiento especializado».¹⁷ En

¹⁵ El Reglamento de Peritos Judiciales (REPEJ) fue aprobado por Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N.º 351-98-SE-T-CME-PJ del 25 de agosto de 1998. El artículo 26 indicado señala: "Son obligaciones de los profesionales y especialistas inscritos en el Registro de Peritos Judiciales (REPEJ), las siguientes:

- a) Cumplir con las disposiciones emitidas por los órganos de Gobierno del Poder Judicial;
- b) Expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados;
- c) Presentación oportuna del informe pericial; y,
- d) Otras que se puedan establecer por norma expresa".

¹⁶ «La actividad probatoria debe estar presidida por los principios de contradicción e igualdad (...) La obtención de la convicción judicial requiere la instauración del contradictorio en un juicio oral y público, en el que las partes con igualdad de armas estén en condiciones de convencer al tribunal sentenciador» (San Martín 1999 II, 587-588).

¹⁷ Citando a García Valencia, San Martín enfatiza que «el objeto de la pericia son "los hechos para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter

este cuerpo legal se establece que el fiscal debe precisar el problema que se examinará en la pericia y podrá requerir a los organismos estatales,¹⁸ policía, universidades, colegios profesionales y, en general, a las personas naturales o jurídicas y públicas o privadas que aporten medios útiles para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.¹⁹ También se prescribe que a falta de peritos provenientes de estas instituciones, «los peritos serán dos por materia o problema y en caso de urgencia uno».²⁰ De esta forma, por ejemplo, el fiscal podría encomendar la realización de las pericias antropológicas al Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo, al Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana, a ONG especializadas en antropología amazónica, al Centro de Antropología Amazónica y Aplicación Práctica, a la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana o a las propias organizaciones indígenas regionales (San Martín 1999 II: 581-609).

Nombrados los peritos oficiales, el imputado, el actor civil y el tercero civilmente responsable también pueden designar sus propios expertos. Éstos podrán observar el trabajo de los oficiales y presentar dictámenes discrepantes. En todo caso, todos ellos tendrán acceso al expediente y deberán participar en el debate promovido por el fiscal. También se ordena que las pericias oficiales se limiten exclusivamente a analizar «lo que es indispensable a los fines de la apreciación científica o técnica que se les solicita» y, más importante aún, **se prohíbe que el perito emita «juicio respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado»** frente a los hechos que se le atribuyen (San Martín 1999 I: 403; resaltado nuestro).

Además, en un avance que permitirá tener informes periciales más ordenados se detalla el contenido que deben tener: nombres e identificación de los peritos, «la descripción de la situación o estado de hecho, sea persona o cosa, sobre la que se hizo el peritaje», la exposición detallada «de lo que se ha comprobado», la fundamentación del examen técnico, «la indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas» que se emplearon para practicar la indagación, las conclusiones y la fecha, sello y firma (artículos 222, 223, 224 del Código Procesal Penal de 1991, y artículo 178 del nuevo CPP).

Finalmente, es menester anotar que según el penalista César San Martín, la legislación anterior al nuevo CPP no faculta a los tribunales a ingresar pruebas de oficio durante el juicio oral (virtualmente el artículo 385 del nuevo CPP lo permitiría). Medios probatorios como el peritaje antropológico, por ejemplo, deberían solicitarse en la etapa instructiva del proceso y por eso, desde el punto de vista del rigor procesal, la práctica judicial vigente resulta (por lo menos en el distrito judicial de Loreto) muy discutible.

Los Códigos de 1940 y 1991 no contienen norma expresa que habilite al tribunal disponer la actuación de prueba de oficio. Los tribunales nacionales, sin embargo, sobre la base del principio de *investigación judicial autónoma*, sustentado en el interés que existe en la justa

científico, técnico o artístico. Se nombra peritos para (...) coadyuvar al fiscal en la búsqueda de la verdad» (1999 I: 400).

¹⁸ El artículo 173.2 del nuevo Código Procesal Penal enumera a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la PNP, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollen labor científica o técnica.

¹⁹ El Código Procesal Penal de 1991 establece que el fiscal fijará los honorarios de los peritos «que no sean servidores públicos, los mismos que serán cubiertos con fondos del Estado» (artículo 229). En los casos de aplicación del nuevo Código es el artículo 174.2 el que dispone que: « Los honorarios de los peritos, fuera de los supuestos de gratuidad, se fijarán con arreglo a la Tabla de Honorarios aprobada por Decreto Supremo y a propuesta de una Comisión interinstitucional presidida y nombrada por el Ministerio de Justicia.»

²⁰ «En defecto de dichas entidades, se nombrará dos peritos, pero en caso de urgencia puede nombrarse uno solo; **urgencia** que debe entenderse cuando no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para la instrucción». (San Martín 1999 I: 402)

actuación de la ley penal, actúan pruebas de oficio de modo regular. Esta actitud es, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable por cuanto la investigación autónoma es propia de la fase de instrucción pero no del acto oral y, además, porque la ley no habilita tal poder al órgano jurisdiccional" (San Martín 1999 II: 608).

Como se comprobará al analizar las pericias antropológicas que figuran en los expedientes revisados, la costumbre judicial establecida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto ha impuesto el criterio objetado por San Martín. El propósito de los vocales es plausible porque al ordenarlas tratan de subsanar la actuación de los jueces inferiores y contar con más medios para formar su convicción judicial. Además, por lo general los resultados del examen se constituyen en un medio de defensa adicional del procesado. Sin embargo, la exigencia de atenerse a las formalidades procesales ratifica la necesidad de practicar las pericias antropológicas en la etapa instructiva del proceso penal.

4. Diagnóstico y análisis

4.1. Inventario y análisis de expedientes con peritajes antropológicos

Son cinco expedientes judiciales que cuentan con peritaje antropológico y que han sido ubicados y revisados tanto en la ORI-DP como en la Sala Penal, los Juzgados de Primera Instancia y el Archivo Central de la Corte Superior de Iquitos. A continuación ofrecemos una descripción y análisis de cada uno de ellos:²¹

- a) Expediente n.º 98-173
Denunciado: W.V.C.
Agraviado: A.G.V.
Delito: Homicidio
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 1998
Con Peritaje antropológico practicado por L.L.

La pericia antropológica fue ordenada por el juez del Tercer Juzgado Penal el 12 de diciembre de 1998 a solicitud del abogado defensor de W.V.C. y practicada el 7 de enero de 1999. El pedido de la defensa fue expreso: «solicitamos se nombre a la antropóloga L.L., especialista en estos peritajes, que labora en el Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo» (Lima). Cuando la causa se elevó por apelación de la sentencia emitida por el juez, el superior ordenó que el juzgado ampliase el plazo de instrucción para practicar una serie de diligencias como la pericia antropológica, el examen psicológico del procesado, la inspección ocular y la reconstrucción de los hechos.

²¹ Además de los expedientes analizados, se han encontrado huellas documentales de otros tres pero éstos no pudieron ser ubicados en la Corte.

- a) Expediente n.º 01-1469, Denunciado: G.B.G., Agraviada: L.C.R.V., Delito: homicidio y violación sexual de menor de 14 años Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 2001. **Peritaje antropológico pendiente, ordenado desde el 1-7-2002**
- b) Expediente n.º 01-441, Denunciado: R.M., violación, **Con P.A. Falta ubicarlo físicamente.** Según los cuadernos de oficios se encuentra en la Mesa de Partes de la Sala Penal de la CSJL pero no fue ubicado por los responsables.
- c) Expediente n.º 00-251, Denunciado: W.S.T., violación, **Con P.A. Falta ubicarlo físicamente.** Según los cuadernos de oficios se encuentra en la Mesa de Partes de la Sala Penal de la CSJL pero no fue ubicado por los responsables.

La primera sentencia del juzgado fue pronunciada el 6/10/1998, pero fue anulada por la Corte Superior. En esta resolución, el acusado fue sentenciado a seis años de carcelería por haber sido considerado responsable convicto y confeso del delito de homicidio de «un brujo no querido por su comunidad» a quien ahorcó con una soga y arrojó al río «para dar tranquilidad a su pueblo». El juez atenuó la responsabilidad penal del acusado y aplicó el artículo 15 del Código Penal aceptando que «se trata de un nativo integrante de una comunidad Quichua que ha incurrido en el acto de eliminación física del agraviado movido por costumbres y actos ancestrales».

En la segunda sentencia del 17 de febrero de 1999, emitida luego de realizarse las pruebas y diligencias ordenadas por la Sala Penal, el procesado fue condenado a cinco años de cárcel. El juez reprodujo los considerandos de su primera resolución aunque parece que se basó en las nuevas evidencias, entre ellas el peritaje antropológico, para reducir la pena a cinco años de cárcel. Hizo suyo el argumento pericial de que «todo este soporte legal [la legislación especial] si bien no va a eximir de la pena a quien cometa el delito, en el caso que nos ocupa, si bien es un acto punible, puede [servir para] comprender mejor las circunstancias en que se cometió el delito y puede atenuarse la pena por ausencia de la culpa subjetiva [sic]». También se apoyó en el peritaje para invocar «la atenuante del “error de comprensión culturalmente condicionado”».

La Sala Penal confirmó esta sentencia el 17 de marzo de 1999 admitiendo el empleo del artículo 15 «pero sólo como atenuante de la pena para rebajarla por debajo del mínimo legal ya que el encausado no obstante pertenecer a una comunidad nativa tenía la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto». Aunque no hizo referencia directa al informe antropológico, se presume que aceptó el uso argumentativo que la resolución inferior hizo de él.

El informe pericial está fechado y fue presentado al juzgado el día 7 de enero de 1999. Contiene una serie de generalidades históricas, sociales y culturales sobre los Quichua del río Napo y algunas referencias a la forma en que debe aplicarse la legislación especial en función a los derechos humanos. Sin embargo, no tiene ni una sola mención sobre el procesado y su entorno cultural específico o sobre el caso en sí mismo o sobre la vida en la comunidad nativa Sargento Lores (donde vivían el acusado y el agraviado). Las únicas partes relevantes al caso son las que tratan, en forma genérica, las concepciones sobre la brujería, la muerte por brujería y las sanciones sociales que aprueban la eliminación de «los brujos malos o shamanes vengativos» (puntos 19, 20).

Sólo en un escrito que también presentó el día 7 de enero a las 11:40 a. m., la perito da cuenta de una entrevista sostenida con el acusado a las 9:00 a. m. en el penal de Guayabamba y ofrece algunos pormenores relevantes. Señala que el procesado ratificó su condición de indígena y que reconoció el delito cometido «pero que su comportamiento responde a costumbres y prácticas culturales de su pueblo». Por eso, por ejemplo, ahorcó al brujo «con una cuerda porque si lo baleaba se transformaría en animal y continuaría haciendo daño». Además, la conversación le permitió confirmar que «la organización tradicional quechua subsiste hasta hoy y que el brujo G. pertenecía a la llacta [unidad residencial del ayllu] de Lagartococha, lugar donde existen varios brujos que se dedican a hacer daño». La perito finaliza su comunicación indicando que «si bien la entrevista duró una hora, los conocimientos que fue transmitiendo el procesado nos permiten concluir que se trata de un poblador indígena quechua del Napo que actuó de acuerdo a sus costumbres y que aquello que para nosotros es delito para él no lo es».

Este informe pericial es técnicamente deficiente. Carece de especificidad, no desarrolla un análisis detallado del acusado y sus condicionamientos culturales, ni una argumentación que hilvane el comportamiento del encausado con sus perspectivas culturales (aunque el escrito aclaratorio tenga algunos indicios para hacerlo). El examen no está sustentado en material etnográfico directamente relevante a la comunidad nativa Sargento Lores y esta deficiencia tampoco se pudo suplir con un trabajo de campo aunque sea limitado (suponemos

que, por escasez de medios, ni siquiera se planteó esa posibilidad). Por eso restringió sus elementos de análisis al expediente, a la entrevista realizada y a la literatura etnográfica general sobre los Quechua del río Napo. Desde el punto de vista del resultado, sin embargo, cumplió el objetivo de dar fundamentos a los magistrados para que aminoren la pena impuesta.

- b) Expediente n.º 98-302
Denunciado: T. T. G.
Agraviado: E. S. M.
Delito: Homicidio
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 1998
Con Peritaje antropológico practicado por L.L.

El peritaje fue ordenado por el juez instructor el 26 de enero de 1999 a pedido del abogado defensor y encomendado al Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo. El 10 de febrero de 1999, a las 9:00 a.m., la perito se entrevistó con el procesado en el penal de Guayabamba y a las 2:50 p.m. entregó su informe antropológico. Este documento es una transcripción literal de la pericia practicada en la causa 98-173 por la misma antropóloga. La única excepción son las generales de ley y un par de párrafos iniciales en donde se describen sucintamente los hechos del caso y los resultados de la entrevista. Por esta razón, adolece de los problemas y carencias observados en el peritaje anterior.

La falta de base empírica para sustentar el análisis parece haber sido observada por el juez, quien en la diligencia de ratificación del peritaje le pregunta, «¿qué sabe sobre los hechos materia de investigación?». La experta le responde «que no conoce los hechos sino a partir de la entrevista con el inculcado y de las conversaciones previas con el juez y con el abogado defensor». Aun así, cuando le pregunta «¿qué elementos ha tenido en cuenta para emitir sus conclusiones en relación a la muerte de E.S.M., el mismo que presuntamente ejercía brujería en su comunidad?», la perito contesta «que básicamente tres elementos: aspectos históricos para conocer la forma de asentamiento y origen del grupo en la zona; aspectos culturales como organización social, matrimonio, mitos, creencias (se ha resaltado el análisis del rol del brujo en la comunidad), costumbres, cosmovisión y lengua, además de sistemas de parentesco [y] aspectos legales como la ley de comunidades nativas, la Constitución (...)». Estas aseveraciones contrastan con el contenido fáctico del informe que más bien está redactado a un nivel de abstracción alto, sin considerar los hechos del caso ni las prácticas culturales específicas de las personas involucradas en el caso.

Más allá de estas observaciones, los juzgadores se ampararon en el peritaje antropológico para aplicar la legislación especial y atenuar la pena. La sentencia del 15 de enero de 1999, «a la luz del instituto penal del error de comprensión culturalmente condicionado», lo condenó a cuatro años de cárcel efectiva por el delito de homicidio. El juez asumió el razonamiento pericial sobre el sentido de la ley especial: no «eximir de la pena a quien cometa un delito» pero sí reducir la sanción. Por mayoría, la resolución del tribunal superior del 8 de junio de 1999 revocó la sentencia y redujo la pena a tres años de prisión suspendida. Se apoya, entre otras pruebas, en el peritaje antropológico «donde se dan explicaciones sobre el desarrollo de los miembros de estas comunidades y de la fuerte cosmovisión donde los brujos malos alteran el mundo y solamente la muerte puede salvar a dicho grupo». En un voto singular, el tercer vocal resolvió que debía confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque estuvo de acuerdo en la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

- c) Expediente n.º 99-73
Denunciado: J.J.A.M.
Agravada: T.M.S.M.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 1999
Con Peritaje antropológico practicado por Javier Gutiérrez

El peritaje antropológico fue ordenado por la Sala Penal el 7 de enero de 2000. La Sala «consultó al señor Fiscal si es necesario que se realice un peritaje antropológico en vista de que el acusado ha venido sosteniendo que es normal mantener relaciones sexuales con menores de edad en la comunidad nativa de Payarote» (río Marañón). El fiscal opinó a favor y se procedió a cursar un oficio al Defensor del Pueblo para que se practique el examen «debiendo anotar sobre las costumbres étnicas de las comunidades nativas». La Representación Defensorial de Iquitos encargó a su Comisionado Antropólogo la pericia y éste entrevistó al procesado el 14 de enero de 2000 en el penal de Guayabamba. El informe fue presentado el 17 de enero de 2000 y debatido en audiencia oral al día siguiente.

A diferencia de los dos peritajes anteriores, la audiencia de ratificación del informe fue más extensa y los vocales se mostraron más inquisitivos. Inclusive llegaron a cuestionar que haya incluido una referencia a la forma en que la Sala podría aplicar el artículo 15 del Código Penal al caso: «¿Usted acostumbra poner en sus conclusiones de sus peritajes instrumentos legales? Dijo: no señor, tendré más cuidado». Al final concluyeron «que J.J.A.M. es miembro de la comunidad nativa Cocama» (sic). Mientras en su requisitoria oral el Fiscal Superior precisó que la pericia «sólo se refiere a la [condición] étnica que tiene el acusado» y opinó que no debía ser declarado exento de pena, el abogado defensor la empleó para sustentar su alegato en favor de la absolución del acusado.

En la sentencia pronunciada el 24/1/2000, la Sala condenó a seis años de carcelería a J.J.A.M. Invocó la legislación especial (artículo 15 del Código Penal) y sostuvo que se trató «de una conducta disidente, es decir, que la persona tiene una comprensión del ilícito penal que ha cometido pero que por sus costumbres no puede evadir totalmente la comisión del hecho infractor». Afirmó, basada en la pericia, «que esta persona es de origen Cocama» y reconoció que el acusado «por su permanente contacto con la cultura occidental sabe y conoce que mantener relaciones sexuales con menores de edad es una acción sancionable [pero que] al momento de encontrarse nuevamente con sus congéneres ha actuado de conformidad con sus costumbres». Apoyándose en el informe antropológico, la Sala argumentó que dentro de esas costumbres está la de mantener relaciones sexuales «con frecuencia» y sin sanción, incluso con menores de edad, por lo que debía colocar el caso a la luz de una apreciación intercultural de los hechos denunciados.

Comparada con las pericias anteriores, ésta contiene más precisiones sobre el acusado, su conducta, el universo cultural Cocama y las tensiones internas en la comunidad nativa de Payarote (río Marañón) que habrían motivado la denuncia (una venganza e intriga del Apu para colocar a otro profesor bilingüe en reemplazo de J.J.A.M.). Su análisis lo llevó a concluir que «la procedencia de los padres, los apellidos y el dominio del idioma son indicios claros de su identidad cultural Cocama». Esta afirmación fue retomada por la Sala Penal al momento de emitir su sentencia. También destaca su intento de explicar las costumbres sexuales y conyugales que condicionan el comportamiento de los Cocama (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre padres de la menor y el hombre) porque era una información necesaria para ilustrar a los magistrados. Sin embargo, el documento también incurre en una serie de generalizaciones sobre la historia y cultura del pueblo Cocama que no son directamente relevantes al caso. Pero, al margen de este reparo, la

pericia nuevamente sirvió para sustentar la reducción de la pena invocando la legislación penal especial.

- d) Expediente n.º 00-582
Denunciado: D.T.V.
Agravada: G.T.V.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Sala Penal, Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, 2000
Con Peritaje antropológico practicado por Alberto Chirif

En este caso, la «Sala Penal dispuso se realice la pericia antropológica no efectuada en el Juzgado, por lo que solicitó a la Defensoría, área de comunidades indígenas, su colaboración, la misma que se derivó a la Representación de Iquitos» (f. 135). El peritaje fue ordenado el 24 de octubre de 2000 y entregado el 20 de noviembre de 2000. En la demora influyeron las coordinaciones realizadas entre el Programa Especial de Comunidades Nativas de la Defensoría y la ORI-DP. En una muestra de la falta de formalidad del procedimiento de selección del perito, la Sala cursó oficios al Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana, a la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, al Programa de Educación Bilingüe Intercultural y «a la Defensoría del Pueblo de Lima **para que informen si realizan exámenes antropológicos**» (f. 99; resaltado nuestro). El perito ratificó su informe en audiencia pública del 22 de octubre de 2000 y, en virtud del debate sostenido con la Sala, el examen se constituyó en prueba.

Para practicar su pericia, el Dr. Chirif revisó el expediente y recibió copias del atestado policial, acusación fiscal, manifestaciones policiales de las partes involucradas y la declaración preventiva de la agraviada. También se entrevistó una vez con el acusado en la cárcel de Guayabamba, con el lingüista Rolando Rich, misionero del Instituto Lingüístico de Verano que desde hacía cuarenta años trabajaba con los arabela, y con «gente de la comunidad». Finalmente, consultó obras históricas sobre el área cultural, las misiones y el traumático proceso de colonización y explotación de los Záparos en general y los arabela en particular, pero advirtió «la falta de estudios [etnográficos] específicos sobre este pueblo».

El informe presenta una síntesis de los hechos, la denuncia y las fuentes utilizadas. También incluye una sección de normas aplicables que, en rigor, escapa a los parámetros técnicos de una pericia judicial. Luego revisa brevemente las referencias históricas y antropológicas más importantes para comprender al «procesado y su entorno» y analiza los rasgos biográficos de D.T.V. y las posibles causas que lo llevaron a entablar una relación conyugal con su sobrina. Identifica al encausado como un indígena arabela, analfabeto, con escasa comprensión del castellano y miembro de la comunidad Flor de Coco (ubicada «a 20 horas en bote desde Santa Clotilde [capital del distrito de Napo], es decir, Selva adentro, en el Alto Napo», dice la sentencia de la Sala Penal). Sugiere como hipótesis que los arabela han modificado la regla del matrimonio preferencial entre primos cruzados (hombre con hija de la hermana del padre) debido a la dramática caída del número de mujeres disponibles en sus comunidades (señala que al año 2000 sólo quedaban unos 150 arabela). Esta carencia, junto con la aceptación social de las relaciones sexuales intergeneracionales podría haber «originado el reacomodo de las normas referidas a la relación intersexual al interior de la sociedad Arabela».

Además, emplea las declaraciones de la menor, la propia denunciante y el acusado para probar que los arabela «consideran algo normal» ese tipo de relaciones. Se trata de un «hecho cultural que no hay que tener temor de confesar». El experto también afirma que la denuncia de la violación y embarazo de la menor fue producto de la presión que ejerció un agente externo (un médico misionero de Santa Clotilde) sobre la tía de la menor (hermana del

procesado) pues de lo contrario «el hecho en cuestión habría sido manejado por la propia comunidad de acuerdo a sus propios usos y costumbres».

La pericia finaliza con una argumentación legal sólida y bien elaborada sobre la forma en que deben aplicarse al caso los artículos 15 y 45 del Código Penal y el Convenio 169 de la OIT. Además, señala que «no podemos dejar de opinar que una pena de 25 años nos parece excesiva» porque «el acusado no hizo uso de la violencia para establecer relaciones sexuales con la menor" y porque «el acusado reconoce su responsabilidad en esta relación pero no asume el hecho como un delito culposo». Enfatiza que «las carencias del inculpado han sido claramente expuestas en el presente informe, así como también su pertenencia a una cultura diferente con sus propias costumbres».

Posteriormente, tanto el Defensor de Oficio como la Sala sustentaron sus afirmaciones en el peritaje. El primero indicó, en su alegato oral, que gracias al examen «se ha determinado que el acusado es integrante del pueblo indígena Arabela, [los] que consideran el hecho como algo normal». La Sala, al declarar exento de responsabilidad penal al procesado, se amparó en la información pericial de «que la mayoría de grupos indígenas tienen como costumbre mantener relaciones sexuales con jóvenes» (menores de 14 y mayores de 10 años) (f. 135). También llegó a la convicción «de que estamos frente a un indígena que proviene de un grupo étnico ubicado en el Alto Napo, a más de cuarenta horas de navegación desde Iquitos [...] lo que podríamos decir que es Selva adentro» y de que «estamos ante un caso muy *sui generis* [sic] por tratarse de un miembro de una comunidad indígena que no está integrada a nuestra sociedad». Eso la lleva a sostener

...que es un sujeto proveniente de una cultura distinta a la nuestra, que tiene internalizados otros patrones culturales, que no sabe leer ni escribir, su comprensión del castellano es muy limitada y tiene problemas para comunicarse en castellano, lo que completa el cuadro básico y fundamental de ser un indígena cuyos patrones culturales son distintos a los nuestros y que estaría encuadrado en el error de prohibición culturalmente condicionado (...) (f. 138).

Este informe antropológico es el más completo y elaborado de todos los revisados. Cumplió el objetivo de ofrecer a la Sala Penal el sustento antropológico para aplicar la legislación especial. La falta de material etnográfico específicamente relevante y la carencia de un conocimiento directo de la comunidad Arabela involucrada fueron subsanadas en parte con la información proporcionada por el lingüista del ILV y las entrevistas realizadas por el perito. Si bien es cierto que lo óptimo hubiera sido respaldar las conclusiones con un trabajo de campo aunque sea limitado, también lo es que el perito no tuvo a su disposición los medios para realizarlo y debió limitar su indagación al expediente y las entrevistas mencionadas. Además, su reputación y amplio conocimiento sobre la realidad cultural amazónica le permitieron plantear una hipótesis convincente sobre los cambios en las relaciones intersexuales de los arabela que fue empleada por los vocales para elaborar su argumentación. Sin embargo, es necesario apuntar que el documento tiene los ribetes de un abierto alegato a favor de la irresponsabilidad penal del procesado y, como señaló la Sala, «se excede en sus conclusiones al referirse a cuestiones legales que corresponden a la magistratura y no a la pericia» (f. 135).

Es importante anotar que en este caso la abogada del procesado solicitó, el 2 de agosto de 2000, tanto una pericia antropológica como el nombramiento de un intérprete en la etapa de la instrucción ante el juzgado penal. Argumentó que era necesario «determinar las características étnicas y culturales (costumbre, idioma, origen, idiosincrasia) del procesado» y pidió que la pericia «se realice a través del área de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo» (f. 50). Consta en el expediente que el 6 de setiembre de 2000, el juez ordenó que se oficie a la ORI-DP «para que remita al Juzgado el nombre de un perito antropólogo», y que efectivamente preparó el oficio (f. 55, 56), aunque no se ha podido precisar si la ORI-DP lo recibió. En su Informe Final del 28 de setiembre de 2000 el juez

enumeró los informes recibidos y los medios probatorios actuados (atestado policial, declaraciones, instructiva, examen médico-legal) sin incluir a la pericia. Luego, el 17 de octubre de 2000, el dictamen acusatorio recogió el pedido de que «se nombre al perito antropológico ordenado por resolución del Juzgado» (f. 70v), pero el peritaje sólo fue dispuesto por la Sala Penal el 24 de octubre de 2000 y entregado por el perito el 20 de noviembre de 2000. Esto significa que, por diversos motivos, entre el pedido de la abogada y la presentación del informe antropológico transcurrieron tres meses y tres semanas (aproximadamente 108 días), lapso realmente excesivo y que ejemplifica la necesidad de crear los mecanismos para agilizar la actuación de este medio de prueba.

- e) Expediente Nº 00-2591
Denunciado: G.Y.T.
Agravada: J.L.L.T.
Delito: Violación sexual de menor de 14 años
Tercer Juzgado Penal de Maynas, Iquitos, 2000
Con Peritaje antropológico practicado por Javier Gutiérrez

El peritaje antropológico fue ordenado por la Sala Penal el 29 de marzo de 2001 «a fin de determinar si el acusado proviene de un tronco indígena». Se nombró como perito «al antropólogo Javier Mendoza [sic: Gutiérrez] Neyra» y se cursó el oficio a su centro de trabajo, el Programa de Educación Rural Fe y Alegría de Iquitos, el 4 de abril de 2001. El informe fue presentado el 11 de abril de 2001 y la entrevista al procesado fue realizada el 1 de abril de 2001. Esto significa que el experto fue contactado y se puso a trabajar en la pericia aun antes de ser notificado formalmente.

Lo interesante en este proceso es que el propio acusado se mostró dubitativo al afirmar su condición de indígena. Por ejemplo, en la audiencia oral del 28 de marzo de 2001 el fiscal le preguntó, «¿Usted es nativo?», y el acusado le contestó «No, señor». A la pregunta «¿Ud. sabe de las leyes?», el interrogado respondió: «No, porque en el colegio no enseñan eso» (f. 57). Luego, en otra audiencia, del 2 de abril de 2001, un vocal volvió a interrogarlo sobre el tema: «Pero tú en la sesión anterior dijiste que no eras nativo. Dijo: Es que yo pensé que me iban a decir si sabía hablar la lengua; ¿De dónde eres? Dijo: Soy “Cocama”. ¿Tus padres son de allá? Dijo: Que sí y hablan bien la lengua; ¿La agraviada es nativa también? Dijo: No sé». Como se observa, el acusado cambió su autoidentificación en menos de una semana, declarándose cocama y por lo tanto sujeto a un marco cultural diferente (no podemos afirmar que el cambio se haya debido a una decisión estratégica de la defensa).

Basado en esta afirmación señaló que el acto reprochado, la violación de una menor, era una práctica cultural diferenciada y no necesariamente criminal: «¿Sabías que tener relación sexual con una menor de edad es delito? Dijo: No sabía señor, sólo nos enseñan a no ser ladrón ni criminal; ¿Pero está prohibido tener relación sexual con menores de edad? Dijo: La ley prohíbe eso, pero ahí en esa comunidad [Lagunas] a los trece o catorce años ya se enamoran; ¿Qué requisito tiene que tener un varón para enamorarse? Dijo: Desde que sepa trabajar ya puede tener enamorada». Luego añadió que no había cometido delito «ya que no le hice el amor a la fuerza y creo que cuando hay amor no hay violación» (f. 61-62).

Además, consta en el examen antropológico que «al inicio de la entrevista el inculpado negó su pertenencia a pueblo indígena alguno, señalando razones como que no habla otros idiomas y no viste como “indio”. Al finalizar la entrevista reconoció que tiene sangre de sus antepasados, parientes que pertenecían al pueblo indígena Cocama Cocamilla» (f. 83). ¿Indujo el perito al acusado a autoidentificarse como indígena? Eso no queda claro pero sí podemos señalar que el razonamiento empleado por el experto para atribuir la identidad cocama a G.Y.T. no es muy consistente porque la conclusión no se sigue de las premisas que plantea: «Ambos padres, señala el inculpado, hablan correctamente el idioma Cocama y pertenecen al

grupo étnico Cocamilla. Sus abuelos vivían también en Arahunte (río Huallaga) y hablaban la lengua Cocama. **De ello se desprende su identidad cultural Cocama Cocamilla. Su procedencia [Lagunas, Huallaga], la procedencia de sus familiares, los apellidos y el dominio del idioma por parte de sus familiares, son indicios claros de su identidad cultural**» (f. 83; resaltado nuestro).

Por lo demás, el informe es muy interesante e importante porque encara el problema de la identidad indígena en los medios urbanos. G.Y.T. había vivido en Yurimaguas desde los seis años, viajó a Iquitos luego de haber prestado su servicio militar obligatorio y se estableció en la ciudad trabajando en una imprenta. El antropólogo Gutiérrez recurre a los criterios de «destrribalización» y aculturación para sostener que los Cocama Cocamilla han formado «enclaves indígenas» en Iquitos (Belén, Moronacocha) e inclusive han recreado sus mitos sobre la «tierra sin mal» a través de la Hermandad de la Cruz, un grupo indígena que ha asumido los patrones culturales de la sociedad dominante «pero no han sido asimilados (o aceptados) plenamente por esta sociedad ya que han logrado conservar muchas formas y prácticas culturales».

En el plano individual anota que «para un indígena resulta casi imposible integrarse con éxito a la sociedad mayor, la discriminación es muy marcada [y por eso] esconde su identidad cultural para adaptarse, superficial y exteriormente, al contexto» urbano (f. 85). El perito aplica estas observaciones al caso de G.Y.T. y con ellas explica su renuencia a identificarse como indígena y su percepción sobre la relación sexual con menores de edad (sólo hay violación cuando hay violencia física, no cuando hay falta de consentimiento). En forma complementaria, Gutiérrez resalta que el segundo apellido de la menor violada es de origen Cocama Cocamilla y por eso colige que ella también tiene ascendencia indígena. Es más, «este hecho remarcaría una natural e **inconsciente** búsqueda, identificación y acercamiento entre los Cocama Cocamilla» (f. 86; resalta a tiempos de página). Este razonamiento no es muy consistente y en todo caso habría que probar esa natural e inconsciente propensión endogámica.

Este punto, el de la identidad indígena en contextos urbanos fue el que marcó la pauta del debate judicial. Los vocales le pidieron que explicase la ambivalencia cultural creada por la migración. Por ejemplo: «¿Cómo se me puede considerar indígena si mis padres emigran a la ciudad y yo nazco en ella y por tanto ya no sería un indígena? [Gutiérrez] dijo: Las costumbres y usos tradicionales del pueblo indígena aún persisten debido a la capacidad que tienen de resistencia a los cambios culturales» (f. 90). El perito absolvió las preguntas y logró convencerlos porque la sentencia pronunciada el 4 de mayo de 2001 recoge las conclusiones del examen antropológico. La Sala anotó que el propio acusado había incurrido en contradicciones y ambivalencias con respecto a su identidad pero decidió aplicarle la segunda parte del artículo 15 del Código Penal:

...si bien ha actuado condicionado por sus patrones culturales y ancestrales, conforme lo señala el peritaje antropológico, [...] y que en su comunidad las menores de doce y trece años ya tienen relaciones sexuales, ello no nos puede hacer perder de vista que ha cometido el ilícito penal de manera consciente y a sabiendas de que la agraviada era una menor de catorce años por lo que su actuar delictivo está disminuido pero no exento de responsabilidad (f. 112).

Con este criterio de atenuación de la pena la Sala le impuso dos años de carcelería y ordenó su inmediata libertad.

El informe antropológico tiene la gran virtud de plantear el tema de la identidad y los derechos indígenas en contextos urbanos. También tiene el mérito de vincular esa discusión teórica con la situación personal del procesado. Es más, la Sala asumió su argumentación para sustentar la aplicación de la legislación especial. Sin embargo, no queda claro si el perito indujo al procesado a autoidentificarse como indígena en lugar de mantener distancia y objetividad analítica. Además, el razonamiento para fundamentar la identidad indígena de G.Y.T. no es

consistente. Tampoco es sólido afirmar que existe una natural e inconsciente propensión endogámica que unió al procesado con la agraviada. Por último, el informe contiene algunas generalidades tomadas del peritaje anterior que contribuyen muy poco al objetivo específico del examen (pertenencia y comprensión cultural de la persona evaluada).

4.2. Oportunidades y limitaciones para el empleo del peritaje antropológico

Las *oportunidades* para la difusión y correcta utilización del peritaje en las causas indígenas ventiladas en el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto son limitadas pero aprovechables.

En primer lugar está la línea de trabajo desarrollada por la propia ORI-DP para diseminar y explicar la legislación especial a los operadores y usuarios legales. La ORI-DP está en capacidad de incorporar a su magistratura de persuasión una línea de reflexión sobre la necesidad de emplear el peritaje antropológico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar el debido proceso a los inculpados indígenas. También está en aptitud de interponer sus buenos oficios ante las autoridades judiciales y del Ministerio Público para que soliciten o agilicen la realización de las pericias. Por último, la ORI-DP podría desarrollar masivas campañas de educación legal sobre la materia, en coordinación con las organizaciones indígenas y las ONG que prestan servicios legales alternativos. Las periódicas visitas que la ORI-DP realiza a los penales de Iquitos, por ejemplo, podrían ser un canal para recabar y atender las necesidades de los internos indígenas en esta materia (ver Cuadro 1).

En segundo lugar están las capacidades desarrolladas por los magistrados y operadores que propician la actuación del examen en las causas indígenas (ver 4.3). Es más, podría plantearse una serie de talleres para que los vocales y magistrados más entendidos discutan con sus colegas la importancia de emplear el peritaje antropológico en una jurisdicción como la de Loreto. En estas actividades el papel de los vocales y fiscales superiores de Loreto resulta clave porque en este momento son los que más recurren a la pericia antropológica.

En tercer lugar está la experiencia de los peritos antropólogos que han elaborado exámenes para la Corte Superior de Justicia de Loreto. Ellos tienen un conocimiento muy valioso que podría ser aprovechado y sistematizado para difundir el valor probatorio de la pericia cultural.

En cuarto lugar están las propias organizaciones indígenas, las autoridades y usuarios legales indígenas, y las ONG que prestan servicios legales alternativos. Las organizaciones indígenas podrían desarrollar cursos de *educación cívica intercultural* difundiendo y precisando la especificidad de los derechos indígenas individuales y colectivos, y cuáles son las mejores formas de tutelarlos (e.g., intérpretes, pericias antropológicas). Complementariamente, a través de cursos de capacitación y talleres coordinados por la ORI-DP con las ONG y las organizaciones indígenas, es factible diseminar el potencial que tiene la pericia antropológica para garantizar el debido proceso y los derechos fundamentales de los indígenas involucrados en procesos judiciales.

En quinto lugar están los abogados defensores y los defensores de oficio encargados de la defensa judicial de procesados indígenas. Si se les demuestra que el peritaje es un medio probatorio fundamental para la aplicación de la legislación especial (e.g., penal) y, eventualmente, de las prerrogativas subsecuentes, los letrados lo incorporarán a sus estrategias de defensa.

En sexto lugar están las oportunidades que ofrece la educación legal para exponer y sensibilizar a los estudiantes en temas como la interculturalidad y la pericia antropológica. Es factible proponer a los docentes de las dos facultades de derecho de las universidades locales que enseñan materias civiles, penales y procesales que desarrollen el peritaje antropológico en sus sílabos porque, en sí mismo, constituye un tópico interdisciplinario muy interesante.

Exponer a los futuros operadores legales de Loreto al significado y función de la pericia les permitirá emplearlo en su futura práctica profesional.

Las principales *limitaciones* para la correcta aplicación del peritaje en las causas indígenas tramitadas en el distrito judicial de Loreto son, a nivel de los operadores de justicia:

- a) La mayoría de magistrados no consideran que la pericia antropológica sea una prueba indispensable ni la ordenan a tiempo.
- b) Los fiscales provinciales no solicitan que se practique el examen en la etapa procesal correspondiente.
- c) La falta de sensibilidad de los magistrados, fiscales y abogados defensores a la diferencia cultural es un factor limitativo muy importante.
- d) Los abogados defensores ya no solicitan que se practique la pericia, en comparación con los años 1998 y 1999. Esta inacción impide su práctica y difusión.

En general, la mayor parte de operadores y usuarios legales desconoce o confunde la naturaleza jurídica y el objetivo de la prueba pericial.

Los peritos tienden a desnaturalizar la pericia antropológica confundiéndola con un alegato a favor del procesado o de su cultura en abstracto. Además, no se concentran puntualmente en el objetivo del examen, a saber, determinar la pertenencia cultural del procesado y evaluar cómo esa pertenencia condicionó su conducta.

Los peritos no cuentan con las facilidades indispensables para reunir evidencia y realizar un examen antropológico a profundidad. No reciben honorarios, no pueden realizar un trabajo de campo (aunque sea limitado), no siempre cuentan con material etnográfico directamente relevante al grupo cultural de referencia y se entrevistan con el procesado una sola vez (sólo un perito señaló que entrevistó a otras personas involucradas en el caso).

La carencia de un registro de peritos antropólogos integrado al Registro de Peritos Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Loreto (REPEJ-CSJL) impide contar con una nómina de antropólogos especializados en determinados pueblos y culturas amazónicas, debidamente calificados y seleccionados, y al alcance de los justiciables oportunamente. La informalidad del actual proceso de selección de peritos también limita la correcta aplicación del examen antropológico.

El desconocimiento que los propios indígenas tienen sobre sus derechos al debido proceso y al reconocimiento de su diferencia cultural cuando son procesados judicialmente impide la activación de la pericia antropológica.

Tanto la ORI-DP como las ONG que prestan servicios legales y las propias organizaciones indígenas no han incorporado adecuadamente a sus agendas de trabajo y capacitación legal la temática de la pericia cultural como un medio probatorio apropiado para garantizar el debido proceso y tutelar los derechos fundamentales de los indígenas procesados judicialmente.

4.3. Operadores y usuarios legales que lo emplean o pueden emplear

En el ámbito de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el peritaje antropológico es empleado por los vocales de la Sala Penal y por el Fiscal Superior. Últimamente, no es solicitado u ordenado por los jueces instructores, los fiscales provinciales, los abogados defensores de los indígenas o los defensores de oficio. En teoría, como se indicó en la sección 4 de este trabajo, el peritaje podría ser empleado por los fiscales para sustentar su dictamen acusatorio o exculpatario. También podría ser dispuesto o pedido por el juez instructor y los abogados de los procesados para invocar posteriormente la aplicación de la legislación especial.

De igual modo, los propios procesados indígenas o sus organizaciones y autoridades representativas podrían solicitar la aplicación del examen a la instancia judicial. La ORI-DP

también podría interponer sus buenos oficios ante las autoridades judiciales para que la pericia antropológica se constituya en una prueba indispensable en los procesos judiciales que involucran diferencias culturales.

4.4. Percepciones de los operadores legales y procesados sobre el peritaje antropológico

En esta sección, basada en las entrevistas realizadas durante el trabajo de campo, incluimos las ideas, impresiones y percepciones que los operadores legales y los procesados tienen sobre el peritaje antropológico. Para ordenar la información recabada hemos realizado una serie de cortes prosopográficos en función de la posición y función de los operadores en el sistema judicial.

En general se puede apreciar que los entrevistados tienen un concepto limitado del valor probatorio de la pericia cultural y que ésta no ha sido efectiva ni ampliamente practicada en las causas indígenas tramitadas en la Corte Superior de Justicia de Loreto (CSJL). Una de las razones es que en la actualidad no existe un procedimiento claro y formal para convocar a los antropólogos o expertos culturales que podrían servir de peritos. El Registro de Peritos Judiciales de la CSJL no tiene una sección especializada y se ha establecido una práctica bastante informal para solicitar a un solo antropólogo la realización de los peritajes. En un caso, por ejemplo, la diligencia está pendiente desde hace seis meses porque la Sala Penal no se llegó a comunicar con el perito.

Cuadro 1
Relación de internos entrevistados en el Penal de Guayabamba, Iquitos y sumillas de sus problemas legales²²

Nombre	Expediente y Sumilla
P.A.R.O	166-2000 Caso de violación en el que el acusado fue recluso 40 meses. Solicitó beneficios.
J.M.P.H.	0001-2001 Caso de violación en el que el acusado solicitó beneficios.
M.R.P.	2002-0184-0-1903 Caso de violación en el que el acusado fue recluso 39 meses y 15 días. Solicitó beneficios.
M.F.B.S.	1998-00972 En este caso se presentó un hábeas corpus presentado a Sala Penal el 20 de agosto de 2002, sin respuesta ni resolución.
A.C.F.	2512-2000 Caso sobre tráfico ilícito de drogas en el que el acusado fue recluso 31 meses. Solicitó un beneficio de excarcelación por no haber sido sentenciado.
D.G.J., witoto , CC.NN. Puerto Elvira, Putumayo	... Caso de homicidio en el que el acusado fue sentenciado a 6 años y llevaba encarcelado 7 meses (desde febrero de 2002). Según dice, un enemigo de su comunidad lo quiso matar a traición pero sostuvo una riña a machetazos y lo mató. No tuvo intérprete ni se le practicó pericia antropológica. Pero señala que los jueces le dieron un buen

²² Las sumillas están basadas en las afirmaciones de los internos. Falta verificar y contrastar estas versiones con los expedientes y las versiones de los funcionarios judiciales y administrativos.

	<p>trato y que la juez Myrella Pacheco, que lo sentenció, le dijo que podían rebajarle la pena si apelaba, pero no hubo juicio oral. Señala que el abogado defensor «no sabía» alegar su calidad de indígena. Solicitó apoyo para «armar sus papeles» y solicitar su semilibertad en Tarapoto. Le faltó completar estudios debido a que no pudo matricularse a tiempo por problemas económicos.</p>
V.C., ticuna , San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	<p>...</p> <p>Caso de violación en el que la agraviada no se apersonó al juicio. El acusado fue sentenciado a 7 años y lleva internado 24 meses. No acepta que cometió delito pero no apeló porque no conocía su derecho y fue mal asesorado por el defensor de oficio. Su abogado le pidió «colaborar con la justicia» y aceptar la sentencia. No tuvo ni pidió intérprete, pero sí se practicó pericia antropológica, en la que lo entrevistaron 4 veces, y que se usó para reducir la pena. Cuando le preguntaron a qué edad los hombres y mujeres toman pareja, él respondió que a los 16 y 13 años y que es permisible que las mujeres enamoren a los hombres.</p> <p>Solicitó apoyo para «armar sus papeles» y pedir su semilibertad, ya que él mismo lo estaba haciendo, a pesar que se identifica como «nativo» analfabeto. Tiene 4 hijas. Señala que a él lo denunció una señora de Caballococha.</p>
O.B., yagua , CC.NN. Vainilla	<p>01-01469-0-1903-JR-PE-03</p> <p>Caso de violación y homicidio en el que el acusado fue recluido desde el 3 de agosto de 2001 y en el que más de un año después aún seguía el juicio oral. Los hechos ocurrieron en la comunidad nativa de Yanasha. Se ofició la solicitud de un peritaje antropológico el 10 de junio de 2002, pero hasta diciembre de 2002 no se había realizado, a lo que se suma que la Sala estaba «quebrada» y el juicio se encontraba suspendido.</p> <p>Se quejó de la negligencia de su abogado. No sabía lo que era una pericia antropológica ni pidió intérprete, pero creyó que lo necesita.</p>
J.P.R., ticuna , San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	<p>056-2000</p> <p>Caso de violación en el que él tenía 20 años y ella 12. El acusado fue sentenciado a 6 años. Afirmó su condición de nativo, pero los magistrados no la tomaron en cuenta e ignoraron su solicitud para que se realice una pericia antropológica y tampoco contó con intérprete. Señala que no apeló «por el abogado».</p> <p>Solicitó beneficio de semilibertad pero se lo denegaron aduciendo que no se había practicado el examen psicoterapéutico, pero el reo insistió en que el examen sí consta en el expediente y que la jueza se equivocó.</p>
A.A.S.R., ticuna , San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas	<p>...</p> <p>Caso de violación en el que el acusado llevaba recluido 9 meses y desconocía su situación legal, pero quería tener un intérprete para su juicio. Cree que el atestado policial está en Caballococha.</p> <p>No se le practicó pericia antropológica, a pesar que se identifica como nativo. Señala que las parejas se forman temprano y que los padres las «arreglan», así como que las mujeres se pueden iniciar a los 12 años pues son «calientes, por el clima pueden empezar a los 10, 11 años».</p>
R.L.C., km 25 carretera Iquitos-Nauta	<p>2001-010601</p> <p>Caso de violación en el que el acusado fue denunciado en junio de 2001 y sentenciado en marzo de 2002 a 7 años; deseaba orientación</p>

	<p>para solicitar beneficios penitenciarios. Tenía 34 años y convivía con una mujer de 17 años, cuyo padre lo denunció con una «partida falsa» en la que la mujer tenía sólo 13 años. En la confrontación «la chica mintió».</p> <p>Se identifica como colono y señala que no tuvo defensa y que no apeló por temor a una pena mayor. Pide que se incluya su rol de «llamador» dentro de sus méritos.</p>
R.M., witoto , CC.NN. Pucaquillo, Pebas	<p>...</p> <p>Caso de violación en el que el acusado fue sentenciado a 7 años, al entrevistarle llevaba recluido 1 año y 8 meses. Él tenía 27 años y ella 14.</p> <p>Recuerda la pericia antropológica de J. Gutiérrez, que se entrevistó con él una vez y tuvo «buen trato», al igual que los jueces. Afirma que «allá no hay violación, no sabemos, es otra costumbre», que a los 12 o 13 años las mujeres ya tienen pareja, previa ceremonia.</p> <p>Según indica no necesitaba intérprete, pero tampoco tuvo abogado defensor. Lo pidió «pero no llegó». Deseaba orientación para «armar sus papeles» y solicitar beneficios penitenciarios.</p>
R.R.C., Bolívar, río Curare	<p>...</p> <p>Caso de violación de menor de 11 años, en el que se solicitó una pericia psiquiátrica (no antropológica) que tardó en llevarse a cabo y no constató que se realizara, a pesar que el acusado mostró signos de problemas de salud mental. Ha estado en el hospital por problemas de salud y parece haber tratado de suicidarse comiendo madera y polvo de ladrillo.</p> <p>Dice ser «indígena» pero no puede identificar el pueblo al que pertenece y afirma que sólo habla castellano. Dice que el tío lo denunció «para no venir solo».</p>

a) Vocales

El Presidente de la Corte Superior de Loreto y los vocales de la Sala Penal coinciden en señalar que los peritajes antropológicos «se ordenan poco a nivel de juzgado», en la etapa instructiva, y es la Sala Penal, durante el juicio oral, la que encarga su realización. El presidente de la Sala precisó que en causas de indígenas primero ordenan un peritaje psiquiátrico y luego una pericia antropológica porque generalmente se tratan de casos de violación de menores de 14 años. En la experiencia de los vocales actuales, ni los propios abogados defensores invocan la condición de «indígena» de sus patrocinados ni solicitan la pericia antropológica. Los defensores de oficio tampoco exigen la presencia de traductores o la actuación de las pericias culturales. Es más, los fiscales son reacios a aceptar que se reivindique la condición de indígena y tampoco recurren a la pericia antropológica como medio de prueba.

En general, los vocales creen ser más sensibles al conflicto cultural implícito en las causas indígenas que los fiscales, defensores de oficio y los propios abogados defensores y creen que se debería sensibilizar al resto de operadores legales con charlas teóricas y talleres basados en peritajes bien practicados. Sin embargo, hay que matizar esta apreciación porque a veces los indígenas no reciben un trato tan diligente. Dos miembros de la Sala Penal señalaron, por ejemplo, que no hay expedientes de indígenas en giro, pese a que el caso de G.B.G. está paralizado desde hace medio año porque la Sala «está quebrada» y falta actuar diligencias (ver Cuadro 1). Una de las razones para esta situación es que no existe un registro oficial de causas indígenas. Sólo uno de los vocales mantiene uno personal.

Para identificar a los indígenas que no invocan su autorreconocimiento y ordenar la pericia, la Sala Penal se guía por los apellidos, los rasgos físicos, el idioma, el grado de educación, la comprensión del proceso y la procedencia de los imputados. El presidente de la Corte anotó que antes la condición de indígena era rechazada por los inculpados pero que ahora la invocan con más frecuencia. Más allá de lo que prescribe la legislación especial aplicable (artículo 15 del Código Penal), los vocales afirman que el objetivo no es eximir de responsabilidad penal a los indígenas sino atenuar las penas que les aplican. Al respecto, uno de ellos recuerda una pericia antropológica en la que se afirmaba que esta prueba no debe servir de sustento para eximir de responsabilidad pues eso podría sentar un precedente de impunidad. También cree que la Sala no debe ser paternalista ni tratar a los indígenas como infrahumanos. Debe alcanzar un «justo medio» y eso significa «sancionarlos aplicando la ley». El problema es que muchas veces, «en Lima», la Corte Suprema no toma en cuenta que la Sala atenuó la pena apreciando las pruebas sobre las costumbres y el nivel socio-económico del condenado y más bien procede a elevar las penas impuestas (i.e., en casos de tráfico ilícito de drogas).

El presidente de la Corte confirmó que no existe una nómina de peritos antropológicos inscritos en el Registro de Peritos Judiciales del distrito (REPEJ-CSJL). Por eso la Sala no puede obrar de acuerdo con el nuevo CPP, a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento del REPEJ. Para convocarlos se emplea un procedimiento bastante informal. En principio se oficiaba a la ORI-DP y ésta destacaba a su antropólogo residente para que practicase la pericia. Pero cuando el profesional dejó de trabajar en la ORI-DP se oficiaba a su nuevo centro de trabajo (i.e., Programa de Educación Rural Fe y Alegría). El problema es que este profesional ha dejado de trabajar en Fe y Alegría, pero se sigue oficiando al colegio para que lo destaque como experto. Eso ha generado problemas como los que se presentan en el caso de G.B.G. (ver Cuadro 1) y en el de la menor Ticuna mencionado más abajo. Pese a haberse ordenado una pericia antropológica en julio de 2002 hasta ahora no se practica porque el colegio ni siquiera respondió al oficio cursado por la Sala Penal.

Uno de los vocales, el Dr. Aldo Atarama Lonzo, fue quien ofreció más reflexiones sobre el peritaje antropológico. Mientras otro vocal tiene una buena impresión sobre los peritajes, Atarama detecta problemas de calidad porque no desarrollan los temas específicamente relevantes a los hechos. Recuerda que algunos no examinan, por ejemplo, la arraigada costumbre de casarse con menores de edad. Al respecto, observa que para juzgar los casos de violación es necesario comprender que las familias entregan a sus hijas de 12 a 14 años a hombres seis u ocho años mayores que «sepan hacer la chacra». Afirma que en el «derecho interno comunal» esta convivencia está permitida pero que los casos de violación se pueden sancionar con la muerte del violador o someterse a «un arreglo» entre las familias. Quienes generalmente denuncian las violaciones son los familiares, los colonos o los maestros del lugar. También observa que otros peritajes no detallan las características del grupo cultural del procesado porque está en extinción (i.e., Arabela), existen muy pocas etnografías o el perito no tenía un conocimiento directo del grupo. Considera que a veces los peritos exceden su mandato pues transforman los informes antropológicos en verdaderos alegatos en favor de la irresponsabilidad penal del imputado. También indica que no se han practicado pericias antropológicas en juicios civiles o de familia. Este vocal cree que la ORI-DP debería asumir un papel más activo en la promoción de la aplicación de la legislación especial indígena. Ello incluiría un programa de capacitaciones dirigido a magistrados y operadores legales,²³ así como reiniciar los debates internos que sostenían los magistrados de la corte.

²³ Un problema para este tipo de actividades es la provisionalidad y alta rotación en los cargos judiciales. Si en 1998 habían 7 vocales titulares en la CSJL, en el 2002 sólo quedaban 4.

b) Jueces

Las dos juezas penales entrevistadas no pudieron suministrar mucha información debido a que una de ellas había asumido el cargo tres días antes y la otra ha pasado a ser parte del sistema judicial anticorrupción. La primera señaló que la mayor parte de casos que atiende son urbanos, que no hay causas indígenas en curso y cuando hay el cargo es violación. Recuerda que en un taller ofrecido por la ORI-DP se indicó que la policía era la que debía solicitar el peritaje antropológico «para incluirlo en el atestado». Dado que la pericia es una prueba judicial resulta difícil creer que esa haya sido la propuesta de la ORI-DP. De todos modos, esta información es un indicador que podría servir para afinar los mecanismos de transmisión de las propuestas de la ORI-DP. Las juezas están al tanto de la legislación especial, en particular el artículo 15 del Código Penal y el secretario del juzgado intervino para añadir que el «peritaje sirve para determinar su etnia». Una de ellas señaló que los peritajes antropológicos «no se manejan a nivel de juzgado» y que es la Sala Penal la que los ordena para aplicar la legislación especial.

El juez del Juzgado de Familia, con sólo nueve meses en el cargo, indicó que los casos más frecuentes en su despacho son los de violencia familiar, pandillaje juvenil e infracciones menores. Por lo general usa la evaluación psicológica, el informe social y la pericia médico-legal para aproximarse a la condición de los procesados. Dice que la mayor parte de casos «son urbanos» y que por eso no ordena pericias antropológicas. Aun así, recordó el caso de P. Ch., una indígena Ticuna de 16 años que fue procesada por posesión de drogas (expediente 2002-463). Su enamorado era narcotraficante y la hizo transportar un paquete de marihuana. El juez ordenó que se practique una pericia antropológica. La ORI-DP lo derivó al Centro de Educación Rural Fe y Alegría. Ante su pedido de apoyo, la directora del plantel le respondió que el antropólogo requerido ya no trabajaba allí. Pese a no contar con la pericia, el juez ha introducido criterios de apreciación cultural y se ha pronunciado por la irresponsabilidad penal de la menor (además, el enamorado confesó que la había manipulado). El expediente está ante la Fiscalía para determinar si formula acusación ante la Sala Penal. Como se puede apreciar, en esta causa no se pudo practicar la pericia antropológica porque los canales de comunicación para identificar y nombrar al experto pericial no estaban bien establecidos ni funcionaron adecuadamente.

c) Ministerio Público

El Fiscal Superior Decano de Loreto definió a la pericia como un medio probatorio para probar que una persona «pertenece a una etnia». «Si la pericia arroja que es nativo se aplica el Derecho Internacional y el artículo 158 [sic: del Ministerio Público] de la Constitución». También recuerda el Convenio 169 de la OIT y anota que lo toman en cuenta para flexibilizar la aplicación del derecho oficial y apreciar el derecho consuetudinario. Dice que cuando se trata de indígenas solicitan una sanción menor y benigna pues el objetivo es que ésta sea rehabilitadora. Cree que los nativos «son como unos niños», ingenuos, pero que el problema es «cuando no son naturales y se mezclan».

Considera que la violación es «el delito» en las comunidades nativas. Por eso, cuando se procesa judicialmente, los magistrados de Loreto toman en cuenta la costumbre del matrimonio temprano, pero cuando la violación es de una menor de 10 años son muy severos. Es más, dice que las propias comunidades sancionan a los culpables con palizas o expulsión y que por eso no hay razón para eximirlos de responsabilidad penal.

Señala que el peritaje antropológico es solicitado por el fiscal o uno de los vocales en el juicio oral. En el proceso de O.B. (2001-1469) fue el fiscal quien lo pidió. Dice que en rigor debería practicarse durante la instrucción pero los fiscales provinciales y los jueces penales no

lo ordenan porque tienen una carga procesal excesiva.²⁴ Los peritajes que conoce le parecen bien hechos y las audiencias orales permiten debatir con el perito. El fiscal opina que faltan cursos sobre medicina legal y pericias antropológicas y piensa organizar un taller sobre la primera.

Afirma que los fiscales deberían intervenir en la investigación preliminar, en la etapa policial. Uno de los problemas es que los casos de indígenas ocurren en lugares donde sólo hay puestos policiales o tenientes gobernadores, pero que la investigación se sana con la ampliación de las manifestaciones policiales ante el Ministerio Público.

d) Defensor de Oficio

El defensor de oficio de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto observa que las pericias antropológicas «determinan el grado de conocimiento y la asimilación al conocimiento civilizado para determinar el grado de adaptación de los indígenas». Si se establece que un indígena no está asimilado se atenúa la pena y hasta se puede aplicar una pena suspendida. Pero no conoce casos de exención de responsabilidad. Considera que los vocales sí toman en cuenta la condición cultural de los indígenas encausados, que la calidad de los peritajes antropológicos es óptima y que antes se practicaban más que ahora. El defensor recordó haber solicitado y obtenido que se practiquen dos pericias antropológicas. Una en el caso de J.C.H.M. por tráfico ilícito de drogas (00-02336). Sin embargo, al revisar el expediente que se encuentra en el Tercer Juzgado Penal, se aprecia que el defensor confunde la pericia médico-legal sobre fármaco-dependencia con el examen antropológico. Este es un indicio sobre la confusión que existe en torno al uso y valor de la pericia cultural. Por último, en la percepción de este operador legal, la ORI-DP «no cumple con apoyar en la defensa de los indígenas». Para desterrar este tipo de apreciaciones sería prudente que la ORI dé a conocer sus esfuerzos a favor de los indígenas e invite a este operador a participar en las actividades que realiza.

e) Consultorios legales gratuitos

La abogada encargada del consultorio gratuito del Colegio de Abogados de Loreto precisó que por reglamento interno sólo atienden casos de alimentos, tenencia de menores, filiación y violencia familiar. El consultorio no tiene casos de indígenas en giro y ella no ha utilizado el peritaje antropológico en su experiencia profesional. El estudiante de décimo ciclo a cargo del consultorio gratuito de la Universidad Privada de Iquitos (UPI) ubicado en la CSJL definió al peritaje antropológico como una «prueba científica» que se emplea en los casos de tenencia y reconocimiento de hijos a falta de otras pruebas más contundentes (ADN, histocompatibilidad). El consultorio no tiene casos de indígenas en giro pero mencionó que la UPI está desarrollando un proyecto, «El Abogado Rural», en convenio con la gobernación de Belén para brindar orientación legal a 98 caseríos.

f) Profesores universitarios

También se entrevistó a tres profesores universitarios. Dos de los vocales son profesores de derecho penal en las universidades locales (Universidad Nacional de la Amazonia Peruana – UNAP– y Universidad Privada de Iquitos –UPI–). Señalan que sí estudian el artículo 15 del

²⁴ Además de exceso de carga procesal, falta personal. De 20 fiscales sólo hay 2 titulares. Si la ORI-DP va a desarrollar capacitaciones y talleres sobre la aplicación de la legislación especial indígena deberá tener en cuenta estos problemas.

Código Penal vigente y uno de ellos desarrolla los temas de derecho, cultura y derechos humanos; el debido proceso y el derecho a la identidad y al idioma; y los medios probatorios, incluida la pericia, en el proceso penal. En la facultad de derecho de la universidad privada no existe el curso de antropología jurídica pero se piensa crearlo. Otro de los profesores entrevistados trabaja en la UNAP y en la UPI y también ejerce la defensa. Dicta cursos de derecho penal y procesal penal además de uno sobre comunidades campesinas y nativas. En sus cursos no aborda específicamente la legislación especial indígena. El tema del pluralismo jurídico es desconocido y el peritaje cultural tampoco es tratado. Por lo general, sus alumnos provienen de las clases medias urbanas, tienen un sentido de superioridad frente a «los nativos» y muestran escaso interés por los temas jurídico-antropológicos. Como abogado no conoce a colegas que hayan solicitado el peritaje antropológico. Una sola vez pidió que se practique un examen de este tipo pero no fue necesario pues usó otros medios para probar la inocencia de su defendido.

g) Peritos antropólogos

El perito Javier Gutiérrez Neyra fue antropólogo de planta de la ORI-DP durante el año 2000 gracias a un convenio con la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Luego se desempeñó como Promotor Comunal en Fe y Alegría y desde el 2002 trabaja como consultor independiente. Es arequipeño de nacimiento y se formó como antropólogo en la Universidad de San Marcos (Lima). Recuerda que él se encargó de los primeros peritajes solicitados a la ORI-DP y que para ello fue contactado por el Dr. Atarama. Sólo conoce a dos peritos más, L.L. y Alberto Chirif. Para la elaboración de sus informes consultó con la primera y usó como modelo el que ella presentó.

En su corta experiencia, la Sala acepta el razonamiento del perito. Según dice, el problema está «en convencerlos de que el acusado es indígena. Si se convencen aplican las normas especiales». Cree que el antropólogo «no debe meterse en leyes» y que al sustentar su pericia en la audiencia oral debe privilegiar las cuestiones socio-culturales. Sabe que es factible ampliar la pericia pero todavía no lo ha hecho en ningún caso. Considera que el vocal Atarama es «flexible» pero que otros magistrados son «reacios» a aplicar la legislación especial indígena. Añade que inclusive uno de los fiscales ha llegado a decirle que esa legislación debería ser derogada.

Para hacer las pericias sobre casos de violación de menores, Gutiérrez indica que es necesario comprender que en la Amazonia la definición social, biológica y cultural de mujer está marcada por la primera menstruación. Además, esta vive relegada y siempre se privilegia al hombre. Las denuncias de violación de menores se producen cuando los padres de la mujer no están conformes con el desempeño del yerno (e.g., trabaja mal la chacra, maltrata a su mujer) o cuando los profesores o familiares intervienen. Cuando se produce un «arreglo» entre las familias los padres de la mujer tratan de retirar la denuncia pero la maquinaria policial y judicial ya está en marcha.

El reputado antropólogo Alberto Chirif Hurtado sólo ha actuado como perito judicial en una oportunidad. Fue en el «caso patético» de un «joven Arabela» (aunque según el expediente tenía 31 años de edad) del río Napo que hablaba muy poco castellano. Para ilustrarse sobre los arabela se comunicó con un lingüista del Instituto Lingüístico de Verano que le proporcionó datos de primera mano pues conocía a las personas involucradas y trabajaba en la zona. El perito no conoce el área y menciona que no hay una buena literatura etnográfica sobre los arabela. En cambio, sí hay referencias históricas sobre el río Napo y la familia etnolingüística de los Záparo. Recuerda que sólo vio dos veces al procesado, una en la entrevista y otra en la audiencia oral, y que defendió su informe en una audiencia oral en la que «el Defensor de Oficio parecía el fiscal». Afirma que el vocal Atarama mostró mayor

sensibilidad cultural y que finalmente la Sala absolvió al indígena. Opina que si bien, técnicamente, hubo violación, en la realidad no se produjo.

Para Chirif, la cuestión está en pensar y demostrar la vigencia de esas «otras lógicas» indígenas. Para los indígenas, por ejemplo, las diferencias generacionales no ocasionan los problemas que se plantean en las sociedades occidentales. Cuando surgen desavenencias de pareja éstas «se arreglan» entre familias (e.g., compensación económica). En el caso que examinó, fue la hermana del procesado quien lo denunció por la violación de su sobrina pero después las familias trataron de solucionar el conflicto al margen del Poder Judicial. Tal como reporta en su pericia. Chirif cree que fueron los sacerdotes católicos de la misión de Santa Clotilde quienes la obligaron a presentar esa denuncia. En general, el perito cree que la caída demográfica de la población indígena ha generado cambios en las normas sociales y culturales. Tanto en este caso como en otros casos, la falta de mujeres induce a los hombres a buscar parejas cada vez más jóvenes y el problema es que este proceso es objeto de una lectura policial y judicial criminalizadora.

h) Instituto Nacional Penitenciario (INPE)

El abogado del Instituto Nacional Penitenciario destacado en el Penal de Guayabamba, Iquitos, ocupa el cargo desde junio de 2002. Asesora a los internos en sus gestiones ante los juzgados de instrucción y la Sala Penal porque éstos se quejan del servicio que prestan los abogados de oficio. Observa que a veces falta interés de los propios internos. Exigen que se inicien algunos trámites pero después ellos mismos los abandonan o incumplen los requisitos exigidos. Colabora eventualmente con la ORI-DP y con la oficina de apoyo legal del Vicariato. Recuerda que en el caso de M.C.,²⁵ patrocinado por la Vicaría, se practicó una pericia antropológica. Indica que hay indígenas varones, pero no hay mujeres. Su impresión es que los indígenas no se autoidentifican. Hasta ahora no ha visto ni un caso de peritaje antropológico.

Por otro lado, algunos internos explicaron que el INPE no emite informes de pericias psicoterapéuticas porque no puede practicarlas al no contar con un especialista. Sin esos informes los reos no pueden completar los recaudos de sus solicitudes para acogerse a los beneficios penitenciarios.

i) Policía Nacional del Perú (PNP)

Un teniente de la Policía Nacional del Perú que sirve en la comisaría de Belén, Iquitos, desde hace 5 meses, señala que no hay indígenas en proceso de investigación policial. Dice que los indígenas y colonos van y vienen a Belén por razones comerciales y que por lo general se acercan a la comisaría para denunciar problemas de dinero falsificado. Afirma que hasta ahora nadie ha invocado su condición étnica en los incidentes e investigaciones policiales que ha diligenciado en Belén. Sin embargo, en su experiencia policial ha visto que «ellos usan lo de indígena más que todo cuando hacen una manifestación». En principio, «declaran como una persona normal» pero cuando el Teniente Gobernador les hace conocer sus «prerrogativas» se reconocen como indígenas pues creen «que pueden quedar impunes». Esto sucede sobre todo en la frontera y en las áreas rurales. Su impresión es que «el nativo entiende, es fácil de dominar» y por eso la PNP «emplea la disuasión» con ellos. Por otro lado, un suboficial de turno en la comisaría de Moronacocha refirió que no tienen indígenas detenidos ni en proceso de investigación y un oficial de la División de Criminalística de la PNP refirió que no están realizando investigaciones que involucren a indígenas «porque la mayor parte de casos que vemos son de la ciudad».

²⁵ Podría tratarse de un caso de violación de menores.

j) Organizaciones indígenas

El presidente de ORAI-AIDSESEP (Oficina Regional de Iquitos de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana) señala que el Poder Judicial nunca les ha pedido el apoyo de peritos, pero sí el de traductores (dos veces). Estos no recibieron retribución pues es una forma de colaborar con «los hermanos». Cree indispensable que se generalice la práctica del peritaje antropológico.

El asesor legal de ORAI-AIDSESEP no sabe de causas indígenas en giro con pedido de pericia antropológica pero precisa que él ha solicitado peritajes antropológicos en los casos de A.S.M. y R.B.A.. Aun así, «ni un peritaje me han hecho pese a que los he pedido en varios casos». Había una investigación policial en Nauta por la perforación del oleoducto para sustraer petróleo. La PNP capturó a 2 indígenas que no hablan castellano y desde la Oficina se pidió que les nombren un intérprete y, en su oportunidad, que se recurriera a la pericia antropológica.

En general, uno de los problemas para invocar peritajes es que no hay expertos hábiles y disponibles en las nóminas de los juzgados. Su impresión es que hay muy pocos peritos y «los que hay no se dedican». Recuerda que al doctor Chirif le encomendaron una pericia y «cuando uno pide a ese nomá le nombran perito» (se refiere al otro perito porque Alberto Chirif sólo ha sido nombrado una vez). Otro problema es la falta de recursos económicos para contratarlos. La cooperación internacional, por ejemplo, no financia pericias antropológicas. Además, a veces la probanza dilata más el proceso y por eso prefiere desistirse del pedido de actuación de pruebas, incluida la pericia. Afirma que al final «no importan sus derechos o su inocencia» sino sacarlos de prisión y en algunos casos prefiere apelar a los beneficios penitenciarios para obtener la libertad de los procesados indígenas (semilibertad, excarcelación por carcelería excesiva) en lugar de continuar el litigio.

Entre las causas que inhiben la difusión y vigencia de la legislación especial, el asesor de la Oficina señaló que todavía hay indígenas que niegan su condición étnica porque se avergüenzan de serlo (él debe convencerlos de lo contrario para que se acojan al régimen especial). Además, la PNP es muy poco sensible a las diferencias culturales y es abusiva con los indígenas «porque cree que están desprotegidos». En el plano judicial, la ausencia del vocal Atarama de la Sala Penal hace que ésta «se resista» a aplicar la legislación especial. Como si esto no fuera suficiente, la Oficina no tiene suficiente personal para atender los problemas judiciales de sus miembros y tampoco colabora con la ORI-DP porque cuando le solicitan apoyo les responden que «ellos sólo ven derechos fundamentales». Al respecto, sería importante que la ORI destierre este tipo de apreciaciones divulgando sus esfuerzos a favor de los indígenas e invitando a este operador legal a participar en sus actividades.

k) Procesados indígenas

Los internos indígenas entrevistados en el Penal de Guayabamba tienen una imagen confusa sobre el peritaje antropológico (ver Cuadro 1). Pese a que algunos manejan apropiadamente la jerga judicial para referirse a otros actos y situación legal (e.g., beneficios penitenciarios, tipificación del delito, condición legal) ninguno tiene una idea clara sobre el valor probatorio de la pericia antropológica. En cambio, sí perciben que sirve para activar la legislación especial y en especial el artículo 15 del Código Penal vigente. Uno recuerda haber sido examinado por un perito antropólogo pero ofrece un dato que hace dudar sobre su versión: afirma que se reunió cuatro veces con él. Otro recuerda en buenos términos la entrevista con el perito. En general, parece que la mayoría conoce y desea que se le aplique la legislación especial.

D.G.J., witoto de la comunidad nativa de Puerto Elvira, Putumayo, sentenciado a seis años de prisión por homicidio y preso 17 meses, recuerda que no tuvo intérprete ni se le practicó pericia antropológica. Sostiene que su abogado defensor «no sabía» alegar que él es indígena. V.Ch., ticuna de San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas, sentenciado a siete años por violación de menores, no acepta haber cometido el delito, pero dice que no apeló porque no conocía sus derechos y fue mal asesorado por el defensor de oficio. Él tampoco tuvo ni pidió intérprete, pero sí recuerda que se le practicó una pericia antropológica. Recuerda que sostuvo 4 entrevistas con el perito y que le preguntó sobre la vida conyugal de los ticuna. Afirma que la Sala empleó la pericia para reducir su pena.

O.B., yagua de la comunidad nativa de Vainilla, fue detenido y acusado de violación y homicidio de una menor. El fiscal superior pidió, en julio de 2002, que se le practique una pericia antropológica pero hasta la fecha no se ha realizado. Cree que su abogado defensor es negligente. No sabe lo que es una pericia, tampoco ha solicitado un intérprete pero cree que lo necesita. J.P.R., ticuna de San Miguel de Cacao, Bajo Amazonas, cumple una sentencia de seis años por violación de una menor. No apeló «por el abogado». Afirmó su condición de nativo pero los magistrados no la tomaron en cuenta. Dice que se pidió una pericia antropológica pero que no se practicó y que tampoco tuvo intérprete. A.A.S.R., ticuna de la misma localidad, está acusado de violación de menor pero desconoce su situación legal. Se identifica como «nativo», quisiera tener intérprete en el juicio y que se le practique una pericia cultural. R.M.W., de la comunidad nativa de Pucaquillo, Pebas, está sentenciado a siete años por violación de una menor. No necesitaba intérprete, pero no tuvo abogado defensor. Dice que lo pidió «pero no llegó». Recuerda que fue sometido a una pericia antropológica en la cárcel y que el perito lo «trató bien», planteándole preguntas generales sobre las costumbres conyugales de los witoto.

4.5. Balance

Desde el punto de vista de la utilidad casuística de los peritajes antropológicos practicados en los expedientes revisados, el balance es positivo. Contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial en casos específicos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza, función y finalidad de la pericia como institución judicial, el balance es negativo. En la práctica, el peritaje antropológico se halla desnaturalizado, cumple una función arbitraria y se le ha asignado una finalidad predeterminada, a saber, servir de fundamento para la aplicación del artículo 15 sobre el «error culturalmente condicionado». En realidad, el examen debería servir para ilustrar a los jueces sobre la pertenencia cultural del procesado y si ese universo simbólico y social lo condujo a actuar de manera ilícita (desde el punto de vista del derecho oficial).

Por eso, en términos globales, el balance resulta negativo. La aplicación sesgada del peritaje y la ley penal especial contradice el sentido emancipatorio e intercultural que en teoría los fundamenta. Como se señala en el punto 3.3, ambos adquieren una función hegemónica y hasta discriminadora pues en la práctica judicial la diferencia cultural se define como carencia de conocimientos y fuente de incapacidad en los patrones culturales y legales de la sociedad dominante. Esta inversión del sentido original de la legislación especial impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

5. Estrategias y acciones recomendadas para impulsar la aplicación del peritaje antropológico

La estrategia más adecuada, a largo plazo, será la de promover la incorporación de esta temática al plan de estudios de la Academia Nacional de la Magistratura. También será positivo fomentar su incorporación a los planes de estudio de las dos facultades de derecho de las universidades locales (UPI y UNAP) porque éstas son las que forman a la mayor parte de los operadores legales que trabajan en la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Además, será muy importante reforzar y refrescar los conocimientos de los magistrados, fiscales y abogados sobre la legislación especial y las pericias antropológicas. Para lograrlo se deberán programar cursos y talleres de difusión y actualización con una periodicidad por lo menos anual. También se deberá aprovechar la estructura y mentalidad jerárquica del sistema judicial para diseñar una estrategia de diseminación de la legislación especial y la pericia antropológica. El objetivo será trabajar con los magistrados superiores (vocales, fiscales superiores) para que ese conocimiento se proyecte a sus inferiores jerárquicos a través de talleres internos o de la propia práctica judicial (*trickle down*). En todas estas instancias y espacios institucionales, la ORI-DP deberá cumplir un papel promotor y facilitador de las acciones mencionadas basada, precisamente, en su función de defensa de los derechos fundamentales y el debido proceso.

En el ámbito de la sociedad civil regional, la ORI-DP deberá diseñar una agresiva campaña de sensibilización y esclarecimiento de los alcances del peritaje antropológico y la legislación especial. Para ello se deberá incluir esta temática en los talleres y cursos de capacitación legal que se ofrecen a las organizaciones y miembros de los pueblos indígenas. El éxito del esfuerzo radicará en la preparación de materiales y talleres de trabajo que resulten adecuados al objetivo de enfatizar el papel intercultural y emancipatorio de las disposiciones legales especiales. Para este propósito la ORI-DP deberá coordinar sus acciones con la red de instituciones públicas, privadas y colectivas que confluyen en el esfuerzo de ofrecer un servicio legal alternativo. Además, para la aplicación de la pericia antropológica se necesita crear conciencia en los propios usuarios legales indígenas sobre el derecho que tienen a exigir una administración de justicia que esté en aptitud de aplicar la legislación especial.

Finalmente, resultará crítico perfeccionar los métodos y la elaboración de los propios peritajes antropológicos. Para ello se requiere formalizar el proceso de selección de los peritos en función de su capacidad profesional, brindarles el apoyo logístico y financiero necesario y, en contrapartida, exigirles la máxima rigurosidad analítica al emitir sus informes. Para colaborar en este objetivo la ORI-DP deberá propiciar la preparación de una guía metodológica que precise los criterios teóricos, metodológicos y legislativos que se deben satisfacer para realizar un peritaje cultural y tutelar el derecho al debido proceso (ver Guevara Gil 2003 y Guevara Gil y otros 2003).

6. Conclusiones y recomendaciones

Los peritajes antropológicos practicados en los casos revisados contribuyeron a formar la convicción judicial sobre la responsabilidad penal de los procesados y sustentaron la aplicación de la legislación especial en casos específicos. Sin embargo, esta función práctica ha desnaturalizado el sentido y finalidad de la pericia como institución judicial. Además, la inversión de su sentido original impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar la aplicación del artículo 15 del Código Penal. Por eso, el peritaje cumple una función arbitraria y se le ha asignado una finalidad predeterminada: servir de fundamento para aplicar el artículo antes mencionado sobre el error culturalmente condicionado. En rigor, el peritaje cultural debería servir para ilustrar a los magistrados sobre la pertenencia cultural

del procesado y si ese universo simbólico y social lo condujo a actuar de manera ilícita (para el derecho oficial).

El nombramiento de los peritos antropólogos no se encuentra debidamente formalizado. En consecuencia, es necesario adecuar su nombramiento a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento del Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) de la Corte Superior de Loreto. También resulta plausible, mientras se implementa esta medida, sugerir a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Loreto la creación de un registro de Peritos Antropólogos. La ORI-DP deberá participar activamente en este proceso de adecuación legal para garantizar la calidad profesional de los peritos inscritos y disponibles.

Existen serias deficiencias en los peritajes antropológicos analizados. Estas hacen recomendable la preparación, aplicación y validación de una Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos (Guevara Gil 2003). Esta deberá incluir los criterios teóricos, metodológicos y legales que un peritaje cultural debe cumplir, un breviario de la legislación especial y la base legal internacional que sustenta los derechos indígenas. La guía podría ser la base para organizar talleres con los magistrados, abogados, operadores legales y usuarios legales indígenas vinculados a la problemática intercultural. Además, para contribuir a la cautela del debido proceso, deberá ser distribuida ampliamente.

Existe un gran desconocimiento sobre la naturaleza, funciones y objetivos de la pericia cultural en la mayor parte de los operadores y usuarios legales de la CSJL. Por eso se sugiere promover la incorporación del peritaje antropológico como tema de estudio en las facultades de derecho de las universidades locales y, a largo plazo, en el plan de estudios de la Academia Nacional de la Magistratura.

La ORI-DP no tiene un papel definido en la problemática analizada. Por eso es importante institucionalizar el papel de esta en la realización de las pericias antropológicas. Podría actuar de oficio, encomendando la preparación de informes antropológicos ilustrativos para los magistrados (i.e., *amicus curiae*) o, si no se crea el registro de peritos antropólogos, podría canalizar las solicitudes del Poder Judicial a un grupo de especialistas seleccionados por su competencia y honestidad profesional. En cualquier caso se necesita desterrar el actual sistema de referencias informales (e.g., oficiar a Fe y Alegría).

Es necesario crear un registro especial de investigaciones, causas o procesos que involucren a indígenas en las sedes policiales, la Corte Superior de Justicia de Loreto y el Ministerio Público. La ORI-DP debería interponer sus buenos oficios en esta tarea porque facilitaría el seguimiento de sus causas y la tutela adecuada de sus derechos fundamentales. En esta línea, por ejemplo, resulta imperativo que la ORI-DP identifique a los presos indígenas internos en el Penal de Iquitos y los apoye en la gestión de sus beneficios penitenciarios o en la agilización de los procesos que enfrentan (incluidas las pericias). En forma concurrente, debería motivar a los abogados defensores de estos internos a solicitar intérpretes y peritos antropólogos con el fin de garantizar el debido proceso.

Finalmente, cabe enfatizar que los peritos no cuentan con las facilidades necesarias para practicar sus exámenes ni reciben los honorarios que les corresponden. Por ello, es necesario promover la creación de un fondo para financiar la realización de los peritajes antropológicos y, como contrapartida, exigir más rigurosidad en la práctica de la pericia antropológica. Sólo de este modo el peritaje permitirá la aplicación adecuada de la legislación especial indígena.

7. Bibliografía

Ballón, F. (2002). *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo.

- Benítez, H. (1988). *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Editorial Temis.
- Bramont-Arias, L. M. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Lima: EDDILI.
- Chichizola, C. (2000). *Análisis de los factores limitantes para la adecuada implementación en el Perú del Convenio No. 169 de la OIT. Serie Documentos de Trabajo No. 5*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- CONAPA (2002). *Anexo, Propuesta de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos. Comisión de Constitución, Anteproyecto de ley de reforma de la constitución (Texto para el debate), 58-60*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Defensoría del Pueblo (2000). *¡Sí, derechos culturales! Convenio 169-OIT / Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Donayre, M. (1999, 19 al 20 de febrero). *Criterios de razonabilidad legal a usar en situaciones de interculturalidad*. Ponencia presentada en el I Taller de Pluralismo Legal y Ordenamiento Normativo, realizado en Iquitos, Perú.
- Foucault, M. (1983). *La verdad y las formas jurídicas*. México D.F.: Gedisa.
- Guevara Gil, A. (2003). *Pauta metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Hurtado, J. (1997). Derecho penal y derechos culturales. En M. Borgui. *Derechos culturales* (pp. 105 – 127). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.
- Hurtado, J. (1997). Derecho penal, derechos culturales y derechos humanos. En J. Palomino y R. Velasquez (Coords.). *Modernas tendencias del derecho en América Latina* (pp. 623 – 632). Lima: Grijley.
- Hurtado, J. (2001). Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. En A. Mesu y J. Sampredo (Comps.). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio* (pp. 141-153). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ordóñez, J. (2000). *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica* (2° Ed.). Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
- Ministerio de Justicia y Defensoría del Pueblo (1999). *Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas. Edición oficial*. Lima: Autores.
- San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal* (Vols. I-II). Lima: Grijley.
- Sánchez, E. (1992). Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento. *El Otro Derecho*, (12), 81-95.
- Sánchez, E. & Jaramillo, Cristina J. (2000). *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Villavicencio, F. (2002). *Código penal comentado* (3° Ed.) (1° Reimp.). Lima: Grijley.

Villavicencio, (2006). *Derecho Penal: parte general*. Lima: Grijley.

Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.