

EL PROCEDIMIENTO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIOS EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Infelizmente las poblaciones indias de nuestro continente son las más desprotegidas en cuanto a sus derechos fundamentales. Los informes de gobierno, de las organizaciones no gubernamentales y de las comisiones investigadoras sobre violaciones a los derechos humanos así lo demuestran.

El reconocimiento de los derechos humanos sin una eficaz protección no significan mucho. La supuesta igualdad jurídica consagrada en los textos constitucionales es secularmente incumplida.

Es tal, la naturaleza de ese incumplimiento, que se ha tenido que crear una legislación nacional para la aplicación del principio de igualdad. La legislación brasileña castiga con prisión y multa a todo el que, por prejuicios raciales se niegue a prestar servicios de cualquier naturaleza. También hay sanciones penales para los actos de discriminación en Cuba, Costa Rica y Panamá. Brasil prohíbe tanto la discriminación como la propaganda a favor del racismo. En Ecuador es delito incitar al racismo. En Uruguay es delito promover, establecer o dirigir grupos orientados al fomento del odio racial. En Argentina, el odio racial es una agravante que aumenta a una tercera parte las penas aplicables a ciertos delitos. También está prohibido establecer sindicatos sobre bases raciales.

Se han elaborado recientemente constituciones en Brasil, Perú y Guatemala que elevan a rango constitucional los derechos étnicos y no obstante su regulación se incumplen con los propios mandatos constitucionales, como sucede en Guatemala con relación al reconocimiento de las lenguas mayas y una ley específica de protección a sus derechos étnicos.

Como notorio avance, en ciertos países se han incorporado al derecho interno, ya sea mediante disposiciones constitucionales ya mediante leyes los pactos internacionales pertinentes. En el Perú y Cuba, los tratados internacionales forman automáticamente parte de la legislación interna. En Costa Rica, el Código penal define como delito la violación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En la Ley fundamental de Nicaragua se dispone la plena aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹

Es muy importante resaltar que a partir de los convenios y recomendaciones de la organización Internacional del Trabajo y las declaraciones Americanas y Universal de Derechos Humanos, en 1948 se presentó el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos que se llevó a cabo con la Convención Europea de Derechos Humanos en 1950, los Pactos de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en 1966, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y los numerosos instrumentos y declaraciones que se han referido a los derechos humanos. Dentro de este concepto titulado por Monroy Cabra,

¹ Para la información latinoamericana consultamos: Saenders, Douglas, "El marco legal de las relaciones raciales en Centroamérica y Sudamérica", Ponencia presentada al *Seminario de las Naciones Unidas sobre los recursos y otras formas de protección que disponen las víctimas de la discriminación racial y actividades que han de emprenderse a nivel nacional y regional*, Managua, Nicaragua, 14-22 de diciembre de 1981, p. 35.

Universalización de los derechos humanos, se acepta hoy que el respeto a los derechos humanos constituye una obligación primordial de los Estados, impuesta en las Cartas de la ONU, de la OEA, de la OUA y en numerosos convenios y declaraciones internacionales. Esto significa que los derechos humanos han entrado al derecho internacional.²

Un estudio importante sobre la protección de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales en los últimos años ha sido elaborado por Héctor Fix-Zamudio y dictado como conferencia magistral en el curso interdisciplinario en derechos humanos, en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.³

Sobre el tema es conveniente recordar que la Octava Conferencia Internacional Americana de Lima, de 1938, aprobó una declaración a favor de los derechos de la mujer y otras sobre protección de los indígenas, que constituye un antecedente.

Sin embargo, es para la década de 1980, que a nivel no gubernamental y de organismos interamericanos, se plantea abiertamente la cuestión de los derechos humanos de los pueblos indios, así, del 23 al 30 de noviembre de 1980, se celebra el IV Tribunal Russell, en Rotterdam, Holanda, dedicado a los derechos de los indios, se presentaron testimonios sumamente graves para nuestra área de interés, Mesoamérica; los indios quichés de Guatemala que acudieron de su país al Tribunal, dieron testimonio, sin mostrar la cara. Se encapucharon para que no los mataran de regreso, los de la región Huasteca de

2 Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Protección Internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano", *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, pp. 36.

3 Fix-Zamudio, Héctor, "Protección de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales", *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, pp. 58. Es importante también de Vargas Carreño, Edmundo. "La práctica de la comisión interamericana en derechos Humanos", Materiales del curso señalado *ut supra*.

México, manifestaron que tenían que cambiar continuamente a sus dirigentes para que no los secuestraran y/o compraran los poderosos ganaderos que les arrebatan las tierras de la comunidad.⁴

A Nivel de los organismos interamericanos por primera vez, se trata la cuestión de los derechos humanos de los pueblos indios en el IX Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Santa Fe, Nuevo México, Estados Unidos, del 28 de octubre al 2 de noviembre de 1985, se abordan en el punto III del temario, y se le dedican los resolutivos número 15, sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de las Américas, el número 16, sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, el número 17, Proyecto de Resolución sobre el reconocimiento del principio de *non refoulment* (no devolución), el número 18, informe sobre la situación de los derechos humanos y el número 20 sobre normas consuetudinarias.

Los resolutivos dictados en su orden:

El número 15:1) Hacer un llamado a la Asamblea General de la OEA a fin de que se solicite a la Comisión de Derechos Humanos que informe anualmente a la Asamblea General de la OEA acerca de la situación de los pueblos indígenas del continente americano en lo relativo a los derechos humanos. 2) Recomendar a la OEA colabore en la traducción de las Declaraciones sobre Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos a las principales lenguas indígenas del continente, a fin de promover un mayor conocimiento del sistema interamericano por los indígenas. 3)

4 Ver: Galeano, Eduardo, "La Conquista continúa: crimen y resurrección de los indios de América", *Revista Nicarúac*, Nicaragua, núm. 4. enero-marzo, 1981. Ver: Bonfil Batalla, Guillermo, "Cuarto Tribunal Russel. Testimonio de la dignidad y la ignominia", *Nexos*, México, núm. 40. abril 1981.

Solicitar al Instituto Indigenista Interamericano que proporcione apoyo técnico a esas medidas.

El número 16:1) Recomendar a los Estados miembros que adopten medidas urgentes en consulta con los representantes de los pueblos indígenas, a fin de reconocer y aplicar los derechos que corresponden. 2) Exhortar a los Estados miembros a adaptar sus legislaciones y prácticas internas al derecho internacional en lo referente a los derechos de los pueblos indígenas. 3) Exhortar a la Organización de los Estados Americanos a considerar seriamente la cuestión de los derechos de los indígenas, en la elaboración del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

El número 17 (en lo fundamental): 1) Que se inste a los Estados miembros a reconocer el principio de *non refoulment* (no devolución) y a velar por su observancia, a fin de que se aplique con especial celo en el caso de los indígenas. 2) Ratificar la Convención y el Protocolo de las Naciones Unidas relativos a la condición de refugiados. 3) Instar a los Estados miembros a adoptar en sus legislaciones internas normas de procedimiento relacionadas con los refugiados y el asilo a fin de darle soluciones prácticas y humanitarias.

El número 18.1) Hacer un llamamiento a la CIDH a fin de que se expida una serie de informes especiales acerca de la situación en que se encuentran los pueblos indígenas en cada uno de los países miembros en materia de derechos humanos. 2) Solicitar que estos informes sean publicados oportunamente culminando con un estudio comprensivo y completo sobre la situación de los derechos humanos en cada Estado miembro para su presentación a la Asamblea General de la OEA en 1992.

El número 20.1) El reconocimiento en la medida adecuada, de las normas de derecho consuetudinario de los pueblos indios de los países miembros. 2) Que los Estados miembros de

la Convención Internacional de Pátzcuaro (1940) estudien la posibilidad de adecuar los sistemas penales y civiles vigentes, a la especificidad sociocultural de los pueblos indios, tomando en cuenta las normas consuetudinarias de estos pueblos. 3) El Instituto Indigenista Interamericano que preste la ayuda necesaria a los gobiernos de los Estados miembros.⁵

Como se advierte, es la primera vez, que a nivel del Instituto Indigenista Interamericano, es tratado el asunto relativo a los derechos humanos de los pueblos indios, caben destacar en dicho Congreso dos importantes trabajos, el del Antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla y el Abogado guatemalteco Augusto Willensen Díaz.⁶

A propósito de los Congresos Indigenista Americanos si hacemos un recuento de las recomendaciones sobre derecho indígena, que precedieron al IX Congreso encontramos algunas muy importantes, pero que quedaron lamentablemente en simples resolutivos, sin embargo, es posible retomarlas para hacerlas efectivas. (Aquí por la naturaleza del trabajo nos referiremos a cuestiones en el orden del procedimiento penal y derechos humanos.)

En el Primer Congreso. Se propuso una agencia encargada del estudio e intercambio de información relativa a las leyes y prácticas administrativas de las distintas naciones en relación con la vida y los problemas indígenas.

Es de hacer notar que el Instituto produjo con el apoyo de especialistas de la región una interesante colección sobre dis-

5 Instituto Indigenista Interamericano, *IX Congreso Indigenista Interamericano, Acta final* proporcionada amablemente por el Instituto.

6 Bonfil Batalla, Guillermo, "Los pueblos indios, sus culturas y políticas culturales", *Anuario Indigenista*, México, diciembre de 1985. Willemsem Díaz, "Algunos aspectos de las medidas tomadas y realizadas por Naciones Unidas en materia de derechos humanos y libertades fundamentales y su relación con los pueblos indígenas", *Anuario Indigenista*, México, diciembre de 1985.

posiciones legales de varios países, lamentablemente poco conocida.

Aparte de su sesgo paternalista e integracionista se proponía “arbitrio judicial a los jueces y que éstos consulten las costumbres y circunstancias especiales de los grupos raciales indígenas”.

En materia de legislación “respeto a los valores positivos de su personalidad histórico y cultural y con el fin de facilitar su desarrollo”.

En el Cuarto Congreso. (1959) “Que los gobiernos reformen su legislación para que sea práctica la defensa jurídica de los núcleos indígenas.”

En el Quinto Congreso. (1964) “Crear procuradurías encargadas de la defensa jurídica y gratuita de los derechos de la población indígena.”

Las demás recomendaciones son en su mayoría para aspectos relativos a los denominados derechos sociales, se advierte como primer problema la cuestión de la tierra, el respeto a su cultura, etcétera.

Sin embargo, las recomendaciones no se han cumplido, en la investigación realizada por Alejandro Marroquín, distinguido Antropólogo centroamericano, advierte: “que más del 88% no se han cumplido” (su trabajo hasta el Sexto Congreso). Entre los factores de su incumplimiento enumeraba:

a) La política general de los gobiernos americanos, los cuales no ven con simpatía los cambios que propugna el indigenismo, cambios que, muchas veces van en contra de los intereses de las oligarquías locales o nacionales.

b) El problema económico.

c) La falta de difusión de las resoluciones de cada congreso.

d) La falta de técnicos con capacidad para llevar adelante su cumplimiento.

e) Los obstáculos que los sectores que viven de la explotación del indio oponen al cumplimiento de las resoluciones indigenistas.

f) La falta de obligatoriedad de las resoluciones...⁷

Lo importante de los últimos Congresos Indigenistas es la participación paralela de representantes de los pueblos indios, que presentan demandas formales no sólo a nivel del cumplimiento de las normas internacionales de protección a sus derechos sino también la conducción de los organismos que tienen que ver directamente con ellos.

Sin embargo, es necesario precisar que siendo un fenómeno generalizado la violación de los derechos humanos de los pueblos indios, van a mediar diferencias en cada uno de los Estados —aquí incluido Canadá y Estados Unidos—. Es de recordar también que en algunos países la población india es mayoritaria como Guatemala, Perú y Bolivia, en otros mayoritaria en términos regionales —México— y en otros se trata de minorías étnicas. Para los dos primeros casos, hablamos de lo que la antropología conoce como *pueblos testimonio* (Darcy Riveiro) y se trata de las principales culturas prehispánicas vigentes pese a los 500 años de persecución e intento por aniquillarlas. Los niveles de violación a sus derechos van desde la discriminación, intentos forzados de asimilación, destrucción de su cultura, hasta el etnogenocidio de las dictaduras militares (Guatemala) teniendo también como manifestaciones su control en reservaciones (Canadá y Estados Unidos) y los que se ha denominado para México caciquismo y poder político, y, para los agraristas neolatifundismo.⁸

⁷ Marroquín, Alejandro, *Balance del indigenismo*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1977.

⁸ Barre, Marie Chantal, *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, México, Siglo XXI, 1983; Bartra, Roger, *et al.*, *Caciquismo y poder político en México*, México, Siglo XXI, 1975; González Casanova, Pablo, *La*

I. SIGNIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Sin duda el fenómeno de estudio que pretendemos analizar y en su marco, es producto de las contradicciones sociales existentes en nuestra formación económico social latinoamericana.

Los obstáculos en el *acceso y administración de justicia*, atentan en lo fundamental la configuración democrática del Estado moderno y afecta a la judicialidad como la vía natural de la resolución de la problemática legal.

La significación de la problemática, reviste importancia desde varias perspectivas en el campo sociojurídico la vigencia de los derechos humanos con esa universalidad que señala Monroy Cabra; nos remite a una revisión conceptual de la teoría de la justicia, que supere su visión formalista, fetichizada; para recoger en su seno una cosmovisión interdisciplinaria, crítica y comprometida con los cambios sociales que demandan los umbrales del siglo XXI; y se hace necesario sin embargo un análisis empírico del problema del acceso y la administración de justicia, que permita proponer soluciones que se encaminen a propuestas concretas de creación, modificaciones substanciales y/o reformas a la legislación vigente: sustantiva y adjetiva.

Como propuestas de investigación se hace necesario también analizar el papel y condicionamiento económico-social y cultural de los llamados operadores del derecho: los jueces, ministerios públicos, empleados de los tribunales, abogados, peritos, traductores, médicos, forenses y demás coadyuvantes en la administración de justicia, establecer las modalidades de su reclutamiento y prácticas profesionales y compromisos sociopolíticos. Naturalmente que podrá indicarse que estos estudios ya se han realizado a nivel doctrinario y en algunos empíricos,

democracia en México. México, Ed. Era, 1965; Gutelman, Michel, *Capitalismo y reforma agraria en México*, México, Ed. Era, 1974.

particularmente recordamos las propuestas en Italia de Treves y Cappelletti.⁹ Pero en el campo del derecho indígena y en general como fenómeno ha sido poco estudiado en nuestro medio, salvo algunos estudios pioneros de un nivel muy general.¹⁰

Frente al reto del desarrollo de investigaciones jurídicas teórico-empíricas¹¹ que nos permitan una visión de conjunto, el incumplimiento de esta demanda motiva que los propios sujetos sociales (situación que no se puede ignorar: campesinos, colonos, ecologistas, indígenas, etcétera), salgan buscando asesorías para la realización de estudios y propuestas autogestionarias. Sobre el particular se vienen desarrollando metodologías de investigación participativa, ausentes entre quienes vienen trabajando lo que denominan actualmente “antropología jurídica”, “etnología jurídica”, “sociología jurídica”.

Así, nuestra preocupación tiene que estar encaminada al análisis y formulación de propuesta frente a la problemática que afecta a sectores importantes de nuestra población, en países pluriétnicos y pluriculturales como los nuestros, el estudio de los derechos humanos de los pueblos indios se torna básico. En la cuestión de los derechos humanos se hace menester no

9 Treves, Renato, *Introducción a la sociología jurídica*, Barcelona, Taurus, 1978; Cappelletti, Mauro, “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.

10 Se vienen desarrollando bajo la instancia más de la antropología y la sociología, pioneros en ese sentido el quehacer de Rodolfo Stavenhagen y Guillermo Bonfil Batalla. Más adelante referiremos en detalle algunos trabajos de tesis en materia jurídico penal desarrollados en Guatemala, Venezuela y el Perú (también pioneros).

11 Ver: Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986; Jiménez, Gilberto, *Poder, Estado y discurso*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1981; Hernández Vega, Raúl, *Ensayos Jurídico-filosóficos*, México, Universidad Veracruzana, Jalapa, 1984; Asociación Interamericana de Servicios Legales, *Los abogados y la democracia en América Latina*, Colombia, 1986; Witker, Jorge, *Cómo hacer una tesis de grado en derecho*, México, Ed. Pac. 1988.

sólo ser portadores de un discurso teórico sino llevar a la práctica el estudio de la realidad concreta para propiciar cambios sociales y entre ellos, la creación de un derecho más acorde con los intereses populares.

Seguramente el acceso y la administración de la justicia penal constituye un indicador del grado que asume la desigualdad social y que lleva a manifestar expresiones, que uno de los problemas fundamentales de América Latina y México en particular, es la falta de justicia. Paradójicamente nos encontramos frente a una justicia que en mecánica procesal (legislación adjetiva) deja de lado la efectivización de los derechos fundamentales de los más débiles en términos económicos, sociales y culturales (desde la pobreza, hasta la ignorancia del derecho por la pobreza).

II. EL PROBLEMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

El problema de la administración de justicia para los pueblos indígenas, como su calificación ante la ley penal, plantea uno de los desaffos doctrinarios y prácticos de mayor trascendencia para las legislaciones latinoamericanas, al decir de los expertos sobre derechos humanos.¹²

Para el equipo coordinado por Rodolfo Stavenhagen sobre derechos humanos de los pueblos indios, hay dos cuestiones. “existencia o no de una legislación penal particular para los indígenas. La segunda cuestión, que divide a la doctrina penal, se refiere a la imputabilidad o inimputabilidad del indígena frente a la sanción”.

En investigaciones concretas aplicables al caso mexicano, se advierte: inadecuación de tipos delictivos a las condiciones de

12 Ver: Stavenhagen, Rodolfo, *et al.*, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Colmex, III, 1988.

existencia de la población indígena, oposición a las prácticas reglamentadas por el derecho consuetudinario indígena o bien inadecuación de las técnicas del derecho procesal a los medios y recursos de la cosmovisión indígena".¹³

En cuanto al procedimiento penal al igual que los sectores populares y en algunos casos la población en general, se sufre las consecuencias de la desobediencia de los órganos jurisdiccionales del mandato que impone una *pronta y cumplida administración de justicia, el principio real de defensa, de los principios procesales universales* de inmediatez del juzgador de los beneficios de pobreza, de la preclusión procesal, del *in dubio pro reo*, del *non bis in idem* y fundamentalmente del denominado principio de humanidad¹⁴ que afectan la judicialidad.

Lo anterior a juicio de Naciones Unidas en su resolución 36/21. "...la justicia penal se debe considerar en el contexto del desarrollo económico, los sistemas políticos sociales y culturales y los valores y los cambios sociales..."

Para el caso particular de los pueblos indios, la situación se agrava por su condicionamiento socio-económico anulante de su personalidad, por la discriminación, marginación y explotación que sufren, la falta de consideración y respeto a su cosmovisión jurídica y el no considerar la ignorancia de sistemas jurídicos ajenos, más allá de los principios generales y universalmente válidos como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas.

En el primer Congreso Mundial de Derechos Humanos¹⁵ se aceptó que "Los derechos humanos en la administración de

13 *Op. cit.*, p. 282.

14 Sobre el principio de humanidad consultar: De la Rúa, Jorge, *La codificación penal latinoamericana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1982, p. 46 y ss.

15 ILANUD, *Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Alajuela, Costa Rica, 6-12 diciembre 1982*, vol. *Derechos humanos en*

justicia penal se refieren a aquellos derechos fundamentales que les son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón justa o injustamente, entran en contacto con los sistemas de justicia penal en nuestros países; y aquí nos referimos a un concepto de justicia penal en sentido amplio, es decir, teniendo en cuenta no sólo la fase judicial penal, sino que cubren también las acciones iniciadas desde los órganos represivos del Estado, es decir comprende la trilogía policial, judicial y penitenciaria, ángulo desde el cual debemos ver el problema si es que pretendemos obtener una visión integral del mismo”.¹⁶

Lamentablemente los derechos humanos más violados tienen que ver con la justicia penal y basta tener presente los artículos 6-7-9 y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Elio Gómez Grillo, cuando aborda la problemática de la justicia penal en su país¹⁷ alude a una patología común para América Latina:

- a) La problemática del “preso sin condena”.
- b) Lentitud judicial.
- c) El castigo no al delito sino a la pobreza (desigualdad socioeconómica).
- d) El terrorismo judicial.¹⁸
- e) La discriminación por motivos de raza (étnica más correcta en nuestra opinión).

la administración de justicia penal, Costa Rica, 1984.

16 Montero, Jorge, “Derechos humanos en la administración de justicia penal”, *op. cit. supra*, p.9.

17 Gómez Grillo, Elio. “Justicia penal en Venezuela”, en *op. cit., supra*, pp 64-66.

18 Se entiende como la utilización de tribunales penales para llevar en su seno la discusión de asuntos que le son completamente ajenos como serían las acciones civiles, mercantiles, laborales que no deben dilucidarse en los tribunales penales.

Sobre el último punto Salomón Nahmad para México es del parecer que la aplicación de la legislación penal se hace en agravio de la población indígena:

Existe amplia evidencia de que los indígenas son víctimas persistentes de la ley impuesta por las autoridades mestizas. En primer lugar en la legislación no existen mecanismos que permitan asegurar que una causa instruida a un reo indígena no sea en su propia lengua, lo cual se presta a un sinnúmero de abusos e injusticias por las autoridades mestizas. El indígena es víctima por ser analfabeto (la mayoría lo son) también por ser monolingües.¹⁹

Nahmad, refiere también la insuficiencia, la falta de medios y capacitación del cuerpo de procuradores indígenas del Instituto Nacional Indigenista.²⁰

Asimismo en los últimos años el problema penal particularmente delicado con respecto a lo que en la legislación mexicana se llama delitos contra la salud.²¹

Sobre el particular además de las prácticas rituales y el uso de drogas es conveniente considerar, a nuestro juicio, de que manera los indios dadas sus condiciones económicas sociales son presas fáciles del narcotráfico.

A lo apuntado por Nahmad y en el contexto indioamericano es conveniente agregar el abuso de poder a cargo de los sistemas policiacos, del ejército, los caciques, abogados y hasta las sectas religiosas.

La corrupción policiaca, del Ministerio Público y Organos Jurisdiccionales son en el contexto no una excepción sino lamentablemente la generalidad que da motivo a la violación de los derechos humanos en forma sistemática, la imparcialidad e impariabilidad de los jueces, agravada por su formación positivista aberrante al igual que los agentes del Ministerio Público,

19 Stavenhagen, *op. cit.* p. 311

20 *Loc. cit.*

21 *Op. cit.*, p. 312.

a quienes hay que sumar lo que se ha denominado “daltonismo judicial”.²²

Lamentablemente en cualquier proceso judicial que se juzgue a un indio asistimos de hecho a la plasmación ritualizada de una relación con raíces coloniales, como lo afirma Ballón Aguirre.²³

La visión colonial parroquial de los operadores del derecho: jueces, ministerio públicos, abogados, empleados judiciales, antropólogos, psicólogos, médicos forenses, traductores, etcétera, es de verdaderos colonizadores internos.²⁴

Es pertinente en sociedades pluriétnicas y pluriculturales, considerar así como la lengua, la religión, el vestido, la psicología (pilares étnicos), la cosmovisión y las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas, como un derecho alternativo.

22 Un esfuerzo para analizar el conocimiento de los derechos humanos y su relación con el sistema de justicia penal fue el taller organizado por la Academia Mexicana de Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) del 18 al 29 de agosto de 1986.

23 Ballón Aguirre, *Etnia y represión penal*, Perú, Ediciones Cipa, 1980. p. 46.

24 Ver: González Casanova, *La democracia en México*, cit ut-supra, y Stavenhagen, Rodolfo, “Clases, colonialismo y aculturación”, *Cuadernos SISG*, Guatemala, 1968. Ver los trabajos basados en investigaciones empíricas para América India: Curuchiche, Miguel Angel, *Discriminación de la población en el ordenamiento penal guatemalteco*, *Guatemala Indígena*, núm. 1-2 Vol. XII, 1977; Hernández Sifontes, Julio, *Realidad jurídica del indígena guatemalteco*, Guatemala, tesis-derecho, Universidad de San Carlos, 1965. Irueta, Gladis, *El indígena ante la ley penal*. Universidad Central de Venezuela, 1981. (Reseña interesante: Bunster, Alvaro. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XVIII, núm. 50 mayo-agosto, 1984. pp. 646-640); López Godínez, R., *La ignorancia y la incomprensión de la ley penal en el medio indígena guatemalteco*. Guatemala, tesis-derecho, Universidad de San Carlos, 1972; Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, Guatemala, tesis-derecho, Universidad de San Carlos, 1970, “La cuestión étnica en Mesoamérica y los derechos humanos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 4, vol. V, octubre-diciembre, 1987.

Pero tanto quienes ejercen el acto jurisdiccional reglado de los denominados Estados nacionales como las justicias indias, deben conocer y practicar adecuadamente los principios universalmente válidos en materia de derechos humanos.²⁵

Es importante además de considerar las contradicciones y desigualdades étnicas tener presente las contradicciones entre capital y trabajo, que sufre el indio junto con los sectores proletarios, semiproletarios y campesinos en su conjunto.

En los informes de la investigación sobre derechos humanos y sistemas penales²⁶ se indica: "La opinión especializada latinoamericana es perfectamente consciente de que la realización de los derechos humanos en los sistemas penales es notoriamente deficiente, no siendo ésta una afirmación apriorística gratuita, sino un resultado de experiencias y vivencias individuales."²⁷

Que no existe una tutela jurídica suficiente, que se trata de sistemas penales defectuosos que mantienen criterios peligrosistas ya rebasados (razas, culturas peligrosas). Así el desconocimiento de la relevancia de las culturas autóctonas es una gravísima violación al principio de culpabilidad.²⁸

Los informes sobre la legislación procesal, señalan como puntos a considerar: La cuestión de la vigencia inmediata de la ley procesal, las violaciones al principio *non bis in idem*, las violaciones de la garantía del juez natural y los fueros especiales, nombramiento y amenaza a la independencia de los

25 Ver: García Ramírez Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Ed. Porrúa, 1988, p. 185.

26 Zafaroni, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1983.

27 *Op. cit.*, p. 26.

28 *Op. cit.*, p. 40. Zafaroni recientemente publicó una excelente crítica a la dogmática penal en un libro francamente sugerente que incluye la cuestión penal del mundo indígena. *En busca de las penas perdidas. (Deslegitimación y dogmática jurídico penal)*. Argentina, Ed. Ediar, 1989.

jueces e integrantes de los tribunales, la independencia del ministerio público, las declaraciones extrajudiciales y judiciales violadas, el valor probatorio de evidencias obtenidas ilícitamente, la libertad provisional o excarcelaria, el amparo de la libertad y *habeas corpus* incomunicación de la persona privada de libertad, algunas características particulares de los procedimientos, entre las que destacan para su discusión: los sistemas inquisitoriales, los sistemas orales y los jurados de conciencia, los criterios de valoración de la prueba, motivación de la sentencia, el derecho de defensa, las formas procesales y las condenas de rebeldía. Los items enumerados constituyen un *corpus* que en el caso del procedimiento penal deben ser analizados cuidadosamente en el contexto global y en las particularidades del juzgamiento a la población india.²⁹

Para México hay todo un debate, sobre la intervención del ministerio público en el proceso penal que ha sido sometido a críticas serias al igual que a los sistemas de recepción y valoración de la prueba, en especial la denominada prueba confesional, advirtiendo que dichas prácticas son violatorias a los derechos humanos. Otros consideran al “ministerio público como un *ombudsman* de estilo netamente mexicano”.³⁰

En cuanto a los servicios legales y a las comunidades indias son importantes los resolutivos de la segunda conferencia regional de programas de servicios legales que rezan:³¹

29 Zafaroni, Eugenio R., “Derechos humanos y sistemas penales”, *Revista Mexicana de justicia*, México, núm. 2. vol. IV, abril-junio, 1986. p. 144 y ss.

30 Ramírez, Elpidio, “Juicio penal y derechos humanos”. *Revista Mexicana de justicia*, México, núm. 4, vol. V, octubre-diciembre, 1987, pp. 229-234. Ver de García Ramírez, *op. cit.*, p. 186. A nivel global sobre América: Comité Jurídico Interamericano. *El Ministerio Público en los países Latinoamericanos*, Washington, D. C., 1967. Doc. Oficial OEA Ser I/VI. CIJ-88.

31 Segunda Conferencia Regional de Programas de Servicios Legales. Villa de Leyva, Colombia, 18-21 de junio 1985. *ILSA. Asociación*

Con respecto a nuestro trabajo en asesoría jurídica para poblaciones indígenas, hemos encontrado las siguientes características comunes:

1. Hay una realidad común latinoamericana que es la presencia de culturas y pueblos indígenas que han sobrevivido a los procesos de asimilación y liquidación tanto de las coronas española y portuguesa, como de los Estados nacionales.

2. Nuestro trabajo se enmarca en la reivindicación de sus derechos a existir como grupos y como culturas, frente al Estado nacional y sus proyectos políticos, económicos y sociales.

3. Nuestro trabajo se define externamente a los grupos indígenas sin pretender con ello reemplazar o suplantar su propia dinámica y formas representativas.

4. Esta labor que ejercemos no tiene sentido si no existe la participación consciente de los propios afectados sin perjuicio de que cooperamos en la dinamización de sus reivindicaciones.

5. Las actividades que se desarrollan con los grupos indígenas implican necesariamente la interdisciplinariedad y la selección cuidadosa de las técnicas jurídicas a utilizarse que no pongan en riesgo la supervivencia indígena.

6. Hemos constatado que las leyes especiales relacionadas con indígenas han permitido enfrentar a la legislación nacional, al Estado, lo que significa la existencia de espacios que pueden ser más o menos ampliados en la lucha directa de las comunidades indígenas por sus propias reivindicaciones y autonomía. Al respecto consideramos también la necesidad de contar con normas tutelares no discriminatorias que garanticen su desarrollo como etnias.

7. La reivindicación de la identidad indígena y sus diferencias culturales con respecto a la cultura nacional dominante no está exenta de dificultades y específicamente éstas se observan

en asuntos tan importantes como su identidad frente al Estado, su capacidad jurídica y participación política, el sistema educativo religioso, la discriminación laboral de que son objeto los indígenas, y al mismo tiempo su derecho respecto a la tierra y los recursos naturales.

RECOMENDACIONES DEL TALLER

a) La comisión considera como vital nuestra plena identificación con las reivindicaciones de los pueblos indígenas con miras en su propia dinámica y desarrollo.

b) Asimismo consideramos necesario el efectuar un trabajo conjunto que nos permita profundizar en el conocimiento de la realidad latinoamericana y en lo particular de la indígena, lo cual exige, inicialmente, la realización de talleres en forma periódica con la participación de abogados que realizan trabajos similares en América Latina.

En cuanto a la defensa de los indios, es importante resaltar la propuesta oficializada del Estado de Oaxaca-México, de la Procuraduría para la defensa del indígena (publicada en el *Periódico Oficial* del Gobierno Constitucional de Estado Libre y Soberano de Oaxaca, el 26 de septiembre de 1986); producto de las demandas del Tribunal Superior de Justicia del Estado, miembros de la Barra y Colegio de Abogados, partidos políticos, organizaciones estudiantiles. El Instituto Nacional Indigenista, distinguidos intelectuales e indigenista y el Consejo Consultivo Estatal de las Comunidades Indígenas, que demandaron al poder ejecutivo estatal, favorecer en especial a los indígenas sujetos a cualquier proceso penal, considerando que el indígena es por lo general persona sin mayores recursos económicos y le es prohibitivo contratar los servicios de un abogado.

III. NORMAS PARA ANALIZAR LOS PROCESOS PENALES

A continuación consignamos las normas para analizar los procesos penales en la experiencia de Amnistía Internacional que nos parecen muy importantes de ser tomadas como ejemplo.

°Todos los procedimientos deben cumplir las normas nacionales o internacionales establecidas para la protección de los derechos humanos tales como las estipuladas, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

°Los encargados de aplicar e interpretar la ley, formular dictámenes y dictar sentencias deben ser completamente independientes de otras autoridades gubernamentales, especialmente de aquellas que formulan cargos. Deben estar protegidos de presiones impropias en el cumplimiento de sus funciones. Se debe garantizar la competencia, incorruptibilidad e imparcialidad de los jueces. Los jueces deben tener preparación jurídica. El hecho de que comparezcan civiles ante tribunales militares puede constituir motivo de especial preocupación.

°Si se priva de su libertad a una persona, debe ser por razones específicas, las que se darán a conocer a la persona en el momento de la detención. Esta última debe ser informada a la brevedad de los cargos formulados en su contra y ser llevada ante un juez u otro funcionario competente.

°El acusado debe tener acceso rápido y adecuado a asistencia letrada independiente —que puede ser normalmente un abogado de su elección— gratis o subsidiada adecuadamente de acuerdo con los medios del acusado.

°La regla general debe ser que a las personas que están esperando ser procesadas no se les debe mantener recluidas. Los acusados, o sus representantes, deberían estar en condiciones de cuestionar la legalidad de cualquier reclusión presumarial ante un juez u otra autoridad pertinente, independiente e imparcial.

°Las personas bajo custodia deben tener acceso a familiares, abogado y atención médica independiente. La correspondencia y comunicación no se debe restringir más allá de lo que es necesario para la administración de justicia y la seguridad de la institución carcelaria.

°Nadie debe ser sometido a torturas y a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

°Cuando existen procedimientos tales como tribunales especiales o nuevas normas de prueba entran en vigor retroactivamente, se corre el riesgo de que se cometan injusticias. Las penas no deben ser más severas que las estipuladas en la época que se cometió el delito.

°Los juicios deben tener lugar dentro de un período razonable de tiempo transcurrido a partir del momento en que el acusado compareció por primera vez ante un juez y normalmente deben realizarse en público.

°Un acusado debe ser considerado inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. No se le debe forzar a declararse culpable o a testificar contra sí mismo. Un tribunal no debe admitir ninguna declaración que haya sido forzada.

°Un acusado debe tener derecho a una defensa adecuada, a citar e interrogar testigos y a conducir los procedimientos de defensa bajo las mismas condiciones que se aplican al fiscal.

°Las condenas y sentencias deben ser susceptibles de revisión ante un tribunal superior. (Amnistía Internacional considera que esta revisión debe incluir derechos amplios de representación y no que sea una mera consideración del expediente de proceso.) En casos que contemplan la pena de muerte, debe existir el derecho de solicitar indulto, conmutación o suspensión temporal de la pena. Amnistía Internacional se opone a la pena de muerte en todos los casos, pero hace hincapié en la importancia de todos los procedimientos que permiten a los tribunales u a otras autoridades reconsiderar la condena.

Entre las normas para los procesos penales, que constituyen fuente de derecho, tenemos lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece las garantías que consagran el principio de presunción de inocencia (artículo 8 inciso 2) y una serie de garantías importantes durante el proceso (artículo 2):

a) Necesidad de que el inculcado sea asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no hablara el idioma del juzgado o tribunal.

b) Comunicación previa y detallada, al inculcado, de la acusación formulada.

c) Concesión, al inculcado, del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

d) El derecho, del inculcado, de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos, peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) Derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

Hemos tomado como recurso las normas para analizar los procesos penales en la experiencia de Amnistía Internacional, que dan cuenta también de los vicios y violaciones a los derechos humanos en forma universal. Pero seguramente en nues-

tros países indoamericanos se hace necesario formular una especie de normas que regulen esa interrelación de las diversas culturas y prácticas jurídicas, que conforman el plexo plurinacional.³²

Procedamos a una revisión literaria de los pocos trabajos sobre la cuestión:

En virtud que el mundo al término del séptimo día, según la tradición cristiana, fue construido, es que seguramente para los juristas el quehacer concluyó también (de esa manera la vigencia de la concepción positivista del derecho penal y procesal penal) en los umbrales del siglo XXI, es importante como dirá Zafaroni, en busca de las penas perdidas, construir un discurso más real, más humano, no necesariamente más moderno, no podemos construir el presente sin renunciar al pasado.

En las perspectivas de la legislación penal comparada en América Latina, apunta el equipo de Stavenhagen (la crítica viene de la antropología y la sociología).

1. Nos parece que habría que empezar esta parte conclusiva relacionada con la legislación comparada señalando algunas deficiencias teórico prácticas: en primer lugar, la escasez de estudios y materiales sobre el tema. Segundo, la falta de una profunda discusión sobre la condición penal del indígena. Tercero, la falta de estudios especializados sobre el tema: en la mayoría de los casos se ha debido recurrir a los tratadistas del derecho penal en general. Cuarto, la escasa importancia otorgada por los Estados a la situación de las poblaciones indígenas.

2. La declaración de inimputabilidad del indígena lo que revela un inmenso déficit en el tratamiento jurídico penal del problema.

32 Amnistía Internacional. "En qué consiste la labor de Amnistía Internacional". Impreso, 1985. pp. 12-14.

3. Se trata de un problema social de protección. De tal suerte que la “solución” que han adoptado nuestras legislaciones ha sido la integración y asimilación *a fortiori* de estas poblaciones a los cánones y pautas culturales del Estado nación. A nuestro juicio quizás sea válido hablar de una especie de etnocidio jurídico.

4. La necesidad de incorporar en las constituciones y códigos el principio de que no puede haber iguales entre desiguales.

5. Que por ahora existen dos grandes corrientes que tratan de regular la condición penal del indígena: el criterio de inimputabilidad y el de la responsabilidad atenuada. A ello podría agregarse el criterio de la desigualdad (tratamiento jurídico particular) entre desiguales; y la tesis de la inculpabilidad como solución técnico penal. Esta última postura es la de Gladis Irureta, que como reconoce la autora se trata de una solución subsidiaria.³³

Las defensoría de indios del Instituto Nacional Indigenista mexicano, particularmente señalan para el norte del país y seguramente con mayor fuerza (según nuestras vivencias) en el sur mexicano, plantean la existencia frente al régimen institucional reglado del Estado mexicano un derecho indígena (oralizado) que algunos denominan derecho consuetudinario bajo la conducción de personajes de reconocida honorabilidad en su comunidad. La existencia de estas cosmovisiones y prácticas jurídicas llevan consigo enfrentamientos (conflictos de leyes mas propiamente dirán los juristas), también conflictos de jurisdicción entendida como la potestad de administrar justicia. En donde los indios juzgados en agravio recurren a los tribunales del estado, denunciando abusos “condena al látigo”, etcétera. Naturalmente que no existe una doble vía de denuncias, pues

33 Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. p. 91 y ss. (Perspectivas de la legislación penal comparada en América Latina).

sin lugar a dudas, la tortura, la corrupción y otros males son más frecuentes en los tribunales de los estados latinoamericanos, y México, no es precisamente la excepción, bastaría un seguimiento hemerográfico para demostrarlo, con qué frecuencia y bajo qué “técnicas”. Los propios abogados del INI reconocen su imposibilidad técnica para poder hacer frente a las injusticias de la justicialidad, al extremo que prefieren gestionar libertad bajo fianza y otras medidas para hacerles menos tortuosa la vida a los enjuiciados. Se ha privilegiado la conciliación aplicado por los tribunales indígenas como una forma más civilizada frente a lo civilizado, para resolver las cuestiones penales.³⁴

Sin embargo, la práctica como abogados no demuestra, lo que podríamos denominar la “ignorancia de la doble vía” por un lado, un procesado indígena que desconoce el derecho ladino (del estado mexicano monolingüe, analfabeta y de precaria situación económica; por el otro lado un juez, ministerio público, médico forense, peritos, traductores, en síntesis burocracia judicial, que desconoce las normas internacionales y los principios que orientan los derechos humanos en materia penal, desconoce la cosmovisión jurídica de un procesado en términos culturales diferenciados; monolingüe castellano y no necesariamente de precaria situación económica, sino de ascenso económico motivado por algunas otras razones.

Y la ley aplicable, un derecho construido con la visión positivista del siglo XIX, con ligeras modificaciones en lo que va del siglo XX, y gestándose una fuerte crítica a la dogmática penal, en los umbrales del siglo XXI, que motiva la convoca-

34 Ver sobre el particular varios trabajos sobre costumbre indígena que aparecen en la *Revista México Indígena*. núm. 25, año IV, noviembre-diciembre de 1988. En especial los artículos de Magda Gómez, Horacio Lagunas Cerna, Francois Lagartigue. Sobre la conciliación en el derecho indígena: Sierra, María Teresa, “Las conciliaciones indígenas”, *Revista México Indígena*. *Ut Supra*. pp. 47-52.

toria del próximo Congreso Nacional de Derecho Penal Mexicano.

El análisis y el conocimiento empírico de la denominada justicia penal, nos reflejan claramente lo que dolorosamente ha llamado Eduardo Galeano: *Las venas abiertas de América Latina*.³⁵

El quehacer literario mexicano, nos describe el panorama, digamos: los trabajos de Ricardo Pozas Arciniegas, Ramón Rubín y Fernando Benítez. Benítez, al referirse a las autoridades indias: “Para ellos quienes gobiernan requieren de una larga carrera de sacrificio para el bienestar de su pueblo además de una conducta irreprochable.” En opinión de Ramón Rubín “La civilización empeora la condición del indio.”³⁶

A propósito de la dificultad que varios abogados se enfrenta en cuento a la designación de las lenguas indígenas, es preciso anotar, que las lenguas indias, algunas en proceso de extinción (etnocidio lingüístico) otras con fuerte presencia; en el sistema de Naciones Unidas, se han adoptado algunos criterios que nos parecen útiles a propósito del tema de la literatura y la cuestión indígena, y además para los efectos prácticos de su tratamiento jurídico:

Lengua indígena: es la de los habitantes considerados como originarios de una región.

35 Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 1980.

36 Pozas Arciniegas, Ricardo, *Juan Pérez Jolote*, México, Sep- Cultura, 1984. (Hay varias ediciones y una película); Rubín, Ramón, *El callado dolor de los tzotziles, La bruma lo vuelve azul y el canto de la grilla*. México, Sep- Cultura; Benítez Fernando. *Los indios de México*, México, Ed. Era (varias ediciones, tiene una obra basta sobre el particular); ver: Las entrevistas periodísticas: Aranda Luna, Javier, “La única democracia que conoce México la indígena”, entrevista a Fernando Benítez, *La Jornada*, México, 8 de abril de 1986, p. 25; Molina Javier, “La civilización empeora la condición del indio”, entrevista con Rubén Rubín, *La Jornada*, México, 22 de diciembre de 1986.

Lengua franca: es la empleada habitualmente por gente cuyas lenguas maternas son diferentes, para facilitar la comunicación entre sí.

Lengua materna o nativa: es la que una persona adquiere en sus primeros años y que normalmente se convierte en un instrumento natural de pensamiento y comunicación.

Lengua nacional: es la de una entidad política, social y cultural.

Lengua oficial: es lo que se emplea en la tramitación de los asuntos de gobierno (legislativos, ejecutivos y judiciales).

Lengua regional: es la lengua empleada como medio de comunicación entre pueblos que viven dentro de una región determinada y poseen lenguas maternas diferentes.

En el informe de Naciones Unidas la expresión “lengua vernácula” se emplea en el mismo sentido que lengua materna”.³⁷

La lucha actual de los pueblos indios es el reconocimiento oficial de sus lenguas, que viene siendo aceptada en algunos países.³⁸

La lengua es considerada como parte de los tres pilares de la identidad cultural (el histórico, lingüístico y el psicológico). Seguramente por eso se retoma el planteamiento de Montequieu, quien decía: “un pueblo vencido puede conservar la esperanza mientras no haya perdido su lengua”.³⁹

37 Capotorti, Francesco, *Estudios sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1979. p. 79.

38 En Guatemala se presentan como una lucha permanente de la Academia de las Lenguas Mayas, constituida por intelectuales indios.

39 Ver: Cheikh Anta Diop, *Antología Correo de la UNESCO*, París, mayo-junio de 1986. El ponente, físico y antropólogo senegalés (1923-1986), uno de los artífices mayores del renacimiento de la historiografía africana.

IV. A MANERA DE CONCLUSIONES

1. Si se quiere una justicia eficaz tenemos que superar una organización judicial cuyas pautas de comportamiento son realmente del siglo XIX.

2. Se requiere de una revisión conceptual del sistema penal que rebase las perspectivas de la dogmática jurídica y que acepte los aportes contemporáneos de la criminología, la psicología y la sociología, es decir, una visión interdisciplinaria y problematizada, que permita una acomodación a la realidad.⁴⁰

3. Tener como punto de partida la vigencia de los principios generales en materia de derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, incorporar al derecho interno, ya sea mediante disposiciones constitucionales, ya mediante leyes, los pactos internacionales pertinentes; recoger la experiencia que los tratados internacionales protectores de los derechos humanos forman parte automática de la legislación interna, y definir como delito(s) la violación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Quizás la mayor apertura sea la Nicaragüense que dispone la plena aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁴¹

4. Tener presente que el esquema que funcionaba muy bien en el siglo XIX y se corresponde con una concepción del derecho en el que había un polisistema; cada código era el

40 Sobre el particular resulta inquietante el denominado Manifiesto Criminológico, suscrito en México en junio de 1981. Con la participación de criminólogos y penalistas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, España, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela.

41 Un análisis sobre la constitución de Guatemala y Nicaragua nos permitimos presentar en el Coloquio sobre Derecho Indígena, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, julio de 1989; ver nota núm. 1 (Sanders Douglas).

centro del universo, las leyes especiales y las leyes excepcionales. Así teníamos un universo que tenía su sentido propio en correspondencia con la sociedad. Hoy, el centro del sistema jurídico es la Constitución. Consecuentemente cualquier reforma no puede plantearse si no es desde la perspectiva de la Constitución. Así la Constitución en el siglo XIX tenía un sentido orgánico, hoy, tiene un sentido sustantivo.⁴²

5. Desde la perspectiva señalada *ut supra* el planteamiento de la normación adjetiva penal, tiene que partir de la consagración constitucional de los derechos específicos de los pueblos indios. La experiencia constitucional reciente así lo demuestra, para el caso de Guatemala, Nicaragua, Perú, Brasil, etcétera.⁴³

6. Para algunos juristas es conveniente retomar la idea del *amicus curiae*, expresión latina, pero una institución de tradición anglosajona. La idea del *amicus curiae* 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. La participación ciudadana, es para quienes sustentan la idea: que la reforma de la justicia no es la reforma de los jueces, es la reforma de todos, la reforma de la sociedad, y, en ese sentido, la sociedad es la que tiene que ser impulsora directa de una mejor justicia y de una justicia mucho más atenta a los valores sociales.⁴⁴

7. Más allá de la aceptación de la idea del *amicus curiae* y de propuestas de la investigación participativa (Treves) de los sujetos sociales afectados, en la construcción de la ley o lo que se denomina foros de consulta, se hace menester sin duda la participación de la ciudadanía, y particularmente de los

42 Tomanos las ideas de González Campos, Julio, "El proceso de formación del jurista y el sistema judicial". *El Jurista* (órgano de la Unión Nacional de Juristas de Cuba), núm. 2, mayo-junio, 1988. p. 6.

43 En México se viene trabajando la propuesta a partir del artículo 4 constitucional

44 González Campos, *Loc. cit.*

sectores interesados, para el caso de disposiciones relativas al mundo indio indiscutiblemente su voz debe ser escuchada.

8. Para el caso del procesamiento de indios monolingües y analfabetos, son claras las disposiciones internacionales y nacionales, del derecho a la traducción y explicación de las disposiciones que se pretenden aplicar; lo que sucede es que en la práctica judicial se incumplen con estas disposiciones, pero además se actúa de mala fe, conculcando los derechos de los procesados y/o acusadores. Los denominados traductores y/o intérpretes (como se les llama también) carecen además de conocimientos adecuados en materia de derechos humanos, del sistema jurídico penal en su conjunto (sustantivo y adjetivo) realizan en la mayoría de los casos traducciones mecánicas que dejan de lado las cosmovisiones jurídicas del juzgador y del juzgado (colonialismo interno). Seguramente que amén de la queja contra las denominadas interpretaciones inadecuadas y otras de mala fe (obligación confesional del inculpado), los pueblos indios en el fondo demandan la aceptación de la aplicación de su derecho consuetudinario y, la oficialización de sus lengua dadas las características pluriculturales de nuestros países.⁴⁵

9. La problemática de la justicia penal encierra en su conjunto problemas como la del “preso sin condena”, lentitud judicial (retardo en la pronta y cumplida administración de justicia), el castigo no al delito sino a la pobreza, el denominado terrorismo judicial y la discriminación por motivos étnicos. Para el caso del procesado indio los primeros *items* se agravan. La situación de los indiciados o presos sin condena es sumamente grave, dirá un especialista “Si el análisis procesal planteó

45 Ver las memorias del I Foro Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indios, celebrado en Matías Romero, Oaxaca, 30 de septiembre a 2 de octubre de 1989; el II Foro, Xochimilco, México, 9 al 11 de marzo de 1990.

dudas sobre el respeto a los derechos humanos, el examen de la situación real de los indiciados, inculcados o imputados, coloca el problema en una dimensión dramática, en la práctica.⁴⁶ Así “la mejor legislación, sin jueces idóneos resulta letra muerta. La justicia es lenta, cara, formalista...”⁴⁷

Por lo anterior, se insiste en que la justicia penal debe considerar igualmente los avances del derecho penal y la criminología.

El criminólogo debe entender el lenguaje jurídico del juez penal y éste, desde las frías paredes donde dicta sentencia, comprender el desgraciado destino del ser humano que está juzgando... Que el juez penal tiene que unir los aspectos jurídicos con los aspectos criminológicos.⁴⁸

10. De lo anterior se desprende la necesidad, tanto para el Juez Penal como demás operadores del derecho (ministerios públicos, abogados de oficio, médicos forenses, criminólogos y demás coadyuvantes de la administración de justicia) de una capacitación constante en materia de derechos humanos, sistemas penales, criminología, sociología y sicología aplicada al derecho.

11. La capacitación en materia de derechos humanos debe extenderse también a los dirigentes sociales-populares para que conociéndolos puedan exigir su cumplimiento. Para el caso de las comunidades indias y mestizas analfabetas y marginadas de los beneficios culturales, un procedimiento eficaz es la información oral y audiovisual que les permita conocer con más facilidad los derechos humanos. Quizás hasta puede plantearse la creación de unidades móviles que puedan visitar permanentemente las comunidades y enseñarles sus derechos fundamen-

46 Muñoz Q., Hugo Alfonso, “Los detenidos en proceso de juicio”, conferencia dictada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, Costa Rica, septiembre de 1986, mimeo, p. 15.

47 *Op. cit.*, p. 8.

48 *Op. cit.*, p. 9.

tales, en eso, pueden jugar un papel importante las universidades.

12. Se hace menester realizar investigaciones que diagnostiquen los problemas que encierra el acceso a la justicia, la administración de justicia y el régimen privativo de libertad, más allá de preocupaciones coyunturales.

13. A nivel de las investigaciones realizadas y en proceso, se requiere recopilar y sistematizar las experiencias concretas que en materia de derechos humanos y justicia penal, derechos étnicos, etcétera, han desarrollado conjuntamente tres instituciones a nivel latinoamericano: El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y el Instituto Indigenista Interamericano. Para México rastrear las experiencias de la Academia mexicana de Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Ciencias Penales e Institutos de Investigaciones que aborden el problema.

14. Se hace necesario también un programa de capacitación para traductores, médicos forenses, abogados defensores, y empleados judiciales, ministerios públicos, en donde se pueda certificar su calificación para el desempeño de sus tareas en los pueblos con población india, recomendando el conocimiento de su lengua, la problemática socioeconómica regional y un manejo adecuado de la teoría de los derechos humanos, antropología y sociología jurídica.

15. Que los órganos encargados de velar por la pronta y cumplida administración de justicia tengan plenas facultades para proceder de oficio (gestión judicial) en aquellos casos en que los ciudadanos (indios y no indios) sufran atrocidades brutales e inhumanas de quienes utilizan el poder, no para dar seguridad a los ciudadanos sino para ejercitar hechos que abiertamente violan los derechos humanos, practicando un terrorismo de Estado más grave que la delincuencia común. Desprestigian-

do en esa forma la voluntad y el ejercicio de los Estados en pro de los derechos humanos.

16. Recordar las propuestas de ILANUD congruentes con el Tercer Seminario de criminología comparada para la Región del Caribe, celebrado en Puerto La Cruz, Venezuela, en 1980 “El carácter excepcional de la prisión preventiva, el fortalecimiento de la fianza personal y juratoria, la asistencia gratuita y la supervisión para los defensores de oficio, la revisión del sistema procesal penal de los países del área y la imposición de sanciones a los jueces por la dilación del proceso.

17. Retomar los principios que en materia de derechos humanos se dictaron para el proceso penal en el Congreso Internacional de Juristas de Nueva Delhi, India, que tuvo lugar del 5 al 10 de enero de 1959. La declaración fue elaborada por juristas de 53 países y se ha considerado que puede servir de base para un código procesal penal tipo para América Latina. También en el contexto es importante la Conferencia de Lagos, realizada en enero de 1961, que se ocupó del derecho a la libertad con fianza, de la privación de la libertad por motivos de seguridad pública y de la medida en que ciertos actos del ejecutivo pueden ser objeto de revisión por los tribunales.

Los principios de los Congresos de Nueva Delhi y Lagos constituyen ideas directrices en orden a un proceso penal justo y cada uno se basa en normas aplicadas en diversos países del mundo.⁴⁹

18. Lamentablemente para el caso particular de México, los abogados litigantes en materia penal y personas que han sido sometidas a juicio como principal queja formulan: “la incomu-

49 Tomamos la información de Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Necesidad de respetar los derechos humanos en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*. Guatemala, época XI, núm. extraordinario, septiembre de 1982, pp. 467-487.

nicación y la presión policiaca, en la etapa de las averiguaciones previas, para forzarlos a una confesión judicial de aceptación de los hechos que dan motivo a su encauzamiento, y, cómo se torna en esas circunstancias, nugatoria su defensa”.

19. A partir de la confesión (dada en las circunstancias descritas) y la limitación en materia procesal de evaluar las pruebas no conforme las reglas de la sana crítica, sino de un sistema tasado, en donde aún persiste el criterio de considerarla como la “reina de las pruebas” es violatorio a los derechos humanos manifestaron los entrevistados.

La evaluación de la confesional, como la “reina de las pruebas” es considerada por los abogados litigantes una seria limitación, por lo que sugiere la necesidad de llevar al proceso penal mexicano, a una revisión en ese sentido.

20. Finalmente en materia de derechos humanos también, en la elaboración de nuevos códigos de procedimientos penales, connotados tratadistas, parten que las bases para su unificación en América Latina se requieren:⁵⁰

a) Una norma en virtud de la cual los Estados se obliguen a respetar el derecho a la libertad personal, a otorgar las garantías procesales y a reconocer el principio de legalidad, la no retroactividad de la ley penal, la protección contra la detención arbitraria el debido proceso legal, la igualdad y buen trato de los detenidos por infracciones a la ley penal, la favorabilidad y en general todos los derechos consagrados en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y especialmente las vigentes en el ámbito americano.

b) Que en todos los Códigos de procedimientos penales debe figurar en forma expresa el texto del artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sentido de que “Nadie será sometido ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

50 *Op. cit.*, p. 486-487

c) La enunciación de los principios que rigen el proceso penal debe hacerse en forma acorde a las declaraciones y tratados sobre derechos humanos que constituyen patrimonio común de la humanidad y buscan el respeto a la dignidad de la persona humana y que exista un debido proceso legal.

d) Para la armonía entre el derecho interno y lo preceptuado por el derecho internacional es menester que los Estados ratifiquen las convenciones sobre derechos humanos.

e) Enunciar una norma en virtud de la cual toda persona debe tener derecho a denunciar ante los tribunales nacionales o ante un organismo de defensa de los derechos humanos, creando al efecto como el procurador o defensor de los derechos humanos, cualquier violación a los derechos procesales reconocidos por la constitución, la ley o los tratados internacionales.⁵¹

21. Recoger la experiencia de Amnistía Internacional sobre normas para analizar los procesos penales.

51 Junto al trabajo de Monroy Cabra, en la revista citada *ut-supra*. aparecen importantes ensayos sobre la cuestión que nos preocupa: Así: Devis Echandia, Hernando, "Crítica a las bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal, elaboradas por el profesor Jorge Claría-Olmedo"; Briseño Sierra, Humberto, "Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal penal para Iberoamérica"; De la Rúa, Fernando y Julio B. Maier, "Informe sobre las bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal"; Cabrera Enríquez, Haroldo, "El proceso penal en Guatemala". Los trabajos citados fueron presentados en Guatemala en las *VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Con la participación de renombrados profesores hispanoamericanos que durante varios días discutieron la unificación del derecho procesal latinoamericano tanto en el ramo penal como civil. Como complemento de los trabajos destinados tanto al derecho procesal penal y civil hay genéricos: Parodi Remón, Carlos Augusto, "Principios fundamentales para la unificación legislativa"; Gelsi Vidart y Enrique Vescovi, "Bases para una ley orgánica de tribunales en Iberoamérica", Ver la revista de la Universidad de San Carlos de Guatemala, *ut-supra*.

22. Rastrear convenientemente los resolutivos en materia de derechos humanos dictados en los Congresos Indigenistas Interamericanos y buscar el apoyo de ese organismo especializado del sistema interamericano, para su realización.