

LA HERENCIA DEL “TIGRE” JURÍDICO DECIMONÓNICO: LA ANTROPOLOGÍA CRIMINAL

*A la memoria de Ernestina Ascensión
Rosario.*

*Alcatraces sobre su tumba.*⁶¹

Los obstáculos al acceso a la administración de justicia atentan en lo fundamental contra la configuración democrática del Estado moderno y afectan la judiciabilidad como vía natural para la resolución de la problemática legal.

Sin duda, la relación del acceso y la administración de justicia de los pueblos originarios que abordaremos es producto de las contradicciones sociales existentes en la formación económica-social de los países de América Latina; también lo es en el marco político y cultural en el que se desarrolla esta relación.

Dentro de esas contradicciones también tenemos la de género. Las mujeres indígenas son victimizadas en tanto no pueden acceder a la justicia estatal, dado que su comprensión le es ajena a sus valores y prácticas; no tienen la información precisa del “otro derecho” y de sus derechos en ese sistema. El ejercicio jurídico patriarcal comunitario, la visión positivista imperante del derecho estatal, los prejuicios de la cristiandad fundamentalista y la desvalorización aterradora de la cultura del alcoholismo, del machismo y de relaciones asimétricas de género en el proceso de aculturación deben ser superadas.

Ahora bien, aunque es cierto que existen prácticas patriarcales dentro de las comunidades, que han sido denunciadas por las propias mujeres

⁶¹ Véase Montalvo Martínez, Carlos, *Ma techcahuacan cualli. El conflicto intercultural en el caso Ernestina Ascensión Rosario. La lucha interétnica por la justicia*, tesis de maestría en investigaciones antropológicas, UNAM, Facultad de Filosofía, agosto de 2009.

indígenas, sus derechos no son contradictorios del sentido comunitario de los pueblos indígenas. No hay que confundir la vida en comunidad con las estructuras opresoras, como suelen hacerlo posturas “individua- listas-liberales”; la abstracción de estas corrientes de pensamiento que se realizan son interesadas e ideologizadas, pues de unas cuantas prácticas injustas llegan a la conclusión de que todo sentido comunitario es opresor del individuo. El que existan ciertas prácticas injustas no significa que toda la estructura comunitaria sea opresiva. Y así lo ven las propias mujeres indígenas; por ejemplo, señalan: “Queremos que se respeten y reconozcan nuestros usos y costumbres, siempre y cuando no violen la dignidad de la mujer”. Es decir, los usos y costumbres indígenas, en sí mismos, no son opresores a la mujer, sino sólo algunos. La lucha de la mujer indígena no significa negar el valor comunitario de la vida indígena; al contrario, la lucha de los pueblos indígenas muestra que es desde la propia construcción de la comunidad donde se pueden cumplir cabalmente los derechos de las mujeres.⁶²

Si por “acceso a la justicia” en sentido global aceptamos la propuesta, tendríamos que partir de los derechos económicos, sociales y culturales básicos: salud, educación vivienda, etcétera, de acuerdo con sus patrones culturales, en tanto que las políticas de gobierno en esas materias

⁶² Rosillo Martínez, Alejandro y Torre Rancel, Jesús Antonio de la, *Acuerdos de San Andrés. Texto, estudio introductorio, comentario y referencias*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí; 2009. “La violencia ha sido el contexto de la vida cotidiana de las mujeres indígenas, la primera forma de violencia es el hambre y la desnutrición, heredadas de generación en generación, durante 503 años, la inasistencia de atención a la salud reproductiva, que respete la dignidad y las costumbres de nosotras las mujeres, el despojo de nuestras tierras y de los recursos naturales que pertenecen a nuestros territorios como el agua, la electricidad, las minas, los bosques, el petróleo y la marginación de que somos objetos por parte de los programas de capacitación y de educación, la imposición de leyes, costumbres y lenguas que no son las neutras. Esta situación tiene sus orígenes en la larga historia del colonialismo y dependencia que hoy en día se reproduce en la política neoliberal, en el sistema de partido de Estado, que arrastra a una deuda externa que no nos corresponde, en ese Tratado de Libre Comercio negociado a nuestras espaldas, en el saqueo y venta de nuestra riqueza por un pequeño grupo que decide por todas y todos, y también en una sociedad dividida de clases, donde domina una ideología patriarcal y sexista que crea relaciones desiguales entre los hombres y las mujeres. Se nos ha excluido de todo a las mujeres, cuando somos nosotras la base de nuestra cultura y dadoras de vida”. Declaración de asesoras invitadas del EZLN, “Grupo de Trabajo 4. Situación, derechos y cultura de la mujer indígena”, de la mesa de trabajo 1: “Derechos y cultura indígena”, realizada del 18 al 22 de octubre de 1995, en *Ce-Acatl Revista de la Cultura de Anáhuac*, México, núm. 73, p. 21.

son etnocéntricas y etnocidas. Es la suerte de la “María” en la postmodernidad. Las mujeres indígenas no son ciudadanas, son “Marías,” como Margarita, su hermana mestiza, que la discrimina. Para el caso, es menester las defensorías y fiscalías a cargo de mujeres indígenas.⁶³

A propósito, Rosario Castellanos, en *Ciudad Real*, nos dice: “Fíjate en la cara de Santa Margarita. Es blanca, es ladina, lo mismo que San Juan, que Santo Tomás, que de todos ellos. Ella habla castilla ¿Cómo vas a querer que te entienda el tzotzil?”.

Las mujeres indígenas, como escribió Ramón Rubín, en el *Canto de la Grilla*: “Como Iyali Quehuizarauta, joven huichol que nacieron con el amargo sentimiento de opresión e inferioridad que se ven obligadas a sobre llevar en esas comunidades como legítimos hijos del Nayar...”.

Volviendo al tema, los derechos humanos tienen que ver con el acceso y administración de justicia y basta tener presente los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que se vienen incumpliendo.⁶⁴

⁶³ Las experiencias de Guatemala de la defensoría indígena y de la defensoría de la mujer indígena son muy importantes.

⁶⁴ Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de manos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

En materia penal resulta fundamental un concepto de “justicia” en sentido amplio, es decir, teniendo en cuenta no sólo la fase judicial, sino las acciones iniciadas desde los órganos represivos del Estado; es decir, comprende la trilogía policial, judicial y penitenciaria, ángulo desde el cual debemos ver la problemática.

Elio Gómez Grillo, hace algún tiempo, al abordar la problemática de la justicia en Venezuela aludió a una patología común para América Latina:

- a) La del preso “sin condena”.
- b) Lentitud judicial.
- c) El castigo no al delito, sino a la pobreza.
- d) Terrorismo judicial.
- e) Discriminación (étnica, género, etcétera).

Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de la libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10. 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

f) A estas circunstancias agregaríamos el infierno penitenciario⁶⁵ que para los pueblos originarios debemos sumarles el proceso de la desintegración forzada a su cosmovisión. Para las mujeres, más grave en tanto que son las reproductoras de su mundo cultural. Los gobiernos que han ratificado el Convenio 169 vienen incumpliendo el artículo 10.

g) La administración de justicia no parte del principio de “inocencia”, sino de culpabilidad del procesado. Con un criterio más próximo a la denominada corriente de la “antropología criminal” del siglo XIX.

h) No se acata el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados debe tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir de la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberán impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

i) Asimismo, en los últimos años el problema penal se ha complicado en un aspecto particularmente delicado, en los llamados delitos contra la salud.

Es importante considerar de qué manera, dadas su condiciones económico-sociales, son presas fáciles del narcotráfico (no nos referimos de sus prácticas rituales y el uso del peyote).

j) Cabe agregar el abuso del poder de los sistemas policíacos, del ejército, los caciques (mestizos e indígenas), los abogados y hasta de las sectas religiosas.

k) Se debe de tomar en cuenta también la corrupción de los agentes de la autoridad, la del Ministerio Público y de los operadores de derecho en general, que son en el contexto no una excepción, sino la regla que da motivo a la sistemática violación de los derechos humanos.

⁶⁵ Artículo 10 del Convenio 169 de la OIT. 1. “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

l) Lamentablemente, en cualquier proceso judicial en el que se juzgue a un indígena, asistimos de hecho a la plasmación ritualizada de una relación con raíces coloniales, como lo afirma Ballón Aguirre⁶⁶ en sus investigaciones sobre etnia y represión penal en Perú.

La visión parroquial de los operadores de derecho: jueces, ministerios públicos, abogados, empleados judiciales, antropólogos, sicólogos, médicos forenses, traductores, etcétera, es la de verdaderos colonizadores internos.⁶⁷

m) En el procesamiento de “indígenas” es conveniente resaltar la necesidad del cumplimiento del principio de la “inmediación procesal”, el cual tiene serias limitaciones cuando el juzgador no tiene comprensión del idioma indígena en el que se expresan las partes que intervienen en el proceso, testigos, peritos indígenas, etcétera. El juzgar en el idioma del procesado y de la víctima es un derecho específico, que deriva del derecho genérico de acceder a la justicia. Su contenido está relacionado con los objetivos de un “modelo penal garantista”. De tal suerte que el uso de las lenguas indígenas debe constituir un derecho y una obligación legal para hacer efectiva la intermediación procesal; el juzgador debe hablar o contar con un perito traductor, conocedor de las cosmovisiones jurídicas en juego. Así, el fundamento de usar los idiomas indígenas ante la justicia, no sólo vincula a un posible problema comunicativo, sino también al estatuto del idioma promovido.⁶⁸

Justo por la otredad cultural de los sujetos procesales y además por sus condicionamientos económicos, sociales, culturales y psicológicos, la práctica de los peritajes antropológicos debe ser ampliada por una práctica pericial interdisciplinaria e intercultural, en donde el auxilio de los expertos indígenas resulta importante para contar con la visión interior.

⁶⁶ Ballón Aguirre, *Etnia y represión penal*, Perú, Ediciones CIPA, 1980. Sobre esta temática véase Zafaroni, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Argentina, EDIAR, 1989; Irureta, Gladis, *El indígena ante la ley penal*, Venezuela, Universidad Central, 1981.

⁶⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, Magna Terra, Editores, 1997.

⁶⁸ Irigoyen Fajardo, Raquel, “Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe”; Lastra, José Manuel, “Derecho a la lengua y lenguaje jurídico”; Lenkersdorf, Carlos, “Otra lengua, otra cultura, otro derecho, el ejemplo de los mayas tojolobales” y Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Formación internacional: el derecho a la lengua y los pueblos indígenas”, *Derecho a la lengua de los pueblos indígenas, XI Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Como se ha reiterado, en sociedades pluriétnicas y pluriculturales es pertinente considerar, así como se hace con la lengua,⁶⁹ la religión, el vestido y la psicología (pilares étnicos), la cosmovisión y las prácticas jurídicas de los pueblos originarios como un derecho alternativo, y quienes ejercen el acto jurisdiccional reglado de los denominados Estados nacionales, con las justicias indias, deben de conocer y practicar adecuadamente los principios universalmente válidos en materia de derechos humanos. Es importante, además, considerar las contradicciones entre el capital y el trabajo, que sufren junto con los sectores proletarios y campesinos en su conjunto. El caso de las mujeres apunta a circunstancias delicadas y resulta recomendable que, como en el caso guatemalteco, se instrumenten las defensorías de las mujeres indígenas bajo la responsabilidad de ellas mismas frente a los abusos de género de mestizos e indígenas.

La opinión especializada (relatores de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, comisiones nacionales de Derechos Humanos, expertos en la materia) 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 el resultado de experiencias y vivencias individuales y colectivas. La realidad común latinoamericana es la presencia de culturas de los pueblos originarios y de nuestra tercera raíz afroamericana, que han sobrevivido a los procesos de asimilación y liquidación, tanto de la Corona española, de la portuguesa y de los Estados nacionales desde su formación en el siglo XIX.⁷⁰

En la constitución de nuestros Estados nacionales se inaugura la visión jurídica positivista en materia penal y criminológica, el ideario de los “evangelistas” Ferri, Lombroso y Garofalo. Se ha dicho que con el positivismo filosófico y el darwinismo de finales del siglo XIX, en Italia se inauguró la “antropología criminal”, que vino a servir como el seudo justificador científico del racismo, y para mostrar que en esa sociedad de la bondad y de las buenas intenciones del contrato social sólo un enfermo

⁶⁹ Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, Catálogo de las lenguas indígenas nacionales, México, 2009. Se puede consultar en el *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 2008, en la página electrónica www.inali.gob.mx.

⁷⁰ Consultar en Ordóñez Cifuentes, José (coord.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004; *id.*, *Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

biológico, psicológico o social podía romper la belleza del concierto y las armonías sociales.⁷¹

Los informes sobre la legislación procesal señalan como puntos a considerar sobre esta cuestión de la vigencia inmediata de la ley procesal, las mencionadas violaciones al principio “Non bis in ídem”, las de la garantía del juez natural y los fueros especiales, nombramiento y amenaza a la independencia de los jueces e integrantes de los tribunales, la independencia del Ministerio Público, las declaraciones extrajudiciales viciadas, el valor probatorio de evidencias obtenidas ilícitamente, la libertad provisional o excarcelaría, el amparo de la libertad y *habeas corpus*, incomunicación de las personas privadas de libertad, etcétera.

Estimo pertinente antes de formular algunas conclusiones (perlas) abordar lo relativo a las normas para analizar los procesos penales en la experiencia de amnistía internacional.

Amnistía señala que todos los procedimientos deben cumplir las normas internacionales establecidas para la protección de los derechos humanos, como las estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los que hemos hecho referencia.

Los encargados de aplicar e interpretar la ley, de formular dictámenes y dictar sentencias deben ser completamente independientes de otras autoridades gubernamentales, especialmente aquellas que formulan cargos; deben estar protegidas de las presiones impropias en el cumplimiento de sus funciones. Se debe garantizar la competencia, incorruptibilidad, e imparcialidad de los jueces; esto es, deben tener preparación jurídica. El hecho de que comparezcan civiles ante tribunales militares, y de militares que se amparan en la justicia militar para burlar juicios justos, constituyen 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 y asistencia letrada independiente, que puede ser normalmente un abogado de su elección, gratis o subsidiada adecuadamente, de acuerdo con los medios del acusado.

⁷¹ Véase Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

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 presumaria 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, inhumanas o degradantes.

Cuando existen procedimientos, tales como tribunales especiales o nuevas normas de prueba y 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 periodo 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 los casos en los que se contempla la pena de muerte, debe existir el derecho de solicitar el 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

sobre presunción de inocencia (artículo 8, inciso 2) y una serie de garantías importantes durante el proceso (artículo 2):

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

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

c) Concesión, al inculpado, de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

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

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

f) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

g) 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 nuestros países indoamericanos se hace necesario formular normas que regulen esa interrelación de las diversas culturas y prácticas jurídicas que conforman el plexo plurinacional.⁷²

En las perspectivas de la legislación penal comparada en América Latina, el equipo de Stavengahen apunta:

1. Nos parece que habría que empezar esta parte conclusiva, relacionada con la legislación comparada, señalando algunas deficiencias teóricas prácticas: en primer lugar, la escasez de estudios y materiales sobre el tema. Segundo, la falta de una profunda discusión sobre la condición penal indígena. Tercero, la falta de estudios especializados sobre el tema: en la mayoría de los casos se ha debido recurrir a los tratadistas del de-

⁷² Amnistía Internacional, *En qué consiste la labor de Amnistía Internacional*, Impreso, 1985, pp. 12-14.

recho 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.

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 a pautas culturales del Estado-nación. A nuestro juicio, quizá 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.

A lo dicho por Amnistía cabe agregar 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.

Sin embargo, la práctica como abogados nos demuestra lo que podríamos denominar la “ignorancia de la doble vía”: por un lado, un procesado indígena que desconoce el derecho ladino del Estado, debido a su condición de monolingüe, analfabeta y de precariedad 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. Ellos desconocen la cosmovisión jurídica de un procesado en términos culturales diferenciados al ser monolingües castellanos y no necesariamente de precaria situación económica, sino de ascenso económico motivado por algunas otras razones.

Y la ley aplicable es debida además a un derecho construido con la visión positivista del siglo XIX, con ligeras modificaciones en lo que va del siglo XX, y que están gestando una fuerte crítica a la dogmática penal en el siglo XXI.

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”.⁷³

⁷³ Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 1980.

El quehacer literario mexicano nos describe el panorama con los trabajos de Ricardo Pozas Arciniegas, Ramón Rubín y Fernando Benítez. Este último, al referirse a las autoridades indias, dice que: “Para ellos quienes gobiernan requieren de una larga carrera y de una conducta irreprochable”. En opinión de Ramón Rubín: “La civilización empeora la condición del indio”.⁷⁴

⁷⁴ Pozas Arciniegas, Ricardo, *Juan Pérez Jolote*, México, Sep-Cultura, 1984 (hay varias ediciones y una película); Rubín, Ramón, *El callado dolor de los totziles, La bruma lo vuelve azul y El canto de la grilla*, México, Sep-Cultura; Benítez, Fernando, *Los indios de México*, México, ERA (varias ediciones, tiene una obra vasta sobre el particular); véase las entrevistas periodísticas de 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 Rubín, *La Jornada*, México, 22 de diciembre de 1986.