

EL INDÍGENA Y LA JUSTICIA. LA VERTIENTE PENAL*

SUMARIO: I. *Actualidad del tema*. II. *Derecho y cultura*. III. *Concepto de “indígena”*. IV. *Las fuentes del derecho, el monopolio estatal de la justicia y la presunción ignorantia legis*. V. *La vertiente penal*. VI. *La protección del indígena*.

I. ACTUALIDAD DEL TEMA

Hace siglos dominaron América los naturales de esta tierra: quiero decir los pueblos originales, los que se hallaban en este continente y en las islas aledañas antes de la invasión española. Dominaron, pues, los ascendientes de los dominados de ahora, una especie de destronados o desterrados. Múltiples grupos, señoríos, reinos, imperios, tenían como rasgo común la sociedad étnica, aunque mucho difirieran unos de otros en el progreso de la cultura: desde los nómadas que poblaron el norte, dedicados a la caza, sin huellas mayores de su vida colectiva, hasta los hombres avanzados que descifraron el movimiento de los astros y diseñaron asombrosos calendarios, erigieron templos y palacios, desarrollaron las leyes y las letras.

Eso había cuando los españoles, primero, llegaron a las costas americanas, confundidos por la creencia de haber arribado a las Indias orientales, viajando hacia el poniente y consumando, de este modo, la circunvalación del planeta. El mundo “conocido”, es decir, los autores y escritores de la historia, se volcaron de una cuenca a otra: del *mare nostrum*, el Mediterráneo, frontera de lo bien sabido, al Caribe, aduana de la hora moderna.

A partir de entonces comenzó una nueva era, para unos y otros: cambió el universo; Europa recibió la presencia, el trabajo y el tesoro de los indios americanos; y éstos, conquistados, dominados, evangelizados, arrasados, recibieron a su turno la cultura de occidente. Apenas fueron protagonistas de esa cultura en sus propias tierras: más bien la soportaron,

* En *Anuario 1993 del Seminario de Cultura Mexicana*, México, 1993, pp. 67-96.

padecieron; vino a privarlos de sus antiguas costumbres, de sus dioses, de sus gobiernos y, sobre todo, de sus tierras. Las reclamaciones de ahora son, vistas desde cierta perspectiva, una nostalgia de aquel tiempo en que tuvieron la tierra y una reclamación persistente de antiguos derechos, que de los indios se transmitieron a los nuevos soberanos, y de éstos a los indios mismos, en concesiones benévolas, o a los nuevos señores.

Hoy se ha reanimado el “tema indígena”, que, sin embargo, estuvo a la vista durante cinco siglos. Lo han suscitado nuevamente los memoriosos que jamás lo olvidaron, las celebraciones del “encuentro” —conmemoración sombría para los descendientes de aquellos pueblos originales— y algunos estallidos esperados, inevitables en las circunstancias prevalecientes, como la rebelión en Chiapas desde el 1 de enero de 1994. Los indios, pues, se hallan nuevamente en la escena y obligan a soluciones diferentes, a reconocimientos postergados. Ya se habla de leyes especiales —que las hay en diversos países del continente—, cosa que invita a recordar las numerosas prevenciones del derecho indiano destinadas a proteger a los aborígenes, siempre acatadas y rara vez cumplidas.

Antes de esos acontecimientos, hubo reformas en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para reconocer la heterogeneidad de la nación mexicana, pluricultural, y la raíz más honda, el sustento original: el factor indígena de nuestra raza. La ubicación del nuevo texto, precisamente en la parte dogmática de la Ley Suprema, al lado de otros nuevos derechos —los derechos humanos de la corriente social—, anuncia la categoría y la jerarquía de estos reconocimientos y el designio equitativo que los sustenta.

Luego habría otras novedades legislativas: primero en el procedimiento penal, como veremos, y después en las leyes agrarias: la reforma al artículo 27 de esa Constitución, que prevé la protección sobre el dominio indígena de la tierra, y las normas que de aquél derivan en la Ley Agraria. Aquí, el dato más notable, la figura jurídica más relevante, se localiza en la comunidad agraria. Obsérvese, sin embargo, que no todas las comunidades, en el sentido del derecho agrario, son núcleos de población indígena, aunque muchas en efecto lo sean.

Cuando hablamos de los indígenas en México, hoy día, nos referimos —se calcula— al 10% de los habitantes de la República. En el principio de la invasión española, sumaban varios millones los habitantes de lo que después sería Nueva España y más tarde México. En poco tiempo, relativamente, ocurrió un gravísimo despoblamiento. Hoy lo llamaríamos ge-

nocidio: eliminación sistemática de grupos humanos. Sólo al cabo de siglos se recuperó la población indígena, clave de la dominación europea: fuerza de trabajo.

Ese 10% del que ahora se habla, representa varios millones de individuos en la periferia, en torno a la cultura media prevaleciente, monolingües a menudo, aún vinculados a usos que para ellos tienen fuerza normativa, exactamente por la misma razón que tuvo la costumbre jurídica entre los antiguos romanos: *inveterata consuetudo* y *opinio juris*. Es aquí, en la frontera entre dos culturas, donde ocurre el conflicto inexorable: entre el derecho “moderno” y estatutario de la mayoría mestiza, occidentalizada, y el derecho “primitivo”, generalmente consuetudinario, de las minorías indígenas.

II. DERECHO Y CULTURA

El orden normativo de la conducta, heterónomo y coactivo, al que llamamos derecho, es el producto —y el agente, en buena medida— de cierta cultura: de una manera de ver y querer las cosas; de una idea acerca del hombre, la sociedad, el poder político; de horizontes y esperanzas, rechazos y atracciones determinados. Ese es el cimiento cultural del derecho positivo (el expedido por los órganos del Estado facultados para hacer las normas, recogiendo su contenido, en el mejor de los casos, de las fuentes reales donde se asegura la vida de las normas: su eficacia), que aflora en prevenciones que proclaman, en la lengua por la que esa cultura circula y que forma parte de ella, los derechos y los deberes de los individuos y las atribuciones del Estado. Prevenciones, pues, que establecen el Estado de derecho, garantía de todos.

El derecho moderno, de inspiración y factura liberal, se desarrolla en una doble dirección o con un doble objetivo. Quiere, por una parte, liberar a los hombres: conferirles facultades que ejerzan por la autonomía de su voluntad, a pesar o por encima de clases, razas, sexos, credos o grupos. Por la otra, quiere igualarlos: que todos sean tratados del mismo modo por las leyes, a pesar de aquellas mismas circunstancias y no obstante que se trate de individuos profundamente desiguales. Las declaraciones primordiales, y entre todas la Déclaration francesa de 1789, se dirigieron precisamente hacia esos fines: reconocieron los derechos naturales, inherentes al hombre, de libertad, seguridad, propiedad y resistencia a la opresión, y admitieron expresamente que todos los hombres son iguales ante

la ley, es decir, ante el derecho y las autoridades que éste instituye. Nada serviría mejor a este concepto de la justicia que la figura tradicional de la diosa Temis, vendada —para no ver diferencias, ni conocer siquiera a los hombres que contienden—, sosteniendo una balanza cuyos platillos sólo mueve la “razón legal” que asista a los litigantes, y blandiendo ciegamente la espada.

Pero el liberalismo jurídico —que es apenas una versión, jamás la única y tampoco la mejor— del individualismo, arrojaría consecuencias tan inesperadas como deplorables. No supo hacer justicia —ni lo sabe ahora— la “mano invisible” que administra las relaciones sociales y repudia la injerencia del Estado. No supieron hacer las libertades y la igualdad formales, que generaron una opresión tan estricta como la que sus patrocinadores, humanistas beligerantes, quisieron derrumbar para siempre. Se pasó de la tiranía del monarca absoluto a la tiranía de las fuerzas sociales.

El caso de los indios, a propósito de la “cuestión agraria”, brinda un ejemplo elocuente sobre estos desastres decimonónicos: la desamortización de los inmuebles rurales, que se dirigió principalmente contra la Iglesia, depositaria de la mayor y mejor parte de la tierra, acabó despojando a las comunidades de indios, que también poseían sus tierras bajo forma de “manos muertas”. En esa desamortización indiscriminada —que incluso arrasó la personalidad jurídica de las comunidades— prosperaron los negocios particulares y decayeron, hasta la Revolución mexicana, los derechos ancestrales.

Se sabe bien que la contrapartida, la reacción necesaria frente a ese estado de cosas, tomó cuerpo en el derecho social, o mejor dicho, en la corriente social del derecho, que alumbró en textos secundarios al final del siglo XIX y se elevó al rango supremo en la Constitución mexicana de 1917. Esta corriente, que modera la interpretación “frenética” de la libertad y de la igualdad, implica un conocimiento y un reconocimiento más finos, completos, personales del ser humano: fuera de la abstracción universal del “hombre”; dentro de la concreción de “los hombres”, en la que cada categoría de individuos, e incluso cada uno, adquiere su perfil genuino. En rigor, el derecho social sustenta una idea y una práctica profundamente constructivos y morales a propósito del individualismo. El derecho social es, en esencia, un derecho individualista.

Esa fue la aportación crucial del nuevo derecho y en ese camino marchó el Estado intervencionista: desviando a veces, es cierto, su función

liberadora, y consumando otras versiones tiránicas. No es necesariamente tiránico, sin embargo, es Estado activo. Ya hoy se mira la necesidad de que la mano del Estado contenga a la “mano invisible” que comienza a cosechar un género diverso de injusticias.

El derecho social, pues, destaca las desigualdades —su hipótesis de trabajo—, brinda trato desigual a los desiguales —su método de trabajo— y procura la equidad en las relaciones sociales —su misión y su destino—. Ahora bien, el derecho social coincide con el liberal en la pretensión de que sea uno sólo el orden jurídico. No suele aceptar órdenes diversos y coexistentes dentro de un mismo Estado, órdenes excluyentes que pongan en riesgo o de plano desechen, al entrar en conflicto, las soluciones fundamentales que aporta el régimen jurídico dominante. Si ocurre una colisión, por haber discrepancia en las previsiones jurídicas de una misma conducta, prevalecerá el sistema ordinario, el mayoritario, que recoge y refleja la cultura dominante en la nación que lo expide. El Estado —como aparato coactivo— se halla a su servicio: para imponer el derecho ordinario y suprimir las manifestaciones del derecho minoritario, que se vuelve extraño, enemigo: ni siquiera derecho, sino hecho, situación *de facto*.

El orden mayoritario rechaza o suprime al otro en aras de ciertos valores que el derecho procura, antes, inclusive, de buscar el bien común o la justicia. De un lado, el denominado valor “funcional” del derecho, esto es, la seguridad jurídica, la certeza en las relaciones sociales, que puede pugnar a fondo —es cierto, y a menudo ocurre— con los bienes más altos que se alojan en la justicia. Del otro, el valor político: la integración nacional encomendada al derecho, como lo está a otras manifestaciones y condiciones de la cultura: el idioma, por ejemplo. Las reglas de la conducta y las reglas de la comunicación figuran a la cabeza, probablemente, de los instrumentos integradores. Se teme que la admisión numerosa o excesiva de órdenes jurídicos e idiomas diferentes ponga elementos centrífugos en la sociedad política, la fracture, la fragmente, la destruya.

III. CONCEPTO DE “INDÍGENA”

En la medida en que ser indígena no apareje consecuencias jurídicas específicas para la administración de justicia, aquel término permanece en sus recintos naturales: la antropología, la historia, la sociología, sin perjuicio de algunas referencias en otros ámbitos de la regulación jurídica. No existe, entonces, una idea, una descripción o caracterización jurí-

dica del indígena que devenga apreciable y aplicable en la administración de justicia. No es esta la situación que prevalece hoy día. Adelante veremos que el derecho mexicano ha incorporado alusiones al indígena y, más concretamente, a los individuos pertenecientes a grupos étnicos indígenas, en la Constitución (artículos 4o. y 27, fracción VII, segundo párrafo) y en los ordenamientos penal (artículo 52, fracción V, última parte) y procesales (artículos del Código Federal de Procedimientos Penales: 95, fracción III; 124, 128, fracción IV; 146, 154, 220-bis, y 223, y del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: artículos 72, fracción II; 165-bis; 171, 285, 290, 296-bis, y 269, fracción IV).

Así las cosas, el juzgador —sobre todo los tribunales de los fueros penal y agrario— deben establecer a quién se calificará como indígena para los efectos marcados en las respectivas especialidades de la justicia del Estado. En este sentido hay avances importantes, tanto en el plano internacional como en ordenamientos del continente Americano.

Por lo que toca a documentos internacionales, es preciso tener en cuenta las descripciones que contiene el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En éste se estima que los pueblos tribales en países independientes son aquéllos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (artículo 1.1a). Pueblos son los

considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 1.1b).¹

En el Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, elaborado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, se indica que

son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precolonia-

1 Cit. en Beller Taboada, Walter *et al.*, *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, pp. 43 y 44.

les que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.²

Me parece posible fijar la identidad del indígena, para los efectos de la administración de justicia a los que se alude en este trabajo, con base en dos elementos característicos: étnico y cultural. En virtud de aquél habrá que considerar una especie de “permanencia de la sangre”: formar parte de una comunidad preexistente a la invasión, conquista y colonización europeas en América. Por lo que hace al segundo dato, interesará el hecho de que el individuo o el grupo vivan en cierto medio cultural, para ellos dominante y cotidiano, con rasgos específicos y diferenciales de los correspondientes a la cultura mexicana común o mayoritaria. Ese medio cultural específico se definirá, entre otros datos, por la existencia de costumbres normativas e instituciones propias.

Así las cosas, no se considerará indígena —para los propósitos que ahora me ocupan— a quien viva en un medio cultural distinto del prevaliente, con los elementos que se han señalado, pero no forme parte de la comunidad a la que esa cultura corresponde: sea un intruso, un visitante, un avecindado, no un descendiente de los pobladores originales. Tampoco se dará el trato de indígena —pese a que étnicamente lo sea— a quien descienda de aquéllos, pero esté integrado en la cultura nacional media: el individuo que salió del círculo de sus ancestros e ingresó en la sociedad ordinaria, con conocimiento, aprecio y observancia de los valores de ésta.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO, EL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JUSTICIA Y LA PRESUNCIÓN *IGNORANTIA LEGIS*

A la seguridad en las relaciones humanas, a la paz como condición de vida —de libertad y justicia— sirven la claridad y la difusión de las normas que mantienen esa paz y gobiernan esas relaciones. Para ello es preciso reconocer ciertas “fuentes” del derecho: los procesos generadores de las normas vinculantes del comportamiento, y en cierto modo también,

2 *Ibidem*, p. 44.

como se suele decir, el resultado de esos procesos. Así: la legislación (como proceso) y la ley, la formación jurisprudencial y la jurisprudencia definida y obligatoria para los tribunales, la práctica inveterada con poder normativo reconocido y la norma consuetudinaria, etcétera.

El sistema jurídico mexicano es fundamentalmente derecho escrito, estatutario o legislado. Domina la voluntad indirecta de los ciudadanos, expresada a través de sus representantes que legislan, sobre la voluntad directa, manifestada en la conducta cotidiana. En este sentido, el derecho estatutario corresponde a una democracia indirecta, en tanto que el derecho consuetudinario refleja a la democracia directa; aquélla, la del Parlamento; ésta, la de la vida diaria de los ciudadanos. Entre nosotros —como en la mayoría de los Estados— prevalece el orden legislado. En favor de éste, precisamente, dispone el artículo 133 de la Constitución General de la República: la propia Constitución, las leyes que derivan de ella y los tratados celebrados conforme a la misma, son la ley suprema de la Unión. En nada invalida este principio la disposición contenida en el artículo 4o., que antes recordé, a propósito de las costumbres jurídicas de los grupos indígenas.

En México, la costumbre suele militar contra la ley. Esto es, dicho en términos muy generales, una antigua consecuencia de la forma en que se hizo la conquista, avanzó la colonia y se pacificó a los españoles avecindados y a los indígenas rebeldes. La idea de acatar las normas de la Corona, pero no cumplirlas, acabó por instituir un doble sistema: el aparente, mandado por quien tenía el poder de expedirlo, y el real, aceptado o adoptado por quienes poblaban la Nueva España.

De aquí proviene lo que algunos llaman “surrealismo jurídico” mexicano, entendiendo o no lo que se halla debajo de esa manera peculiar de legislar y aplicar las leyes. Así las cosas, la costumbre posee una fuerza muy grande, mayor que la que generalmente —y legalmente— se le asigna. Se ha creído, inclusive, que la costumbre había “derogado” normas constitucionales: las referentes al culto público, las sociedades religiosas y la educación confesional, hasta la reforma de esta materia en 1992, y las relativas a la disposición de las parcelas ejidales, hasta las reformas sobre este punto en 1992.

En los términos del derecho estricto —y escrito—, la costumbre, que constituye la fuente característica del derecho en los grupos étnicos indígenas, se subordina siempre a la ley, que la limita o excluye: no tiene efectos derogatorios de ésta, ni funda un orden propio y diferente, al que

deba plegarse la autoridad pública. Tampoco puede causar perjuicio a terceros, que para ello se amparan, con eficacia, en la ley general, única que los obliga, aunque sus “interlocutores” jurídicos invoquen una costumbre que los rijan y los favorezca *de facto*.

A la hora del conflicto, tema toral del derecho y de sus métodos e instrumentos, viene a cuentas la administración pública, oficial, de la justicia. No ignoramos la importancia y la frecuencia de otros medios para resolver el conflicto, planteado como litigio: contradicción calificada de intereses; pretensión de uno y resistencia de otro.

No es importante el campo de la autojusticia, proscrita, en principio, por la Constitución política que a cambio de prohibirla garantiza el acceso a la justicia del Estado. En contraste, hay amplio espacio para la composición privada: espacio cada vez más extenso, en todos los órdenes: el civil, que es su ámbito natural y característico; el social, en el que se pretende siempre conciliar intereses y arribar a convenios: así en las materias laboral y agraria, y hasta cierto punto en los litigios familiares e inclusive los inquilinarios, además de los económicos: contiendas entre consumidores y proveedores de bienes y servicios; y el penal, en el que crece el poder dispositivo de los particulares sobre la procedibilidad persecutoria, como existe —en otros sistemas— la posibilidad de negociación, “arreglo”, entre el inculpaado y el Estado que lo persigue y juzga.

En realidad, hay una corriente sensata y más o menos exitosa que favorece la solución privada y consensual de las controversias. Se trata de “desjudicializar” esas soluciones, descargar al aparato judicial de innumerales asuntos que la agobian y pueden hallar solución por otras vías menos formales, difíciles y onerosas, para que aquél pueda dedicar sus fuerzas a los problemas cuya solución escapa de las manos o de la voluntad de los particulares, o en los que debe actuar, necesariamente el Estado.

Ahora bien, la justicia formal sigue siendo monopolio del Estado, como unidad, y se pliega a la ley que proviene de la cultura media prevaleciente y ha sido dictada conforme a los requerimientos y a las convicciones explícitos o implícitos en ésta. Los indígenas no pueden oponer sus medios de justicia: normas, procedimientos e instancias juzgadoras, a los medios de la justicia pública: leyes, juicios y tribunales, más defensores, fiscales y ejecutores. Esa oposición contraviene los principios de legalidad y oficialidad en la privación de bienes y derechos; se contradiría, en suma, todo el sistema que implica el “debido proceso legal”, garantía preciada, que no se pensó para unos individuos, mayoría o minoría, sino

para todos, porque involucra cierta manera —dominante, ufana— de entender el derecho humano a la justicia.

Esa contradicción derivaría en ilicitud, y de tal suerte lo que es absolutamente legítimo para el indígena —o para cualquier otro sujeto que alegue subordinación a un régimen marginado, supuestamente jurídico—, sería absolutamente ilegítimo —hasta punible— para el Estado: tomarse la justicia por propia mano, o peor todavía, consumir delitos por violación de normas “oficiales” de fondo —sustantivas— y de forma —procesales—, en virtud de la discrepancia que apareja la norma indígena en ambos campos. Del mismo modo se trataría a un extranjero que invoque un fuero personal, a cuyo amparo incurra en conductas inadmisibles para el derecho nacional. Debe haber identidad de la norma —para decirlo en términos del sistema extradicional—, y en todo caso lo que vale no es la norma extranjera idéntica a la doméstica, sino la norma nacional, que ignora la existencia de aquélla.

La seguridad y la paz que afirma el orden jurídico se sustentan en la formulación y la observancia de un principio, tan necesario como irreal, establecido a título de presunción absoluta. Se cree o resuelve, en efecto, que todos conocemos la ley y en tal virtud debemos cumplirla; por eso la ley sólo adquiere vigencia cuando se ha publicado, y en la fecha y bajo los términos de la publicación correspondiente. Pero hay más todavía en el radio de esta presunción civil: la ignorancia de la ley no excusa a quien la incumple: *ignorantia legis neminem excusat*. Es decir: puede haber, en efecto, ignorancia, no obstante la publicación del mandamiento que no se ha cumplido; puede probarse, en los hechos, la ignorancia (por tratarse de un hecho negativo, habría que acreditar la imposibilidad o la extrema improbabilidad de enterarse); pero nada de eso importa a la ley civil: el desconocimiento de la ley no excusa a quien actúa con ignorancia del precepto que inexorablemente le obliga.

Vale observar que este principio supone algo más que el simple conocimiento, la noción, de una norma determinada. Significa que quien conoce la norma —la ha leído, ha sabido de ella, ha escuchado sus términos—, también la interpreta correctamente, tal como lo haría el juzgador del más alto rango jurisdiccional cuando debe decidir sobre las características de la conducta sujeta a su jurisdicción. Efectivamente, el alto tribunal que recibe la controversia por la vía de un último recurso, dirá “qué es lo que quiere decir la norma”, con independencia de lo que al respecto sostengan el propio interesado —por mucho que haya leído el periódico ofi-

cial en que apareció publicada—, los tribunales de inferior instancia y los más notables juristas que hubiesen aportado interpretaciones doctrinarias.

El individuo —el indígena, si de él se trata— no sólo sufrirá las consecuencias de su ignorancia consistente en no haber conocido la norma, sino las que deriven de su errónea interpretación del precepto, por no haber coincidido, antes del juicio, con el criterio que sostendría; al término de éste, el tribunal de mayor rango que venga a explicar el verdadero alcance de la norma.

El excesivo rigor de los principios enunciados —que son necesarios, como dije antes— condujo a diversas moderaciones. Se explican, sobre todo, por una doble circunstancia que aparece en México: la existencia de una numerosa población indígena, ajena, en la realidad, al derecho estipulado, y la presencia de una también numerosa población marginada por otros motivos. En ambas hipótesis, la aplicación estricta de las presunciones tradicionales consumaría la inequidad más completa, que además de ser moralmente reprochable sería políticamente perturbadora.

Los autores del Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común, y toda la República, en materia federal, manifestaron que ese ordenamiento se adscribía al “Derecho privado social”: en él se captaban las nuevas corrientes que depararían soluciones más equitativas, distanciadas del derecho civil tradicional. Tales fueron los casos de los artículos 17 y 21. En ninguno de estos casos se aborda de manera directa el tema de los indígenas, pero es evidente que el legislador pensó en ellos al establecer las reglas que dichos artículos recogen.

El artículo 17 del ordenamiento civil permite solicitar la rescisión de un contrato o la reducción de una obligación —no obstante haberse formulado aquél y contraído ésta en ejercicio de la libre voluntad de los sujetos de la relación— “cuando alguno (de ellos), explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga”. Hay, en tal supuesto, una inequidad que deriva de la fortaleza, conocimiento o ventaja de una de las partes, frente al desvalimiento, ignorancia o debilidad de la otra. Claro está que la falta de conocimiento del medio en el que se acuerda la relación jurídica, de sus consecuencias y circunstancias, del idioma en que se pacta, pueden dar ocasión a que se obtenga ese desproporcionado lucro que la ley reprueba.

Por otro lado, el artículo 21 permite eximir de sanción o dar un plazo para el cumplimiento del deber contraído a quien hubiese incumplido la

ley que ignoraba —esto es, pese al principio de ignorancia *legis neminem excusat*—, “siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público”, considerando “el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación, o su miserable situación económica”.

Véase, por una parte, que esta moderación no comprende el caso que se presente bajo leyes que afecten directamente el interés público, al contrario; comprende los supuestos de afectación indirecta de ese interés o de afectación de un interés privado, exclusivamente. Esto incluiría los negocios de derecho privado, civil y comercial, pero no los asuntos regidos inmediatamente por el orden constitucional y administrativo, como las materias electoral y fiscal, por ejemplo. También las leyes penales se hallan en el ámbito de los ordenamientos que abordan cuestiones de interés público, pero el régimen penal contiene soluciones propias, que adelante examinaré.

Por otra parte, obsérvese que los indígenas no quedan en el supuesto del “notorio atraso intelectual”, a no ser que éste se presente en casos específicos, individualmente considerados y con total abstracción de la pertenencia del sujeto a un grupo étnico indígena, exactamente como puede ocurrir con individuos de cualquier otro sector de la población. En cambio, todavía ahora operan, en no pocos extremos, el “apartamiento de las vías de comunicación” y la “miserable situación económica”. De lo que se trata, en fin, es de acreditar que hay desconocimiento de la ley aplicable y que esa ignorancia obedece a alguno de los factores que el artículo 21 señala.

Establecidos esos hechos, devendrá aplicable la consecuencia que aquél estipula: exención de sanción o fijación de un plazo para el cumplimiento omitido. Este plazo deberá ser el que resulte razonable, habida cuenta de las circunstancias del caso, porque de lo contrario se presentaría nuevamente la inequidad que el Código ha querido evitar.

V. LA VERTIENTE PENAL

Sin desconocer la gravedad que puede tener —y sin duda tiene— la aplicación al indígena de normas dictadas por y para otra cultura —dígallo, si no, el despojo de tierras consumado al amparo de una legislación extraña a la cultura indígena— es obvio que las más severas consecuen-

cias y las más insoportables injusticias provienen de la aplicación de la ley penal, en la medida en que ésta contiene, por definición, las reacciones jurídicas de mayor rigor, inclusive cuando recoge la tendencia —como sucede en México, desde hace dos décadas— de prescindir de penas privativas de libertad o reducir la duración y la intensidad de éstas.

Por otro lado, es preciso tomar en cuenta que difícilmente podría generalizarse la inobservancia de la ley penal, debido a la índole de las cuestiones que ésta regula. Aquí cabe distinguir entre dos extremos. Uno es el supuesto de la legislación penal excesiva, inmoderada, que pretende gobernar las relaciones sociales con el máximo rigor y a través de una suerte de “terrorismo punitivo”, propio de sociedades atrasadas o de regímenes autoritarios. En tal caso, bien podría prescindirse de sancionar supuestos “delitos”, creados artificial e innecesariamente por los ordenamientos punitivos.

Otro, muy diferente, es el caso que se observa con celo, el principio de “mínima intervención penal” del Estado: sólo se tipifican, a título de punibles, las conductas que verdaderamente impiden la paz social o quebrantan a fondo las normas de la convivencia: los delitos alguna vez llamados “naturales”, como el homicidio o la violación, por ejemplo. En este último supuesto, difícilmente podría generalizarse la exclusión de la ley penal, so pena de afectar profundamente la paz pública y el respeto a los más preciados bienes del individuo.

Ahora bien, aunque es posible y pertinente establecer con buenas razones el deslinde que se formula en los párrafos anteriores, el hecho es que la misma ignorancia, extrañeza o alejamiento cultural que propician o exculpan a los autores de unas conductas concurren a exculpar a los responsables de las otras. El problema no reside, ciertamente, en la gravedad del comportamiento, visto desde cierta perspectiva, sino en la distancia entre las culturas que formulan sus propios códigos de conducta. A menudo, los comportamientos más intensamente ilícitos —en nuestro concepto—, tienen esta misma naturaleza en otros medios, pero también es frecuente que en éstos se exculpen o justifiquen, sin vacilación alguna, conductas que juzgamos reprobables: tienen que ver, a veces, con el método para hacer justicia —la autojusticia—, acerca de la cual hay nociones diferentes y discrepantes, o con la forma de establecer ciertas relaciones jurídicas: así, las de carácter familiar.

1. Tipificación

Prácticamente han desaparecido las tipificaciones que sólo consideraban o, en contraste, sólo excluían para fines incriminatorios a cierta categoría de personas. Hoy los sujetos activos pueden ser cualesquiera personas, independientemente de consideraciones de raza, nacionalidad, sexo, cultura, etcétera; sin perjuicio de que en algunos casos el tipo penal exija determinados elementos característicos del activo según la especie delictuosa de que se trate (por ejemplo, la condición de mujer en el pasivo del aborto, o de empleado o funcionario —como antes se decía, y sigue diciendo el derecho administrativo—, en la familia de delitos cometidos por servidores públicos, y así sucesivamente).

En consecuencia, no hay delitos “cometidos por indígenas”, y tampoco exclusión del delito en virtud de que el autor o participante sea miembro de una comunidad indígena. Empero, subsisten algunas salvedades a este principio general, que traslada al ámbito penal la regla de igualdad de todos los hombres ante la ley. Tal sucede, *verbi gratia*, en la reserva que formuló nuestro país al adherirse al Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas: los compromisos punitivos consignados en este instrumento internacional no se traducirán en sanción penal por el uso mágico-ritual de hongos alucinógenos y peyote por parte de algunos grupos étnicos.³

2. Imputabilidad

A veces se ha examinado el problema de los indígenas frente a la ley penal desde la óptica de la imputabilidad. Ésta es, dicho en términos prácticos, una capacidad de derecho penal —es decir, de ser sujeto de derecho penal: individuo a quien se pueda aplicar la norma represiva—, o capacidad de culpabilidad, o capacidad de responsabilidad. A partir del Código Penal italiano, sobre todo, comúnmente se afirma que la imputabilidad es una capacidad de comprender el deber —o el carácter ético o jurídico: licitud o ilicitud— de la conducta, y determinarse conforme a esa comprensión, esto es, gobernar la propia conducta a la luz de la valoración ética que haga el sujeto.⁴

³ Cfr. la referencia a este asunto en mi libro *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, 3a. ed., México, Trillas, 1977, pp. 81 y 82.

⁴ Cfr. mi examen de la cuestión en *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 13-19. Alfonso Reyes E. considera

Puesta así la imputabilidad, conforme a una descripción positiva, la consecuencia lógica es que cada vez que no exista dicha capacidad de entender o de querer, el individuo devendrá inimputable y quedará exento de consecuencias punitivas —aunque no de otras consecuencias jurídicas— por su conducta penalmente típica, salvo que haya provocado dolosa o culposamente tal incapacidad, pues en este caso responderá plenamente por la conducta desplegada (acciones libres en su causa).

Sin embargo, es frecuente que la ley —tal es el caso de la ley penal mexicana— se refiera a la inimputabilidad al establecer las causas que excluyen la responsabilidad penal, la incriminación o el delito, y que estíple los factores de la inimputabilidad, restringiendo así la apreciación del juzgador acerca de las fuentes de ésta: sólo se alude al trastorno mental o al desarrollo intelectual retardado como causas de inimputabilidad.

En general, no existe inimputabilidad asociada a la condición de indígena, salvo que se padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, supuestos en los que la exclusión penal tomará en cuenta solamente estos datos —no aquél—, exactamente como lo haría en el caso de cualquier otra persona. Empero, en la legislación michoacana hay una excepción a este principio. En efecto, la fracción II del artículo 16 del Código Penal para esa entidad federativa —en la que existe una vasta población indígena purépecha— dice que es causa de inimputabilidad, específicamente, “la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización”.⁵ Aquí el juzgador ya no entrará a averiguar si el señalado como inimputable padece alteración mental, desarrollo intelectual retardado o sordomudez congénita. Se concretará a acreditar tres extremos: que el individuo es indígena; que es analfabeto; y que, siendo esto último, no está “integrado a la civilización”. Para ello deberá tomar en cuenta la distancia entre los bienes y valores prevalecientes en la llamada “civilización”,

que la imputabilidad es “la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión”. Dicha capacidad refleja “un modo de ser para un modo de actuar...”. *La imputabilidad*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1976, p. 31.

5 En la Exposición de Motivos del Código se indicó: “es un hecho bien conocido, que en determinadas partes geográficas de nuestro Estado, existe numerosa población indígena, dentro de la cual algunos de sus componentes son analfabetas y no están integrados a la civilización y siendo esto una realidad innegable, procede determinar la causa de inimputabilidad la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización, para que en aquéllos casos en los que se demuestre aquella causa eximente de responsabilidad, tal persona sea objeto de medidas de seguridad y no de sanción Penal”. Código Penal del Estado de Michoacán, Morelia, Ed. Oficial, 1980.

que es la cultura media nacional y los que guían al indígena cuya inimputabilidad se examina.

Conviene recordar ahora que la reforma de 1993 al Código Penal estableció, como sucedía en ordenamientos de nuestro derecho histórico, un doble alcance de la inimputabilidad. En efecto, existe inimputabilidad plena, que excluye el delito pero no la sanción consistente en tratamiento (perseverante consecuencia de lo que los autores del texto original de 1931 llamaron “responsabilidad social”, que no se aviene bien, en rigor, con la exclusión del delito), y hay inimputabilidad sólo disminuida: “considerablemente” disminuida, dice el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 15, poniendo a cargo del juzgador la definición de la frontera entre la capacidad disminuida en forma considerable y la disminuida en forma no considerable, es decir, menor o menos grave.

Ahora bien, la imputabilidad disminuida penalmente relevante debe tener como causa cualquiera de los factores enunciados, en general, por la fracción VII del artículo 15: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, supuestos que, como vimos, no son aplicables al indígena por su condición de tal. Esa capacidad disminuida trae consigo reducción de la pena —hasta dos terceras partes de la que correspondería al delito cometido—, imposición de la medida de seguridad para inimputables (tratamiento), o pena y medida, “en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor” (artículo 69 bis).

3. *Error de derecho*

Se ha considerado que el error de derecho excluye la responsabilidad penal, en cuanto constituye un aspecto negativo de la culpabilidad. He aquí la solución penal sobre el problema de la ignorancia de la ley que antes examinamos a propósito del derecho civil. El tema fue abordado, resueltamente, en las reformas al Código Penal provenientes de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, que llevé adelante en 1983, como procurador general de la República. En ese año fue incorporado el artículo 59 bis en el mencionado Código, que promovió comentarios favorables y tuvo su origen preciso, como oportunamente se indicó, en planteamientos hechos durante la Consulta en el estado de Chiapas.

El artículo 59 bis, que diez años más tarde sería derogado, manifestó: “Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo

atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso”.

Así quedaron recogidos el *error juris* y la *ignorantia legis*, condicionados, sin embargo, a que fuesen invencibles. El error y la ignorancia vencibles no aparejaban el trato penal benévolo previsto en ese precepto. Aquí se alude al “extremo atraso cultural” y “aislamiento social” del sujeto. Aquél se ponderó en función de la cultura media prevaleciente; obviamente, no bastaba con “cierto” rezago: era indispensable, habida cuenta de las consecuencias legales en este supuesto, que dicho atraso fuera “extremo”. Quedaba facultado el juzgador para optar entre una drástica reducción de la pena, que podría ser de “hasta” la cuarta parte de la aplicable (no apenas una cuarta parte menos, lo cual permitiría aplicar tres cuartas partes de la sanción prevista) en el caso de que no mediasen error o ignorancia; o bien, tratamiento en libertad.

Esta última posibilidad ofrece máximo interés. Como se sabe, el tratamiento en libertad fue incorporado en la legislación penal federal y del Distrito Federal en 1983, junto con otros instrumentos sustitutivos de la prisión. Así se consumó uno de los más importantes progresos del derecho penal mexicano en las últimas décadas. En la especie, el tratamiento en libertad permitiría la acción educativa sobre el sujeto, sin privarlo de libertad, medida que podría resultar particularmente equitativa y sensata en casos de delincuencia de indígenas, en vez de aplicar necesariamente, como antes sucedía en la ley federal, una pena privativa de libertad.

En 1993, en un amplio proceso de reformas penales y procesales, acertadas muchas de ellas, erróneas o irrelevantes otras, fue suprimido el artículo 59 bis y la materia quedó recogida, de otra forma, en el modificado texto del artículo 15. Se trata de un supuesto de exclusión del delito —ya no, como antes se decía, de la responsabilidad penal—, estipulado en la fracción VIII. Esta resuelve dicha exclusión cuando el sujeto realice la acción o la omisión constitutivos de la conducta típica bajo un error invencible “respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta”.

La consecuencia de la exclusión del delito es, evidentemente, la supresión del castigo. Este efecto parece razonable, desde cierta perspectiva, pero ofrece desventaja en cuanto prescinde de la oportunidad para brindar atención educativa a una persona que efectivamente incurrió en

conducta ilícita. Para que haya sanción penal se requiere que el error sea vencible: entonces procederá hasta una tercera parte de la pena aplicable al delito de que se trate (artículo 66). Por la técnica adoptada en las reformas de 1993, resulta posible el tratamiento en libertad de quien delinque en situación de error vencible, en virtud de la sustitución de las penas breves privativas de libertad.

4. *Proceso*

En el curso de la reforma procesal de 1990, que alcanzó tanto al Código federal como al distrital, se puso énfasis, por primera vez, en la pertenencia del sujeto a un grupo étnico indígena. La intención fue, en el fondo, protectora o en todo caso equilibradora del trato penal a esta categoría de individuos. Los textos legales no distinguen entre mexicanos y extranjeros. Por ello, considero que ese trato —que no es, en modo alguno, impunidad o enjuiciamiento especial— debe alcanzar a quienes formen parte de los grupos étnicos indígenas asentados en cualquier país iberoamericano.

En este orden de cosas, la preocupación del legislador conduce a una mejor individualización de la pena, que a su vez puede reflejarse en la entidad de ésta —por el régimen de sustitutivos— o en su cuantía —entre los extremos máximo y mínimo que la ley previene—. No implica, como observé inmediatamente antes, ni exclusión de sanciones (asunto que, por lo demás, queda a cargo del Código sustantivo), ni enjuiciamiento especial: en el de indígenas se aplican las formas procesales ordinarias.

Se impone al Ministerio Público y al juzgador el deber de considerar en la documentación del procedimiento “la pertenencia del inculcado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo puede tener”. Como se ve, la atención sobre indígenas —que tiene las características procesales que adelante menciono— debe existir tanto en la averiguación previa como en el proceso judicial. Por supuesto, no se trata de una simple referencia para fines estadísticos, sino de un avance en el sentido de la intermediación, que a su vez constituye un agente eficaz e indispensable para el desempeño del arbitrio judicial y la individualización de las consecuencias jurídicas en el caso concreto.

La misma preocupación individualizadora se halla en otras normas, que recogen el estudio de la personalidad del inculcado, *conditio sine qua*

non del racional arbitrio del juzgador, que no puede dejarse a la “intuición” o a la “experiencia” de éste, y menos a sus propios “juicios” o “prejuicios” psicológicos. Por eso se previene un estudio de personalidad *sui generis*, que puede exigir, además, un dictamen antropológico de alcance mayor. En efecto, “cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional”. En el proceso de la reforma se apuntó la necesidad de contar en todo caso con ese dictamen étnico-cultural; al cabo se reguló el asunto en forma menos imperiosa: el juez “procurará allegarse dictámenes...”.

No hay norma especial sobre la valoración de los dictámenes. En tal virtud, se apreciarán en la misma forma que cualesquiera otras conclusiones de expertos: el juez es “perito de peritos” y valora el dictamen, que no lo obliga. Sin embargo, debiera siempre establecer los motivos por los que se aparta del parecer de los especialistas, so pena de incurrir en un simple capricho sin sustento técnico, científico o artístico. Así las cosas, cuando el juzgador rechaza la supuesta pertenencia del inculpado a una comunidad indígena, con las consecuencias que esto apareja —sobre todo desde el punto de vista material, a propósito del *error juris* o la *ignorantia legis*—, contrariando el dictamen antropológico al que debe recurrir en caso de duda, deberá expresar los motivos que sustentan su opinión discrepante.

La reforma procesal ha puesto el acento sobre la designación de traductor (en realidad, intérprete, pues se trata de transmitir oralmente el mensaje, no sólo de trasladarlo por escrito) para el inculpado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano (artículos...). La omisión en este punto apareja reposición del procedimiento, esto es, implica un vicio procesal importante, que obliga a anular lo actuado desde el momento mismo en que se presentó la falta.

Es plausible la intención del legislador que reitera la necesidad de traductor (ya considerada por los textos legales anteriores a 1990), y ciertamente beneficia al inculpado desconocedor del castellano, que puede ser un indígena monolingüe o un extranjero. Esto resuelve, en la generalidad de los casos, el problema de comprensión y defensa del extranjero, que a menudo participa en una cultura semejante o idéntica a la del común de los mexicanos. Pero no se resuelve también —aunque se deba mantener la estipulación citada, por supuesto— el problema de comprensión del indígena, que tiene una causa diferente y es mucho más profundo.

Es obvio que no basta con trasladar ideas de un idioma a otro, si persiste —como en la especie ocurre— la extrañeza del reo con respecto a la cultura en que se sustenta el derecho que lo incrimina y por el que se le juzga. No basta con la transmisión de palabras que describan el rito procesal: sería necesario trasladar al sujeto el sentido y el aprecio valorativo de la cultura que sustenta las normas penales, esto debió ocurrir antes de que se presentara la conducta delictuosa, y para que no ocurriera. La aparente solución procesal, que aporta beneficios indudables, no resuelve, en modo alguno, el asunto de fondo. Se habrá cumplido el mandato del artículo 4o. constitucional, que garantiza a los indígenas “el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado”, pero no se habrá satisfecho suficientemente, más allá de este punto de forma, el requerimiento sobre justicia de fondo.

5. Sanción

Ya me referí a la individualización de las sanciones, en general. Se trata de la determinación casuística de la pena: primero judicial; luego administrativa, que es, en México, el cauce para que se integre la mayor individualización posible en la actuación del *ius puniendi*. En este orden de cosas, el artículo 52 del Código Penal, también reformado en 1993, sin que hubiese verdadera necesidad de hacerlo, establece el principio general de que el tribunal “fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito”. El juzgador ha de tomar en cuenta, así, dos criterios de calificación: la justicia y la procedencia de la pena. Esto último tiene que ver, probablemente, con la pertinencia en el estricto sentido legal de la palabra: que la ley prevea cierta sanción para determinada conducta punible y que la determinación del juez se ajuste, en consecuencia, a esa prevención y no la ignore o invoque alguna otra, extraña al caso que en la realidad se ha presentado.

En cuanto a la justicia, el juzgador deberá hacer una apreciación valorativa que excede, con mucho, el mero enlace lógico jurídico entre tipo acreditado y sanción aplicable, que caracteriza la definición sobre procedencia de la sanción. La identidad de la justicia es uno de los temas más arduos de la filosofía del derecho, que no puedo examinar aquí. Tal vez baste con decir que el juzgador deberá resolver qué es lo que corresponde al delincuente (y a su víctima, habida cuenta del derecho a la reparación de daños y perjuicios, así como a la sociedad, agraviada por el delito y necesitada de protección estatal) en relación con el delito que ha cometido.

do: en otras palabras: “darle lo que le corresponde”, lo que es “suyo”, así se trate de esta versión negativa (punitiva) de la justicia: el *suum qui-que tribuere* que venga al caso.

La base para la fijación de las sanciones estriba en “la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente”. Al hacer esta declaración, el primer párrafo del artículo 52 pretende alejar del Código la referencia a “peligrosidad” o “temibilidad”, conceptos que, sin embargo, regresan inexorablemente por múltiples vías y con diversas denominaciones, más o menos elusivas, tanto al proceso como a la sentencia.

Con respecto a lo anterior, conviene considerar que la legislación procesal —siguiendo el rumbo trazado, sin verdadera fortuna, por las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución— ha “resuelto por decreto” lo que es el tipo penal, asunto regularmente encomendado a la doctrina, en la que existen diversos pareceres sobre el particular.⁶ También hay norma a propósito de la probable responsabilidad: para decidir sobre ésta, “la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad” (artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del correspondiente al Distrito Federal).⁷

Además de las consideraciones generales contenidas en el artículo 52, para guía del tribunal en la individualización, la segunda parte de la fracción V recoge una dedicada específicamente al indígena, a saber: “Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además (de los otros datos indicados en esa fracción y en las precedentes), sus usos y costumbres”.

Por supuesto, esta norma no autoriza, por sí sola, a eximir de sanción al indígena, pero contribuye a la determinación de las sanciones (que también se podría hacer sin el texto específico, habida cuenta de los términos generales del artículo 52) en entidad, cuando haya alternatividad o quepa la sustitución, y en cuantía, entre los mínimos y máximos que la

6 Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999, los artículos 16 y 19 de la Constitución fueron modificados. Se regresó a la expresión “cuerpo del delito”. Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 1999, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se reformó para indicar qué se entiende por “cuerpo del delito”.

7 Actualmente el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señala en el tercer párrafo que “la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

ley dispone. Así las cosas, el tribunal puede preferir, cada vez que sea necesario y prudente, la medida restrictiva de libertad, y no la privativa, y en la misma forma puede ponderar las características que en el caso concreto puedan revestir el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, posibilidades, todas ellas, que ampliarán la operación de la equidad en la justicia penal para indígenas.

6. Ejecución

Bajo el texto constitucional, todo el sistema penal, no sólo la ejecución de penas, se organiza para alcanzar la readaptación social del delincuente. Así cobran sentido finalista las estipulaciones sustantivas y adjetivas. El legislador penal ha de tener en cuenta ese *desideratum* a la hora de establecer las sanciones, y lo mismo deberá hacer el legislador procesal cuando examina los principios y las formas del enjuiciamiento. Sin perjuicio de esto, es evidente que la readaptación se aprecia más claramente, con más vida y elocuencia, en la etapa de ejecución de la condena.

Es en esa etapa, precisamente, donde entran en juego los instrumentos que la técnica ha diseñado para obtener ese objetivo supremo; y es aquí, como sabemos, donde se muestra la grave crisis en la que caen las ideas y los ideales a propósito del régimen penal —convertido en un régimen readaptador, redentor inclusive: *ius readaptandi*, mejor que *ius puniendi*—, enfrentadas a la violencia, la ignorancia y la corrupción que a menudo caracterizan nuestro sistema de ejecución de sanciones.

No es fácil, por cierto, establecer inequívocamente en qué consiste la readaptación social del indígena que delinquirió. ¿Se trata de prepararlo para el retorno a la comunidad indígena, estimulando la observancia de las normas y los valores que prevalecen en ésta? Eso no tendría sentido cuando semejante observancia se ha traducido en delito. ¿Se pretende extraerlo de su medio natural y legítimo, para trasladarlo a uno diferente, el medio general, donde campea la cultura que calificó como delictuosa la conducta que el indígena supuso lícita? Tampoco parece razonable dar este alcance a la readaptación social. No puede tratarse de otra cosa que de dotar al sujeto de los conocimientos, las habilidades y las referencias culturales que le permitan, en ejercicio de su (relativo) albedrío, ajustar su conducta al patrón cultural que informa la ley penal general.

El problema de la ejecución de sanciones se plantea con especial importancia en el ámbito de la prisión y de los sustitutivos de ésta. Aquí se

agudiza, aún más, la paradoja de querer preparar al hombre para la libertad, utilizando para ello el extremo opuesto de la libertad: la reclusión. En ocasiones la ejecución de condenas aplicadas a indígenas ha llevado a verdaderas aberraciones, so pretexto de resolver otros desaciertos de semejante gravedad. Tal sucedió cuando para aliviar la sobrepoblación en las cárceles de Chiapas (para “despresurizar” las prisiones, como se ha dicho con un término extravagante), se envió a centenares de reclusos, indígenas muchos de ellos, a la colonia penal de Islas Marías.

Valdría la pena recordar —como sugerencia para construir medidas más eficaces y razonables— las soluciones aportadas al problema de ejecución de condenas de extranjeros, que es justamente la contraria —en los términos del artículo 18 constitucional, adicionado en 1976-1977— de la representada por esos traslados de indígenas: el retorno del extranjero a su país de origen o destino, esto es, la verdadera “repatriación”, no el extrañamiento que supone la estancia en un medio distinto de aquél en el que vivirá una vez cumplida la sentencia.

VI. LA PROTECCIÓN DEL INDÍGENA

El choque de la conquista española, etapa consecuente a la invasión, y el proceso de colonización que acarrió la imposición de normas, instituciones y valores foráneos, para establecer sobre ellos la nueva nación y, en su hora, el Estado venidero, puso frente a frente dos corrientes en el grupo mismo de los invasores. De un lado se hallaron quienes pretendían avasallar a los indios, con el mayor despliegue de fuerza y aduciendo derechos naturales derivados de la conquista y la misión evangelizadora. A éstos se enfrentaron otros europeos, que postulaban el respeto a la condición humana de los indios, con el mismo rango de los españoles, la protección de sus bienes y la preservación de sus derechos, más la evangelización practicada con caridad cristiana.

De esa segunda corriente, invariablemente derrotada merced a los Cortés, Alvarado, Nuño de Guzmán y otros conquistadores implacables, pero siempre activa, en virtud de los Vasco de Quiroga y Las Casas, provienen varias instituciones de entonces y, de modo indirecto, algunas de ahora. Antes hubo una “protección ex charitate y extraoficial”, que luego encarnaría en el cargo oficial de Protector de los Indios, designación que recayó primero en fray Julián Garcés, por disposición de Carlos V, el 24 de enero de 1528. Adelante se otorgó la misma encomienda a fray Juan

de Zumárraga.⁸ En cédula del 17 de mayo de 1582, Felipe II reiteró la voluntad de que los indios “no padezcan vejaciones y tengan el remedio y amparo conveniente por cuantas vías sean posibles”. Recordó el monarca que sobre este punto ya se habían despachado “muchas cédulas nuestras proveyendo que (los indios) sean bien tratados, amparados y favorecidos, las cuales se deben ejecutar sin omisión, disimulación ni tolerancia”. En el mismo documento, colmado de buenos deseos que no fueron muy lejos, el rey encareció a los arzobispos y obispos que en toda ocasión dispusieran “lo que convenga para evitar la opresión y desórdenes que padecen los indios”.⁹

Los mismos avasallados pidieron al rey de España la designación de un protector. En carta a Felipe II, varios indígenas principales se quejaron diciendo que “son muchos los agravios y molestias que recibimos de los españoles, por estar entre nosotros y nosotros entre ellos...”; añadieron: “padece cada día tantas necesidades y somos tan agraviados que en breve tiempo nos acabaremos, según cada día nos vamos consumiendo y acabando porque nos echan de nuestras tierras y despojan de lo que es nuestro...”. En consecuencia —concluyeron—

pedimos y suplicamos nos señale al Obispo de Chiapas don fray Bartolomé de las Casas para que tome este cargo de ser nuestro protector... y si acaso el dicho Obispo estuviera impedido por muerte o enfermedad, suplicamos a Vuestra Majestad que nos señale entonces una principal persona de toda cristiandad y bondad a la cual recurramos...¹⁰

En estos años, para la defensa de los derechos humanos y con el ejemplo de los *ombudsmen* de otros países, en México se instituyeron algunos organismos de este carácter. Entre ellos vale señalar a dos destinados, específica o predominantemente, a la atención de indígenas: la Procuraduría de la Defensa del Indígena, del estado de Oaxaca, creada en 1986, y la Procuraduría Social de la Montaña, del estado de Guerrero, establecida en 1987.¹¹

⁸ Cfr. Cuevas, Mariano, *Historia de la Iglesia en México*, México, Porrúa, 1992, t. I, pp. 252 y 253.

⁹ *Ibidem*, p. 259.

¹⁰ Cit. en León-Portilla, Miguel, *América Latina. Múltiples culturas, pluralidad de lenguas*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 5-7.

¹¹ Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El Defensor del Ciudadano (ombudsman)*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 127-130, 355-359 y 405-412.