

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y REFORMA PROCESAL PENAL

-Casos de Chile y Guatemala-

*Silvina Ramírez**

Indice

Capítulo I: Derechos de los Pueblos Indígenas y Reformas Procesales Penales

- Objetivo
- Metodología
- Cuál es el sentido de relacionar reforma judicial con Derechos de los Pueblos Indígenas
- Principales ideas del trabajo

Capítulo II: Instrumentos Internacionales, Reconocimiento Constitucional y Legislación Nacional

- Breve descripción de la recepción del Derecho indígena en el ámbito internacional
- Convenio 169 de la OIT y reformas constitucionales en Chile y Guatemala

Capítulo III: Derechos del Pueblo Mapuche y Reforma Procesal Penal en Chile

1. IX región de Chile: La Araucanía
2. Reforma Procesal Penal en Chile

Capítulo IV: Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala y Reforma Procesal Penal

1. Pueblos Indígenas en Guatemala
2. Reforma Procesal Penal en Guatemala

Capítulo V: Síntesis y Propuestas

1. Conclusiones
2. Recomendaciones

* Directora Ejecutiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).
Profesora de Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

3. Consideraciones finales

Anexo Chile

Anexo Guatemala

CAPÍTULO I: DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y REFORMAS PROCESALES PENALES

Objetivo

El objetivo del estudio que se presenta a continuación es identificar en qué medida las reformas procesales penales han contribuido –y contribuyen- a profundizar la vigencia de los Derechos de los Pueblos Indígenas. En otras palabras, este trabajo pretende vincular el proceso de reformas a la justicia penal -que se ha dado en mayor o menor medida en gran parte de América Latina en la última década- al proceso de demandas y profundización en su visibilidad de los movimientos indígenas, que tal vez presente los mayores desafíos a un Estado que se resiste a dejar su perfil monocultural.

Si bien se ha destacado ya en numerosos estudios la importancia de las reformas procesales penales, la necesidad de su permanente ajuste, y el beneficio que ha significado su concreción para los ciudadanos, en el sentido de garantizar oralidad, transparencia, celeridad, intermediación, etc. en un proceso por de más sensible frente a los Derechos Humanos de quien se enfrenta a éste, no es posible afirmar con la misma contundencia que dichas reformas han significado un avance en las demandas de los Pueblos Indígenas.

No obstante lo que intuitivamente podríamos inferir, entendiendo que un avance en la defensa de las garantías constitucionales del ciudadano debe significar necesariamente un beneficio para los derechos del indígena –ciudadano a su vez del Estado en el que habita-, no podemos dejar de señalar que los procesos de exclusión y marginación son cada vez más notables en nuestro continente, lo que no permite realizar una vinculación directa entre reformas procesales penales y Derechos Indígenas. Los Pueblos indígenas quizás se perfilen como uno de los sectores que han sufrido y sufren los mayores procesos de segregación, no sólo por las diferencias culturales, sino por razones históricas que han construido un paradigma estatal muy lejos de la no discriminación y más cercano al racismo.

De este modo, estas páginas tienen la pretensión de destacar los distintos rumbos que han tomado estas dos vertientes del análisis. Sin bucear en ninguna de ellas sino en la medida en que su cruzamiento proporcione elementos para avanzar en la construcción de un ya tan reiterado “Estado pluricultural”. Enfatizaré los pasos que se han dado en alcanzar una “mirada sensible” desde el proceso penal a la diversidad, y finalmente avanzaré en proporcionar algunos caminos que los Estados pueden recorrer para llegar a respetar a cabalidad los derechos de los ciudadanos en general –en materia de justicia penal- pero sobre todo los Derechos de los Pueblos Indígenas, Pueblos que luchan denodadamente para ello.

Metodología

Para poder desarrollar adecuadamente este estudio, se ha construido una metodología específica que permita realizar un trabajo en el terreno, así como recolección bibliográfica y análisis normativo y jurisprudencial. Si bien es preciso advertir al lector que este trabajo no constituye una investigación exhaustiva, sino que se encuentra acotada en tiempo y recursos (y sólo en dos países: Guatemala y Chile), sí puede significar un primer avance que reflexione sobre la estructura estatal frente a

los Pueblos indígenas, a partir de una vía de análisis: las reformas procesales penales.

Para ello, la metodología se estructura alrededor de cinco pautas principales¹, que constituyen herramientas adecuadas para la recolección de información en cualquier país con las calificaciones requeridas para alcanzar los objetivos del trabajo. Estas cinco pautas podrían complementarse con otro material específico del país a investigar, pero serán los ejes rectores alrededor de los cuales construir el estudio.

Así, *la pauta 1 se refiere a la composición étnica del territorio en que se desarrollará el estudio*, para dejar establecido la existencia de Pueblos Indígenas en el Estado analizado. *La pauta 2, recopilación y análisis de las normas legales vigentes*, mostrará los avances normativos en materia de Derechos Indígenas, vinculando las diferentes dimensiones, esto es la internacional, la constitucional y la nacional, dimensiones que conforman un entramado muchas veces no coherente dentro de los Estados nacionales.

En cuanto a *la pauta 3, recopilación y análisis de jurisprudencia*, identificará cuáles son las decisiones concretas de los operadores más allá de la legislación plasmada que interpreta y aplica de acuerdo a prácticas consolidadas en el organismo decisor. *La pauta 4, observación y análisis de prácticas concretas de los actores involucrados frente a la temática indígena*, nos indicará a través de entrevistas, observación participante y no participante, información de fuentes secundarias, cuáles son las perspectivas de los directamente involucrados en la temática, pudiendo distinguir en su caso si son operadores, académicos, autoridades indígenas, representantes de organizaciones indígenas, etc.

Por último, *la pauta 5, información estadística relevante*, nos indicará por una parte un contenido cuantitativo importante a la hora de discernir los datos objetivables que se manejan. Por otra parte, también frente a su carencia señalará las deficiencias de los servicios a la hora de registrar datos que por su especificidad sería importante resaltar.

Esta metodología podrá presentar algunas variaciones, dependiendo del contexto y del criterio del consultor, pero la homogeneización de estas herramientas habilitará llevar adelante un trabajo comparativo, para señalar las diferencias y semejanzas y esbozar recomendaciones generales y particulares.

Por último, este trabajo, si bien ajustado a la metodología descrita, es sólo un estudio preliminar que pone de relieve los temas centrales que deben ser objeto de una investigación a profundidad, tal como ya ha sido señalado.

Cuál es el sentido de relacionar reforma judicial con Derechos de los Pueblos indígenas

Cuando se habla de reforma judicial, se hace referencia por lo general a un movimiento que en un primer momento estuvo vinculado fuertemente a los Derechos Humanos y sus violaciones en todo el continente, prestando especial atención a las garantías de los individuos. En un segundo momento se apunta a incrementar la eficiencia de la justicia en un proceso de modernización de los Poderes Judiciales.

¹ Las pautas metodológicas se adjuntan a este trabajo.

En cuanto a los Derechos de los Pueblos indígenas, no es bien entrado los 80 que éstos adquieren otra entidad en la discusión. Empiezan a formar parte de las reformas normativas, integran los contenidos de las reformas constitucionales, se identifican sus organizaciones, y se posicionan sus líderes en la arena política. Si bien no es posible generalizar este cambio de escenario en todos los países, sí es posible afirmar que los Derechos de los Pueblos indígenas empiezan a formar parte de las reformas judiciales, intentando salvarlos del olvido y del abandono que sufrieron.

La relación, entonces, de las reformas judiciales con los Derechos de los Pueblos indígenas es relevante si consideramos, por un lado, la importancia que han adquirido en las últimas dos décadas los mencionados procesos de cambio en la justicia, por el otro “la emergencia indígena” que en mayor o menor medida acontece en todo el continente. Dar cabida a los Derechos de los Pueblos indígenas en las transformaciones de la justicia, vincular los procesos de democratización de la justicia a una mayor inclusión de los Pueblos indígenas en la vida democrática, relacionar la consolidación de los Estados de Derecho en América Latina a una mayor participación de los Pueblos originarios es parte de la construcción de un nuevo Estado.

Entonces, la finalidad de este estudio de identificar los puntos de encuentro entre las reformas procesales penales y los Derechos de los Pueblos indígenas sólo tiene sentido si tomamos a las reformas procesales penales como parte de las reformas judiciales, y sólo si entendemos las reformas judiciales como procesos contextualizados históricamente, que se vinculan al devenir de los Pueblos originarios en la medida en que ambos responden a un paradigma estatal que se encuentra en permanente estructuración y discusión.

Principales ideas del trabajo

Con todo lo hasta ahora expresado, definiremos algunas ideas centrales que apuntalarán todo el trabajo. Aún a riesgo de ser redundantes, este estudio girará alrededor de:

- admitir que el paradigma estatal del multiculturalismo se encuentra en permanente construcción, que aún estamos lejos de consolidarlo y que involucra y comprende una redefinición radical de la idea clásica, tal como se afirma en numerosos trabajos alrededor de los Pueblos indígenas.
- Concebir a las reformas procesales penales –parte de las reformas judiciales– como un reflejo del Estado en cuanto a su articulación e inclusión de diversos sectores. Es en ese sentido que las reformas procesales penales pueden ser instrumentalmente fructíferas para la construcción del Estado pluricultural.
- Contribuir a construir espacios que tomen la diversidad como uno de los componentes básicos de la vida ciudadana a través de la identificación de los puntos de encuentro entre las reformas procesales penales y los Derechos de los Pueblos indígenas. Será a partir de estos espacios donde el Estado demostrará su vocación de ejercitar un respeto y tolerancia permanente frente al otro.

Es así que la discusión alrededor de los Derechos de los Pueblos indígenas ni se inicia ni se agota con las reformas judiciales o procesales penales. Por el contrario, la discusión es mucho más abarcativa y comprende las bases mismas sobre las que se construyen las estructuras estatales. Sin embargo, la importancia de focalizar las reformas procesales penales radica en la posibilidad de hacer visible a través de uno

de los poderes en los que se manifiesta el Estado la desprotección, desigualdad o falta de reconocimiento que por lo general padecen los Pueblos originarios.

Este estudio sólo esbozará recomendaciones que los Estados deberían seguir si se toman en serio los Derechos de los Pueblos indígenas. Pero el problema de los Pueblos indígenas en América Latina no se saldrá a través de reformas normativas, ni por medio del cambio de actitudes o de las prácticas de los operadores, ni siquiera con una mayor sensibilización de los ciudadanos frente a estos derechos. No obstante las limitaciones señaladas, construir diferentes caminos que enfrenten estratégicamente estas carencias se vuelve una prioridad de cualquier agenda pública.

CAPÍTULO II: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN NACIONAL

Breve descripción de la recepción del derecho indígena en el ámbito internacional

El Derecho indígena no ha tenido una especificidad en los instrumentos internacionales hasta después de la segunda mitad del siglo XX. Si bien el auge de los instrumentos de Derecho internacional se da luego de la segunda guerra mundial, y como un modo de superar los horrores de la guerra a través de consensos estatales que priorizan determinados derechos humanos universalmente reconocidos, no fueron tratados en lo particular hasta el Convenio 107 de la OIT de 1957 (*Convenio relativo a la Protección e integración de las Poblaciones indígenas y de otras Poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*), que dio lugar más de tres décadas después al Convenio 169 de la OIT, hoy en vigencia.

El Convenio 169 de la OIT de 1989 viene a reflejar la importancia que adquirieron los grupos indígenas en los foros internacionales y constituye –hasta el presente- uno de los instrumentos más importantes sobre el tema. Si bien no nos detendremos en este apartado en su análisis, sí es relevante hacer notar que alrededor de este Convenio la discusión sobre los Pueblos indígenas ha tomado otra dimensión en el contexto internacional.

En el tema que nos ocupa, el Convenio 169 incorpora tres artículos esenciales. El artículo 8, 9 y 10 que, de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los Pueblos indígenas el derecho de administrar justicia siguiendo sus propias pautas a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones (en cualquier materia), generando una articulación en materia de justicia que sigue siendo piedra de discusión al interior de los Estados. También menciona expresamente que deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (10.2).

Finalmente, es interesante mencionar -como nota a pie- las implicancias del Convenio 169, y las dificultades o escollos que ha encontrado su ratificación por parte de los Estados. Si bien ya hace 15 años de su nacimiento, aún persiste la reticencia de muchos Estados (entre ellos Chile) para incorporarlo a su normativa, desde que genera desconfianza e incertidumbre para ellos las consecuencias que podría acarrearle en un futuro.

Sin embargo, afortunadamente, muchos Estados lo han ratificado² y lo que es más importante, están incorporándolo de a poco a sus resoluciones, lo que constituye una señal más de la importancia de contar con un respaldo internacional que promueva el respeto de los Derechos de los Pueblos indígenas.

Actualmente se desarrollan diversas reuniones de grupos de trabajo, ya sea bajo el paraguas de la organización de las Naciones Unidas (ONU) o de la Organización de Estados Americanos (OEA), con el objetivo común de formular principios claves que establezcan las reglas de juego entre los derechos de los Pueblos indígenas –cada vez más instalados y reconocidos a nivel internacional- y los Estados que

² Este Convenio ha sido ratificado por un total de 13 Estados. En Latinoamérica han sido ratificados por 11: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

necesariamente deben aprender no sólo a convivir con ellos, sino también a dar respuestas a sus demandas.

Convenio 169 de la OIT y Reconocimiento Constitucional en Chile y Guatemala

Chile no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, y se ha mostrado históricamente refractario –posición que no ha cambiado en los últimos años de mayor apertura- a cualquier tipo de reconocimiento del Derecho Indígena. Asimismo, tampoco ha incorporado ninguna norma específica –apartándose del movimiento constitucional de la última década en América Latina- a su Constitución, por lo cual actualmente es el país más atrasado en cuanto a la incorporación de los derechos indígenas en la dimensión normativa³.

Los argumentos que juristas y legisladores esgrimen para no incorporar en el ordenamiento jurídico chileno normas que contemplen el reconocimiento de los derechos indígenas son básicamente aquellos que giran alrededor de la unidad estatal y del riesgo de fragmentación que se generaría al admitir ciertas autonomías de los Pueblos indígenas.

En relación a Guatemala, y destacando que el proceso de guerra interna es determinante en cuanto a evaluar la relación del Estado con los Pueblos indígenas, su proceso de reconocimiento de Derechos ha sido al menos ambivalente. Por un lado, ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, que no sólo ya forma parte de su sistema jurídico, sino que está siendo cada vez más utilizado por los jueces para fundamentar sus decisiones⁴.

En cuanto a las reformas constitucionales, con anterioridad a la firma del Acuerdo de paz Firme y Duradera del 29 de diciembre de 1996, el 7 de diciembre de ese mismo año se firma el Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral que prevé reformas constitucionales para poder hacer efectivo los acuerdos mencionados.

Luego de la firma de la paz algunas organizaciones indígenas empezaron a elaborar propuestas, pero no estaba demasiado claro el modo de su participación, y ni siquiera el cronograma que debía ser acompasado con otras propuestas. Así COPMAGUA fue una de las que organizaciones que logró articular y presentar finalmente ante el Congreso una propuesta con cinco mil firmas.

Más allá de los problemas de participación, finalmente la propuesta de reformas es aprobada por el Congreso el 15 de octubre de 1998 y debió ser sometida a votación popular. Esta consulta, realizada el 16 de mayo de 1999, no llegó a alcanzar la votación suficiente para aprobar las reformas constitucionales.

Si bien todo el proceso alrededor de la reforma constitucional fue muy complejo⁵, ciertamente también se mezclaba con otros temas que no permitieron discernir el grado de aceptación o de rechazo de la propuesta relativa específicamente a los derechos de los Pueblos indígenas.

³ Para profundizar en la dimensión normativa del caso chileno se remite al anexo de este informe.

⁴ Ver anexo de este informe referido al caso guatemalteco.

⁵ Algunos entrevistados destacaron las ventajas de la no aprobación, ya que la fórmula sometida a consideración era totalmente insuficiente, y empañaba el reconocimiento.

CAPÍTULO III: DERECHOS DEL PUEBLO MAPUCHE Y REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE

1. IX Región de Chile: La Araucanía

Situación del Pueblo indígena mapuche en la IX región

La IX región de la Araucanía cuenta con un total de 204.125 personas, en su mayoría mapuche, y es donde se concentra la mayor cantidad de indígenas en Chile. Por su parte, Chile tiene un total de 15.116.435 de habitantes, de los cuales el 4,6% (692.192) corresponde a indígenas. El 87,3% de ese total son mapuche⁶.

En relación al ámbito social, a fines del año 2000, el Ministerio de Planificación y Cooperación realizó la Octava Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN VIII), representativa de todos los hogares del país, a nivel nacional y regional. De los antecedentes entregados a nivel nacional, es posible decir que la región tiene los mayores índices tanto de pobreza como de indigencia en el país; Proporcionalmente, tiene más del doble de población en situación de pobreza que la segunda región, y más del triple en condiciones de indigencia.

De los resultados obtenidos en la encuesta Casen del año 2000 la región tiene a 93.560 personas viviendo en situación de indigencia, es decir, el 11,1% de la población total; los pobres no indigentes alcanzan a 182.687, con un 21,6% del total. Estas cifras indican que un tercio de la población regional vive en condiciones de pobreza. Se debe destacar que esta situación es más aguda en el sector rural, donde si bien el porcentaje de hogares pobres no indigentes es similar al urbano, los porcentajes de indigentes son substancialmente mayores (10,6% en el sector rural versus 7% en el sector urbano)⁷.

Es importante señalar, con estos datos, que cuantitativamente el Pueblo indígena en Chile ha sufrido una importante disminución con respecto al censo de 1992, que reflejaba más de un millón de indígenas. Esto puede explicarse por diferentes razones, entre ellas la metodológica, ya que la formulación de las preguntas frente a quién se considera indígena varió. No obstante ésta y otras justificaciones⁸, lo cierto es que tanto la auto-percepción en cuanto a la identidad de indígena, como un contexto socio-político muy diferente entre una y otra década, contribuyó a generar una cifra muy diferente.

En cuanto a las características de la población en términos sociales y económicos⁹, en el país en general los indígenas se dedican a la agricultura, el comercio, las industrias manufactureras, y el servicio doméstico. Los mapuche en particular se dedican sobre todo a la agricultura.

⁶ Censo Nacional de 2002, Instituto Nacional de Estadísticas.

⁷ Ver www.mideplan.cl

⁸ Para más detalle, ver el anexo de “**Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile**”, Informe del Programa de Derechos indígenas del Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Santiago de Chile, 2003, págs 407 y ss.

⁹ Esta información se encuentra consignada en “**Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile**”, Anexo, Ob. Cit. Santiago de Chile, 2003.

El pueblo mapuche es el que presenta la tasa económica más baja en relación al resto de los pueblos indígenas que habitan el territorio chileno (esto es los alacalufe, atacameños, yámana, quechua, rapa nui), esto es una tasa del 49,8%.

Esto en cuanto al panorama cuantitativo. En cuanto a su organización social, tiene como base la vida en comunidades formadas por familias, unidos por lazos de parentesco. El territorio es denominado Lof, y la cabeza de la comunidad es el Lonko. Este esquema básico se conserva aún en muchas de las comunidades.

En cuanto a Temuco, capital de La Araucanía, es interesante mencionar la numerosa población flotante con la que cuenta, que llega desde su entorno a comercializar sus productos para luego regresar a sus hogares en el campo, y en donde se concentra gran parte de la actividad de la región.

Descripción de la situación actual y percepciones de diferentes actores claves

La metodología, ya descrita en el primer capítulo, consistió en parte en una serie de entrevistas a actores claves¹⁰. De ellos no sólo se desprenden percepciones importantes para el desarrollo de este trabajo, sino que nos permite también enfatizar los aspectos más relevantes a tener en cuenta.

Así, se entrevistaron (por orden cronológico) a:
Danko Jaccard y Rodrigo Lillo
Instituto de Derecho indígena. Universidad de la Frontera

Sandra Jelves y Jaime López
Defensoría Pública Mapuche

Cristina Painemal y Yohana Maripán
Agrupación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos Mapuche

Esmirna Vidal
Fiscal Regional

Pedro García
Asesor Jurídico de la Fiscalía

José Llankileo (y otros)
Coordinadora Arauco Malleco

Manuel Santander
Consejo de Todas las Tierras

Alberto Parra y Juan Jorge Faundes
Fundación Instituto Indígena

María Elena Llanos
Jueza de Garantías

¹⁰ Las entrevistas no fueron grabadas, sino que se tomó nota. Las frases entrecomilladas son literales de lo expresado por el entrevistado, el resto es una reconstrucción personal basada en los apuntes recogidos de las charlas sostenidas con ellos.

Como es evidente, cada uno de los entrevistados pertenece a sectores diferentes, lo que nos permite tener una mirada abarcativa del problema desde diferentes perspectivas. Así, operadores jurídicos (defensores, fiscales, jueces), académicos, líderes indígenas, representantes de organizaciones indígenas, transmitieron sus propios relatos.

Así, podemos agrupar estos relatos de acuerdo a los diferentes sectores de procedencia. **Los académicos** reforzaron la idea de que la reforma procesal penal ha transitado carriles diferentes al reconocimiento e incorporación de los derechos civiles y políticos de los Pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico chileno. Y van más lejos aún al sostener que el Estado contiene la demanda social con la reforma procesal penal, esto es “frente a la demanda política da una respuesta judicial”¹¹.

Existe un fuerte cuestionamiento desde estos sectores a la política llevada adelante por el Ministerio Público, “en el sentido de que existe una estigmatización del discurso mapuche como subversivo y peligroso ante el resto de la sociedad”. También cuestionan el uso de la prisión preventiva y la aplicación de la ley antiterrorista.

Por otra parte, se afirma que se debe diferenciar entre delitos comunes y “reivindicaciones territoriales”. La reforma procesal penal, entonces, funciona para los delitos comunes, pero criminaliza otro tipo de conflictos¹² (como lo son los reclamos por los territorios). Este es un punto central de tensión entre las nuevas reformas procesales penales y las demandas indígenas.

De todos modos, considero que es preciso remarcar algunas distinciones necesarias frente a esta descripción de lo que está sucediendo en la IX Región. Existen dos cuestiones diferentes: una, el funcionamiento del sistema penal y la política criminal pergeñada por el Estado que lo alimenta. Otra, la reforma procesal penal, y un incremento de su eficiencia como una de las razones del cambio.

La persecución penal del Pueblo Mapuche formaría parte de las líneas de política criminal. En ese sentido, las reformas pueden ejecutar dichas políticas pero no han sido pensadas específicamente para ello sino que son instrumentalmente implementadas para alcanzarlo.

En cuanto a los **operadores de justicia**, es notable las diferencias de mirada entre los defensores, fiscales y jueces. Así, los defensores, si bien admiten que “la reforma procesal penal favorece a los pueblos indígenas, en principio, porque se aproxima a la forma de la justicia indígena”¹³, finalmente “la administración de justicia no pasa tanto por las normas sino por los operadores”.

Rescatan la posibilidad de utilización de su propia lengua, ya que favorece a la defensa, y la figura del Facilitador Cultural, que constituye un puente entre las dos culturas. Pero otra vez se señala que el “problema está en los operadores”¹⁴ y que

¹¹ Entrevista realizada a Rodrigo Lillo y Danko Jaccard. Universidad de la Frontera. Ver también http://www.nodo50.org/azkintuwe/entrevista_rodrigo_lillo.htm

¹² Entrevista realizada a Alberto Parra y Juan Jorge Faundes. Fundación Instituto Indígena.

¹³ Entrevista realizada a Jaime López. Defensoría Penal Mapuche

¹⁴ Entrevista realizada a Sandra Jelves. Defensoría Penal Mapuche

existe una “criminalización del conflicto mapuche, en el sentido que se configura el Estado vs el Pueblo Mapuche”.

En cuanto al **Ministerio Público Fiscal**, se señala “el avance que ha constituido la reforma procesal penal en materia de Publicidad, garantías de los derechos de todos, y dinamismos en el juzgamiento”, enfatizando especialmente “la igualdad ante la ley para todos los ciudadanos”¹⁵ .

Asimismo, se indica que el Ministerio Público no ha judicializado los conflictos, sino que “han investigado delitos”, y que efectivamente se ha “configurado conducta terrorista, ya que los hechos se repetían estratégicamente”. Por otra parte, en los casos señalados¹⁶ “había hechos graves que debían ser perseguidos, para dar satisfacción a la víctima del conflicto”.

También vale la pena mencionar que si bien algunos entrevistados destacaron la utilización de “testigos sin rostro”, o en otras palabras “testigos protegidos” (contemplados por la ley antiterrorista) como parte de las distorsiones del sistema, la Fiscalía ha replicado que “se ha dramatizado esta institución, que sólo pretende proteger los testigos, y que está autorizado por el Tribunal para que proceda”.

Por último, la Fiscalía distingue entre el conflicto indígena de raíz social y los delitos que se cometen. Así, “la justicia (y el MP¹⁷) actúa para que no haya impunidad . En un Estado de Derecho existen vías para reclamar derechos y no es aceptable la comisión de hechos delictivos”.

Por su parte, **la Jueza de Garantía** entrevistada¹⁸ señala que “la ley es aplicable a todos los chilenos, y que los derechos de los Pueblos indígenas como tales se desconocen”. Así, “se calificaron las conductas como terroristas, porque reúnen las características”.

Una última apreciación indica que “los mapuche son ciudadanos chilenos”, y que este sistema –penal- protege de mejor manera las garantías. A ello, se le suma “la defensa pública especializada, que aporta un mayor grado de confianza”.

Los representantes de organizaciones indígenas y líderes indígenas son muy críticos del accionar del Estado. Se podrían decir que no cuestionan la reforma procesal penal de modo puntual, sino todo un modo de relacionamiento con el Pueblo Mapuche que no hace sino profundizar la desigualdad y la exclusión.

Así, ahondan en la situación en que se encuentran. “El Estado trabaja de modo paternalista, a través de la CONADI”¹⁹. “La expansión forestal, los intereses de las transnacionales son los que generan el conflicto, y los medio de comunicación juegan en contra”.

¹⁵ Entrevista realizada a Esmirna Vidal. Fiscal Regional, Ministerio Público Fiscal

¹⁶ En el anexo serán descriptos algunos de los casos paradigmáticos

¹⁷ El paréntesis es mío

¹⁸ La Dra. María Elena Llanos

¹⁹ Agrupación de Familiares y Amigos de Presos Políticos Mapuche. Entrevista realizada a Cristina Paimemol y Yohana Maripán

Frente a la reforma procesal penal y la creación de la Defensoría especializada, surge la reflexión de que “el Estado nos mete en la cárcel y el Estado nos da abogado”²⁰. La justicia, para esta organización, es homogénea, y el facilitador cultural “sólo traduce literalmente”. Es a través de esta calificación de asociación ilícita que se han dado una serie de irregularidades en el proceso, tales como “allanamiento masivos y el procesamiento selectivo a los Longko de las comunidades”.

Por su parte, se vuelve a insistir en que “existe una clara persecución a los dirigentes indígenas, y se criminaliza la demanda indígena”²¹. La visión de la justicia es que “los mapuche son opositores al desarrollo económico. La no ratificación de los convenios internacionales es un signo de que no existe voluntad política y es por ello que el Pueblo Mapuche resiste. “La reforma procesal penal debería haber reconocido la diferencia cultural”.

En definitiva, existe un cuestionamiento a la institucionalidad del Estado en el tema tierras, autonomía, participación y en la demanda de creación de un Parlamento indígena. Sin embargo, no desconocen –al menos desde esta organización- el problema que plantea la gobernabilidad, en el sentido que el Pueblo indígena es necesario para garantizarla frente a las transnacionales.

Por último, el Consejo de Todas las Tierras promueve el diálogo, con una convocatoria abierta a organizaciones, asociaciones, etc. Merece destacarse las diferentes posiciones de las organizaciones mapuche, desde las más radicales como la Coordinadora Arauco Malleco que desconoce al Estado chileno, hasta los proclives a la negociación y el diálogo como el Consejo de Todas las Tierras.

No profundizaremos en estas diferentes posiciones. Sólo quiero apuntar que a pesar de las enormes diferencias de ellas coinciden a la hora de señalar la criminalización de las reivindicaciones territoriales, y el desconocimiento por parte de la reforma procesal penal de la diversidad, y de la existencia –en el caso de La Araucanía- del Pueblo Mapuche.

¿Conflicto mapuche o reivindicaciones territoriales?

El conflicto mapuche, en la actualidad, se ha convertido en un término genérico que hace mención a las tensiones producidas en las regiones del sur frente a hechos violentos que se han cometido, y que se subsumen sin matices en la categorías de delitos.

Así, se resaltan los hechos violentos, tales como usurpaciones violentas, daños, amenazas, incendios, pero no se avanza sobre el tema de las reivindicaciones territoriales. En otras palabras, sería importante profundizar en el origen de estos reclamos, no para justificar los delitos cometidos, pero sí para darle una interpretación –y por supuesto, una solución, si esto es posible- al problema planteado por las tierras.

²⁰ Lo cual es coincidente con lo señalado por algunos procesados en los casos de asociación terrorista, ya que si bien son defendidos por Defensoría Mapuche, cuestionan la paradoja de que sea el Estado el que los persiga y el mismo Estado el que los defienda.

²¹ Entrevista realizada a Manuel Santander. Consejo de Todas las Tierras.

Existen dos leyes que son punto de partida en el caso del Pueblo mapuche, la ley nº 16.640 de 1966 y la ley 17.729 de 1972, esta última aprobada en el gobierno de Allende. Allí se contemplaba la expropiación de tierras para restituirlas a los indígenas y se crea el Instituto de Desarrollo Indígena.

Se calcula que alrededor de 700.000 has fueron devueltas al Pueblo mapuche, a través de la reforma agraria, entre 1971 y 1972²². Si bien este proceso fue muy importante para el desarrollo del Pueblo mapuche, Allende incurrió en el error de más de un militante socialista de mirar al indígena como perteneciente a una clase social, sin realizar un análisis que tenga en cuenta la diferencia y la identidad.

De este modo, las políticas de Chile frente a los indígenas en el período de Salvador Allende fue dirigida más bien al campesinado que a los mapuche, y quedó truncado con el golpe de Estado de Pinochet (1973), que llevó adelante lo que se dio en conocer como contra reforma agraria, y que –en síntesis- terminó devolviendo a sus antiguos propietarios las tierras, o las remató o las conservó en organismos del Estado, vendiéndolas luego a las empresas forestales que –en la actualidad- constituyen una de las variables de ruptura frente a las reivindicaciones territoriales.

Esta claro que ni la reforma procesal penal es causa de este conflicto, y como contrapartida, es absurdo pretender que la reforma procesal penal pueda ser una parte de su solución. Sin embargo, sin una solución cualquier código procesal penal jugará un papel –no el más deseable frente a la política de Estado descripta- que no contribuirá, al menos, a construir un Estado multicultural, a pesar de que se incorporen en él medidas sensibles a la diversidad.

2. Reforma Procesal Penal en Chile

Ignorancia de la diversidad en el proceso de reforma

Si bien es preciso reconocer que la reforma –en algunos países, no en el caso chileno- ha manifestado esfuerzos por el reconocimiento del derecho indígena, y también ha significado un avance en cuanto al resguardo de ciertas garantías –caso en el que sí está incluido Chile- lo cierto es que la administración de justicia como tal representa sólo una manifestación más dentro de un contexto mucho más complejo, con aristas que involucran desde la autonomía indígena, la discusión sobre el modelo de Estado, los intereses económicos en juego, y una tensión manifiesta entre las reivindicaciones indígenas y el statu quo establecido.

En este apartado relacionaremos específicamente reforma procesal penal y Derechos del Pueblo Mapuche, sin desconocer las complejidades de los procesos históricos y sin ser reduccionista. Por otra parte, destacaremos aquellas instituciones o experiencias que contribuyen a generar un puente intercultural entre dos miradas radicalmente diferentes: la occidental y la indígena, sin desmerecer ninguna de ellas y en el entendido que ambas son necesarias para comprender el mundo en que vivimos, y para coexistir con un recíproco y profundo respeto.

²² Berdichevsky, Bernardo, **The Araucanian Indian in Chile**, IWGIA, Copenhagen, 1975, citado por **Derechos de los Pueblos indígenas**, 2003, pág. 164

También es importante señalar que en el caso chileno estamos refiriéndonos exclusivamente al Pueblo Mapuche, y no al resto de las etnias que habitan el territorio chileno. Esta selección se debe por una parte a que esta investigación fue pensada como un estudio de caso, con un corto tiempo de duración, lo que no permite ser exhaustivo en el análisis de la diversidad de indígenas existentes. Por otro lado, se tomó la decisión de centrar el mismo en la IX región dado que fue la primera (junto con la región de Coquimbo en el norte del país) en donde el nuevo Código de Procedimiento Penal entró en vigencia. De este modo, establecer la incidencia o el impacto que tuvo este nuevo proceso penal en el resguardo de los derechos del Pueblo indígena (Mapuche) es posible en base a una experiencia de casi cuatro años desde su implementación.

Implementación en la IX región

La reforma procesal penal en Chile se implementa en la IX región (la más relevante en términos de presencia indígena) en el año 2000. A partir de allí se inicia un cambio profundo que genera nuevos actores y que empieza a construir una realidad diferente.

De las entrevistas realizadas, surge por una parte un avance en cuanto al resguardo de los derechos con respecto al sistema anterior. Se reconoce por lo general que el juicio oral y público facilita no sólo el control de los actos del proceso, sino también su transparencia y la posibilidad de los distintos actores de dar seguimiento a las diferentes instancias.

Sin embargo, y a pesar de estos adelantos, la reforma no ha redundado en beneficio del Pueblo Mapuche como tal. No ha incorporado normas específicas (si bien existe la posibilidad de realizar el juicio con intérpretes –los así llamados facilitadores interculturales- este derecho no surge directamente de la reforma) y desconociendo las diferencias culturales, sólo ha igualado frente a la ley a quienes son diferentes.

En este punto cabe señalar algunas reflexiones acerca de la relación entre la reforma procesal penal y Pueblo mapuche. Así, “Se puede constatar que los gestores de La Reforma, en las etapas de diseño e implementación, no han considerado los eventuales requerimientos del Pueblo Mapuche. Esta situación resulta de la mayor relevancia frente a los derechos individuales y colectivos que podrían verse afectados por La Reforma, generándose una percepción de doble vulnerabilidad de los derechos fundamentales de las personas del Pueblo Mapuche. Por una parte, fiscales y jueces desconocen las especificidades, históricas, culturales y sociales del Pueblo Mapuche y la particularidad de sus reivindicaciones que, por su disímil y compleja naturaleza, requerirían un especial tratamiento desde lo jurídico. Y, por otro lado, el desamparo y /o indefensión de las personas del Pueblo Mapuche resultante de la imposición del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal”²³.

Vale la pena relatar el proceso que se desarrolló frente a la implementación de la reforma procesal penal en la IX región en diciembre de 2000. Así, la Fundación Instituto Indígena promovió la discusión en mesas de trabajo de representantes de instituciones del Estado (Ministerio Público, Defensa Pública, Poder Judicial, CAONADI) y representantes de organizaciones indígenas.

Lamentablemente, la discusión en estas mesas no prosperó ya que los indígenas manifestaron la imposibilidad de discutir con el Estado cuando nunca se planteó la

²³ Faundes Jorge Juan, **Reforma Procesal Penal y Derechos del Pueblo Mapuche**, Fundación Institución Indígena, Temuco, 2001

posibilidad de consultarlos. Así, según su mirada, no fue un hecho de negligencia por parte del Estado, sino simplemente de indiferencia frente a los derechos del Pueblo indígena. Algunas de las opiniones son las siguientes:

"La omisión indicada no obedece a una simple negligencia, lo que quizás podría remediarse con un proceso de acercamiento o diálogo, dirigido a recoger "inquietudes" e introducir modificaciones desde lo indígena. La situación descrita corresponde a una **réplica más de la relación histórica que ha existido entre el Pueblo Mapuche y el Estado de Chile**. La implementación de este u otro procedimiento de enjuiciamiento criminal, es otro de los instrumentos empleados por el sistema del Estado como mecanismo de dominación, dado que con o sin participación indígena en su implementación, se impone sin posibilidad alguna de una efectiva intervención por las organizaciones mapuche. Mediante esta mesa no se logra ningún avance respecto de los derechos colectivos, pero sí podemos terminar entregando nuevas herramientas útiles para el empoderamiento del Estado, como por ejemplo la información relativa al derecho tradicional o consuetudinario"²⁴

Estas posturas frente a una situación de hecho sin retorno, como lo fue la implementación del nuevo Código de Procedimiento Penal, obstaculizaron el diálogo entre las organizaciones y el Estado, y no generaron la sensación de que el Estado estaba dispuesto a incorporar cuestiones concretas, como podría haber sido el caso de la reforma procesal penal.

Lamentablemente, y dentro de este proceso de diálogo abortado, también la Fundación Institución Indígena abandonó la mesa, con los siguientes argumentos:

"A la luz de sus Principios y la labor de acompañamiento que desarrolla la Fundación Instituto Indígena respecto de las Organizaciones del Pueblo Mapuche, nos vemos en la obligación de, a lo menos, reflexionar en torno a la determinación y fundamentos que han manifestado sus dirigentes. Al respecto, si bien valoramos los avances o acercamientos que puedan producirse entre los operadores de La Reforma y el Pueblo Mapuche, compartimos la opinión de las organizaciones en cuanto existe una situación no resuelta en torno a la Relación del Estado de Chile y los Pueblos Indígenas - un "Nuevo Trato"-, que debe enfrentarse para poder promover lógicas de participación que se enmarquen en el respeto de la diversidad y el reconocimiento recíproco de una sociedad multicultural. Y a partir de ahí poder asumir la reflexión en torno al sistema de administración de justicia y los procesos político sociales del Pueblo Mapuche"²⁵.

En definitiva, los operadores de justicia consideran a los indígenas como "ciudadanos chilenos"²⁶ con un absoluto desconocimiento de sus particularidades, lo que se ha visto reflejado en el proceso de reforma.

Es así que si bien uno podría afirmar que el nuevo CPP y la reforma en su totalidad han traído nuevos aires en cuanto a lo que a garantías ciudadanas se refiere, esto no ha significado en lo sustantivo un cambio radical para el Pueblo Mapuche, en términos de respeto a su cosmovisión. Otra vez, y como se ha repetido históricamente hasta el cansancio, se ha pretendido –desde el Estado, y ya sea en forma intencional o por descuido y olvido- equipararlos, colocándolos en "la misma bolsa" que a los

²⁴ Opiniones vertidas por las organizaciones indígenas al dejar las mesas de trabajo, y registradas por la Fundación Instituto Indígena.

²⁵ Argumentos de la Fundación Instituto Indígena incluidos en el trabajo de Juan Jorge Faundes en el trabajo ya citado.

²⁶ Lo cual no sería reprochable si a la par se reconociera también la particularidad del Pueblo indígena y lo que ello representa.

ciudadanos chilenos en general, cuando parte fundamental de la violación a sus derechos reside, precisamente, en no tomarse en serio sus diferencias.

Se podría decir, entonces, que la reforma procesal penal –en cuanto tiene un contenido garantista indiscutible, y que apunta también a dar más agilidad a los procesos contribuyendo con ello a satisfacer de mejor medida las demandas de la víctima- ha instalado un conjunto de derechos para todos los habitantes que se trasladan también al Pueblo Mapuche. No obstante, esto se confirma en la práctica cuando se trata de delitos comunes, que no reflejan el conflicto existente en la región.

Algunas incorporaciones de la diversidad en el proceso de reforma

Ahora bien, para aportar un análisis general de algunos aspectos que ha incorporado el nuevo Código, y que tiene que ver puntualmente con los derechos del Pueblo Mapuche, a continuación se describirán algunos ejes centrales, tales como:

- * Defensoría Mapuche
- * Prisión Preventiva
- * Utilización de su lengua
- * Publicidad de los actos
- * Sistemas alternativos de solución de conflictos

La creación de una defensoría especializada –**la defensoría mapuche**- a diferencia del resto de los actores de la administración de justicia (entiéndase por éstos a fiscales y jueces) posee sólo dos profesionales, secretaria y un facilitador intercultural. Las diferencias de infraestructura es más que evidente, y también éstas representan la (poca) importancia que adquiere la defensoría mapuche en el sistema en su conjunto.

Su labor es muy destacable, ya que a pesar de la escasez de recursos humanos, realiza un trabajo de excelente nivel técnico. Si uno repasa algunas de sus resoluciones, y en causas muy sensibles²⁷ los defensores muestran compromiso y dedicación a la defensa realizada. De entrevistas realizadas tanto a los defensores como a los imputados se desprende la importancia de contar con una institución especializada, que pueda entender las diferencias de cultura, y que haciéndose cargo de éstas puedan hacer uso del ejercicio de una defensa de calidad.

Una perspectiva de la Defensora a cargo de la Defensoría Penal Mapuche puede ser ilustrativa de cómo se analiza “desde adentro” la reforma procesal penal:

“En conclusión, aunque la Reforma Procesal Penal constituye un marco normativo y procedimental que idealmente debería beneficiar al pueblo mapuche —y que de hecho lo ha beneficiado respecto de los delitos comunes—, en su aplicación en cuanto a los delitos de connotación pública o derivados de reivindicaciones territoriales, en la práctica, por causa de los factores explicativos antes identificados, ha implicado que subjetivamente los operadores tiendan a un trato discriminatorio y perjudicial, que por razones de personal disponible y

²⁷ Sin ir más lejos, en el caso de los longkos y en el de asociación ilícita, este último se encuentra actualmente en la etapa del juicio oral.

tiempo, no siempre la Defensoría está en condiciones de neutralizar. Ello podría resolverse si se socializara una mayor conciencia de la situación y tales factores fueran modificados”²⁸.

La incorporación del Facilitador Intercultural también es destacable. La idea, más allá de su funcionamiento en la práctica, es la de un sujeto que pueda convertirse en un puente intercultural entre las dos culturas, y que no se restrinja sólo a una traducción literal, sino que pueda ilustrar sobre su cosmovisión.

La posibilidad del **uso del mapudungun**, ya contemplado en la ley indígena 19.253²⁹, se encuentra vinculado con la incorporación de un traductor o facilitador intercultural, que si bien se refiere al uso de cualquier tipo de idioma indígena, es pertinente mencionarlo en este punto, sobre todo por la gran importancia que adquiere frente a la identidad indígena la posibilidad de hablar su lengua. Así, el artículo 291 inc. 3º del Código de Procedimiento Penal dice “...quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.”

Claro está que otra vez, así como analizar la vinculación entre la reforma procesal penal y el Pueblo mapuche sin hacer referencia a los derechos de los Pueblos indígenas, y en el caso del Pueblo mapuche a sus reivindicaciones territoriales, significaría sólo reflexionar sobre lo obvio, analizar el problema de la lengua y vincularle como solución la existencia de un traductor o un intérprete, también es ser simplista a la hora de dar algunas pistas para comprender integralmente el problema.

Si bien el derecho de usar el mapudungun en las diferentes instancias es respetado, muchos lo hacen por una cuestión reivindicativa y de principios ya que o bien son bilingües o bien no creen tampoco en las ventajas de este derecho. Es destacable también que a pesar de que en todos los edificios públicos de administración de justicia figuran los carteles en castellano y mapudungun, lo cierto es que los mapuche no leen mayoritariamente, por lo cual los efectos más destacables son por un lado eminentemente simbólicos, desde la perspectiva del Pueblo Mapuche; y por otro lado, desde la perspectiva del sistema de administración de justicia, transmiten el mensaje – aparente- de haber incluido las particularidades del Pueblo Mapuche en el proceso de reforma de la administración de justicia penal.

Se ha manifestado también que la existencia de un traductor es insuficiente porque descontextualiza el idioma y lo sustrae de su entorno natural³⁰, siendo tan ajeno el lenguaje técnico tanto para el imputado como para el intérprete. Sin embargo, consideramos que es un paso adelante por dos motivos principales: el respeto a la

²⁸ Ponencia de Sandra Jelves, “Pueblo Mapuche: entre los avances de la norma jurídica y la subjetividad de los operadores”

²⁹ Artículo 54 de la Ley 19.253 “El juez encargado del conocimiento de una causa indígena a solicitud de parte interesada y en diligencias o actuaciones en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.”

³⁰ En el trabajo de Jorge Juan Faundes ya citado, éste expresa “Por otro lado, se cuestiona la participación de traductores por cuanto se descontextualizaría el idioma indígena al separarlo de su entorno cultural y cosmovisión. Así mismo, en la práctica, no sería de extrañar que estos facilitadores pierden su relevancia al enfrentarse al lenguaje jurídico técnico, igualmente lejano a traductor e imputado. Entonces, sí resulta fundamental el vínculo de confianza entre abogado defensor e imputado indígena y la idoneidad de dicho defensor. Sin perjuicio de lo anterior, el uso de la lengua materna siempre será una legítima reivindicación de tipo cultural.”

identidad del indígena y el fortalecimiento del acceso a la justicia, ya que la posibilidad de expresarse en mapudungun en el caso de los mapuche se convierte en un modo primario de acceder a ésta.

En cuanto a **la prisión preventiva**, la incluimos en este apartado no porque su regulación sea un avance, sino precisamente porque el abuso en su aplicación significa una vulneración importante para los miembros del Pueblo mapuche. En especial, en referencia a la cárcel de Temuco, los mapuche que están sometidos a prisión preventiva se quejan³¹ de las condiciones paupérrimas en la que deben vivir. Insalubridad, falta de espacio, hacinamiento, etc, son algunas de las características que sufren a diario.

Si bien las condiciones carcelarias son comunes a todos los internos, en el caso de los presos mapuche se agrava ya que también pierden su identidad cultural, al tener que integrarse “necesariamente” a un código cultural radicalmente diferente.

Si a ello se le suma el reclamo de los internos mapuche en el sentido que se les desconoce su condición de presos políticos, y se los considera como autores de delitos comunes (unos de los temas que más tensiones genera con las autoridades del Estado) entonces la prisión preventiva tal como está siendo instrumentada genera una situación de permanente malestar entre ambas culturas.

Por último, **el sistema de medidas alternativas** contemplado en el nuevo Código de Procedimiento no deja de ser una posibilidad para el operador jurídico. Según datos proporcionados por la Defensoría Mapuche, en el año 2001 se atendió alrededor de 913 imputados mapuche de la IX Región utilizando los llamados monitorios simplificados, por delitos más leves. En la mayoría de los casos se concluyó con acuerdos reparatorios, que desjudicializan los conflictos y permiten que imputados y víctimas establezcan un consenso acerca del modo de su resolución.

El Ministerio Público: un nuevo actor en el proceso

Investigaciones selectivas: política criminal específica

A partir de la reforma procesal penal, surge un nuevo actor en el proceso penal como es el Ministerio Público, que tiene a su cargo la persecución penal pública y la definición de la política criminal que determina los delitos que los fiscales deben priorizar en su investigación. En otras palabras, existe una selectividad necesaria en el proceso penal, ya que no todos los delitos pueden ser perseguibles e investigados. De este modo dicha selectividad está esbozada por los lineamientos de política criminal formulada por la cabeza del Ministerio Público³². Esto es importante señalar, para analizar hasta qué punto la política criminal establecida en Chile no conspira contra un cierto desprestigio del nuevo Código Procesal Penal, aspecto que será considerado más adelante.

³¹ Ver www.derechosindigenas.cl y www.prisionerosmapuche.ya.st

³² En el trabajo ya citado de Jorge Juan Faundes se encuentran afirmaciones tan contundentes como la señalada a continuación: “...no es **La Reforma la que afecta al Pueblo Mapuche, en cuanto nuevos procedimientos legales, sino que el fondo de la problemática radica en las erróneas estrategias asumidas por los fiscales del Ministerio Público, que lamentable, hasta la fecha, han sido ratificadas por las autoridades jurisdiccionales**. Dichos desaciertos obedecen a la sistemática ausencia de reconocimiento de la diversidad cultural (no hablamos sólo del mero reconocimiento formal mediante instrumentos legales) en nuestra sociedad, propia de un medio social que retroalimenta la existencia de un sólo paradigma”

La formalización de la investigación está a cargo de los fiscales, tema no menor porque dependiendo del delito que se impute se podrá ordenar la prisión preventiva del imputado. Y es precisamente abuso de la formalización lo que se le atribuye al Ministerio Público de La Araucanía³³, lo que se agrava por la actividad de los jueces de garantía, anuentes a las decisiones de la Fiscalía³⁴.

Criminalización de la protesta social o pacificación de la IX Región

Para no confundir conceptualmente el análisis que a continuación se desarrolla, vale la pena realizar un par de aclaraciones. Una cosa es la protesta social, derecho en general reconocido y regulado en todas las constituciones latinoamericanas que involucra la libertad de expresión, el derecho a petionar a las autoridades, etc. y otra diferente es la comisión de hechos delictivos que están tipificados penalmente y por ende son perseguibles por las autoridades del Estado.

Cuando se habla desde distintos lugares que en la IX Región se ha criminalizado las demandas de los pueblos indígenas, no se está abogando para que se instale en La Araucanía la impunidad, sino simplemente se llama la atención sobre el origen de los conflictos, y se advierte que las soluciones no serán precisamente las decisiones que surjan del Ministerio Público.

Basta repasar el informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, quien en el informe presentado luego de su visita a Chile, recomienda:

“Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”.

“No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (amenaza terrorista, asociación delictuosa) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas.

“El Relator Especial recomienda que sea revisado el caso de los lonkos procesados, Pascual Pichún de Temulemu y Aniceto Norán de Diádico (IX Región de Araucanía), con estricto apego a las garantías de debido proceso establecidas en las normas internacionales de derechos humanos”³⁵

Existen, al menos, algunos casos paradigmáticos que advierten sobre esta posibilidad. Y otra vez, el costo de la pacificación de la región puede ser demasiado alto en términos de derechos indígenas y por extensión puede afectar directamente la legitimidad del Estado chileno.

Si bien el objetivo de este trabajo no es realizar un análisis socio-político de la protesta social en la Araucanía o profundizar en las reivindicaciones territoriales originadas en históricos conflictos de tierra, sí los hechos ocurridos en la IX Región son relevantes para poder evaluar la reforma procesal penal y no pueden ser soslayados.

Utilización de leyes especiales y de la justicia militar

Ya hemos realizado un análisis de la reforma procesal penal y de su práctica, de sus ventajas y sus disfunciones frente al Pueblo mapuche. El panorama, en la Araucanía,

³³ Ver **Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile**, Ob. Cit., Santiago de Chile, 2000, pps 234 y 235

³⁴ De las entrevistas realizadas a las juezas de garantías, se pudo constatar esta actitud y permisividad frente a la actividad de los fiscales.

³⁵ El caso de los Longko es relatado a continuación.

se complica con la aplicación de la ley de seguridad interior y la justicia militar, que provoca distorsiones, atenta contra las garantías y los derechos humanos y es permisiva con respecto a la utilización de medidas altamente cuestionables.

Las leyes a las que nos referimos son la Ley de Seguridad del Estado, n° 12.927 y la Ley que sanciona Conductas Terroristas n° 18.314. Esta última fue modificada en mayo de 2002 para adecuarla al nuevo proceso penal. No obstante, y a pesar de “la adecuación” establece el secreto de la investigación, la posibilidad de utilizar en el proceso testigos protegidos³⁶, realizar interceptaciones telefónicas como parte de las investigaciones, medidas todas autorizadas por los jueces de garantía a pedido del fiscal.

Y fue precisamente la Ley n° 18.314 la que ha sido utilizada en el procesamiento de los miembros de la Coordinadora Arauco Malleco, actualmente en curso, de allí también su cuestionamiento en términos de severidad y de violación al debido proceso.

En cuanto a la justicia militar, entiende en las “causas por delitos militares”, esto es ya sea que las víctimas sean civiles y los autores militares o carabineros, o ya sea que las víctimas sean militares o carabineros, interviene el Tribunal militar. En el caso mapuche *“la mayoría de las denuncias efectuadas contra carabineros ante la justicia militar no son resueltas, y los responsables quedan en la impunidad. Se vulnera de este modo el derecho a la protección de la justicia consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”*.³⁷

Uno de los casos emblemáticos del mal desempeño de la justicia militar es aquel en el que se investiga la muerte de Alex Lemún³⁸, y que también fue objeto de preocupación por parte del Relator Especial por la notable deficiencia de la investigación.

Cabe señalar, entonces y desde nuestra perspectiva, que ni las leyes especiales ni la justicia militar parecen ser los instrumentos más idóneos para velar por la garantía del debido proceso y sobre todo garantizar la defensa en juicio. Sería importante que pudiera revertirse esta situación, ya que de lo que se ha podido constatar, son estos los casos que producen mayor irritación y avivan los conflictos ya existentes.

Análisis y conclusiones preliminares

Considero que para hacer un cierre adecuado de este capítulo que disipe algunas posibles confusiones conceptuales a la vez que deje sentada claramente una posición frente a la reforma procesal penal en Chile y su encuentro –o desencuentro- con los Derechos del Pueblo mapuche, y a riesgo de ser redundante, vale la pena hacer un par de distinciones.

Por una parte, en una **primera dimensión de la gestión de la conflictividad** debemos discernir diferentes ámbitos para no equivocar una evaluación preliminar. Por un lado, **la reforma procesal penal** como tal ha significado un avance para la

³⁶ también llamados testigos sin rostro. En la entrevista con la Fiscal Regional, Esmirna Vidal, enfatizó que se utilizan estrictamente para protegerlos de peligros potenciales que les acarreen sus declaraciones.

³⁷ Cfr. Los Derechos de los Pueblos indígenas en Chile, Ob. Cit., Santiago de Chile, 2000, pág. 244

³⁸ Para una descripción de este caso remitimos al anexo de este informe.

justicia penal, ya que ha transparentado un proceso absolutamente cerrado e inquisitivo, ha permitido la creación de una defensa que tiene genuinas posibilidades de desempeñar adecuadamente su tarea, ha dado publicidad a sus actos, ha separado las funciones de fiscal y juez con las ventajas ya mencionadas que ello representa. En definitiva, ha generado un proceso más humano.

Por otro lado, la definición de la **política criminal** que influye en el procedimiento —y sobre todo determina qué se persigue— y que está a cargo de las autoridades del Estado y del Ministerio Público. Esta política criminal puede ser más o menos acertada, puede estar más o menos contaminada por determinados intereses, pero es independiente del proceso penal, en el sentido que no depende del modelo de procedimiento que adopte el Estado.

Un tercer ámbito lo constituye la **política de Estado en general**, de la cual la política criminal es sólo una parte, y que también influye en las reformas procesales penales, que define la postura del Estado frente a los grandes temas que le toca dirimir, entre ellos una política frente a los Pueblos indígenas, política que hasta el presente, como ha sido reiterado en varias oportunidades, ha sido asimilacionista y en el mejor de los casos es integracionista, pero no ha tomado a los Pueblos indígenas como interlocutores.

En una **segunda dimensión de la justicia penal** específicamente, y para tener un amplio panorama de la situación, encontramos un ámbito **normativo**, el del código de procedimiento penal, las leyes especiales mencionadas, la justicia militar; y otro formado por las **prácticas de los operadores** que muchas veces informan y dan sentido a las normas, y muchas veces las distorsionan, haciendo del mejor código un mal instrumento.

Junto a estas clarificaciones, válidas para cualquier Estado pero ya enfocados en Chile, los avances que en cuestión de derechos de los pueblos indígenas puede atribuirse a la reforma procesal penal, en una primera aproximación, están representados por la creación de la defensoría mapuche, en el uso en el juicio oral del mapudungun, en la publicidad de los actos, en la creación de sistemas alternativos de solución de conflictos, todo lo cual puede evaluarse positivamente. No obstante es menester señalar algunos aspectos negativos, que coadyuvan a un socavamiento de dichos aspectos.

El nuevo Código Procesal Penal se aplica en la IX región, como en otras en donde ya se encuentra vigente, en conjunción con la ley antiterrorista, la ley de seguridad del Estado y la justicia militar. Si bien la aplicación de una u otra herramienta jurídica es discrecional de los fiscales (bajo supervisión de los jueces de garantía), es llamativo el encuadre bajo la “ley antiterrorista” de casos que presentan aristas muy complejas, en la medida que son reflejo del “conflicto mapuche”: los casos de los longko y de la CAM en sus encuadres de amenazas terroristas y asociación ilícita terrorista ejemplifican la discutibilidad de dicha tipificación y llaman la atención sobre la posible vulneración de los derechos del Pueblo Mapuche.

Así, y para decirlo con otras palabras, la reforma procesal penal ha significado un avance en el tema de protección de derechos en general, y en esa medida los mapuche se han visto beneficiados como cualquier ciudadano chileno, sin embargo esto no ha sido tomado por el Pueblo mapuche como un fortalecimiento de sus

derechos, ya que simultáneamente a la implementación del nuevo código se han agudizado los conflictos territoriales. A la par, existe una notable carencia de una política estatal que apunte a la solución de estos conflictos, sino por el contrario a través de su judicialización pretenden alcanzar la paz social al costo del NO respeto de los derechos del Pueblo Mapuche.

También debemos destacar la ignorancia del Pueblo Mapuche en todo lo que fue el proceso de discusión e implementación del nuevo código, más aún cuando la primera región seleccionada para iniciar su vigencia fue la IX región. Esto demuestra desde la mejor lectura posible indiferencia o ignorancia por parte del Estado, y también refleja claramente una política que los ha soslayado permanentemente.

Ahora bien para terminar este capítulo, y para referirme estrictamente a la reforma procesal penal y su incidencia en los derechos del Pueblo Mapuche, el Estado debería incorporar claramente algunas de las instituciones que se mencionan en el capítulo final de este informe, como la extinción de la acción penal, incorporación de peritos, etc., que demostrarían su interés en respetar la diversidad.

Y así como sucede con otras transformaciones, incluida la procesal penal, en donde lo más relevante lo constituye el cambio de las prácticas, también los operadores deben sensibilizarse frente a la diversidad, y todo lo que ello genera en un Estado paradigmáticamente excluyente.

CAPÍTULO IV: LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

1. Pueblos indígenas en Guatemala

Situación actual de los Pueblos indígenas

Guatemala es el país más septentrional de la América Central. Limita al Norte y al Oeste con México; al Este con Belice, Honduras, El Salvador y el Mar Caribe y al Sur con el Océano Pacífico.

Administrativamente está dividida en 22 departamentos, equivalentes a estados o provincias y tiene una extensión territorial de 108,889 kms cuadrados (42,042 millas cuadradas). Su población total, de acuerdo al censo de 1997, es de 11.242.000 de habitantes. Étnicamente, está conformado mayoritariamente por el Pueblo maya, y con representación minoritaria del Pueblo xinca y garífuna.

Guatemala es considerado como un país joven, 4 de cada 10 habitantes son menores de 15 años; se refleja un ligero cambio en la estructura de las edades en relación a un incremento lento pero sostenido de la población mayor de 65 años, productos de la disminución, tanto en la fecundidad como en la mortalidad en los últimos años. Esto conlleva una disminución al mediano plazo de la población dependiente menor de 15 años. A largo plazo, la tendencia en la reducción de la fecundidad plantea un incremento en la población envejecida.

La población indígena es la más vulnerable y marginada de la sociedad, con los niveles más bajos en alfabetización (37%). En este grupo, las mujeres presentan los más altos niveles de fecundidad, 6.2 hijos por mujer y una tasa de fecundidad adolescente de 141 por mil. La mortalidad infantil es 1.2 veces más alta que la de otros grupos étnicos. Todos estos indicadores son reflejo de una exclusión sistemática total, tanto a nivel individual como grupal.

La pobreza (56.7%) y la extrema pobreza (27.8%) están diseminadas por todo el país; sin embargo, hay zonas más deprimidas que otras. Son 8 los departamentos con los porcentajes más altos de pobreza y extrema pobreza: Alta Verapaz, Huehuetenango, El Quiché, Baja Verapaz, Sololá, Jalapa, San Marcos y Totonicapán. El porcentaje promedio de población rural es de 65%. Las regiones más afectadas se localizan en el occidente del país y de ellas los departamentos de Alta Verapaz, Quiché y Huehuetenango, son a su vez los departamentos con mayor grado de ruralidad.

La situación de extrema pobreza es coincidente con las mayores proporciones de población rural, indígena, sin escolaridad, subempleada, analfabeta, sin acceso a agua potable y drenajes y sin conexión eléctrica. El mapa de pobreza tiene correspondencia con el de mayor incidencia de mortalidad infantil, analfabetismo, desnutrición y otros estados carenciales porque es coincidente con el de población desempleada y la limitada inversión pública y privada.

La pobreza afecta al 20% de los habitantes no indígenas de las áreas urbanas, mientras que la padece un 75% de los habitantes indígenas de zonas rurales. La población indígena de Guatemala está representada por 3 pueblos: Xincas, Garifunas y Mayas; de éstas la población maya constituye el grupo mayoritario, caracterizado

por hablar 23 grupos idiomáticos y más de 125 formas dialécticas lingüísticas. Los departamentos que concentran el mayor porcentaje de población maya, arriba del 90% son: Huehuetenango, El Quiché, Alta Verapaz y Totonicapán.

El Índice de Desarrollo Humano (IDH) coloca a Guatemala como un país en un nivel medio de desarrollo humano (entre 0.500 y 0.799). Sin embargo, hay diferencias significativas entre los veintidós departamentos del país: solamente el departamento de Guatemala tiene un IDH por arriba de 0.700. Los departamentos de Huehuetenango (0.5579), Alta Verapaz (0.5541), Sololá (0.5225), Quiché (0.5272) y Totonicapán (0.4950) tienen los niveles más bajos de desarrollo humano³⁹.

De la lectura superficial de estos datos podemos extraer algunas ideas preliminares, tales como que los Pueblos indígenas constituyen el sector más vulnerable del país, con altos índices de pobreza, analfabetismo y marginalidad, siendo que en algunos departamentos son cuantitativamente mayoría y que considerando los números globales, representan alrededor de un 60% de la población total. Podríamos afirmar con estos datos que Guatemala es un país prácticamente indígena.

Descripción del estado de situación actual y perspectiva de los diferentes actores claves involucrados

Como en el caso de Chile, para llevar adelante el trabajo en Guatemala se realizaron entrevistas representativas de distintos sectores, y por ende con miradas diversas.

Así, fueron entrevistados (por orden cronológico de la realización de entrevistas):

Walter Paulino Jiménez Texaj
Juez de Sentencia Santa Cruz del Quiché

Guillermo Padilla
Instituto de la Defensa Pública Penal / Proyecto de Defensorías Indígenas

Otto Marroquín Guerra
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Romeo Tiu
Ex Juez K'iche' / Cooperación Alemana GTZ

Jesús Gómez
Fundación Propaz

Amilcar Pop
Coordinador Nacional de las Defensorías Indígenas

Jueces de Paz Comunitarios
San Andrés Semetabaj, Sololá

Jueces de Paz Comunitarios
Santa María de Chiquimula. Totonicapán

³⁹ Datos extraídos de www.une.org.gt

Estas entrevistas fueron muy ricas, porque a la diferente procedencia de los entrevistados se le suma la doble pertenencia de algunos de ellos al sistema de administración de justicia oficial y al Pueblo maya, como es el caso de los jueces comunitarios.

Desde la perspectiva de **los operadores de justicia**, una de los aspectos más destacables a señalar es la sensibilidad –no de todos, pero algunos funcionarios la manifiestan claramente- de éstos frente al tema indígena. A diferencia de Chile en donde evidentemente el tema indígena es ignorado por los operadores, en Guatemala la realidad indígena está presente.

Existe aplicación del Convenio 169⁴⁰, aunque no sea generalizada⁴¹. No obstante, el Convenio es conocido por los operadores. En palabras de un juez “en Guatemala no existe una política para la aplicación del Convenio 169”⁴², y en ocasiones expresa que existe temor de aplicarlo por eventuales represalias de la Corte.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha instrumentado un registro de todos los casos en donde se utiliza el Convenio 169 de la OIT⁴³, y en ocasiones “son incentivados para que lo apliquen”⁴⁴. No obstante, también se señala algunos inconvenientes que plantea su aplicación, ya que en un caso acontecido en Tonicapán los imputados estuvieron más de tres meses en la cárcel, y en el juicio por genocidio alrededor de la masacre de Rabinal, se comentó la intención de trasladarlos a las autoridades indígenas por lo cual se aseguraban la impunidad de los genocidas⁴⁵.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal, se consideró que en cierta forma contribuye a proteger el derecho de los indígenas ya que vela por sus garantías constitucionales. Existe también en el CPP mecanismos de mediación y conciliación que facilita el acercamiento de las partes. El artículo 25 quater del CPP⁴⁶ habilita la integración con los centros de mediación, por lo cual se están aprovechando los

⁴⁰ El Convenio 169 entró en vigencia el 6 de junio de 1997

⁴¹ Por ejemplo, Sentencia del Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén, en el Juicio Penal por falta contra las personas n° 549-2003

⁴² Entrevista realizada a Walter Jiménez

⁴³ Aunque esto puede ser contradictorio con lo expresado por el Juez Jiménez, lo cierto es que la CSJ es muy heterogénea en cuanto a criterios. Así como algunos magistrados son absolutamente cerrados frente a la existencia de justicia indígena, otros son más abierto a discutir estos temas.

⁴⁴ Entrevista realizada a Otto Marroquín

⁴⁵ Entrevista realizada a Romeo Tiu

⁴⁶ Art. 25 quater del CPP “**Mediación.** Las partes, sólo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada, así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el número 6to. Del artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por persona idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado capaces de facilitar acuerdo y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta suscita al Juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdo patrimoniales”.

Centros de Administración de Justicia (CAJ) para que puedan dar respuestas a los conflictos planteados⁴⁷.

Dado que según indican, “el 60 o 70% de conflicto no llegan a la justicia, ya que ven el proceso penal como un castigo”⁴⁸, sería deseable incorporar una norma en el CPP que permitiera respetar la resolución de conflictos de los indígenas, que no viole ninguna garantía constitucional. Del mismo modo, Romeo Tiu considera que se debe especificar claramente el reconocimiento de las resoluciones de la comunidad.

En cuanto al uso de la lengua, y de acuerdo al artículo 243 del CPP, en el caso de Santa Cruz del Quiché existe un intérprete, pero el entrevistado⁴⁹ admite que no existen la cantidad de intérpretes necesario. Se habían empezado a ejecutar dos proyectos, uno de un centro de intérpretes y el segundo de jueces bilingües, pero ninguno prosperó.

Por otra parte, existen actualmente al menos 600 intérpretes graduados en la Universidad Rafael Landívar. En esa misma universidad existe un diplomado de lenguas mayas (como ejemplo de la carencia de intérpretes o traductores, se menciona que no hay un solo abogado que hable mam)⁵⁰.

Sin embargo, y desde una perspectiva crítica, se remarca el hecho de que dada la composición de la población de Guatemala, el juez es el que debería solicitar traducción y no al revés. No obstante se reconocen algunos avances en este campo, y se sugieren, por ejemplo, becas que fortalezcan el bilingüismo⁵¹.

En cuanto a las Defensorías indígenas, reconocen que la mejor defensa para los indígenas es ser juzgados en su propio idioma. Estas defensorías llevan adelante la conciliación y mediación extrajudicial, y sólo tienen competencia penal. Realizan prevención del delito, y priorizan la solución en la propia comunidad⁵². Las Defensorías indígenas también han dado apoyo decidido a los diplomados.

De otras entrevistas, surge la idea de que el Estado es racista, y que las defensorías debería ser conducidas mejor para que lleven casos de impacto para las comunidades, para que creen precedentes⁵³. Por otra parte, se argumenta que han tenido pocos resultados, y que debería existir un fortalecimiento más propio de las organizaciones indígenas⁵⁴. Como contra cara a las críticas que puedan formularse, se señala “*que las defensorías indígenas no aplican derecho indígena sino que defienden el ejercicio del derecho indígena*”.⁵⁵

Las entrevistas realizadas a los **jueces de paz comunitarios** merecen un párrafo aparte, por el doble status de autoridades indígenas y autoridades del Estado que

⁴⁷ Entrevista a Otto Marroquín

⁴⁸ Entrevista a Walter Jiménez

⁴⁹ Entrevista a Walter Jiménez

⁵⁰ Entrevista realizada a Guillermo Padilla

⁵¹ Entrevista realizada a Amilcar Pop

⁵² Entrevista a Guillermo Padilla

⁵³ Entrevista a Romeo Tiu

⁵⁴ Entrevista a Jesús Gomez

⁵⁵ Entrevista a Amilcar Pop

presentan dichos jueces, por las críticas a que han dado lugar⁵⁶, y por el lugar que ocupan en sus respectivas comunidades⁵⁷.

Los jueces de paz de San Andrés Semetabaj, Sololá, ocupan sus cargos desde su creación, hace seis años y medio⁵⁸. Antes de su constitución los indígenas debían viajar a Panajachel (a unos 17 kilómetros de este municipio) para resolver sus conflictos. Hablan tanto k'aqchikel, que es el idioma predominante de la región y k'iche, por lo cual pueden comunicarse fluidamente con los usuarios.

Para resolver los conflictos, realizan una combinación de costumbre y derecho oficial. Las autoridades de la comunidad son los alcaldes auxiliares, el comité pro-mejoramiento y las iglesias (tanto evangélicas como católicas). Cada una de estas autoridades resuelven un tipo de conflicto. Como los juzgados de paz comunitarios sólo tienen competencia penal, aplican sobre todo la conciliación, y en su defecto el derecho del Estado. También aplican el Convenio 169 de la OIT

Los jueces se eligieron por asamblea. Ante la pregunta de cómo los veía la gente, respondieron –los tres jueces- que siempre habían trabajado para la comunidad y que un buen porcentaje de la población acepta su trabajo. Las críticas que a veces reciben es que no son abogados (dos de ellos cerraron el pensum de derecho), pero también admiten que existe cierto celo profesional.

Gran parte de los casos que atienden no quedan registrados. Sólo usan las actas algunas veces, cuando las partes así lo requieren. Su intervención en numerosas ocasiones, admiten, han evitado linchamientos en algunas aldeas.

Los jueces de paz de Santa María de Chiquimula, Totonicapán, son también tres, pero a diferencia de San Andrés uno de ellos es mujer, y es la que estuvo a cargo de responder todas las preguntas, con anuencia de sus colegas hombres.

También inició sus actividades en 1998. Por ley sólo tienen competencia penal y coordinan con el juzgado de familia la resolución de otros conflictos. Según sus palabras (la de la jueza Juliana Elvira Lux León) no sólo imparten justicia, sino que realizan planificación familiar y orientan a la familia.

El 100% de la comunidad es k'iche hablante. Como sanción muchas veces imponen trabajo comunitario. Lo alcaldes auxiliares resuelven conflictos pequeños. En cuanto a los conflictos más grandes, la primera vez por lo general aplican usos y costumbres. La segunda vez aplican el CPP. También aplican en ocasiones el Convenio 169 de la OIT. Labran un acta de todos los conflictos que se presentan. Y aunque reciben críticas del municipio, ya que tienen una vieja disputa con éste, la comunidad en general los apoya.

⁵⁶ Aquí sólo se presentarán las críticas que surgieron de las entrevistas. Una presentación más exhaustiva de los tribunales comunitarios será realizada en otro apartado de este informe.

⁵⁷ Cuando realicé estas entrevistas tenía un “prejuicio formado” frente a estos tribunales (cierto escepticismo frente a su funcionamiento). Y a pesar que comparto muchas de las críticas que le realizan, no debo dejar de admitir que significa un avance para el acceso a la justicia de muchos habitantes de las comunidades indígenas en donde tienen asiento.

⁵⁸ Una presentación de las normas que les dan origen se encontrarán en el apartado 3 de este capítulo.

Es llamativo que si bien la CSJ tiene la obligación de realizar una evaluación de estos juzgados, y efectivamente al año de su funcionamiento se llevó adelante dicha evaluación, los juzgados de paz comunitarios nunca recibieron los resultados.

Hasta aquí el relato de las entrevistas realizadas a los jueces de paz comunitarios. En cuanto a las críticas que les formulan el resto de los entrevistados, van desde la presencia de la cooperación internacional lo que hace que simplemente los visualicen como un proyecto más entre tantos, hasta la advertencia de que el derecho indígena no son usos y costumbres (como establece la legislación que regula los tribunales comunitarios), y que al habilitarlos sólo en el ramo penal no les permiten resolver gran parte de los conflictos que se presentan en las comunidades.

Por otra parte, incluso se llega a manifestar que *“los juzgados de paz comunitarios son un etnocidio, ya que significa matar el derecho indígena”*⁵⁹. Si aún subsisten instituciones indígenas significan la resistencia cultural (por ejemplo, cofradías, alcalde auxiliar), las políticas pluralistas no se traducen en fiscalías agrarias y tribunales comunitarios. Por último, es correcto acercar el sistema de justicia al usuario, pero el modo no es la existencia de jueces de paz comunitarios, ya que se mezcla la justicia indígena con la justicia oficial.

2. Reforma Procesal Penal en Guatemala y Derechos de los Pueblos indígenas

Guatemala ha sido el primer país en América Latina en implementar un nuevo Código de Procedimiento Penal (entró en vigencia el 1 de julio de 1994) que transformó radicalmente su sistema de enjuiciamiento de uno inquisitivo, escrito y cerrado, al sistema acusatorio con juicio oral y con funciones diferenciadas entre sus operadores (tal como ya ha sido descrito en el caso chileno). Este cambio radical si bien significó todo un hito en el movimiento de reformas latinoamericano no incorporó especialmente ninguna norma relativa a la diversidad.

Este Código ha sufrido diversas modificaciones que no han revisado la situación mencionada. De todos modos, a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, del trabajo de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), de la problematización del uso de la lengua, de la creación de tribunales comunitarios, se ha pretendido revertir esta carencia y avanzar hacia un reconocimiento pleno.

Invocación del Convenio 169 de la OIT en las resoluciones judiciales

Es muy notable las posibilidades que ha abierto en términos de respeto de los derechos indígenas la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Desde diferentes sectores se han identificado las posibilidades que este instrumento normativo presenta y por ello se ha convertido en parte de una estrategia judicial llevada adelante por algunos jueces (e incentivados también desde otros lugares, sin ir más lejos la CSJN⁶⁰) sensibles al pluralismo jurídico.

⁵⁹ Entrevista realizada a Amilcar Pop

⁶⁰ En la entrevista con el magistrado Otto Marroquín, éste señaló enfáticamente las posibilidades que presenta la utilización del Convenio 169 y han dado instrucciones a los jueces de paz y jueces de paz comunitarios para que los mantengan informados de la sentencias que lo invoquen.

También vale la pena señalar que otra de las razones de su invocación⁶¹ es la realidad que viven las comunidades. La resolución de conflictos de acuerdo a sus propias pautas es una cuestión cotidiana. En ese sentido el Convenio 169 se ha convertido en una salida jurídica que permite conciliar la cuestión fáctica con la normativa, cerrando de alguna manera la brecha existente.

Así, y a modo de ejemplo, el auto de sobreseimiento en el juicio penal por el delito de robo agravado, nº E.312.2003, dictado por el Juzgado de Primera instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, con fecha 25 de junio de 2003, invocando el artículo 8, 9 y 10 de dicho Convenio, decide dictar el auto de sobreseimiento fundado en que “se dio una efectiva y legal aplicación del Derecho indígena”, y que esto se relaciona con el principio Non Bis in idem, que establece que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

En una de sus partes más sobresalientes, destaca:

“En el ejercicio del Derecho indígena (maya) se ha identificado tres procedimientos fundamentales, los cuales son: el diálogo, la consulta y el consenso, siendo sus características: la reparación, conciliación, dinamismo, función didáctica y la legitimidad adquirida por el aval de su pueblo. Así también al considerar tres de las más importantes recomendaciones para viabilizar el respeto y reconocimiento del derecho indígena siendo éstas: A) en la necesidad de continuar avanzando en la construcción de un sistema nacional de Justicia para que parta de la realidad social existente que es multicultural, multiétnica y multilingüe. De un sistema que termine con la doctrina jurídica monista y positivista, que se basa en una visión de Estado representativo de un pueblo, con una cultura, un idioma y un único sistema de derecho. B) En el respeto a la diversidad jurídica existente que debe entenderse como un requisito fundamental para consolidar, fortalecer y legitimar el sistema nacional de justicia y que contribuya a su vez a consolidar el proceso de democratización por el que comienza a transitar el país. C) En la obligación que tiene el Estado Guatemalteco de reconocer y respetar los derechos colectivos que le son inherentes a los pueblos indígenas entre los cuales se encuentra el derecho a ejercer su propio sistema jurídico”.

De la lectura de esta disposición se advierte claramente que existiendo ya la disposición del juez para el reconocimiento, y al hacerse efectivo en las comunidades indígenas la resolución de los conflictos aplicando derecho indígena, el juez ha encontrado en el Convenio 169 (y también en una interpretación de las normas constitucionales) la justificación adecuada, y amparado en el principio del non bis in idem, ha permitido y reconocido que haya sido la comunidad la que entendió en el caso de robo⁶².

Asimismo, este Convenio también es invocado por los jueces de paz comunitarios en sus sentencias. Así, por ejemplo en la Sentencia dictada en el Juicio Penal de Falta contra la Propiedad nº 171-2003, del Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Andrés Semetabaj del Departamento de Sololá invoca entre otras normas el Convenio 169 de la OIT para justificar su decisión.

Por ello incorporar normas claras en el CPP que permitan la resolución de conflictos en las comunidades, tal como ha sido consignado en algunas de las entrevistas, es una de las tareas pendientes, sobre todo si tenemos en cuenta que más allá de que

⁶¹ Esto forma parte de un juicio personal avalado por las entrevistas sostenidas

⁶² La descripción del hecho no es pertinente, por ello no se incorpora a este relato

este Convenio esté siendo utilizado, no es una situación generalizada, existe desconocimiento y también miedo de los jueces de paz frente a las reacciones que podría despertar su uso, por lo cual sería deseable que cuenten con legislación interna que contemple el reconocimiento.

Las defensorías indígenas como puentes entre la justicia oficial y la justicia indígena

Las defensorías indígenas han sido creadas en el marco del Instituto de Defensa Penal Pública, con apoyo del PNUD, la Cooperación Noruega y la Cooperación española, teniendo presente fundamentalmente la situación de los Pueblos indígenas ya descrita (pobreza, barreras idiomáticas y culturales) y también como un modo de generar puentes interculturales entre la administración de justicia oficial y la justicia indígena.

Las Defensorías indígenas se encuentran establecidas en diez (10) departamentos de la República (Huehuetenango, Sololá, Quiché, Mazatenango, Salamá, Cobán, Chimaltenango, Peten, Quetzaltenango y Totonicapán), con capacidad para prestar servicios de defensa pública en los idiomas K'iche', Awakateko, Akateko, Jakalteko, Q'anjobal, Mam, Chuj, Tz'utujil, Poqoman, Achi, Q'eqchi' y Kaqchikel .

Si bien estas defensorías indígenas pertenecen a la Defensa Penal Pública, su especial composición y contar con abogados que se expresen en la lengua indígena las lleva a tener una especial sensibilización frente al derecho indígena, y a su vez trabajan con un mandato explícito de utilización del Convenio 169 de la OIT creando jurisprudencia que pueda servir de precedentes en un futuro.

A pesar que las defensorías indígenas sólo llevan casos penales⁶³, lo cierto es que los defensores en las otras materias en las que no pueden entender articulan con el sistema de justicia oficial, ya sea orientando o realizando mediación extrajudicial, provocando la desjudicialización de los conflictos, que es una ventaja tanto para el usuario como para el propio sistema de justicia.

También es interesante señalar que el proyecto de las defensorías indígenas incluye desde promover el uso del idioma (a ello nos referiremos en un apartado independiente), hasta fungir de multiplicador de derechos a través de diferentes talleres, programas de radio, mesas redonda, etc⁶⁴.

⁶³ ya en la entrevista realizada a Guillermo Padilla a cargo del proyecto de defensorías indígenas en el Instituto de Defensa Penal Pública, éste manifestó la necesidad de modificar su competencia ampliándola a todas la materias.

⁶⁴ Informe preliminar de la consultoría realizada por Jannicke Bain y Kristin Svendsen en el marco de la evaluación del proyecto de fortalecimiento del Instituto de la Defensa Penal Pública para la cooperación noruega.

“Por medio de las defensorías indígenas se ha utilizado programas de radio, televisión y medios escritos, conferencias y mesas redondas, para conseguir una amplia cobertura de información que permita a la población conocer los servicios que presta el Instituto de Defensa Pública Penal. Asimismo, estas oficinas mantienen contacto con las organizaciones no-gubernamentales con las cuales el proyecto ha firmado convenios para el desarrollo de capacitaciones con representantes de ambos sistemas. El resultado se halla en canales de comunicación y aprendizaje entre tres grupos: autoridades indígenas, funcionarios judiciales y organizaciones de la sociedad civil que trabajan el tema de justicia y pueblos indígenas. Consideramos que este enlace es importante para la sostenibilidad del proyecto”.

Otro aspecto destacable de las defensorías indígenas es su involucramiento en tareas de capacitación. A partir de investigaciones llevadas a cabo alrededor de la aplicación del derecho indígena y el derecho oficial, se ha construido casos paradigmáticos que se utilizan para sensibilizar a los operadores. También en acuerdo con la Corte Suprema de Justicia y la Escuela de Estudios Judiciales se han realizado jornadas de capacitación tanto a funcionarios judiciales como a líderes y autoridades indígenas.

Un aspecto a enfatizar, tal como fue señalado en una de las entrevistas, es que las defensorías indígenas no aplican derecho indígena pero velan por su vigencia. En ese sentido, las defensorías realizan un excelente trabajo de coordinación, y lo que también es relevante para el acceso a la justicia, han generado en los indígenas confianza y respeto.

Sin lugar a dudas, la defensoría indígena es una institución recomendable a la hora de articular ambos sistemas de justicia, de respetar el derecho indígena, y de que el Estado de señales de la construcción de la pluriculturalidad. Asimismo, favorece el uso de la lengua, y desjudicializa parte de los conflictos, lo que favorece también al sistema de administración de justicia.

Juzgados de Paz comunitarios: ¿cercanía con la gente o cooptación del Estado?

En Setiembre de 1997 se incorpora al Código Procesal Penal el artículo 552 bis (Decreto 79-97) que regula los Juzgados de Paz Comunitarios, juzgados que se implementaron en 1998 en cinco municipios (San Andrés Semetabaj, Departamento Sololá; San Luis, Petén; Santa María Chiquimula, Totonicapán; San Miguel Ixtahuacán, San Marcos; San Rafael Petzal, Huhuetenango), hasta el presente no han aumentado su número⁶⁵. Si bien se realizó un evaluación, ni la Corte Suprema de

⁶⁵ Artículo 552 Bis. Juzgados de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en material penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua predominante de la región y en español. Para la designación de los jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

- a) Aplicar el criterio de oportunidad en los casos y formas en que autoriza el artículo 25 de este Código, salvo el numeral sexto.
- b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.
- c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan, y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.
- d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignen las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación, y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ellos fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Concluido un año de funcionamiento de los juzgados de paz comunitarios, con informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, se implementará este tipo de juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz.

Justicia informó a los jueces de su resultado, y tampoco ha definido hasta el presente si éstos se incrementarán⁶⁶.

En primer lugar uno podría preguntarse el por qué de la creación de estos juzgados, si la política del Estado guatemalteco no ha sido proclive al reconocimiento de los Derechos Indígenas, y si la Corte Suprema de Justicia tampoco ha demostrado un especial interés en la multiculturalidad (salvo alguna excepción). Ciertamente, existía una necesidad de dar alguna respuesta estatal a las demandas indígenas y a la presión internacional, más aún luego de los compromisos adquiridos por la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la firma de los Acuerdos de Paz.

Esta puede ser una primera respuesta, coherente con el hecho de que después de siete años de funcionamiento no han sido ni adecuadamente evaluados –tal como lo dispone el artículo citado- y tampoco han sido extendidos a otros municipios. Hasta el presente es posible advertir un estancamiento de estos juzgados.

En segundo lugar, la existencia de los juzgados de paz comunitarios plantean muchos interrogantes al interior tanto de las organizaciones indígenas y sus autoridades, así como en el seno de los académicos e indigenistas. No queda claro si su creación significa un reconocimiento o un intento de cooptación de las autoridades oficiales de las instituciones indígenas. Esta ambivalencia que se refleja en el apoyo de la comunidad en donde se desempeñan hasta la crítica y el rechazo de gran parte de los sectores indígenas entrevistados, colocan a los juzgados comunitarios en un lugar sensible dentro de la tan remanida articulación de sistemas de justicia⁶⁷.

En este trabajo fueron visitados (y entrevistados sus jueces) dos Juzgados de Paz Comunitarios, el de San Andrés de Semetabaj y el de Santa María de Chiquimula. En este apartado no será señalado ni la cantidad de casos en los que entiende ni tampoco sus resoluciones, por entender que esto correspondería a un estudio de los tribunales en profundidad. Sí es importante señalar que ambos Juzgados se encuentran perfectamente instalados en lugares centrales del municipio, cuentan con una infraestructura más que adecuada⁶⁸ y los jueces hablan el idioma y han ejercido funciones en la comunidad con anterioridad a su designación.

⁶⁶ En la entrevista con un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, éste manifestó que los Juzgados de Paz Comunitarios no se multiplican porque son muy costosos, y porque no se ha logrado que los tres jueces trabajen en conjunto, sino que se van rotando, con el consiguiente perjuicio para la buena marcha del tribunal.

⁶⁷ Ramírez Luis, Solórzano Justo, Caxaj Mario, **“Tribunales Comunitarios” San Andrés Semetabaj y Santa María Chiquimula**. Instituto de Estudios Comparado en Ciencias Penales, ICCPG, Guatemala, 2000, mimeo. En este informe se expresa:

“Si bien es cierto, se da un gran avance para la legitimación de los jueces y de las resoluciones judiciales, que a su vez permite acercarnos al principio de juez natural, la inquietud queda centrada en las siguientes preguntas: los tribunales comunitarios fortalecerán el derecho consuetudinario o terminarán absorbidos por el sistema judicial estatal?, los Tribunales Comunitarios están fortaleciendo o debilitando a las autoridades tradicionales?, cuáles son las condiciones socio políticas nacionales y comunitarias que pueden permitir a las comunidades indígenas apropiarse de los Tribunales Comunitarios? La implementación de los mismos a partir de 1998, según el Decreto 70-97 del Congreso de la República, connota una experiencia única, que reúne estas y otras expectativas, pero que también en la coyuntura política actual, este tipo de prácticas para la designación de las autoridades, rompe los esquemas autoritarios porque es una manera de participación ciudadana, con la que se puede involucrar a las personas como sujetos de su propio proceso”.

⁶⁸ El Juzgado de Paz Comunitario de San Andrés de Semetabaj está instalado en una casa de dos plantas, cada juez tiene un amplio despacho, y el personal se encuentra perfectamente instalado en la planta baja. Cuenta con una sala de audiencia acondicionada de modo impecable.

Y si bien la designación siempre genera problemas⁶⁹ a la hora de decidir quiénes serán elegido jueces, en los dos municipios visitados se percibe que existe aceptación por parte de la comunidad, aspecto que no ha podido ser investigado en profundidad.

A continuación se realiza una síntesis de las ventajas y desventajas que presenta la existencia de los Juzgados de Paz Comunitarios. Así, en cuanto a las *ventajas*, mejora el acceso a la justicia de las comunidades en la medida en que ofrecen un servicio descentralizado y en su propia lengua. Generan confianza, ya que los jueces pertenecen a las mismas comunidades, y resuelven muchas veces aplicando sus propias pautas.

En cuanto a *las desventajas*, confunde el derecho indígena con el derecho oficial, y también entremezcla las autoridades oficiales con las autoridades indígenas. Sólo tienen competencia penal, y el derecho indígena no tiene este tipo de división en materias, por lo cual se encuentran limitados en sus funciones. Si bien los jueces son indígenas, debe resolver aplicando derecho oficial, o en su caso con arreglo a “los usos y costumbres”, por lo cual no sólo no se está reconociendo el derecho indígena sino que se lo subordina a la legislación oficial. Imponen que esté presidido por el juez de mayor edad, cuando esta diferencia no existe en los Pueblos indígenas. En definitiva, traducen un mensaje equívoco, que se queda en medias tintas y finalmente no significa un avance en el reconocimiento, generando también resquemores al interior de las comunidades.

En definitiva, los Tribunales Comunitarios no han satisfecho las expectativas generadas, aunque se debe reconocer que en cuanto al acceso a la justicia ha significado un avance⁷⁰. Clarificando su rol y diseñando mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas podrían realmente cumplir con los requerimientos manifestados por los Pueblos indígenas. Y sobre todo, el Estado debería prestarles más atención y no dejar librada iniciativas de este tipo a un desarrollo que no sea monitoreado y consultado con sus destinatarios.

El uso de la lengua: uno de los mayores desafíos

Es difícil advertir hasta qué punto el uso de la lengua en los procesos penales es un aspecto medular, toda vez que el imputado o la víctima quedarían relegados a una situación de indefensión o de imposibilidad de comunicación, que distorsiona y obstaculiza todo su desarrollo.

Sin embargo extrañamente no le ha sido atribuido el lugar y la importancia que se merece, y si bien en los códigos existe la previsión de la utilización de traductores o

⁶⁹ No hay que olvidar que estos jueces tienen un salario envidiable, lo que genera también repercusiones negativas en la comunidad.

⁷⁰ Ver Ramírez Luis y otros, **Tribunales Comunitarios**, Ob. Cit, Guatemala, 2000. En sus conclusiones expresa “*Como acceso a la justicia estatal, son una respuesta más adecuada que los juzgados de paz tradicionales, debido a que los jueces son originarios del lugar, hablar el propio idioma, conocen los mecanismos propios de resolución de conflictos y a los usuarios del servicio. Esto permite que sus resoluciones sean más legítimas dentro de la población. Sin embargo, lo reducido de su ámbito de competencia, la estructura organizacional del Organismo Judicial y lo sujeto de sus resoluciones al formalismo y burocratismo de la justicia oficial (disminuido en gran medida), son un obstáculo que enfrenta a los jueces con la permanente tensión entre la aplicación de resolución alternativa de conflictos y el derecho oficial*”.

intérpretes⁷¹ o previsiones acerca del idioma⁷², parece más bien una concesión del Estado que una condición necesaria para que el proceso se pueda llevar adelante respetando las garantías y el debido proceso.

En Guatemala el tema del idioma está siendo cada vez más debatido y tomado en cuenta por la cooperación internacional y los organismos nacionales. La existencia de programas de diplomado en la Universidad Rafael Landívar de traductores e intérpretes, así como la elaboración de un glosario de términos jurídicos indican la importancia que está adquiriendo este tema en particular⁷³.

Otro de los aspectos fundamentales a tener en cuenta es la necesidad de contar con abogados maya hablantes (y también garífuna) y funcionarios judiciales que también hablen la lengua indígena⁷⁴, ya que el idioma no encierra sólo un problema de comunicación, sino que se encuentra vinculado con el tema de la cultura, de la espiritualidad, de los aspectos que conforman la identidad indígena.

El Instituto de la Defensa Pública cuenta con un registro –una base de datos- de más de ochocientos estudiantes y abogados maya hablantes que sirven como insumos cuando se los necesita. Asimismo se debe incentivar –y ya existe en la actualidad- con un programa de becas la asistencia a la universidad de indígenas que puedan tener una comprensión abarcativa de la cultura indígena y no sólo del idioma.

A diez años de la implementación del Código Procesal Penal la “Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia” realizó un análisis jurídico del Código durante esta década, y dentro de las propuestas de cambio se encuentran algunas relativas a la necesidad de construir un modelo de justicia bilingüe⁷⁵.

⁷¹ Art. 243 del Código de Proceso Penal de Guatemala. Traductores e intérpretes. Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el Juez o el Ministerio Público, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Las partes estarán facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezca la traducción o interpretación oficial.

⁷² Art. 142. Idioma. Los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se expresa con dificultad en ese idioma, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar.

La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distinta o en otra forma de transmisión del conocimiento, sólo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda.

Lo actos procesales deberán realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. Es ese caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.

⁷³ Así, y de acuerdo al informe de la cooperación noruega ya citado: “Se creó una Comisión Técnica en coordinación con la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, el Programa de Diplomado de Técnicos Intérpretes de la Universidad Rafael Landívar, el Programa de Justicia de AID, el Organismo Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y la Secretaría Ejecutiva de la Instancia Coordinadora para la Modernización del Sector Justicia. Esta se encargó de revisar los glosarios existentes, realizar recomendaciones sobre propuestas de nuevas iniciativas y organizar seminarios de calificación de los instrumentos existentes con la comunidad. Primero se hizo la recopilación de la terminología en español y luego la traducción”

⁷⁴ En el informe del CEJA de seguimiento de las reformas procesales penales, en cuanto al conocimiento del idioma maya, un 73,5 % de los integrantes del OJ encuestados respondieron que no hablan otro idioma más que el castellano.

⁷⁵ "Sin embargo el hecho de seguir siendo una excepción (el uso del idioma indígena, el agregado es mío)

Análisis y Conclusiones preliminares

En Guatemala, el proceso histórico de las últimas décadas ha marcado significativamente al Estado y a los Pueblos indígenas y sus organizaciones, generando a partir de la firma de los acuerdos de paz una etapa de reconstrucción en todos sus ámbitos. Los Pueblos indígenas deben ser destinatarios y protagonistas de esta reconstrucción.

El procedimiento Penal, su reforma y la justicia penal en general no han sido espacios especialmente permeables a la diversidad y a la incorporación de normas específicas que la contemplen. A pesar de algunas excepciones, que ya han sido señaladas, resulta notable que un país con una altísima composición indígena sea tan indiferente frente a sus derechos.

Sin embargo, y otra vez como resultado de la guerra, la Política de Estado a la que se compromete Guatemala incorpora de lleno a los Pueblos indígenas y sus Derechos. Estos compromisos han sido incumplidos en gran parte, pero se ha avanzado en el reconocimiento de instrumentos internacionales que han dado cabida a incluir en las resoluciones jurisdiccionales el respeto al derecho indígena.

Asimismo se han incorporado otras instituciones, tales como las defensorías indígenas y los juzgados de paz comunitarios, que también señalan un rumbo de mayor apertura hacia el reconocimiento y la convivencia de las diferentes culturas. Si bien esto no es definitorio de una política de mayor inclusión, intercambio y construcción conjunta, constituyen rasgos a tener en cuenta.

No obstante, tampoco podemos dejar de señalar que el racismo y la discriminación siguen presentes en las instituciones judiciales. Pero ciertamente los Pueblos indígenas han generado nuevos lugares desde donde interpelar al Estado, en un proceso que esperamos sea irreversible.

Un elemento adicional de este análisis que también indica la necesidad de articulación entre los diferentes sistemas de administración de justicia, con un espíritu abierto y sin obstaculizarse recíprocamente, lo constituye el fenómeno de los linchamientos. Sin pretender realizar un “paréntesis explicativo”⁷⁶, los linchamientos constituyen la muestra más palpable de la tergiversación y distorsión de la justicia, frente a un Estado ausente, una sociedad violenta después de décadas de guerra, una

constituye una debilidad importante en el sistema judicial guatemalteco, ya que por principio siempre será preferible la defensa en el idioma materno de la persona. En este sentido se debe aspirar a un sistema de justicia que no trate como extranjeros a los ciudadanos de un país, por ello, en las regiones o lugares donde las personas hablen un idioma indígena, el personal del sistema de justicia debe ser de la región para que los actos que realicen en el idioma correspondiente. Esta sería la única forma de cumplir con el compromiso del Estado (art. 66 CPRG)”.

⁷⁶ Paz y Paz Claudia y Ramírez Silvina (coords.) **“Gestión de la conflictividad local en Guatemala en la post-guerra”**, Editores siglo veintiuno, Guatemala, 2003, pág. 12.

“Finalmente, también como herencia de la guerra, se recurre socialmente a la violencia como forma de enfrentar las diferencias. La violencia es un fenómeno aprendido y condicionado y, durante las últimas décadas los guatemaltecos vivimos un proceso en el cual, la forma de afrontar las divergencias fue la exclusión o, incluso, la eliminación del otro. Este fenómeno se puede percibir tanto en las exigencias sociales para la implementación de políticas de mano dura, pena de muerte o prisión arbitraria, como en la efectiva eliminación de los supuestos “enemigos”: los linchamientos”.

institucionalidad indígena socavada frente a la cual el Estado no concede mayor atención, y una desarticulación permanente entre derecho indígena y derecho oficial.

Por ello, y porque el procedimiento penal también puede servir de puente entre culturas, es que sistemas de justicia diferentes pero combinados pueden maximizar su respuesta, y pueden también convertirse en una muestra de cómo es posible – dejando de lado falsas globalizaciones, localismos extremos, esencialismos, etc- empezar a construir una convivencia real.

CAPÍTULO IV: SÍNTESIS Y PROPUESTAS

1. Conclusiones

Para finalizar este estudio preliminar, señalaremos algunas instituciones procesales penales que miran “a la diversidad”, y cuya incorporación a las legislaciones procesales penales significarían una de las formas de transitar hacia la construcción de un Estado intercultural.

“Sensibilidad” de las reformas procesales penales frente a las demandas indígenas

Ciertamente, los procesos de reforma procesal penal, en cuanto a sus logros, no han sido especialmente sensibles a las demandas indígenas. Mucho menos aún, ha sido centro de su preocupación la incorporación de normas que contemplen específicamente la diversidad cultural. Por el contrario, salvo honrosas excepciones⁷⁷, los nuevos códigos han sido refractarios a prever normas que puedan coadyuvar al respeto de los derechos de los Pueblos indígenas.

Para explicar esta realidad podemos hacer el ejercicio de formular algunas hipótesis. Por una parte, los movimientos de reforma procesal penal si bien incorporaron en los primeros momentos de la discusión normas específicas sobre la diversidad, plasmadas en la mayoría de proyectos de los Códigos de Procedimiento Penal, no pudieron sostenerlas al momento de su promulgación.

Por otra parte, la discusión sobre las reformas procesales penales discurría alrededor de contar con un nuevo paradigma que dejara atrás el sistema inquisitivo y pudiera instalar el sistema acusatorio con el juicio oral como centro de la transformación. Con este objetivo central, discutir y negociar cambios que involucren el tema indígena – siempre complicado y con demasiadas aristas- les quitaba energías para luchar frente a otros actores “anti-reformistas”.

Asimismo, los movimientos indígenas tampoco consideraron que las reformas procesales penales constituían una herramienta relevante en la lucha por sus derechos. Es más, han fluctuado en la ambivalencia pendular de considerarlas como una intromisión del Estado en su propio derecho hasta ignorarlas argumentando que nada que provenga de ese Estado puede beneficiar al Pueblo indígena.

Por último, el Estado ha carecido –consistentemente- de una política frente a los Pueblos indígenas. Y ya sea por ignorancia, desidia o falta de voluntad política no analizaron la importancia de coordinar y articular la resolución de conflictos, entre ellos los penales, con los propios modos de resolución de conflictos de las comunidades indígenas. Los Pueblos indígenas, más allá de los matices, nunca han sido prioridad en las políticas públicas de los Estados, y la reforma procesal penal no ha sido la excepción.

⁷⁷ Para mencionar como caso interesante, el Nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia incorpora normas específicas que contemplan la extinción de la acción penal cuando un conflicto haya sido resuelto dentro de una comunidad indígena.

No obstante, y luego de esta apreciación general (ya analizamos los casos específicos de Guatemala y Chile), vale la pena también destacar los matices de esta afirmación. Algunos códigos han incorporado normas de extinción de la acción penal –como ya ha sido señalado- reconociendo las resoluciones de conflictos de las comunidades cuando involucran miembros de comunidades indígenas.

También se señala la importancia de contar con un intérprete en los casos en que el procesado / imputado no hable la lengua oficial del Estado o cuando éste prefiera expresarse en su lengua materna. Asimismo, existen normas que contemplan la integración de los tribunales con jueces indígenas, todo lo cual será detallado en los próximos apartados.

El problema de la lengua: traducción e intérpretes

Uno de los aspectos más destacables en el análisis de los derechos indígenas, que tiene una vinculación estrecha con las reformas procesales penales, es el de la lengua y la importancia de su respeto.

En ese sentido se admite en la mayoría de los códigos procesales penales la traducción en lengua materna, como así también la posibilidad que tiene el imputado o procesado de expresarse en su propia lengua, debiendo en todos los casos proveerse de un intérprete o traductor para garantizar no sólo el acceso a la justicia, sino también para asegurar que el procesado podrá entender y hacerse entender en todas las instancias del proceso.

Es por ello que esta característica definitoria de los Pueblos indígenas, la utilización de su propio idioma, se convierte en un requisito indispensable a la hora de administrar justicia. Los procesos de reforma contemplan, entonces, la introducción de un traductor, intérprete o facilitador intercultural⁷⁸ en el proceso cuando las partes lo requieran. No obstante, este instrumento no resuelve los problemas prácticos que presenta el idioma en el proceso penal, ya que no siempre se puede garantizar la presencia de un intérprete, y lo que es peor, tampoco el Estado puede asegurar la existencia de intérpretes para la diversidad de lenguas indígenas existentes en América Latina.

Si bien han sido instrumentados programas que contemplan –dentro de lo que es el problema del uso de la lengua- desde educación bilingüe, posgrados para traductores e intérpretes, creación del rol del facilitador intercultural, etc, lo cierto es que los desafíos que genera permitir que los usuarios del sistema se manifiesten en su propia lengua no ha alcanzado para aquellos que tiene los poderes decisorios la relevancia que el tema merece.

Integración de los tribunales

Este ha sido otro de los caminos sugeridos por aquellos que intentan generar espacios de encuentro entre la administración de justicia penal y la diversidad cultural para tender puentes entre ambas miradas.

Es así que contar con tribunales (o jueces unipersonales, en general los jueces de paz) que puedan integrar a su actividad jurisdiccional a miembros de los Pueblos

⁷⁸ Término utilizado en Chile, como ya ha sido señalado, y que tiene un significado más abarcativo que el de intérprete o traductor.

indígenas constituiría un paso adelante para garantizar un acceso a la justicia con conocimiento cabal de los problemas de las comunidades indígenas, un uso de la lengua adecuado, y sobre todo –llegado el caso- la utilización en la resolución de conflictos de sus propias pautas.

Claro está que esta posibilidad de integración no suscita posturas consensuadas a su alrededor⁷⁹. Por una parte, sus defensores consideran la relevancia de acercar el derecho oficial a los Pueblos indígenas, haciendo posible que los mismos indígenas puedan resolver los conflictos.

Por otra parte, sus críticos ven con desconfianza esta “cooptación” de los indígenas por parte del sistema de justicia, y van más lejos: afirman que estas estrategias no sólo que no apuntan a la construcción de un Estado pluricultural sino que socavan la institucionalidad indígena, confundiendo sus autoridades con la autoridad estatal, y no dándole preeminencia a su propio sistema de justicia.

La evaluación de esta propuesta es compleja. Sin embargo, al menos debe admitirse que presenta ventajas insoslayables para los miembros de los Pueblos indígenas, que pueden advertir los beneficios de que sea también un indígena quien los juzgue, comprendiendo y compartiendo su cultura y su cosmovisión, y pudiendo expresarse fluidamente en su propia lengua.

La contracara de lo expresado es la confusión que genera que un aparato judicial que por lo general se ha mostrado hermético y poco sensible a sus necesidades tenga como exponente un miembro de su propia comunidad, o lo que es peor, un líder o autoridad reconocida que ahora juega un doble rol, muchas veces no transmitido con la claridad que requeriría explicar este tipo de situación.

Más allá de las ventajas y desventajas señaladas, lo cierto es que una integración diferente de los tribunales, con indígenas de las propias comunidades, representa un cambio de perspectiva y una alternativa que merece ser explorada. Sin poder asegurar que los resultados sean positivos, sí es indudable que representa un esfuerzo –no tomado como integración- de interrelación entre culturas diferentes.

Defensorías especializadas y su importancia en el proceso

Tal vez una de las incorporaciones más importantes y necesarias en el proceso penal sea las defensorías especializadas, que presentan como rasgos distintivos una atención particularizada a los miembros de los Pueblos indígenas, en la medida en que sus operadores poseen una formación calificada para llevar adelante las causas. Ya nos referimos en detalle a ellas, cuando se analizaron los casos de Chile y Guatemala⁸⁰.

No obstante, es pertinente volver sobre algunas ideas. Si bien las posturas indígenas más radicales señalan la paradoja de que sea el mismo Estado el que los procesa y el

⁷⁹ En el caso de Guatemala, la creación de tribunales comunitarios ha dado lugar a críticas acérrimas, que ya han sido consignadas.

⁸⁰ Recordemos que tanto en Chile como en Guatemala existen defensorías indígenas, con diferentes perfiles, pero con objetivos similares. Y ambas son evaluadas positivamente por los miembros de los Pueblos indígenas.

que les brinda abogado, lo cierto es que la existencia de las defensorías indígenas significa un salto cualitativo en la calidad del servicio que se brinda.

En la compleja tarea de articular la calidad de ciudadano del Estado y de miembro de un Pueblo indígena, con particularidades culturales definitorias de su identidad (como está siendo destacado –a riesgo de ser redundante- a lo largo de todo este trabajo) es impensable garantizar una defensa adecuada si no se tiene un manejo de la cosmovisión indígena, su cultura, su espiritualidad y su lengua.

Entonces, saldada la discusión de las funciones del Estado frente al indígena (discusión que también excede ampliamente los límites de este trabajo), consideramos que incorporar y desarrollar defensorías indígenas en países pluriétnicos constituye un avance no sólo en su genuina construcción, sino en lo más inmediato acrecentando el acceso a la justicia y garantizando una defensa que es responsabilidad de cualquier Estado de Derecho.

Para concluir la caracterización de las defensorías indígenas, sólo resta agregar que su creación no sólo beneficiaría a los Pueblos indígenas por las razones ya esgrimidas, sino que también permiten recrear un verdadero proceso penal, en donde el procesado debe tener la posibilidad de ejercer su defensa con todos los instrumentos disponibles, y sobre todo sin renunciar a su identidad.

Sin embargo, esta afirmación merece ciertas aclaraciones. Las estrategias de defensa de los miembros de Pueblos indígenas puede ser diversa y debe ser prioritaria frente a otros intereses. Esto significa que más allá que las defensorías o defensores especializados contribuyan a un buen funcionamiento del sistema penal, éstas deben privilegiar la mejor defensa del imputado que muchas veces puede incluir obstaculizar la marcha del proceso.

Extinción de la acción penal como una herramienta que respeta la diversidad

Como una de las formas de respetar la diversidad y generar instrumentos que desde las normas contribuyan a armonizar los diferentes modos de resolución de conflictos, la extinción de la acción penal -cuando se dan determinados requisitos- se presenta como una de las instituciones procesales que reconoce la presencia de los Pueblos indígenas a la vez que admiten sus modos de resolución de conflictos (y con esto, la existencia de justicia indígena).

Las normas que prevén la extinción de la acción penal en los casos en que los conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas sean resueltos por sus propias pautas también se convierten en modos de articulación entre diferentes sistemas de justicia. Por el contrario, si no están previstas –normativamente- reglas de coordinación entre el sistema de administración de justicia oficial y el sistema de administración de justicia indígena, ante un caso determinado, la tensión entre las diferentes formas de resolución de conflictos es inevitable.

Es precisamente este aspecto, por ejemplo, el que recepta el Anteproyecto del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén⁸¹, Argentina, al incorporar en su articulado

⁸¹ El artículo 40 de este anteproyecto establece:

previsiones que abriendo paso a un reconocimiento explícito del derecho indígena legitima su aplicación y observancia.

Más allá de que esta recepción en el derecho oficial puede ser discutible, y analizado desde distintas miradas, lo cierto es que constituye un avance en materia de derechos de los Pueblos indígenas, y también permite abrir la discusión pública alrededor de ellos, que en el caso de Argentina, por ejemplo, habían sido abiertamente soslayados en las discusiones locales y nacionales, a pesar de su incorporación en la reforma constitucional de 1994.

También podemos citar los artículos 26 del Código de Procedimiento Penal de Paraguay, y el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia⁸², en la que expresamente receptan la extinción de la acción penal frente a conflictos resueltos en las comunidades indígenas. En el caso paraguayo, es el juez de paz el que decide si los requisitos para que la extinción proceda son cumplimentados.

Cualquiera sea el camino elegido en la fórmula de la extinción de la acción penal, el desafío de armonizar el ordenamiento jurídico no es menor, porque las diferentes normas son producto de cosmovisiones valorativas diversas. A pesar de las dificultades, es posible diseñar modos concretos de coordinación, que apunten a un respeto recíproco del modo de resolución de los conflictos. Siempre contemplando un común denominador, que no es otro que el respeto a los derechos humanos fundamentales.

Participación en los procesos: mecanismos de legitimación

Los mecanismos de legitimación para participar en determinados procesos adquieren importancia en la medida que los indígenas puedan ser reconocidos como sujetos colectivos con el suficiente peso político para accionar en un proceso penal.

Esta incorporación como víctima u ofendido de las comunidades indígenas adquieren también una dimensión política y no sólo jurídica, en la medida que significa un reconocimiento a sus posibilidades de accionar en el proceso penal frente a hechos que afectan especialmente a los Pueblos indígenas. Es así que esta legitimación está pensada para los delitos de genocidio o discriminación, ya que este tipo de delitos los afectan como tales.

No sólo que en las regulaciones procesales penales más modernas se incrementan los derechos de las víctimas, al reconocérsele su protagonismo en el proceso, sino que al incluir dentro de la categoría de víctimas a los Pueblos indígenas (y también a otros sectores) se generaría una justicia más democrática y participativa.

“Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso, sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o el juez de paz en los casos que éste pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte”.

⁸² Alvaro Infante, La Justicia Comunitaria en Bolivia, 1999 ”.....En este caso, el artículo 28 del nuevo Código de Procedimiento Penal establece que cuando hay conflictos entre campesinos o indígenas y la autoridad comunitaria, ellos deberán ser resueltos de acuerdo con el derecho consuetudinario. Por ello, lo único que tienen que hacer las autoridades indígenas y campesinas es presentar la resolución, que puede ser verbal o escrita”.

Lamentablemente, y a pesar de estas razones, la incorporación de los Pueblos indígenas a los códigos de procedimientos penales como víctimas u ofendidos no ha logrado concreción sino que sólo se la ha tenido presente en los proyectos de ley. Así, en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de Ecuador (que no fue la versión que se aprobó finalmente), en su artículo 80⁸³ incluye esta categoría no obstante no ha prosperado en la discusión parlamentaria.

Diferentes pericias y el rol del peritaje en los procesos

Afortunadamente, cada vez más se receptan los peritajes (ya sea antropológicos, culturales, sociológicos, de miembros de las comunidades) en el proceso penal. Estos, si bien no son vinculantes, ilustran al juez sobre las particularidades de los Pueblos indígenas, lo que contribuye a generar los tan mencionados –y necesarios- puentes interculturales.

El rol de los peritos ha sido introducido en la mayoría de los códigos de procedimiento penal⁸⁴, no obstante siempre de modo limitado, considerando la función del intérprete o el perito, pero no haciéndolo extensivo a otros peritajes especializados.

Sería deseable profundizar en sus posibilidades dentro del proceso, y generar –más allá de la legislación- una práctica que genere en aquellos que deciden jurisdiccionalmente, antes de tomar efectivamente cualquier tipo de decisión, requieran los servicios de un perito que pueda brindar mayor comprensión a los hechos.

Estas prácticas no sólo provocarían una sensibilización especial en los operadores jurídicos, sensibilización que se vuelve necesaria para poder asegurar una convivencia y con ella un Estado pluralista, sino que aportarían los instrumentos necesarios para el acercamiento de dos culturas jurídicas, de dos sistemas judiciales.

Prisión: condiciones especiales para los indígenas

Ya en el Convenio 169 de la OIT se establece que en el caso de la imposición de sanciones a miembros de Pueblos indígenas se priorizarán otro tipo de penas alternativas a la prisión privativa de la libertad.

Sin embargo, y si tenemos en cuenta la situación del indígena frente a la administración de justicia, y un diagnóstico que va desde la discriminación, la dificultad de comunicarse por poseer una lengua diferente a la dominante, la ignorancia por

⁸³ Art. 80. Ofendido. Se considera ofendido:

.....

4) a las comunidades indígenas en los delitos que impliquen discriminación o genocidio respecto de los miembros del grupo.

⁸⁴Código Federal de Procedimientos Penales (D.O.F 8 enero 91) art. 28.- Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio, uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción

parte de los operadores acerca de su cosmovisión, se le suma la gravedad que implica ser encerrado en un establecimiento carcelario.

Y no sólo por las condiciones de nuestras cárceles, que como es bien conocido y repetido en numerosos trabajos y conferencias, son violatorias a los derechos humanos fundamentales, sino porque al ser indígenas, sus derechos son doblemente vulnerados.

Si tenemos presente que la cárcel está poblado de gente de bajos recursos –“pobres”- si los indígenas forman parte de esta categoría en un gran porcentaje, o en otras palabras, son los miembros de los pueblos originarios los que engrosan la categoría de pobres, entonces puede inferirse que los indígenas son un sector extremadamente vulnerable y con tendencia a poblar las instituciones carcelarias.

Si a esa circunstancia se le suma algunos datos de la realidad, tales como que los funcionarios y guardia-cárceles no manejan por lo general el idioma indígena, que existe discriminación también al interior de las prisiones⁸⁵, que a los indígenas se les dificulta en exceso conservar sus propias pautas dentro de un establecimiento carcelario, entonces debemos reflexionar acerca de la relación que se da entre prisión preventiva y miembros de Pueblos indígenas.

Es interesante en ese punto analizar un amparo interpuesto ante el Director General del Sistema Penitenciario en Guatemala⁸⁶, ya que una disposición interna decretó que todas las personas privadas de libertad que se encuentran internadas en los distintos centros de reclusión del Sistema Penitenciario debían utilizar un uniforme tipo overol, color naranja para identificarlo, obligando a las mujeres indígenas que se encuentran privadas de libertad a despojarse de su traje indígena.

En este amparo, se denuncian específicamente que se violaron el derecho a la identidad cultural, violación al derecho de usar el traje indígena, violación a la dignidad de la persona humana de los privados de libertad, todos estos derechos contemplados tanto en la Constitución del Estado, el Convenio 169 de la OIT y demás instrumentos internacionales.

Más allá de que finalmente se hace lugar a este amparo, permitiendo que las mujeres indígenas puedan hacer uso de su traje, es notable cómo este tipo de disposiciones atentatorias a todas luces de derechos fundamentales, puede entrar en vigencia y sólo cuestionarse su procedencia a través de un amparo individual.

Es por ello que también la prisión es un factor que desde “el derecho” puede distorsionar las relaciones con los indígenas, generándose situaciones de vulneración a sus derechos a la vez que no contribuye a crear canales de comunicación entre el Estado y los Pueblos indígenas. De este modo, está claro –no sólo en el caso de los indígenas- que siempre se deben privilegiar otros modos de sanción y que su justificación es por de más evidente.

⁸⁵ Ponencia presentada por Luis Ramírez en el Congreso organizado por Reforma Penal Internacional.

⁸⁶ Amparo n° 46-2003

Protección de los Derechos de los Pueblos indígenas a través de las reformas procesales penales

Para cerrar este trabajo, y como un modo de sintetizar lo presentando hasta el momento, invito al lector a hacer un repaso de las principales instituciones que podrían receptor los códigos de procedimiento penal⁸⁷, y que significan un reconocimiento expreso a los Derechos de los Pueblos indígenas.

Cada uno de estos caminos posibles están asociados con un problema específico que surge como consecuencia de la relación entre la administración de justicia oficial y los derechos de los Pueblos originarios. Así, el uso de la lengua y su importancia para constituir la identidad de un pueblo es reconocido a través de la incorporación de traductores, intérpretes, y sobre todo a través de la existencia de operadores indígenas (jueces, fiscales, defensores) que puedan expresarse sin intermediación.

La imposibilidad de acceder a la justicia y la ausencia del Estado cuando las comunidades indígenas requieren de la actividad jurisdiccional del Estado son suplidos –al menos parcialmente- a través de la integración de los tribunales con indígenas, que a la vez que tienen más cercanía con sus comunidades –lo que mejora el acceso a la justicia- hablan el idioma indígena y conocen, ya que comparten, sus pautas culturales y su cosmovisión.

En cuanto a los dificultades para proteger sus derechos en el proceso, con las salvedades que ya hemos señalado en el sentido que los Pueblos indígenas hoy son un sector especialmente vulnerable, se crean defensorías especializadas, que pueden brindar a los indígenas un mejor servicio, sensible a sus particularidades y con comprensión de sus propias dinámicas.

Por otra parte, el doble juzgamiento cuando ya existen resoluciones de autoridades indígenas en conflictos suscitados entre indígenas y en la propia comunidad es evitado por intermedio de la extinción de la acción penal. Este “remedio procesal “ es de destacada relevancia ya que se sobrepone a la inseguridad jurídica que significa no saber si el conflicto se supera o si queda abierta a otra instancia decisoria, y confiere un reconocimiento sin matices frente a la justicia indígena y las decisiones de sus propias autoridades.

En el mismo sentido, la legitimación de las comunidades indígenas como sujetos colectivos para accionar en determinados casos que los afectan especialmente, establecería la alternativa de reclamar frente al Estado como Pueblo, lo que lo convierte en un interlocutor calificado.

Por último, el “choque de culturas” entre indígenas y no indígenas, traducido en un proceso penal que juzgue como si no existieran las diferencias, puede ser remediado en parte a través de la participación de peritos de diversas calificaciones y procedencias, que puedan informar adecuadamente acerca de las diferencias mencionadas.

⁸⁷ Como ha sido señalado, algunos códigos receptor ya estas instituciones aunque en la mayoría de los casos falta mejorar su formulación normativa y profundizar su práctica.

En cuanto a la prisión, ya sería un lugar común expresar que debe ser una excepción para cualquier ciudadano. El problema adquiere otro color en el caso de indígenas, ya que sufren una doble vulneración a sus derechos.

Si bien este “listado de caminos” no es excluyente ni exhaustivo, sí configura una mirada de cómo los procesos de transformación de la justicia penal pueden receptar y tomar medidas que apuntan a un fortalecimiento de la relación Estado – Pueblos indígenas y por ende a despejar el camino para transitar hacia un Estado pluricultural.

2. Recomendaciones

En los casos particulares de Chile y Guatemala, se sugiere:

Para el **Estado Chileno**, en cuanto a la *Dimensión normativa*:

- Ratificación del Convenio 169 de la OIT.
- Aprobación de reformas constitucionales que contemplen el reconocimiento de Chile como Estado pluricultural, a la vez que reconozca también los Derechos indígenas.
- Discusión sobre la legislación de tierras.
- En cuanto al **procedimiento penal**, en el Código Procesal Penal sería aconsejable incorporar una norma específica de reconocimiento de las decisiones de las autoridades indígenas (y de extinción de la acción penal). Si bien se entiende que la aplicación del principio de oportunidad y las salidas alternativas contempladas pueden dar cabida a reconocer “la costumbre indígena” (tal como lo dispone la ley 19.253), esto dependerá –en el mejor de los casos- de la interpretación en el caso particular.
- Sería aconsejable también revisar la prerrogativa unilateral de la Fiscalía de la formalización de la investigación.

En cuanto a la *Dimensión pragmática*:

- Se impone la sensibilización y capacitación de los operadores alrededor de los Derechos indígenas.
- Con respecto al **procedimiento penal**, se recomienda prestar atención al abuso de la formalización de la investigación por delitos graves por parte de la Fiscalía.
- Asimismo, también sería conveniente tener presente el encuadre de los hechos en delitos “terroristas”, que agravan la situación de los imputados indígenas.
- Se sugiere abrir la discusión de la reforma procesal penal, su implementación y los problemas que se generan a partir de ésta a los sectores indígenas que han sido excluidos de los trabajos anteriores.

Para el **Estado Guatemalteco**, en cuanto a la *Dimensión normativa*:

- Se recomienda abordar la reforma constitucional a través de un proceso transparente, que exprese claramente una fórmula de reconocimiento del Estado como pluricultural, tal como lo disponen los acuerdos de paz.
- Con respecto al **procedimiento penal**, el Código debería incorporar normas que formulen claramente el reconocimiento de las decisiones indígenas frente a los conflictos.
- Asimismo, introducir normas más amplias en relación al peritaje y al uso de la lengua.

- Por otra parte sería conveniente disponer la legitimación a los Pueblos indígenas en casos como genocidio y discriminación.
- En cuanto a la norma del CPP que regula los Juzgados de Paz Comunitarios, ésta debería ser reformulada, tomando en cuenta las observaciones realizadas por las diferentes organizaciones indígenas.

En cuanto a la *Dimensión Pragmática*:

- Se sugiere extender las capacitaciones sobre el uso del Convenio 169 de la OIT.
- De cara al **procedimiento penal**, el Estado debe sensibilizar a sus operadores jurídicos (en especial, jueces y fiscales de la capital) sobre la existencia de justicia indígena así como hacer conocer los derechos del Pueblo maya.
- Se recomienda incentivar el uso del idioma indígena, generando y promoviendo la formación de abogados maya hablantes.

3. Consideraciones finales

Para finalizar, sólo resta agregar algunos elementos que permitan al lector identificar el problema, y perseguir a través de estas páginas la búsqueda de soluciones. Las reformas procesales penales se instalan dentro de uno de los Poderes del Estado que tiene como función una de las tareas más sensibles de cara al ciudadano: administrar justicia.

La administración de justicia se realiza tomando como parámetros algunos valores sociales, dinámicos y cambiantes, que forman parte y constituyen la cultura de cada uno de los Pueblos. Si admitimos que un Estado puede albergar a diversos Pueblos, y que los indígenas conforman uno de ellos, para realizar un tratamiento igualitario, y no considerar un valor más importante que otro, el Estado debe ser neutral respetando los valores de cada pueblo de modo igualitario.

De estas afirmaciones se desprende fácilmente la necesidad de que el Estado, profundizando las relaciones de igualdad, considere las valoraciones sobre las que se asienta la cultura del Pueblo indígena de la misma forma que las que constituyen el resto de los pueblos (y quizás las valoraciones que forman parte de las concepciones de la mayoría).

Por eso, aunque ya hemos advertido que la solución a los problemas que plantean los Pueblos indígenas no pasa por el tema de las reformas judiciales y las reformas procesales penales, estas últimas pueden ser un instrumento notable para avanzar en su reconocimiento y su respeto.

Es dentro de este marco que debemos encarar el análisis de las reformas procesales penales, y desde esta perspectiva han sido tratadas en este trabajo. Sólo podemos considerar su importancia frente al respeto y protección de los Derechos de los Pueblos indígenas si evaluamos su incidencia frente a las culturas indígenas (en sentido amplio) como una forma de promoverlas y respetarlas, y no como un modo de intervención o de cooptación a un paradigma monocultural.

El Estado históricamente se ha visto tentado de uniformar lo diferente, con diferentes justificaciones de acuerdo a la etapa histórica, pero con un ánimo simplificador que no

es otra cosa que la demostración de su ineptitud para gestionar la diferencia. Afortunadamente, esta tendencia ha cambiado sobre todo influida por los movimientos sociales, por los movimientos indígenas, y por una mayor demanda de participación que se ha hecho sentir en todos los niveles.

BIBLIOGRAFÍA

- Bengoa, José. **“Historial del pueblo mapuche, siglo XIX y XX”**, Ediciones LOM, Chile, 2000.
- Bengoa, José. **“La Emergencia indígena en América Latina”**, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.
- Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya –Oxlajuj Ajpop-. **“Del monismo al pluralismo jurídico”**, Oxlajuj Ajpop y PNUD, Guatemala, 2003.
- Faundes Peñafiel. *“Responsabilidad del Ministerio Público frente a las reivindicaciones territoriales mapuche”* en **Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche**, Corporación Forja, Chile, 2002.
- Informe del Programa de Derechos indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. **“Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”**, Editorial LOM, Chile, 2003.
- Informe de CLD / INECIP presentado a la Comisión Nacional de Implementación. **“Plan Maestro de Ajuste del Sistema Procesal Penal de Ecuador”**, Fundación Esquel, 2004 (en imprenta)
- Irigoyen Fajardo, Raquel. *“Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”*. **Fundación Miran Mack, Guatemala, 1999.**
- Jelves, Sandra. *“Pueblo Mapuche: entre los avances de la norma jurídica y la subjetividad de los operadores”* en **Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche**, Corporación Forja, Chile, 2002.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. **“Justicia y Pueblos indígenas”**. CIDECA, Guatemala, 1997.
- Paz y Paz, Claudia, Ramírez, Silvina (coords). **“Gestión de la conflictividad local en Guatemala en la post-guerra”**, editores siglo veintiuno, Guatemala, 2003.
- Ramírez, Luis. *“Justicia Penal y Diversidad Cultural”* en **Administración de Justicia y Pueblos indígenas**, Ed. Serviprensa, Guatemala, 2001.
- Ramírez, Silvina. **“Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario” en Pena y Estado nº 4, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.**
- Sieder, Rachel (ILAS) y Witchell Jessica (AFRAS, Universidad de Sussex). **“Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process”** en Culture and Rights, editado por Jane Cowan, Marie Dembour and Richard Wilson, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.