



Curso en línea



Fortalecimiento de la impartición de justicia con perspectiva de género e interculturalidad



Introducción

Siguiendo con los aprendizajes del curso, en esta unidad se fortalecerá el conocimiento y comprensión de dos herramientas para afrontar los retos que impone el pluralismo jurídico o normativo que se deriva de la reforma al artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos.

La primera de éstas herramientas es el análisis normativo. Para ello, se favorecerá el conocimiento tanto del Sistema Normativo Indígena como de la normatividad del Estado central, haciendo un énfasis particular en el marco normativo que protege los derechos de las mujeres. En este contexto, se plantea una discusión sobre la dimensión individual y colectiva de los derechos, la cual dará ocasión para el análisis de derechos, vistos desde la vivencia de las mujeres.

La segunda herramienta que proporciona la unidad trata sobre el peritaje antropológico como un medio para conocer el contexto de los pueblos y comunidades indígenas y aportar evidencias pertinentes para dirimir conflictos en los que estén involucradas personas indígenas. También en este tema contaremos con actividades didácticas que permitan apreciar su importancia y su realización.

3.1 Pluralismo jurídico

La interseccionalidad de los enfoques de género e interculturalidad en el análisis de un caso, remite a los derechos reconocidos de hombres, mujeres y pueblos indígenas, en distintas fuentes. Los marcos normativos que les protegen se integran por disposiciones jurídicas de origen indígena y no indígena (del sistema normativo estatal), cuyo carácter vinculante se admite tanto a nivel nacional como internacional.

Con la reforma del 14 de agosto de 2001 al art. 2 de la CPEUM, se dio sustento a la transformación del sistema jurídico mexicano en un sistema normativo abierto a la pluralidad jurídica.

“Artículo 2o.

[...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.”



El pluralismo jurídico o pluralismo normativo ¹ implica la posibilidad de que un mismo territorio se puedan aplicar dos sistemas de derecho, como en este caso: el indígena, propio de los pueblos y comunidades originarios; y el derecho positivo emanado del Estado central, para la regulación de la conducta social de sus integrantes y la solución de conflictos.

Las principales implicaciones de esta reforma, en relación con los derechos de las personas indígenas, son las siguientes:

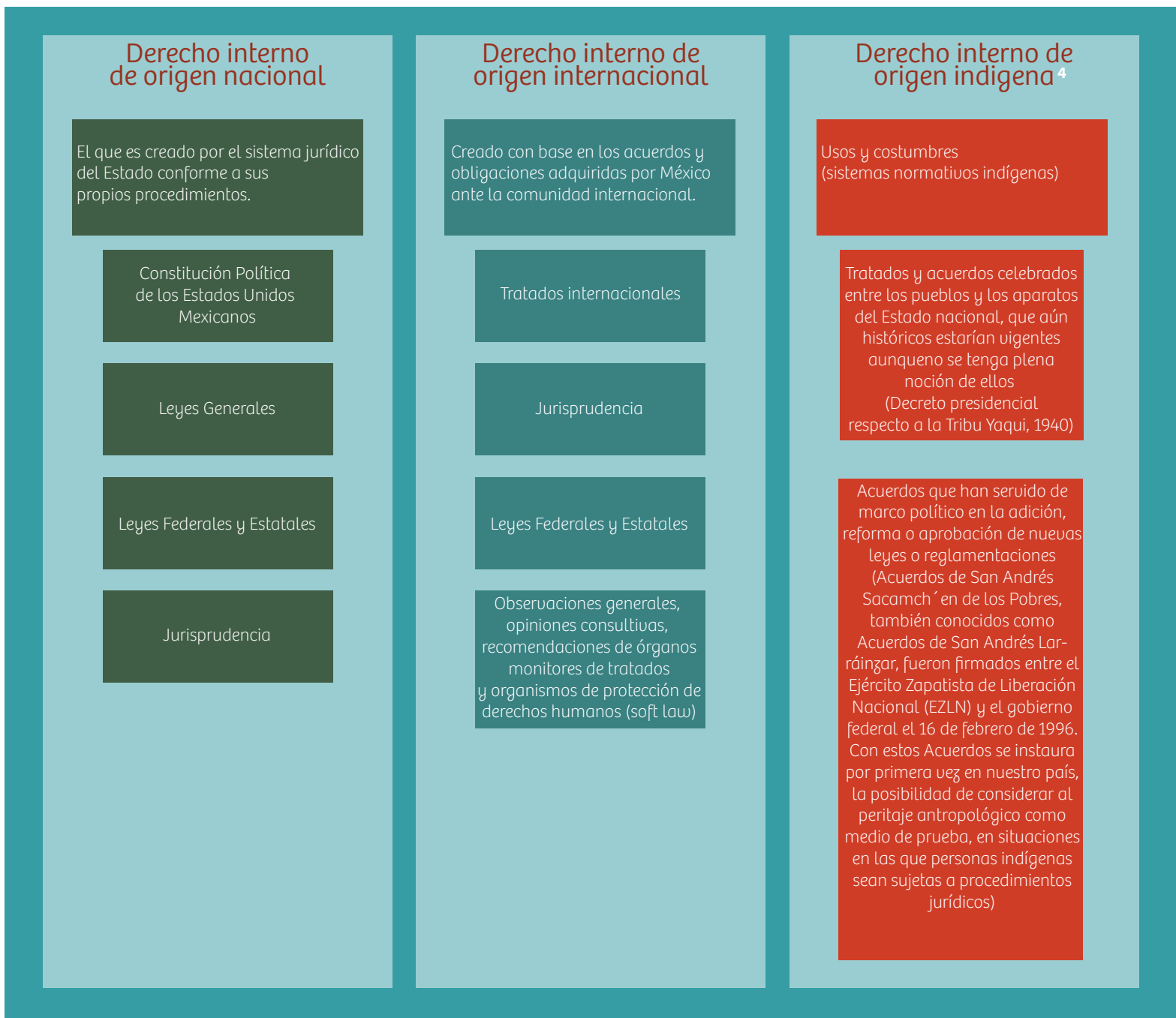
- » Se reconoce el valor jurídico de los usos y costumbres indígenas ² sistemas normativos indígenas, en todas sus dimensiones de aplicación para quienes ostentan tal identidad cultural esto a efecto de entender el marco legal al que pueden acudir las personas indígenas para exigir el pleno ejercicio de sus derechos.
- » La SCJN en el amparo 28/07 establece que el artículo 2° constitucional tiene como objeto poner fin a la situación de discriminación y marginación de los pueblos y personas indígenas ³. Corresponde al Poder Judicial, como instancia encargada de impartir justicia, garantizar el pleno cumplimiento de esta disposición.
- » Se instaure un régimen de pluralidad normativa o jurídica a partir del cual se configuran las posibilidades múltiples, complejas y combinadas que las personas indígenas tienen para acceder a la justicia dentro y fuera de las comunidades. De ahí que la operación paralela de dos sistemas normativos es una realidad que debe ser considerada objetivamente para reforzar la justiciabilidad de los derechos de las personas indígenas.

En el ámbito de la impartición de justicia, la pluralidad normativa obliga a las autoridades jurisdiccionales a revisar y tomar en cuenta el contenido de los sistemas jurídicos indígenas al emitir sus resoluciones. Este proceso da pauta para entrar al análisis objetivo de la relación que hay entre los órganos de procuración y administración de justicia del Estado y los sistemas normativos de los pueblos originarios, con el fin de solucionar de la manera más óptima y adecuada los conflictos en los que estén involucradas las personas indígenas.

El sistema jurídico del país, como ya se ha explicado, se caracteriza por su pluralidad normativa; de igual forma y en buena medida debido a la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos, se ha impulsado la creación de disposiciones jurídicas especializadas que atiendan a las demandas y características de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad, como los pueblos y comunidades indígenas y en su interior, las mujeres indígenas.

El marco normativo de protección y garantía de los derechos de las personas indígenas se fortaleció con la reforma al art. 1º y 2 de la CPEUM. Este nuevo diseño constitucional, así como la inclusión del principio pro persona, no deja lugar a dudas sobre el vínculo que existe en el ámbito jurisdiccional de dos componentes necesarios para impartir justicia en apego al principio de igualdad y no discriminación: la categoría de interculturalidad (diálogo entre culturas) y la categoría de género.

De acuerdo a lo que se ha visto hasta ahora, este marco normativo general y específico que protege los derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas tiene tres fuentes que se muestran en la siguiente imagen:



De este modo, la configuración del marco normativo que reconoce y protege los derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas puede esquematizarse del siguiente modo:

	Tipo de disposición		
	General	Específica	
Derecho interno de origen	Aplicable a personas indígenas y no indígenas	Aplicable a personas indígenas por identidad cultural	Aplicable a mujeres indígenas por identidad sexo/genérica
Nacional	Art. 1° CPEUM	Art. 2 CPEUM	Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
Internacional	Convención Americana de Derechos Humanos	Convenio 169 de la OIT	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
Indígena	-----	Disposiciones de los sistemas normativos indígenas	Disposiciones de los sistemas normativos indígenas

La pluralidad normativa como ámbito de oportunidad para proteger los derechos de las mujeres indígenas

Las sociedades indígenas al igual que la sociedad nacional están atravesadas por relaciones de poder y por tensiones internas que, como parte de los estereotipos culturales negativos respecto de los pueblos indígenas, han construido una visión simplificada de sus sistemas de justicia, particularmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres.

En algunos casos, los sistemas normativos indígenas han sido mostrados como un “ejemplo de la barbarie” o el “atraso” de los pueblos en el trato a sus mujeres, por permitir la violación de sus derechos, como ocurre cuando aquellos proponen la conciliación en caso de violación sexual como solución al problema.

Desafortunadamente este y otro tipo de violaciones a los derechos de las mujeres indígenas, ocurren tanto en los sistemas de justicia comunitarios como en los sistemas del Estado; por lo que dicho argumento no puede ser utilizado para descalificar la estructura de justicia que forma parte de las identidades colectivas indígenas.

Las respuestas de los sistemas normativos de los pueblos originarios a las demandas o quejas de las personas indígenas, sin duda deben ser cuestionadas y condenables, cuando son lesivas a su dignidad y sus derechos; de hecho, son las propias mujeres indígenas quienes plantean como algo urgente y necesario la modificación de estas prácticas jurídicas y sociales dentro de sus propias comunidades, con base en procesos de transformación que ellas mismas impulsan.

El pluralismo jurídico representa una oportunidad para el acceso a la justicia de las mujeres indígenas en tanto abre la posibilidad que ellas acudan, para la solución de un conflicto, ante sus autoridades desde sus propias prácticas, tradiciones y costumbres, o bien, se acerquen a la protección de las instancias del Estado.

En este sentido, es importante señalar que si bien, la administración de justicia indígena es gratuita, culturalmente accesible, próxima física y normativamente, con códigos comprensibles y en su lengua, existe una serie de materias en las que las mujeres indígenas deben recurrir a la justicia del Estado para salvaguardar sus derechos, su integridad y sus intereses. Por ejemplo, en lo relativo a la propiedad de las tierras o a la participación política, ámbitos donde por razones de género, la justicia indígena pocas veces favorece el ejercicio de los derechos de las mujeres.

3.2 Sistemas normativos indígenas y del Estado central

Para comprender la interacción entre derecho indígena (usos y costumbres) y derecho del Estado central, es factible acudir a las siguientes definiciones, por favor de clic en cada una de las pestañas que se muestran a continuación:

Sistema normativo

Conjunto de normas reconocidas, válidas y eficaces para un grupo de personas que, sistematizadas, existen en un tiempo y espacio dado ⁵. Un conjunto de usos y costumbres indígenas conforma un sistema normativo consuetudinario.

Sistema jurídico

En éste las intenciones ideológicas o de hegemonía (dominación) recubren a los sistemas normativos con el fin de posicionar entre ambos, una supuesta jerarquía de la cual, la juridicidad de uno u otro sistema normativo existe sólo si es reconocida por el discurso o “derecho” dominante.⁶ En tal sentido, el sistema normativo del Estado central se ha posicionado como jerárquicamente dominante frente a los sistemas normativos indígenas, siendo una de sus características que desde la visión formal o positivista tradicional, sólo a aquél se le reconoce el carácter de “sistema jurídico”. El antropólogo Walter Mignolo ⁷ señala que, como resultado de la insurgencia de las y los indígenas organizados en el sureste mexicano Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se han provocado toda una revolución teórica que hace posible que quienes fueron “objeto” de los derechos del hombre y del ciudadano y de los derechos humanos, puedan reclamar su derecho a participar en la constitución de sus propios “derechos” ⁸, esto quiere decir que hay transformaciones tanto en los sistemas normativos como en los sistemas jurídicos.

Cada sistema normativo implica la existencia de una cultura jurídica específica aquella que se refiere al conjunto de estructuras, significados, ideas, creencias y representaciones existentes en torno al conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen el objeto llamado derecho; así como al lenguaje por el cual se enuncia éste y se hacen ver las pautas y conductas (prácticas) reconocidas dentro de las normas, por ende, es la manera en la que una colectividad se representa a sí misma respecto al ejercicio del poder institucionalizado. ⁹

La cultura jurídica expone cómo representamos lo que consideramos que es derecho, cómo nos representamos hombres y mujeres dentro de ese discurso, cómo lo estudiamos y cómo lo operamos¹⁰; por lo tanto, también se deben acudir a medios de prueba que permitan comprender cuál es la cultura jurídica propia de cada pueblo originario.

Sobre este tema, se sugiere la revisión del documental: “Raíces de nuestra justicia”, elaborado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez. El documental presenta cuatro experiencias de sistemas de justicia indígena y comunitaria en el país, como expresiones actuales de construcción de la autonomía y la autodeterminación desde los pueblos.

En un contexto de diversidad cultural y pluralidad normativa, como es el de los pueblos y comunidades indígenas en relación con el Estado, para identificar las disposiciones que son aplicables a las personas que forman parte de aquellos, se deben tomar en cuenta tres aspectos:

- » El marco jurídico que fundamenta la protección de los pueblos y comunidades indígenas; así como el reconocimiento de sus derechos. Este punto será desarrollado con mayor precisión en los siguientes apartados.
- » Cómo se define a la persona titular de derechos humanos (sujeto) a partir de ese marco jurídico y cómo debe comprenderse su contexto, aplicando las perspectivas de interculturalidad y de género que se explicaron en el Módulo I.
- » Establecer la interacción entre los contenidos del sistema normativo central -del Estado- y los sistemas normativos indígenas, a través de un ejercicio de interpretación que tenga como eje rector el principio pro persona.

Las y los impartidores de justicia del Estado tienen a su cargo atender estos tres componentes en todos los casos que involucren personas indígenas. Ahora bien, algunos conflictos son atendidos por autoridades comunitarias indígenas, sin que ello anule la posibilidad que la persona acuda ante las instancias de impartición de justicia del Estado; en este caso, se agrega otro elemento al diálogo normativo entre culturas: el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Disposiciones de los sistemas normativos indígenas

¿Usos y costumbres o sistema normativo indígena?

Las comunidades indígenas son formaciones sociales con estructuras propias para la distribución de recursos, la participación y el ejercicio de poder, el establecimiento de valores éticos y morales, así como de normas jurídicas usos y costumbres.

Los usos y costumbres indígenas son derecho porque constituyen un sistema de reglas, principios e instituciones aplicables de manera obligatoria y uniforme a un grupo social determinado: es decir son un sistema por lo cual debe ceñirse a los principios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una crítica que se hace a los sistemas normativos indígenas es su contingencialidad (constante cambio), pues sus disposiciones son primordialmente de tipo oral y de origen consuetudinario. Se ha expresado que esa característica es una limitante para reconocer el contenido de los sistemas normativos; sin embargo, la contingencialidad es propia de todo sistema normativo la observamos en los sistemas de derecho central cada vez que se ejecuta una acción materialmente legislativa general (proceso legislativo) o particular (elaboración de una sentencia). La contingencialidad permite que los sistemas normativos de cualquier tipo respondan a las coyunturas y necesidades, modificando sus contenidos en términos prácticos.

Los sistemas de autoridad y justicia indígenas no sólo aportan oportunidades para resolver casos que involucran a personas e intereses indígenas, sino que representan estructuras culturales, simbólicas y de autoridad que han sostenido a las sociedades indígenas y les han sido funcionales para mantenerse unidas y preservar su identidad. Esto, pese a los procesos de colonización y explotación que les han subordinado por más de cinco siglos, además de los intentos de excluirles, aislarles o asimilarles a la sociedad nacional no indígena, no sólo ignorando y pasando por alto su esencia, sino considerando que ésta es la razón del atraso y marginación bajo percepciones que sólo reproducen la discriminación.

El pluralismo jurídico permite reconocer los mecanismos que los pueblos y comunidades indígenas han aplicado para resolver conflictos internos con base en su propio derecho, desde tiempos ancestrales hasta nuestros días esto sin olvidar que, conforme a esa situación de pluralidad, las personas indígenas pueden hacer uso de sus propios procedimientos comunitarios o de las instancias institucionales de administración y procuración de justicia del Estado cuando se presenta un conflicto, invocando sus derechos individuales y colectivos como ciudadanos y ciudadanas mexicanas

Reconocimiento de la jurisdicción y competencia indígena

¿El órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta la jurisdicción indígena para resolver un caso donde esté implicada una persona indígena?

Con este cuestionamiento se abre una reflexión sobre la importancia de considerar la dimensión cultural de la jurisdicción comunitaria, al momento de administrar justicia a una persona indígena. Por un lado, el reconocimiento constitucional del sistema normativo de los pueblos originarios de México ha tenido un sinnúmero de cuestionamientos y ha provocado intensos debates; por otro, se encuentra todavía ampliamente difundida la errónea concepción de que “existen dos sistemas jurídicos”, uno sólo para personas indígenas y otro para persona no indígenas. Lo anterior es un obstáculo en el ámbito de la impartición de justicia, que impide profundizar en las implicaciones de la pluralidad normativa desde una postura armonizadora de ambos sistemas.

Se entiende aquí por jurisdicción, la potestad que tiene un grupo de personas facultadas por la colectividad en este caso, indígena para “decir” (interpretar y aplicar) el derecho de cada cultura, con el objetivo de dirimir controversias de la comunidad; y, en último extremo, para hacer uso legítimo de la fuerza pública comunitaria al hacer valer sus decisiones de acuerdo con las reglas propias de la colectividad.¹¹

El derecho a la jurisdicción indígena (justicia comunitaria) se vincula con el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas; por lo tanto, exige también el reconocimiento de la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por las autoridades comunitarias, por parte de las autoridades jurisdiccionales del Estado. Algunas consecuencias de este reconocimiento en la impartición de justicia son las siguientes:

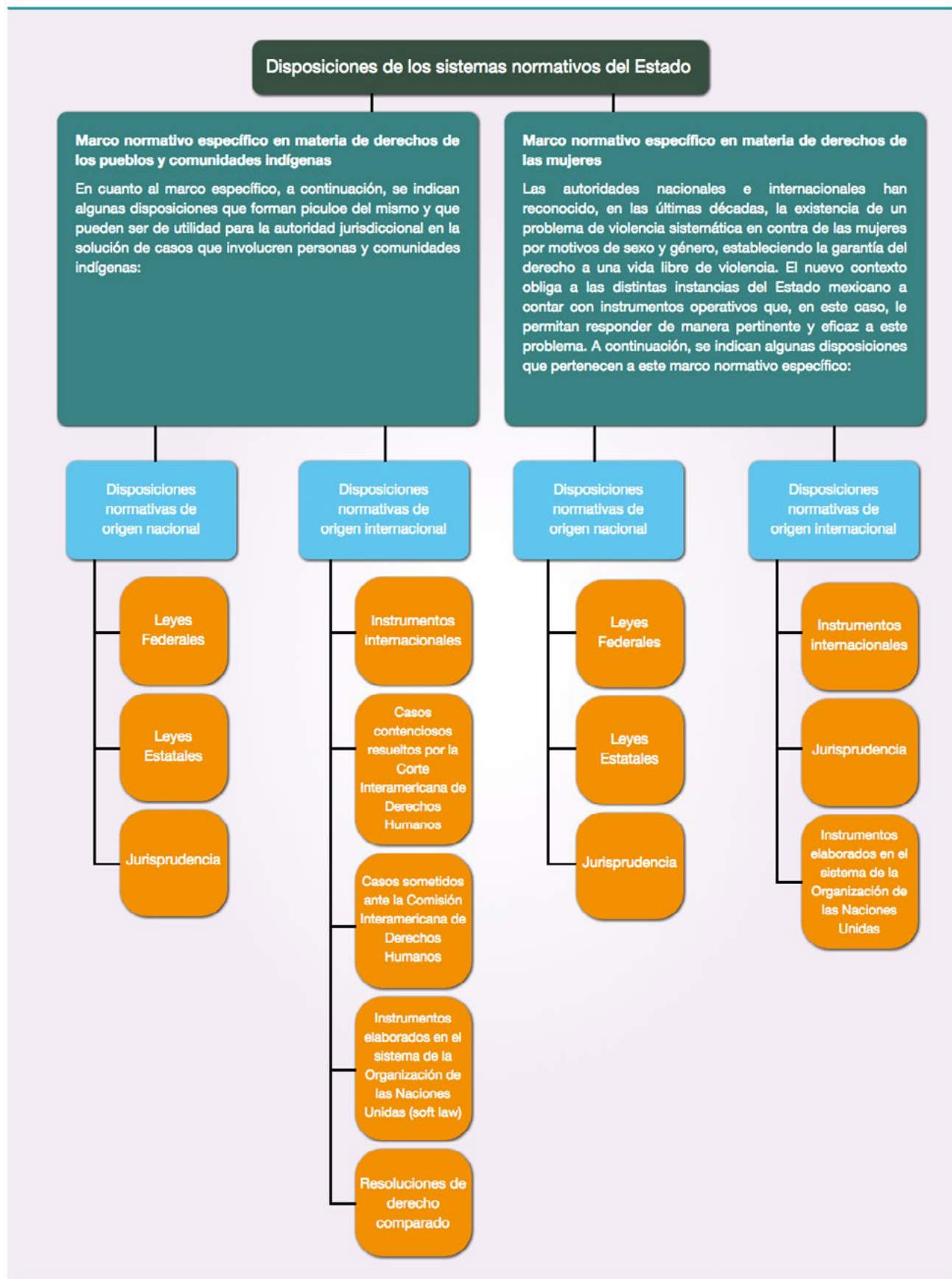
- » Por lo que corresponde al ámbito personal, el ejercicio de la jurisdicción y competencia indígena se acciona desde la pertenencia étnica de una o varias personas involucradas en el conflicto y a partir de su vínculo con la comunidad.
- » De este modo, cuando el caso de una persona indígena es llevado ante instancias judiciales del Estado central, quien juzga debe analizar la pertinencia de declinar competencia a favor de las autoridades comunitarias, evaluando si esto es lo más conveniente en términos jurídicos para la persona y tomando en cuenta su opinión, ya que, como se ha referido, la justicia comunitaria no necesariamente es más protectora.
- » Esta posibilidad se prevé en el Convenio 169 de la OIT (art. 8, 9 y 10) y en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 17 y 18), que han establecido algunos alcances del derecho de impartición de justicia de los pueblos y comunidades indígenas.
- » En cuanto a los ámbitos materiales en los que debe actuar cada jurisdicción (central/Estatal o indígena) subsiste un importante debate:
 - » Una posición indica que las comunidades, por medio de sus propios sistemas normativos, pueden resolver todo tipo de conflictos, incluso los que se consideran de especial gravedad como los “delitos graves” conforme al criterio del sistema normativo central.
 - » Otra posición señala que la jurisdicción indígena sólo debe resolver aquellos problemas que no constituyan afectaciones graves a los derechos de las personas.
 - » El criterio que debe prevalecer será el que establece el artículo 1° constitucional, aplicar la norma más protectora y ello sólo puede valorarse al conocer las disposiciones normativas de ambos sistemas.
- » Cuando el referente es el criterio de territorialidad y el conflicto se da fuera de la jurisdicción indígena, se apela a la vigencia del derecho a un debido proceso en el que se respeten y se consideren las características socio-culturales de la persona juzgada

La precisión de las reglas de competencia contribuye a establecer una adecuada interacción entre sistemas normativos en beneficio de las personas indígenas a la justicia, especialmente si aquellas medidas se toman bajo un diálogo respetuoso.

Las pautas de competencia no pueden ni deben de ser fijadas sólo por alguna de las autoridades involucradas indígenas o del Estado central. El punto de referencia siempre debe ser la mayor protección de los derechos de la persona, como lo establece la Constitución.

De lo anterior deriva la obligación de que el órgano jurisdiccional tenga presente que existe diversidad de competencias jurisdiccionales que se vinculan, por una parte, con los sistemas normativos de los pueblos originarios y, por otra, con los órganos del Estado central.

Disposiciones de los sistemas normativos del Estado



Las disposiciones señaladas muestran el empuje que la reivindicación de interculturalidad y de género ha cobrado en el mundo entero. Existen además otros instrumentos metodológicos que contribuyen a la implementación de estos enfoques en el ámbito jurisdiccional:

Las disposiciones señaladas muestran el empuje que la reivindicación de interculturalidad y de género ha cobrado en el mundo entero. Existen además otros instrumentos metodológicos que contribuyen a la implementación de estos enfoques en el ámbito jurisdiccional:

- » La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, en el año de 2007, publicó su protocolo sobre el “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”
- » En el año 2014, la Cumbre Judicial Iberoamericana publicó el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas.
- » La Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó, en el año 2013, su *Protocolo para juzgar con perspectiva de género y su Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, documentos que se sustentan, entre otras cosas, en jurisprudencia internacional que ha sido muy significativa en lo que concierne al derecho de acceso a la justicia, derechos humanos y pueblos indígenas, y derechos de las mujeres.*

En conclusión, una vez reconocido que ambos sistemas normativos tienen validez y legitimidad, para garantizar el acceso de las personas indígenas a la justicia, es necesario que las y los juzgadores:

1. *Tengan conocimientos básicos sobre los sistemas jurídicos indígenas, lo cual es posible mediante la consulta de información que ofrecen algunas instituciones que atienden específicamente el tema de pueblos y comunidades indígenas; o bien, de manera más específica, con la realización de una prueba pericial en ciencias antropológicas.*
2. *Eviten posiciones límite respecto a alguno de los dos sistemas normativos:*
 - » *No reconocer validez alguna a los sistemas normativos indígenas y aplicar sólo el derecho del sistema normativo central, ignorando cualquier implicación cultural*
 - » *Dar preferencia a las disposiciones de los sistemas normativos indígenas, sin llevar a cabo un análisis sobre posibles afectaciones a derechos reconocidos en la Constitución.*
 - » *No es admisible jurídicamente dar prioridad al sistema normativo indígena, en aras de no infringir un uso y costumbre, cuando el mismo afecta la dignidad y los derechos de la persona; o, por el contrario, aplicar disposiciones del sistema normativo del Estado central, por considerar que los “usos y costumbres” carecen de valor jurídico.*
3. *Implementen criterios de ponderación e interpretación jurídica que tomen en cuenta las disposiciones de ambos sistemas, desde un enfoque intercultural y de género, procurando la mayor protección a la persona de acuerdo al contexto que le rodea.*
4. *Apliquen las perspectivas de interculturalidad y de género para analizar los hechos y las conductas en conflicto, sin olvidar tomar en cuenta otras condiciones de contexto como el estado socioeconómico, la edad y la discapacidad.*

A partir de estas consideraciones, la solución a los casos que involucren personas indígenas debe partir de un contexto de pluralidad normativa ¹², en el que, conforme a la CPEUM, la o el juzgador acuda al derecho de las diversas fuentes jurídicas, siendo el principio que orienta su aplicación el de garantizar la mayor protección a la persona (principio pro persona).

3.3 Interlegalidad

Ahora bien, desde las perspectivas analizadas, en un contexto de pluralismo jurídico como el que ya se ha descrito, ¿cómo pueden armonizarse estos sistemas de impartición de justicia? El diálogo intercultural entre dos o más sistemas normativos, da origen a lo que Boaventura de Sousa Santos denomina como una “situación de **interlegalidad**”, que es la forma en que dos sistemas se encuentran imbricados, interactúan, colisionan, compiten y se apoyan entre sí, retomando elementos de la otra cultura que incorporan en su propio sistema. ¹³

La interlegalidad como concepto e instrumento ha sido poco utilizada en la administración de justicia, tanto indígena como del Estado; sin embargo, su consideración dentro del tratamiento de casos que involucran a personas indígenas, puede ser conveniente por el envío y reenvío de contenidos normativos que propicia entre los sistemas normativos y que modifican sus dinámicas.

Para compartir contenidos y lograr la conciliación de dos o más sistemas normativos desde una perspectiva de interculturalidad y de género, es preciso conocer las características de uno y otro. A continuación se indican algunos aspectos en los que la autoridad jurisdiccional del Estado puede indagar –con medios probatorios- para llevar a cabo ese acercamiento con los sistemas jurídicos indígenas en una dinámica de interlegalidad:

- » Los sistemas normativos implican el reconocimiento de la identidad personal y colectiva; y de la legitimidad de los órganos y representantes de la autoridad. Se basan generalmente en los principios de equilibrio, reparación y retribución que cada pueblo mantiene; así como en las construcciones de género específicas de cada cultura. Los sistemas normativos indígenas comparten estas características que pueden ser descritas en un peritaje en antropología jurídica.
- » Otro aspecto a considerar es la diferencia en el uso de los conceptos y el lenguaje jurídico, por ejemplo, la noción de “justicia”: el sistema del Estado generalmente pretende el castigo o sanción de la persona culpable o responsable; mientras que, entre los pueblos y comunidades indígenas se antepone la conciliación de las partes en conflicto, con la intención no de encontrar la “verdad” sobre los hechos, sino de emitir una solución con la participación activa de ambas partes en beneficio del colectivo.
- » Es común que surja tensión entre los sistemas normativos tradicionales y del Estado, cuando se presentan casos difíciles o cuya resolución no es favorable para alguna de las partes y la persona que se considera agraviada solicita la intervención de otra instancia que puede ser: la Asamblea de la comunidad, como máximo órgano de gobierno; o bien de una instancia no indígena.

Una relación intercultural entre ambos sistemas de justicia implicaría el respeto de la justicia indígena como columna vertebral de su autonomía, incluso cuando los casos se conozcan por la justicia ordinaria. Lo anterior sin olvidar que, particularmente en casos que impliquen el ejercicio de derechos individuales habrá que hacer un escrutinio estricto sobre los derechos en conflicto, pues la visión que prevalece en los pueblos y comunidades indígenas privilegia la dimensión colectiva.

- » Por último es preciso reconocer que los sistemas indígenas de justicia “... no pueden lidiar con todos los conflictos y retos que enfrentan los pueblos indígenas en la actualidad, incluyendo la violencia estructural, la militarización, la paramilitarización, el conflicto armado, los ataques contra los territorios tradicionales y el saqueo de recursos naturales, así como algunos conflictos que se suscitan en el interior de la comunidad, en específico cuando se violentan algunos derechos de las mujeres, violencia intrafamiliar, violación, feminicidio, etc.”. ¹⁴

Estas consideraciones pretenden que al procurar justicia, las resoluciones, sentencias y definiciones de la justicia ordinaria, por una parte, no lesionen el tejido social de las sociedades indígenas al descalificar sin más, sus sistemas propios de justicia; y por otra, garanticen en la mayor medida los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas.

3.4 Dimensión individual y colectiva de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

La tradición jurídica romano-germano-canónica de México, tiene sus orígenes en la visión liberal e individualista del derecho. El liberalismo fue la postura filosófica que dio origen al reconocimiento formal de los derechos humanos, entendidos como poderes o facultades inherentes a las personas (para vivir, pensar, expresarse, educarse, etc.), que deben ser protegidas por el Estado, encontrándose este último, limitado y controlado por un sistema de división de poderes y de participación democrática de la ciudadanía. ¹⁵



El liberalismo... Es individualista, en cuanto a que afirma la primacía moral de la persona frente a los reclamos de cualquier colectividad social; es igualitaria, porque confiere a todos los hombres el mismo estatus moral...; es universalista, ya que afirma la unidad moral de la especie humana y concede una importancia secundaria a las asociaciones históricas específicas y a las formas culturales;... (John Gray, *Liberalismo*, México, Nueva Imagen, 1992, p. 12.)

En el contexto cultural del liberalismo ¹⁶, la o el ciudadano se concibe jurídicamente como un individuo titular de derechos, singular e indivisible; no se admite por lo tanto la existencia de derechos colectivos o de grupo, menos aún la idea de que un solo derecho pudiera ser atribuido a varias personas como conjunto o unidad. En el mejor de los casos, los derechos colectivos al menos hasta mediados del siglo XX, no eran sino la suma de derechos o intereses individuales.

Esta visión original sobre los derechos humanos, fue cuestionada por corrientes de pensamiento como el comunitarismo ¹⁷ y el pensamiento político latinoamericano ¹⁸, que destacan la importancia de la pertenencia de una persona a una comunidad cultural, promueven el reconocimiento de la diversidad cultural y la autonomía de los pueblos. Es así como se incorpora en el derecho, la visión colectiva de los derechos humanos y se une a la visión individual de los mismos.

“... en nuestro sistema jurídico se reconocen como titulares de derechos también a los colectivos. Ello debió ser una cuestión pacífica desde que se reformó el artículo segundo constitucional para incorporar con la máxima fuerza normativa los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, así como los de los grupos que se les puedan equiparar. Lamentablemente no fue así, pero hoy tendría que disiparse cualquier duda en atención al matiz del componente individualista de los derechos humanos.” ¹⁹

Ahora bien, ¿cómo se entiende esta doble titularidad –individual y colectiva- en el contexto de las comunidades indígenas? Y ¿cuál sería su efecto en el ámbito de la impartición de justicia?

- » En los pueblos y comunidades indígenas, por principio, se concibe a la persona en tanto forma parte del colectivo; lo que importa es el grupo, porque el grupo conforma una sola cosa, un ser. ²⁰ Este “ser de grupo” puede dividirse porque está integrado por varias personas, pero, ello no quiere decir que cada una pueda actuar en lo “individual” sin tomar en cuenta las consecuencias que se generan para el colectivo.
- » Para efectos de titularidad y goce de derechos, el “yo” se cambia por el “nosotros” (filosofía nosótrica), y es a partir de esta dinámica como se determina la jerarquía y el ejercicio de poder político al interior del grupo. En coherencia con esta visión, la propiedad es una idea que atomiza el nosotros/nosotras por eso no es comprensible en términos de comunidad.
- » En el ámbito de la impartición de justicia, cuando una persona de la comunidad daña a otra, en realidad afecta al “ser” en grupo, se buscan medios para remediar el daño, comenzando por el reconocimiento público de la conducta por parte de quien infringió el uso o costumbre, también se sugieren trabajos en favor de la comunidad u otro tipo de reparaciones.

Lo mismo sucede en cuanto a la determinación de una “sanción”, -si se le quiere llamar así desde la cultura occidental-: una persona indígena que daña a otra, daña al propio “ser” y eso involucra a todas y todos, la “sanción” se orienta a evitar que continúe el daño, componer lo que se dañó y en su caso buscar que no vuelva a suceder. En este orden de ideas, en el contexto cultural de los pueblos y comunidades indígenas, dos tipos de sanciones típicas del sistema jurídico del Estado carecen de utilidad:

- » Sanciones económicas, no son útiles porque las relaciones de producción también son primordialmente colectivas, el sentido de propiedad privada tiene menor relevancia y aplicación, además de que el ingreso económico de la población es muy bajo.
- » Sanciones de privación de la libertad, si todos y todas conforman el “ser”, el “nosotros”, ¿qué sentido tiene aislar o expulsar a una parte del “ser”? ¿qué se soluciona con eso?, lo más conveniente es “sanar” la parte dañada, lo cual no se logra al recluir o expulsar a la persona.

Como se advierte en esta explicación, la noción de derechos individuales y colectivos desde el contexto indígena, no es la misma que en otras culturas. Mientras que el derecho del Estado central protege fundamentalmente intereses individuales, el derecho indígena protege la relación individuo-colectividad-entorno natural y este carácter integral es lo que complejiza la comprensión de su funcionamiento.

Un efecto de la implementación de las perspectivas de interculturalidad y de género en la impartición de justicia del Estado, consiste en advertir desde el contexto cultural específico de la persona indígena, cómo se ejerce individual o colectivamente un derecho y cuáles son sus consecuencias tanto en el sistema normativo indígena como en el del Estado central.

Suprema Corte de Justicia de la Nación/México. Amparo Directo en Revisión 1624/2008, página 36. Primera Sala. Resolución 05 de noviembre de 2008.

“... el reconocimiento de las costumbres y especificidades indígenas implica la necesidad de dar relevancia en el contexto jurisdiccional estatal a reglas especiales, no necesariamente iguales a las de fuente estatal ordinaria, en una amplia variedad de ámbitos.”²¹

3.5 Peritaje antropológico, un medio para conocer el contexto de los pueblos y comunidades indígenas desde una perspectiva intercultural y de género

Garantizar el derecho de acceso a la justicia desde un enfoque intercultural y con perspectiva de género requiere, como se ha indicado reiteradamente: comprender la dinámica social y normativa de los pueblos y comunidades indígenas; la forma en que se establecen las relaciones de poder en su interior; el modo en que asignan significados a la realidad social; y los criterios con los que atribuyen funciones sociales de género a hombres y mujeres en su grupo social.

¿Cómo se accede a esos significados? ¿Quiénes son las personas que tienen los conocimientos suficientes para explicar tales prácticas y formas de vida?

Al grupo social que tiene el conocimiento suficiente para explicar su propio contexto se le conoce como: comunidad epistémica pertinente. La comprensión de este concepto en realidad es muy sencilla, por ejemplo: la cultura mexicana mestiza es la comunidad epistémica pertinente²² para explicar el significado de la práctica de cantar el himno nacional antes de un partido de fútbol; solamente una persona que sea parte de esa cultura puede explicar a alguien de otra cultura la razón de esta conducta. De la misma manera, para explicar qué significado tienen las conductas de las personas de identidad Mixe, por ejemplo, la comunidad epistémica pertinente es el pueblo Mixe.



Comunidad epistémica pertinente.- Toda persona forma parte de una comunidad determinada; al interior de ésta, sus integrantes tienen acceso a las mismas creencias y conocimientos (razones, conceptos, significados). Esto hace posible que ellas, y no otras personas, puedan identificarse como sujetos epistémicos pertinentes (adecuados) para explicar el sentido que pueden tener tales creencias y conocimientos. Los pueblos y comunidades indígenas son comunidades epistémicas pertinentes de su propia cultura.

Las y los juzgadores del sistema de impartición de justicia del Estado, tienen conocimientos jurídicos que les permiten comprender un hecho o conflicto a partir de un contexto cultural específico. No obstante lo anterior, al resolver un caso que involucra diversidad cultural, pluralidad normativa y funciones de género propias de esa cultura, requiere del apoyo de una o un perito de la disciplina antropológica, para comprender en su contexto el significado de los sucesos que dieron origen al conflicto.²³

Esta persona experta en peritaje antropológico, funge como una especie de traductora cultural, ya que, por una parte, tiene los conocimientos para explicar la dinámica y el contexto del núcleo social en el cual tuvieron lugar los hechos, es decir para acercarse a la “comunidad epistémica pertinente”; y por otra parte, conoce el código cultural que es propio del sistema de impartición de justicia del Estado.²⁴

Descripción del medio probatorio

Por “prueba”, se entiende todo aquello que sea presentado ante quien juzga para convencer o demostrar la razón de quien la expone. De este modo, los medios de prueba constituyen la evidencia de lo que se presume conocer y a lo que se llegó con la aplicación de una serie de técnicas y procedimientos metodológicos propios de la ciencia sobre la que descansa la prueba.

Las pruebas periciales en ciencias antropológicas son estudios que explican los elementos que configuran una manifestación o cultura específica: sus prácticas sociales, artísticas, el uso de su lengua, la forma de organización social y política, sus dinámicas normativas, por mencionar algunas; con base en los significados que la propia comunidad asigna a cada uno de estos elementos en un tiempo y lugar determinado.

En este sentido, el peritaje antropológico con dictamen cultural es un recurso que aporta evidencia describe para comprender un contexto cultural específico; y dentro de éste, las funciones de género que se asignan a hombres y mujeres. Por esta razón, su realización permite que quien juzga, cuente información pertinente para dirimir conflictos en donde estén involucradas personas indígenas, y con ello cumplir la obligación a la que se refiere la SCJN:

*..., los jueces están obligados a ‘indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, ...’.*²⁵

El campo de la prueba pericial antropológica se inscribe en los márgenes de su propia disciplina y tiene diversas vertientes:

- » Antropología social, filosófica, física o forense
- » Etnología
- » Lingüística
- » Etnohistoria
- » Arqueología prehistórica, histórica, subacuática y forense

La prueba pericial antropológica en su modalidad de antropología física y arqueología son las que, en el contexto de la “guerra contra el narcotráfico”, acaparan una mayor atención y demanda por parte de las distintas procuradurías de justicia y fiscalías especializadas; aunque en estos ámbitos, su utilidad ha sido reducida a la identificación técnica de cuerpos, osamentas y contextos criminales.

No obstante lo anterior, se trata de un medio de prueba con un amplio espectro de aplicación, pues su desarrollo es útil para explicar el contexto cultural de un pueblo o comunidad indígena, y en general de cualquier grupo social que conforma un nicho cultural.

Por ejemplo, en el rubro de la antropología social, es relevante la pericial presentada por Marcela Lagarde de los Ríos, en materia de violencia y discriminación de género, con motivo del caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México²⁶, ante la Corte IDH (2009):

“Es el genocidio contra las mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados contra la integridad, el desarrollo, la salud, las libertades y la vida de las mujeres. En el feminicidio concurren en tiempo y espacio daños continuos realizados por conocidos y desconocidos, por violentos, violadores y asesinos individuales o grupales, ocasionales o profesionales, quienes conducen a la muerte cruel de algunas de las víctimas.

[...] todos los crímenes tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables. Todos coinciden en su infinita crueldad misóginos acunados en una enorme tolerancia e impulso social y estatal y a la violencia genérica contra las mujeres, y a la violencia masculina como arte de la condición de género de los hombres.

Asimismo se conforma por el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, de “violencia normalizada” contra las mujeres, por ausencias legales y de políticas de gobierno. Esto genera una convivencia insegura para las mujeres, pone en riesgo la vida y favorece el conjunto de crímenes que exigimos esclarecer y eliminar.”²⁷

Esta prueba pericial explica cómo es que la violencia contra la mujer, se ha asimilado como una práctica cultural en una sociedad específica.

Para que garantizar la efectividad de este medio de prueba, existen algunas condiciones generales que deben ser cumplidas:

- » Es necesario que quien lo realice sea capaz de identificar campos, ámbitos e instancias que intervienen directamente en el procedimiento: marco normativo, medios procesales y perspectiva que se tiene sobre dicho instrumento; asimismo, que conozca, por medio del propio personal jurisdiccional, el grado de conocimiento que para ellas y ellos guarda el asunto.
 - » También es importante considerar que los Acuerdos de San Andrés Larráinzar firmados en México en 1996, en su apartado de Garantías de acceso pleno a la justicia, señalan que, en los casos en los que se requiera de la realización de peritajes antropológicos, a fin de tomar en cuenta cualquier elemento cultural que pudiera influir en una sentencia, se debe dar prioridad a la intervención de las autoridades indígenas en el nombramiento de las o los peritos, o bien, pueden ser consideradas esas mismas autoridades como peritos prácticos (considerando que forman parte de la comunidad epistémica pertinente).
 - » Además, se debe evitar caer en la ilusión de enunciar fórmulas que encapsulen la procuración e impartición de justicia indígena en binomios del tipo delito-sanción, propios del sistema normativo del Estado; pues preciso reconocer que las autoridades indígenas pueden generar sus propias “jurisprudencias” (interpretaciones jurídicas), mediante canales de negociación-sanción/comunicación-cohesión de sus colectividades.
-

Método de análisis del peritaje antropológico

Variables

Las variables en los que se apoya la realización de un peritaje antropológico en sus distintas vertientes son los siguientes:

- A. *Variable del dictamen*
 - a. *Identidad étnica*
 - b. *Cultura media nacional*
 - c. *Usos y costumbres*
 - d. *Bilingüismo del sujeto*
 - e. *Especificidad cultural en torno a la situación juzgada*
 - f. *El contexto en el que se sucedieron los hechos*
 - g. *Efectos negativos que provoca la retención del sujeto*
 - h. *Constitución de “comunidad indígena de hecho”*

- B. *Áreas de investigación involucradas*
 - a. *Antropología Sociocultural*
 - b. *Antropología Física*
 - c. *Lingüística*
 - d. *Etnohistoria*
 - e. *Arqueología*

- C. *Sectores de población involucrados:*
 - a. *Indígena*
 - b. *Mestiza nacional*

- D. *Áreas de competencia del Derecho*
 - a. *Pena*
 - b. *Civil, Mercantil, Familiar*
 - c. *Laboral*
 - d. *Agrario*

Medidores e indicadores

Los Medidores e indicadores orientan el desarrollo de la prueba pericial antropológica:

- » *Prácticas culturales involucradas en controversias jurídicas*
 - » *Tipo de controversia, conflicto situación o delito*
 - » *Controversias y coincidencias*
 - » *Dictamen o conclusión de la pericial*
 - » *Manejo y valoración de este medio de prueba por el personal jurisdiccional correspondiente*
 - » *Perspectivas sobre este medio de prueba desde los litigantes*
 - » *Resoluciones obtenidas e índice de efectividad*
 - » *Negación o afirmación del contexto de pluralidad jurídica*
-

Metodología de análisis que sigue el desarrollo de una prueba pericial antropológica

- » El primer paso del método sugerido en este tipo de prueba es la revisión del expediente en cuestión; esto permite observar la pertinencia de las variables a desarrollar
- » Se aplican entrevistas semiestructuradas con la o el solicitante de la prueba para introducir a quien realiza la pericial, al hecho que se juzga
- » Se realizan entrevistas a profundidad con las personas involucradas directamente, así como una inspección en campo para conocer el contexto tanto de la o el sujeto como del hecho en sí
- » En el ámbito de la materia penal, se interpela a las autoridades políticas de las comunidades sobre la tipicidad del hecho y la conducta de las y los involucrados directos. En otras materias, la interpelación se orienta a conocer el significado de ese hecho o conducta
- » Posteriormente, se recurre a la revisión documental y bibliográfica para apoyar la sistematización de la información recabada y la construcción de los datos etnográficos
- » Es importante señalar el hecho de que todo material anexo a la pericial amplía el contenido contextual en el que se circunscribe el hecho materia de análisis. De esta forma, el registro fotográfico, los mapas de antecedentes familiares (genogramas) y los esquemas sobre las formas de organización o ciclos rituales cobran importancia al momento de hacer visible, desde la antropología, otros modos de vida
- » Concluida la prueba pericial, se llama a la ratificación de la misma y es en ese momento cuando la o el perito debe ser más asertivo y concreto, debido a que las preguntas concretas que, por lo general, aplican las autoridades jurisdiccionales a la peritación, pueden condicionar los efectos del instrumento de prueba. En cualquier caso, las respuestas que arroje la o el perito, deberán versar siempre sobre el contenido cultural y la normatividad indígena que la comunidad reconoce en relación con los hechos

Aportaciones del peritaje antropológico a la función jurisdiccional

Son varios los usos y aportaciones que hace la prueba pericial antropológica en el ámbito de la impartición de justicia, entre los más importantes se pueden destacar:

- » En su desarrollo se dan razones que explican a quien juzga, el contexto en que sucedió el hecho, la motivación cultural y, sobre todo en el caso de las personas integrantes de pueblos y comunidades indígenas, la juridicidad o antijuridicidad que se le concede en la comunidad, a la conducta por la cual el sujeto involucrado es sometido al proceso jurídico.
 - » Desde un enfoque intercultural, este medio de prueba, por un lado, busca potenciar a las instancias jurídicas de los pueblos y comunidades indígenas y, por otro, al ser reconocidas las capacidades de dichas instancias, coadyuva a definir de manera dialógica sus ámbitos y competencias (diálogo intercultural). Es decir, permite que quien juzga se aproxime a la variedad de métodos por los que se imparte justicia en la comunidad, sin descuidar el sistema de valores que las sustentan, pues este descuido es el que las ha mantenido en un ambiente de marginalidad e incertidumbre jurídica hacia el exterior.
 - » En cuanto a la perspectiva de género, como parte de la descripción de las conductas en un contexto cultural específico, aporta información para explicar cómo se construyen las funciones o roles sociales asignados a hombres y mujeres, a partir de su diferenciación sexual; y cuál es su impacto en otros ámbitos de la vida en la comunidad.
-

- » También se trata de un medio idóneo para conocer los mecanismos de cohesión internos en un pueblo indígena, así como aquellos que han adoptado y adaptado para relacionarse con las distintas instituciones oficiales con las que llegan a tener comunicación y/o relación de algún tipo. Puede coadyuvar a identificar las formas o dinámica comunicativa, por la cual las comunidades indígenas manejan la información relativa a asuntos de interés público para ellas mismas.
- » Favorece la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, pues con este medio de convicción se intenta exponer las características culturales de los pueblos y comunidades indígenas más allá del contexto de marginación y exclusión en el que se lleguen a encontrar sus integrantes o las comunidades mismas.

La prueba pericial en ciencias antropológicas, dentro del enfoque de derechos humanos con perspectiva cultural y de género, facilita una adecuada comunicación entre las personas indígenas y las autoridades jurisdiccionales.²⁸ Lo anterior no evita que el peritaje antropológico, al igual que otros medios de prueba, sea sometido al criterio de la o el juzgador, quien se pronuncia sobre su valor y le otorga el sentido que considera prudente.
