



Curso en línea



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



Introducción

En esta unidad se integran y aplican los contenidos revisados en las unidades anteriores para analizar un caso desde la perspectiva intercultural y de género. En los dos primeros apartados de esta Unidad se explican los elementos del método que han desarrollado el Dr. Luis Daniel Vázquez y la Mtra. Sandra Serrano, para “desempacar un derecho humano”¹; el mismo implica analizar las obligaciones del Estado en función de los elementos que se requieren para hacer operativos los derechos humanos. En el tercer apartado de la unidad se retoma el Juicio de Ponderación, que constituye una herramienta de análisis y solución de colisión entre derechos humanos.

Las temáticas desarrolladas en los tres apartados de esta unidad, tal como se muestra en el siguiente esquema, exponen los elementos que deben ser revisados y analizados por quien imparte justicia, para implementar en cada momento del proceso la perspectiva intercultural y de género; se encuentran relacionados. No se trata de un método de argumentación, sino de un método de análisis de caso, en este sentido, el propósito es que la o el alumno desarrolle competencias para reunir y sistematizar la información probatoria, casuística y normativa vinculada a un conflicto jurídico, atendiendo a las especificidades culturales y de género, de las personas que se encuentran involucradas en el mismo.

La evaluación prevista en esta unidad se orienta a favorecer la comprensión del método en cuestión mediante ejercicios intermedios y su aplicación en el caso sobre el caso que se ha venido trabajando desde la unidad dos.

4.1 Identificación de los derechos afectados

Para comenzar nuestra última unidad identificaremos los derechos afectados:

A. Análisis del contexto cultural y condiciones específicas de las personas involucradas

La identificación de derechos en conflicto exige, como paso previo, el estudio de los hechos y el análisis del contexto cultural en el que surgen éstos, así como de las condiciones específicas que rodean a la o las personas, pueblos y comunidades indígenas involucradas.

Hechos

Los hechos son todos aquellos sucesos y comportamientos que forman parte o se vinculan con el conflicto que se somete a la jurisdicción de una autoridad y que, presumiblemente, tuvieron como consecuencia la afectación de uno o varios derechos, dando origen al conflicto.

La revisión de los hechos permite advertir en su caso, si es necesario dictar **medidas u órdenes de protección de emergencia**, cuando existe el riesgo real e inminente de que alguna de las personas involucradas en el conflicto o víctima indirecta sufra un daño en su integridad física o psicológica, su libertad o seguridad. (Tesis Aislada 1a. LXXXVII/2014 ²)

Contexto cultural

El contexto cultural determina el significado de tales hechos. Quien juzga, conforme lo que se ha estudiado hasta ahora, deberá allegarse de pruebas periciales en ciencias antropológicas que le permitan comprender su sentido y alcance, desde la óptica del núcleo social al que pertenece la persona o en el que tuvieron lugar los hechos. Algunas preguntas útiles que la autoridad puede solicitar para que se dé respuesta en el dictamen pericial son las siguientes:

- » ¿Cómo se entienden los hechos desde la óptica de las personas que viven en la comunidad?
- » ¿Cuál es la consecuencia o consecuencias que se generan al interior de la vida en la comunidad a partir de esos hechos?
- » ¿Los hechos tienen implicaciones normativas dentro de la comunidad conforme al derecho indígena? ¿Cuáles son?
- » ¿Los hechos se vinculan con alguna práctica cultural específica, como, por ejemplo, un ritual? ¿En qué consiste la misma?



Caso hipotético: Juan, indígena hñähñu de la comunidad de San Ildefonso, en el municipio de Tula, Hidalgo, fue denunciado por Ramiro Escobar, propietario de un predio de 500 m², por haberlo encontrado en la noche “hurgando y cavando un pozo dentro de su propiedad” sin su autorización y sin explicación alguna. Juan fue remitido al Ministerio Público y consignado ante un juez por el delito de robo. El presunto responsable explicó que estaba buscando agua y que todas las señales lo llevaron hasta ese lugar. La autoridad solicitó una prueba pericial para conocer la práctica a la que hacía referencia el presunto responsable, y en su contexto cultural, el dictamen entre otras cosas, indicó lo siguiente:

De naguales, brujos y curanderos en el Valle del Mezquital.

“En la narrativa local se hace énfasis en dos características propias de los naguales. En primer lugar, se asegura que tienen la facultad de encontrar agua en el subsuelo. Con una vara de pirul, los naguales rastrean sobre el suelo veneros subterráneos. Saben que han encontrado uno cuando la vara es atraída por una fuerza magnética que contra la voluntad de quien es nagual, obliga a éste a pararse justo arriba del paso del agua. Debido a esta facultad, los naguales suelen ser solicitados por los agricultores cuando quieren abrir un pozo para el riego de su parcela. El saber que se requiere para encontrar el agua es sumamente restringido a una pequeña comunidad de naguales.” ³

A partir de esta explicación, la autoridad jurisdiccional tiene mayores elementos para evaluar el elemento subjetivo del delito que se imputaba a Juan, que se refiere a ¿cuál es la motivación de su conducta? Esto es fundamental para determinar el tipo y grado de responsabilidad jurídica que tiene una persona.

Condiciones específicas

Las condiciones específicas de las personas involucradas deben ser revisadas por la autoridad jurisdiccional para determinar si existen condiciones de desigualdad —formal, material o estructural— que se vinculen con los derechos en conflicto. En este curso, se mencionan como factores esenciales la cultura y el género, aunque también se ha hecho referencia a otros que, de forma interseccional, actúan a la par de éstos e influyen en el ejercicio de derechos humanos:

Revisión de las características que conforman la identidad de la persona (diferencias): etnia, sexo, género, edad, condición de discapacidad.

Revisión de las características que conforman la identidad de la persona (diferencias): etnia, sexo, género, edad, condición de discapacidad.

- » La revisión del elemento étnico/cultural hace posible conocer el grupo social al que pertenece la persona, así como la lengua y las costumbres que desarrollan cotidianamente. Se distingue de la revisión general del contexto cultural porque, en este caso, el análisis se centra en la influencia de éste en la vida de la persona. La prueba pericial antropológica con dictamen cultural permite conocer tal aspecto.
 - » Para evaluar si el elemento étnico es un factor que influye en el conflicto que se pretende resolver, algunas preguntas que puede plantearse la autoridad jurisdiccional son las siguientes:
 - » ¿El conflicto implica interacción entre dos o más sistemas culturales (por ejemplo, la cultura mestiza y la cultura indígena)?
 - » ¿Una o varias personas involucradas está en desventaja debido a su identidad cultural?
 - » ¿Existen diferencias en cuanto a la percepción de los hechos que se expliquen a partir de la identidad cultural? ¿Se advierte esto en la declaración de los hechos?
 - » ¿Se ha valorado la declaración o testimonio de la persona desde la perspectiva de su identidad cultural?
 - » ¿El proceso o procedimiento se está llevando a cabo en una lengua o idioma que comprende la persona?
-



Por ejemplo, el conflicto que fue planteado en el Amparo en Revisión 781/2011. En el año 2010 las Gobernadoras de una comunidad indígena radicada en el estado de Chihuahua solicitaron un amparo en contra de los actos de autoridad por los cuales se autorizó la realización de un contrato de fideicomiso para desarrollar un proyecto turístico en la región de las Barrancas del Cobre de la Sierra Tarahumara, su territorio ancestral. En su escrito las Gobernadoras describieron la integración de su comunidad; en el mismo, es factible apreciar cómo la identidad cultural se vincula con la interacción social y forma de vida:

“ANTECEDENTES DE NUESTRA COMUNIDAD

La comunidad indígena cuya representación tradicional recae en las suscritas y a favor de quien se pide el amparo y protección Federal, se autodenomina ‘*****’, y se integra por 61 miembros todos pertenecientes a la etnia conocida como ***** , y se compone en su mayor parte por niños y mujeres que no cuentan con la mayoría de edad, asentada materialmente desde tiempo inmemorial [...] en el Municipio de ***** , Chih., [...] La calidad de nuestra tierra es de pastoreo [...], contando con escasas porciones de tierra abiertas al cultivo en las que se siembra frijol y maíz para autoconsumo, por lo que nuestros asentamientos humanos dentro de la superficie señalada, están dispersos en 5 rancherías de nombres ***** , ***** , ***** , ***** y ***** , y constituyen nuestro territorio ya que ahí es donde tenemos construidas nuestras casas y corrales para animales; y existe una diversidad de flora y fauna, los cuales constituyen el entorno de nuestra forma de vida, debido a que nuestra cultura nos ha enseñado un profundo valor hacia la naturaleza, además de que para algunos constituye el sustento diario, y desde tiempos inmemoriales ha sido poseído por nuestros antepasados y nos fue transmitido de generación en generación, por lo que el sentido de identidad y pertenencia sobre la superficie que ocupamos nos ha dado el hecho de que la mayoría hemos nacido en este lugar.”

Este caso, la prueba pericial en ciencias antropológicas con dictamen cultural permite advertir cómo es la relación que tiene la población respecto a su medio ambiente, cuál ha sido su dinámica de uso y aprovechamiento, y evaluar el presumible impacto que podría generar una alteración al mismo debido a la construcción de un proyecto turístico, también con el análisis de las características de éste último.

Funciones sexo/genéricas

Las funciones sexo/genéricas se vinculan con el contexto cultural, pues éstas responden a los intereses, valores y prácticas de cada sociedad en un tiempo y espacio determinado. La prueba pericial antropológica puede clarificar en qué consisten estas funciones, en el contexto cultural específico de un pueblo o comunidad y cómo se vinculan o influyen en los hechos que causaron el conflicto.

A continuación, se sugieren varias preguntas que resultan útiles para analizar este factor; algunas de ellas se sugieren en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género emitido por la SCJN : ⁴

- » ¿Existen funciones sexo/genéricas asignadas a las personas involucradas en el conflicto? ¿Se tienen expectativas sobre las personas involucradas a partir de algún estereotipo de género?
- » ¿La reacción o comportamiento que se espera de la persona —por ejemplo, de una mujer— cambiaría si se tratara de alguien del sexo opuesto; en este caso: de un hombre?
- » ¿Entre las persona involucradas existe una relación asimétrica de poder por razones de género?
- » Si es así ¿en qué consisten las mismas y cuál es su impacto en el conflicto de acuerdo a los hechos?
- » Con base en lo anterior ¿puede concluirse que alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de desventaja o vulnerabilidad a partir de su sexo, género o preferencia/orientación sexual?

Edad

Por las implicaciones que tiene respecto al goce y ejercicio de derechos, la edad también es un elemento que debe evaluarse al analizar los hechos. Por ejemplo, en el caso de personas menores de 18 años, este elemento se vincula con la mayor o menor comprensión de los actos que se llevan a cabo. Además, se trata de un factor que, en muchas ocasiones —sean personas menores de edad o adultas mayores— por prácticas y patrones culturales, es motivo de exclusión y limitación a la manifestación de autonomía de la voluntad.

Las siguientes preguntas pueden ser de utilidad para que quien juzga, evalúe el impacto de este factor en el conflicto: ⁵

- » ¿Existen personas menores de edad o adultas mayores involucradas en el conflicto?
- » ¿En caso de niños, niñas o adolescentes, se ha tomado en cuenta su opinión respecto de los hechos con la participación de personas expertas en su desarrollo conductual?
- » ¿Se ha considerado su entorno cultural como un factor que influye en la comprensión sobre los hechos?
- » ¿Derivado del análisis de los hechos, se advierte un trato desigual injustificado por razones de edad hacia alguna de las personas involucradas?
- » ¿Existe alguna relación entre la edad de las personas involucradas en el conflicto con el ejercicio de derechos humanos?

Respecto a este factor de identidad, se sugiere revisar el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten niñas, niños y adolescentes, emitido por la SCJN, disponible en la siguiente página: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/encuesta>

Aunque existen pocos datos sobre el impacto de la edad en los conflictos o controversias al interior de los pueblos y comunidades indígenas, a continuación se citan dos ejemplos vinculados al tema:

Niños, niñas y adolescentes	Personas adultas mayores
<p>En el caso de niñas, niños y adolescentes, se destaca el amparo interpuesto por el padre y la madre de una niña indígena —Doni Zānā— de la comunidad hñāhñu de San Ildefonso, en contra de la negativa del Registro Civil del estado de Hidalgo de registrar a su hija con su nombre indígena respetando todos los caracteres. Para “fundamentar” su negativa la autoridad responsable señaló que “[...] el sistema de cómputo no cuenta con los caracteres ortográficos que ese nombre en lengua otomí o hñāhñú requiere.” Y ofrecieron una tajante ‘solución’: ‘cámblele el nombre o póngaselo en español.’” El problema radicaba en el uso de las diéresis.⁶</p> <p>El derecho al nombre en lengua indígena de la niña no fue respetado por la autoridad responsable, tampoco tomaron en cuenta que cambiar los caracteres alteraba su significado: de “flor de luna” a “piedra que muerde”. Debido al proceso, Doni tuvo que esperar casi tres años para contar con acta de nacimiento; posteriormente iniciaron otro proceso similar para que las autoridades educativas⁷ llevaran a cabo la misma modificación en el sistema, pues, de lo contrario, los documentos escolares de Doni tendrían el mismo error ortográfico (Amparo en Revisión 187/2013).</p>	<p>En el año 2008, la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión solicitó la realización de una investigación sobre la situación de las mujeres mayores indígenas. Entre las aportaciones de ese trabajo se encuentra la siguiente explicación:</p> <p>“Los trabajos etnológicos y demográficos se han concentrado en indagar fundamentalmente en el papel que desempeña el anciano en comunidades indígenas, tanto contemporáneas como de la antigüedad.</p> <p>Dichos estudios han generalizado e idealizado la ancianidad masculina, toda vez que el rol asignado a los ancianos en ciertas culturas ha sido protagónico, pues a menudo se le atribuyen papeles de autoridad y liderazgo;</p> <p>“[...] en cambio la mujer anciana prácticamente ha sido ignorada de sus funciones sociales en la vejez, excepto cuando desempeña papeles de curandera, particularmente de partera empírica, y cuando comparte el estatus social del marido al desempeñar cargos civiles y religiosos” (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006:22).”⁸</p>

Considerando lo anterior, será necesario enriquecer el desarrollo jurisprudencial que se refiere a la edad, el género y la identidad cultural como elementos interseccionales y su impacto en el ejercicio de los derechos humanos.

Condición de discapacidad

La condición de discapacidad se relaciona con aquellas situaciones en que la persona tiene una disfunción corporal que, unida al contexto que le rodea, le impide desarrollarse plenamente en sociedad. Es preciso identificar con base en pruebas periciales en medicina, psicología y/o trabajo social si alguna de las personas involucradas tiene esta condición de vida, o bien, si adquirió la misma como consecuencia del conflicto, para incluir esta situación dentro de la reparación del daño.

Para una revisión más precisa sobre el tema, se sugiere revisar el Protocolo actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Algunas preguntas que son de utilidad para evaluar el impacto de este factor en una controversia son las siguientes:

- » ¿A partir de la revisión de los hechos, es posible advertir si alguna de las personas involucradas vive con una condición de discapacidad?
- » ¿La condición de discapacidad tiene un significado específico de acuerdo a la identidad y contexto cultural de la persona?
- » ¿La discapacidad identificada limita o restringe el ejercicio de uno o varios derechos?
- » ¿El conflicto generó alguna situación de discapacidad en cualquiera de las personas involucradas? En su caso, ¿cuáles serán las consecuencias para la persona?

Respecto a este factor de identidad, se sugiere revisar el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, emitido por la SCJN, disponible en la siguiente página: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo_derechos_de_personas_con_discapacidad



Caso hipotético a partir de un hecho real.

“Los indígenas yanomami viven como desde hace siglos, casi desnudos e indiferentes a que por su territorio —un remoto rincón de la selva amazónica— pasa la frontera entre Brasil y Venezuela.

De un lado a otro, cruzan la línea en su vida de cuasinómadas internacionales, por supuesto, sin llevar pasaporte ni nada parecido. Lo que sí acarrear es el último foco de América de transmisión de oncocercosis, la ceguera de los ríos, una “enfermedad olvidada” por la que 270.000 personas han quedado totalmente ciegas en el mundo y otras 500.000 tienen graves problemas visuales.

A lo remoto del lugar hay que sumar que, si para los yanomami no existe la frontera, sí la hay para los equipos médicos de uno u otro país que se acercan a distribuir el tratamiento.

Así, si por ejemplo una comisión venezolana se desplaza hasta el lugar, puede que se encuentre que la comunidad se trasladó a Brasil, para cazar. Y ésta queda ya fuera de su alcance.”⁹

Para garantizar el derecho a la salud de la comunidad yanomami, los Estados involucrados deberán actuar en conjunto; sin embargo

- » ¿qué sucedería si alguna de las entidades soberanas se negara a implementar medidas?
- » ¿Cómo proteger a la población indígena y a la población en general ante un posible contagio que derive en condiciones de discapacidad para la población?
- » ¿Podría negarse el Estado que sí implementa acciones preventivas, a dar atención médica a la población yanomami, si se ha identificado que el contagio se reproduce en el otro Estado?

Circunstancias que integran el entorno

Las circunstancias que integran el entorno y determinan la forma de vida: condición socioeconómica y situación migratoria.

CONDICIÓN SOCIOECONÓMICA

La **condición socioeconómica** debe analizarse desde dos puntos de vista:

- » El impacto de este factor en los hechos que dieron origen al conflicto. Para ello, habría que preguntarse si hay desventajas por razones económicas entre las personas involucradas que provoquen afectaciones a sus derechos humanos.
- » El impacto que tiene en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, con el fin de precisar si es necesario implementar una medida de compensación inmediata.

CONDICIÓN MIGRATORIA

La **condición migratoria** de una persona implica per se un tránsito entre contextos culturales diversos. Puede haber migración interna o externa; el impacto que se genere dependerá de la similitud que exista entre la cultura de origen y la cultura de destino. Por ejemplo: el impacto puede ser mayor si la lengua o idioma de la persona es distinto al que se practica en el lugar a donde llega; o si desconoce las prácticas y costumbres, el sistema normativo o las relaciones de producción de ese lugar y sociedad.

Las personas indígenas pueden estar inmersas en procesos de migración en cualquiera de esas modalidades; por esa razón, es un factor que debe ser evaluado por quien juzga bajo el presupuesto de impartir justicia desde un enfoque intercultural.

Respecto a esta condición, se sugiere revisar el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional, emitido por la SCJN, disponible en la siguiente página:

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuaci%C3%B3n-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-afecten-personas-migrantes-y-suje>



Para brindar un ejemplo real, se comparte el testimonio de Lorenza Gutiérrez Gómez, mujer indígena Coordinadora del Colectivo de Mujeres Indígenas Trabajadoras del Hogar (COMITH).

“Cuando somos niñas y vivimos en nuestra comunidad con nuestras familias no vemos ninguna diferencia. Todos nos conocemos y nos saludamos al vernos, hablamos la misma lengua, trabajamos en el mismo campo, [...]

Pero cuando salimos por primera vez de nuestras comunidades, muchas de nosotras siendo aún niñas y sin saber muy bien las razones, casi siempre es por la necesidad de buscar un trabajo que en la comunidad no hay, porque el dinero que ganan nuestros padres no alcanza, porque somos muchos hermanos, porque si nos enfermamos de gravedad aquí no hay doctores para curarnos [...]

Pero la vida en la ciudad no es como en el pueblo, aquí hay gente que se burla por la forma en la que hablamos y nos vestimos cuando vamos en el transporte público, al entrar en los restaurantes y en las tiendas departamentales, cuando solicitamos algún servicio médico o simplemente caminando por la calle. [...]

El trabajo en casa es visto como si fuera un trabajo para las mujeres pobres porque se cree que no se necesitan muchas habilidades para hacerlo, basta con ser mujer y ser pobre. [...] En este trabajo existe el abuso, la discriminación y el maltrato psicológico, emocional y a veces físico y sexual, porque las empleadoras y sus familias se creen con la obligación de educarnos; nos dicen que nuestras costumbres no están bien, que debemos hablar correctamente (en español), nos dicen que como ya estamos en la ciudad ya no tenemos que comportarnos como en el pueblo [...]. Muchas lo hacen llenas de buenas intenciones [...] Claro, cuando podemos estar con nuestra gente platicamos en nuestra lengua y reproducimos nuestra cultura.

Las condiciones en las que trabajamos están tan arraigadas en la sociedad que incluso muchas de nosotras vemos el trato que se nos da como algo normal, dormir en la azotea o en la bodega junto al boiler, comer el recalentado de ayer y de pie en la cocina, estar al pendiente de la familia las 24 horas del día, trabajar más de 12 horas al día sin descanso, no recibir aguinaldo ni pensión, etc. Y creemos que así es en todas las casas.” ¹⁰

B. Determinación del derecho aplicable. Derecho interno de origen nacional (indígena y no indígena) e internacional

Una vez que se han analizado los hechos desde una perspectiva intercultural y con enfoque de género, es preciso mantener ambos puntos de vista para determinar el derecho aplicable al caso y tomar una decisión sobre la jurisdicción que conocerá del asunto, ya sea que se opte por aplicar la jurisdicción del Estado central o por la competencia de la jurisdicción indígena. En este apartado se reflexiona sobre las situaciones en torno a la pluralidad normativa que se presenta con motivo de las controversias jurídicas en donde están involucradas personas de pueblos y comunidades indígenas.

El artículo 1º de la CPEUM fundamenta la obligación de las autoridades de impartir justicia desde un enfoque intercultural y con perspectiva de género. Como se ha revisado en Unidades anteriores, la diversidad cultural y la identidad sexo/genérica son categorías que, de manera independiente o en conjunción con otros factores o elementos, pueden ser motivo de actos de discriminación por parte de las autoridades y/o de las personas particulares:



Artículo 1º constitucional

*“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
[...]*

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Con base en esta obligación, la autoridad jurisdiccional debe identificar el derecho aplicable al caso, partiendo del reconocimiento de la pluralidad normativa que rige en el Sistema Jurídico Mexicano (artículos 1º y 2 de la CPEUM) y que tiene como consecuencia la plena vigencia y exigibilidad de normas internas:

- » De origen no indígena. Revisión de disposiciones constitucionales que protegen derechos humanos; jurisprudencia; costumbre; leyes generales, federales y estatales; reglamentos y demás ordenamientos aplicables.
- » De origen indígena o comunitario. Revisión de usos y costumbres que sean aplicables al caso, análisis de su significado e implicaciones jurídicas en el contexto cultural de la comunidad con base en dictámenes periciales.
- » De origen internacional. Disposiciones con fuerza constitucional que protegen derechos humanos.

Es preciso verificar si los hechos que se analizan en el caso están regulados en una o varias fuentes de las aquí señaladas. En cualquier caso, de acuerdo al artículo 1º constitucional, las disposiciones identificadas deberán interpretarse e integrarse atendiendo no a la jerarquía normativa, sino a la forma en que se puede garantizar la protección más amplia de los derechos humanos de las personas involucradas en el caso.

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. [...] Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.” (Resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011) ¹¹

La selección y análisis del derecho aplicable también atiende a criterios de especialidad, de manera que, una vez identificado de forma general el marco normativo aplicable al caso por razón de materia, territorio y espacio, será necesario revisar si existen disposiciones específicas vinculadas con las características y condiciones de las personas involucradas: indígenas; mujeres; niñas, niños y adolescentes; condición de discapacidad, y condición migratoria, por mencionar algunas.



Un ejemplo de cómo es posible resolver el tema de la pluralidad normativa a través del diálogo intercultural y de género se observa en el caso *Aloeboetoe vs Surinam*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Los hechos tienen lugar cuando se lleva a cabo la ejecución extrajudicial de 7 indígenas cimarrones de la comunidad de Atjoni por parte de autoridades del Estado. La comunidad se caracteriza por tener un modelo de familia poligámica y patriarcal; no obstante lo anterior, el Estado pretendía limitar la reparación del daño a una sola de las esposas de cada víctima, considerando además que no tenían actas del registro civil para demostrar la filiación consanguínea.

La Corte no aceptó este argumento y elaboró una nueva propuesta de reparación que reconoce las costumbres saramacas en el establecimiento de relaciones familiares y de parentesco.¹²

C. Determinación de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable

Los derechos humanos previstos en disposiciones constitucionales y en tratados internacionales prevén conceptos generales y señalan pautas que orientan la actuación de las autoridades, pero no se define con precisión en qué debe consistir aquella. En este sentido, la jurisprudencia nacional e internacional tiene un papel prioritario, al ser el mecanismo mediante el cual en numerosas ocasiones se define el contenido esencial de los derechos humanos¹³, así como los lineamientos que debe atender el Estado para hacerlos efectivos.

Existen al menos dos criterios que ha establecido la SCJN respecto a las reglas de aplicación de la jurisprudencia tratándose de la protección y garantía de los derechos humanos:

CRITERIO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA

El principio pro persona guía las reglas de aplicación de la jurisprudencia nacional e internacional.

“21. De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretar los y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.” (Expediente Varios 912/2010)

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Todos los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para las y los jueces mexicanos, aún cuando el Estado mexicano no haya sido parte en la controversia de donde surgen aquellos.

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.” (Resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011) ¹⁴

D. Declinación de competencia a favor de la jurisdicción indígena

La revisión de los hechos y del marco jurídico aplicable aporta elementos para que la autoridad jurisdiccional del Estado central, pueda determinar la pertinencia de mantener o declinar su competencia para conocer de un asunto en el que están involucradas personas indígenas. A continuación se sugieren tres criterios orientadores respecto a esta decisión:

Criterio 1

El primer criterio consiste en evaluar en cuál de los dos sistemas es factible **garantizar la mayor protección de los derechos humanos** de las personas involucradas. Esto se debe a que, aún en un contexto de pluralidad normativa, tanto el derecho indígena como no indígena tienen como margen de aplicación e interpretación el respeto de los derechos humanos, de acuerdo al artículo 1º constitucional.

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. [...]”¹⁵

Criterio 2

El segundo criterio es la **revisión de las consecuencias jurídicas** que se generan en uno u otro sistema, lo que permite advertir cuál será el procedimiento idóneo para reparar el daño causado, desde la perspectiva intercultural y de género. Esto sin olvidar que tanto en la jurisdicción indígena como en la del Estado central, quienes juzgar deben garantizar a la persona la protección más amplia (pro persona).

En el ámbito penal, el Convenio 169 de la OIT establece que, en materia de impartición de justicia, los Estados deberán considerar las formas jurídicas propias de los pueblos y comunidades indígenas, así como el hecho de que en estos se privilegian formas de sanción distintas al encarcelamiento.

“Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

Criterio 3

El tercer criterio es la **opinión** de las personas que intervienen en el proceso.

Aunque, en términos jurídicos son evidentes los avances que ha tenido el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como las demandas de las mujeres respecto a la igualdad con los hombres durante las últimas tres décadas, en México aún persisten prácticas institucionales que niegan este contexto de pluralidad normativa, así como dinámicas sociales que contribuyen a la discriminación por condición de género, etnia y clase.

Estas prácticas normativas constituyen una limitante jurídica que condiciona la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas y coloca su autonomía como una cualidad política que termina siendo definida por prácticas exteriores.

4.2 Identificación de las obligaciones generales y específicas del Estado

Si la autoridad estatal decide mantener su jurisdicción sobre el caso, el siguiente paso será analizar los derechos que se vinculan al conflicto, en relación con las obligaciones que tiene el Estado y, si llegaran a entrar en contradicción dos o más derechos humanos, llevar a cabo un juicio de ponderación.

Determinación de derechos vulnerados o derechos en conflicto

Si se han atendido los pasos previos, en esta fase del análisis de caso, la autoridad ya tiene indicios y elementos probatorios que le permiten comprender los hechos desde un enfoque intercultural y de género. Conoce también el contexto cultural, las condiciones y las características personales de quienes están involucrados o involucradas en el proceso. Todo esto hace posible determinar cuál es el objeto de la litis y el derecho aplicable.

El objeto del litigio lo constituyen las pretensiones –demandas- que tienen cada una de las partes del conflicto y supone la existencia de uno o varios derechos involucrados. Al identificar estos derechos, es fundamental determinar su contenido esencial (aquellos elementos de un derecho que no pueden ser alterados porque definen el bien jurídico que se protege) para efectos del caso, así como evaluar si existen otros derechos que, aún sin ser mencionados en los escritos de demanda, se vean afectados por el conflicto en cuestión. Lo anterior, con base en los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad que son propios a los derechos humanos.

“PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD). ORIENTAN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN ESA MATERIA Y SON DE INELUDIBLE OBSERVANCIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES. [...] En virtud de éstos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia); [...] los referidos principios orientan la interpretación de los restantes preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales, [...] por lo que se constituyen como auténticos principios de optimización e interpretación constitucional que el legislador decidió objetivar en la Norma Suprema y, que por ende, resultan de ineludible observancia para todas las autoridades, y más aún para las jurisdiccionales.”¹⁶

Con esta acción, además de precisar la regulación normativa que rige a los derechos involucrados (su definición, alcances y límites), es factible que la autoridad pueda determinar si, de acuerdo a la materia del asunto, se debe suplir alguna deficiencia en la queja presentada por las y los interesados.

A) DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES GENERALES Y ESPECÍFICAS DEL ESTADO

La identificación de los derechos que están involucrados en el caso y del derecho que los regula y protege se complementa con el análisis de las obligaciones que tiene el Estado respecto a aquellos con base en el artículo 1° Constitucional y los tratados internacionales: respeto, protección, garantía y promoción.

Respetar

Esta obligación es de cumplimiento inmediato pues sólo requiere que la autoridad no interfiera en el ejercicio de los derechos humanos, o bien, que no lleve a cabo actos que los puedan poner en peligro.¹⁷

Proteger

Exige que el Estado diseñe el marco jurídico e institucional para evitar posibles violaciones a derechos humanos por parte de particulares y autoridades.

Garantizar

Implica el deber que tienen los Estados de organizar las instituciones públicas de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el ejercicio de los derechos humanos. Como parte de esta obligación, se encuentran las obligaciones específicas: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.¹⁸

Promover

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de brindar a la población en general toda la información necesaria para que sus integrantes puedan ejercer plenamente sus derechos humanos.

La solución de un conflicto ante autoridades jurisdiccionales que se vincula con el derecho de acceso a la justicia siempre es una obligación de garantía, pues las personas acuden a los tribunales para solicitar una pronunciación sobre los hechos y derechos en conflicto —lo que requiere una investigación— y, en su caso, la reparación del daño.

Durante el análisis del caso, la autoridad podrá determinar si el conflicto de derecho se relaciona con una o varias obligaciones del Estado, incluso con la propia obligación de garantizar, como ocurre cuando se niega el acceso a la justicia a las personas indígenas o a los pueblos y comunidades indígenas como colectivos y éste es el motivo de la litis.

B) CARACTERÍSTICAS DE LOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES QUE OFRECE EL ESTADO PARA CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES

Las obligaciones del Estado se establecen tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de forma general, lo que dificulta, en cierta medida, que quien juzga pueda establecer, con parámetros objetivos:

- » ¿En qué modo y grado se cumplió o no con una obligación estatal respecto a los derechos humanos que se presumen infringidos por actos u omisiones de las autoridades?
- » ¿Cómo debe ser la actuación del Estado para garantizar su obligación de impartir justicia, cuando el conflicto se da entre particulares?

Para dar solución a este problema técnico-jurídico, se sugiere retomar los criterios, parámetros o indicadores elaborados por el ex relator de las Naciones Unidas, Paul Hunt ¹⁹, como parte del “desempaquetado” (*unpacking*) de un derecho humano. Su propuesta consiste en utilizar estos criterios como guía para evaluar el grado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a derechos humanos específicos.

Paul Hunt indica que toda medida adoptada por el Estado para cumplir con cada una de sus obligaciones debe atender requisitos mínimos de:

Disponibilidad

Disponibilidad Este indicador se refiere a que los recursos ofrecidos por el Estado sean suficientes —servicios, instalaciones, mecanismos, personal— para que la persona pueda ejercer un derecho humano. Algo está “disponible” cuando puede ser utilizado de forma inmediata.



Ejemplo: El Estado tiene obligación de proteger el derecho a la salud de las mujeres indígenas; con ese fin ha organizado caravanas y módulos de atención médica que mensualmente acudirán a la comunidad lacandona en el estado de Chiapas. No obstante lo anterior, como en el equipo médico no hay personas que hablen la lengua originaria, al llegar a la comunidad no les es posible comunicarse con las mujeres para ofrecer los servicios, hecho que se complica aún más cuando los hombres que sí hablan español interpretan que el equipo médico “quiere evitar que nazcan más niños”. En estos términos, aunque los recursos están disponibles, son inaccesibles en términos culturales, propiciando el incumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la salud por parte de la autoridad.

Aceptabilidad

Aceptabilidad. Este indicador se refiere a que los servicios ofrecidos por el Estado deben tomar en cuenta los intereses, necesidades y características de la persona que hace uso de aquellos al momento de ejercer un derecho. En otras palabras, la persona titular de un derecho humano debe “aprobar” (esto es aceptar) las medidas que el Estado ofrece para la realización de aquel, pues de ello deriva la pertinencia o conveniencia de las mismas.



Ejemplo: La obligación de garantía implica que el Estado investigue, sancione y repare las violaciones a derechos humanos.

Llega hasta un juzgado el caso de una adolescente indígena que es representada por una ONG, acusando a su padre y madre por haberle establecido un acuerdo de matrimonial con un hombre 15 años mayor que ella. La autoridad jurisdiccional analizó el caso sin enfoque de interculturalidad ni perspectiva de género y resolvió condenar a ambos progenitores a 20 años de prisión por el delito de trata. La policía ingresó al domicilio de la niña y se llevó a su padre y madre a la cárcel estatal, cerrando de este modo el caso; la ONG también perdió contacto con la adolescente, quien no comprende del todo lo que sucedió, pues sólo quería evitar que la obligaran a vivir con un hombre. Y tampoco sabe a dónde se llevaron a sus progenitores, pero, a partir de ese suceso, fue despreciada por las y los integrantes de la comunidad, incluida su familia, hasta el punto que debió huir de la misma porque nadie le dirigía la palabra y no tenía forma de conseguir alimento; todo el tiempo le recordaban el daño que había hecho a la comunidad

Una resolución en este sentido no es aceptable desde el punto de vista de los intereses, necesidades y características de la niña, quien proviene de un contexto cultural que debió ser evaluado para proponer una solución que no propiciara su exclusión de la comunidad, que es el núcleo social del cual forma parte.

Calidad

Calidad. Los bienes y servicios que el Estado pone a disposición de las personas para que éstas gocen y ejerzan sus derechos humanos deben estar “hechos” o “diseñados” con materiales o características mínimas que les permitan servir para el fin para el que han sido creados, de forma eficiente.



Ejemplo: La obligación de promover compete al Estado a brindar información a los pueblos y comunidades indígenas sobre sus derechos.

En el municipio de Isúa, se ha diseñado una campaña de difusión de derechos de pueblos y comunidades indígenas en formato audible y en lenguas originarias, con el fin de que, durante todo un mes, una camioneta con megáfono incluido recorra las seis comunidades del territorio para que esta información llegue a toda la población. Aunque en el estudio de grabación las cintas siempre se escucharon adecuadamente, nunca se hicieron pruebas de sonido con el megáfono, y no fue sino hasta que comenzó la campaña que pudieron notar que, debido al exceso de tonos graves, las palabras eran inentendibles, más aún cuando había vientos fuertes en el recorrido.

En este caso, aunque la información para dar cumplimiento a la obligación de promover los derechos de los pueblos y comunidades indígenas está disponible, es accesible y aceptable en términos culturales, no es de calidad, pues no sirve para el fin para el cual fue creado.

C) PRINCIPIOS DE APLICACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Conforme al artículo 1º constitucional y a las obligaciones contraídas por virtud de tratados internacionales, el ejercicio e interpretación de los derechos humanos y, por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones del Estado, se guían conforme a diversos principios como: garantizar la protección más amplia para la persona; asegurar la protección progresiva de los derechos humanos, y garantizar los derechos en apego al principio de igualdad y no discriminación.



CPEUM

*“Artículo 1º En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos** reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...]. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la **protección más amplia**.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad [...]. **Queda prohibida toda discriminación** motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”*

Convención Americana de Derechos Humanos

“Artículo 26. Desarrollo Progresivo

*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para **lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, **en la medida de los recursos disponibles**, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

En el desarrollo del curso se ha hecho énfasis en dos de estos principios; no obstante, los cuatro deberán ser considerados por la autoridad jurisdiccional en el desarrollo de sus funciones:

Igualdad y no discriminación

En la función jurisdiccional, este principio tiene una doble función, puesto que la evaluación que hace quien juzga sobre las condiciones y contexto de las personas involucradas sirve para determinar si es necesario compensar o transformar desigualdades de hecho o de derecho vinculadas tanto con la solución conflicto —en la sentencia—, como con el acceso a la justicia en sí mismo —modificaciones o ajustes en el procedimiento.

Pro persona

La interpretación de los derechos humanos debe garantizar la protección más amplia, esto en un contexto de pluralidad normativa. Incluye la revisión de todas las disposiciones jurídicas (indígenas y no indígenas), desde el enfoque intercultural y de género.

Progresividad y no regresividad.

Este principio obliga a la autoridad a no reducir el campo de protección y disfrute que ya tiene la persona respecto a sus derechos humanos, de manera que toda acción que se tome durante el proceso o en la sentencia debe, al menos, mantener el nivel de goce y ejercicio del derecho en cuestión y siempre buscar un avance mayor en el mismo.



“PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. [...] iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.”²⁰

Se trata de un principio que consagra el incremento gradual de la protección de los derechos humanos.

Máximo uso de los recursos disponibles.

Este principio se vincula estrechamente con el de progresividad y no regresividad, pues los Estados deben administrar sus recursos de manera racional y objetiva, de manera que la mayor cantidad posible de éstos —conforme a sus necesidades y características— se destine a la protección y garantía de los derechos humanos.

Las perspectivas de interculturalidad y género permiten se vinculan con estos cuatro principios. Los de progresividad-no regresividad y máximo uso de los recursos disponibles, contribuyen a que la autoridad jurisdiccional, a partir de medios probatorios como los dictámenes periciales, determinen medidas concretas que son pertinentes para proteger o restaurar uno o varios derechos afectados, tomando en cuenta las necesidades e intereses específicos de las personas indígenas.

Elaboración de argumentos desde un enfoque intercultural y de género

La metodología de análisis sugerida en esta Unidad inicia por evaluar las condiciones y circunstancias específicas de las personas involucradas —valorando entre otras cosas, las diferencias que se suscitan por razones de identidad cultural y de género— y concluye con consideraciones sobre los principios de aplicación de los derechos humanos. El objetivo es que la autoridad jurisdiccional tenga elementos suficientes para estructurar argumentos desde un enfoque intercultural y de género.

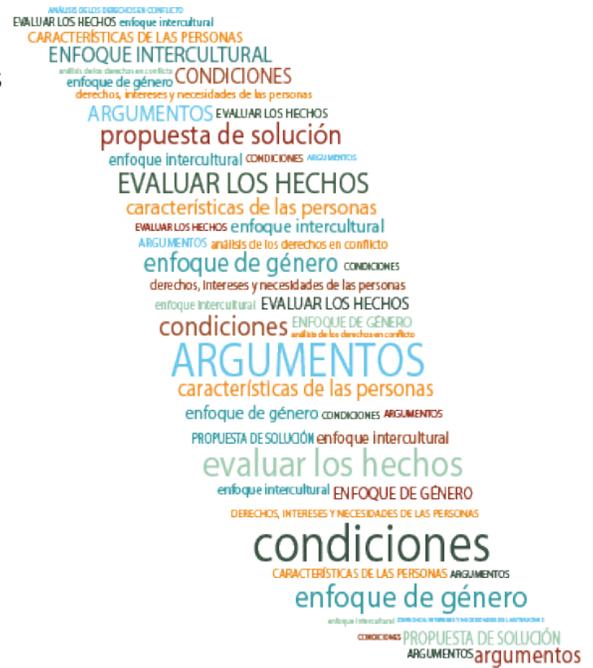
Toda resolución es, por sí misma, una relación de argumentos que se orientan a exponer las razones y los fundamentos sobre la responsabilidad que se atribuye a cada persona en términos jurídicos por la realización de una conducta y, con base en esto, la determinación respecto a quién asiste la razón o el derecho.

En conclusión, la argumentación con perspectiva intercultural y de género se sirve de la información que aporta cada uno de los elementos que se analizaron en este apartado:

- » **Evaluar los hechos a partir de las condiciones y características que tienen las personas involucradas en el caso.** Esto implica analizar y evaluar, a través de medios probatorios idóneos, el impacto que tiene la identidad cultural y las diferencias por razones de género en los acontecimientos que dieron lugar al conflicto, así como su relación respecto al derecho de acceso a la justicia.
- » **Ambas perspectivas se mantienen al momento de identificar el derecho y la jurisprudencia aplicable al caso.** El contexto de pluralidad normativa obliga a la autoridad jurisdiccional a hacer una revisión de las disposiciones jurídicas indígenas y no indígenas, evaluando sus alcances e implicaciones en la solución del caso.

La protección más amplia de los derechos humanos es el criterio que orienta la determinación sobre la jurisdicción que debe mantenerse para resolver el caso. Los argumentos, en este caso, deben demostrar de forma objetiva y razonable los motivos por los cuales se justifica la aplicación de la jurisdicción elegida, indígena o no indígena.

- » Después de tomar una determinación sobre la jurisdicción para conocer del asunto, la argumentación debe hacer el análisis de los derechos en conflicto. El ejercicio de cada derecho y su posible afectación —sea esta provocada por actos u omisiones tanto de autoridades como de particulares— se vincula estrechamente con el cumplimiento de las distintas obligaciones del Estado. Esto es así porque, sin importar si el conflicto se da por actos de autoridades que afectan a particulares o por problemas exclusivamente entre particulares, el Estado tiene obligaciones generales y específicas para proteger y garantizar los derechos humanos de las personas. Con el fin de orientar los alcances de tales obligaciones, se ha sugerido en esta Unidad utilizar los elementos institucionales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, cada uno de ellos obliga a la autoridad a incorporar la perspectiva intercultural y de género.
- » Si desde un inicio se lleva a cabo el análisis de caso con ambas perspectivas, será más sencillo para la autoridad estructurar una propuesta de solución acorde con a los derechos, intereses y necesidades de las personas involucradas. No obstante lo anterior, quien juzga tiene facultades suficientes para allegarse de todos los elementos que le permitan estructurar dicha solución.
- » Algunas instituciones que pueden brindar información respecto a los derechos de las personas que forman parte de pueblos y comunidades indígenas y en relación con los derechos de las mujeres son las siguientes:
 - » Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)
 - » Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI)
 - » Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES)
 - » Instituto de Defensoría Pública en Lenguas Indígenas (SCJN)
 - » Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (Fevimtra) de la Procuraduría General de la República
 - » Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la violencia contra las Mujeres (CONAVIM)
 - » Comisión de Asuntos Indígenas (Congreso de la Unión, Congresos locales)
 - » Consejo de Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal (CPBODF)
 - » Oficina de Asuntos Indígenas (estados y municipios)
 - » Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales (CTA)
 - » Comisión de Igualdad de Género (Congreso de la Unión, ALDF y Congresos locales)
 - » Fiscalías para la atención de Delitos Sexuales (federal y estatales)
 - » Procuraduría General de Justicia y Procuradurías de Justicia de los estados
 - » Centros integrales de apoyo a la mujer (CIAM)
 - » Agencias especializadas en delitos contra la libertad, seguridad sexual y contra la familia (estatales)
 - » Servicio Público de Localización Telefónica (LOCATEL)
 - » Sistemas de Atención a Víctimas de Delito



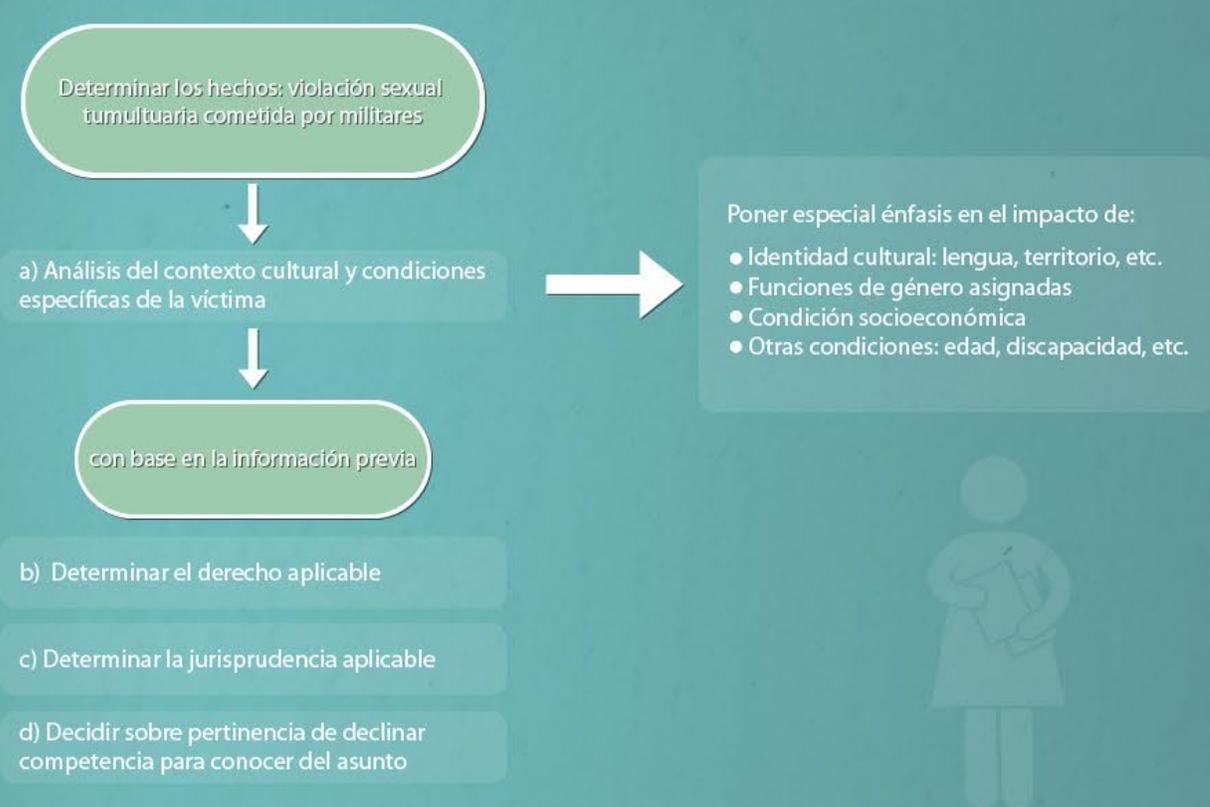
En esta Unidad se ha propuesto una metodología de análisis de caso que se divide en fases y elementos que forman parte del ejercicio de derechos humanos, con sus correlativas obligaciones por parte del Estado. A continuación, se muestra un ejemplo esquemático de la aplicación del método, sólo referido al cumplimiento de una obligación.

En esta Unidad se ha propuesto una metodología de análisis de caso que se divide en fases y elementos que forman parte del ejercicio de derechos humanos, con sus correlativas obligaciones por parte del Estado. A continuación, se muestra un ejemplo esquemático de la aplicación del método, sólo referido al cumplimiento de una obligación.

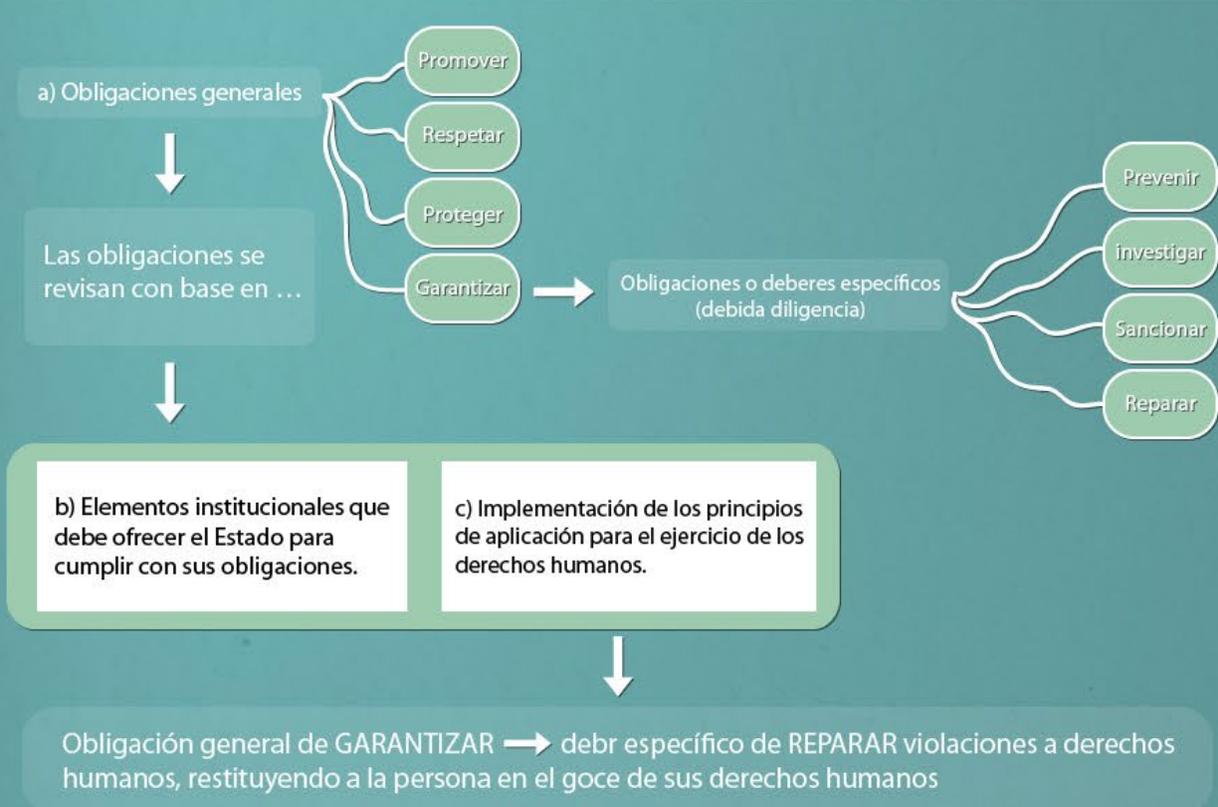


CASO SOBRE LA VIOLACIÓN SEXUAL COMETIDA EN CONTRA DE VALENTINA ROSENDO CANTÚ POR PARTE DE INTEGRANTES DEL EJÉRCITO MEXICANO

4.1. Identificación de los derechos afectados



4.2. Identificación de las obligaciones generales y específicas del Estado vinculadas a los derechos afectados



Principios de aplicación



Características de los elementos institucionales

4.3 Juicio de ponderación

A la fecha, las estrategias jurídicas para garantizar el goce de los derechos humanos a partir de los elementos y criterios mencionados durante el curso son variadas y también cada vez más frecuentes, pues a medida que se visibilizan las necesidades específicas de la población, también se incrementa la necesidad de resolver conflictos sobre derechos humanos desde enfoques como el de interculturalidad y el de género.

Un conflicto o litis, en ocasiones, involucra colisiones o confrontaciones entre derechos humanos, de manera que no es posible satisfacer el ejercicio de un derecho sin afectar otro. Los derechos humanos, a diferencia de otro tipo de disposiciones del sistema normativo, no se consideran reglas de todo o nada (como podría ser un tipo penal), sino derechos-principio que no tienen jerarquía entre sí.²¹ Esto quiere decir que, cuando el ejercicio de un derecho humano entra en colisión con otro, la solución exige métodos de solución distintos a los que tradicionalmente se utilizan para resolver antinomias jurídicas.

Robert Alexy ha sugerido el método de ponderación. Conforme a este, siempre se privilegia el ejercicio de un derecho humano, a pesar de que ello signifique la afectación a otros derechos. Esto se justifica dependiendo del bien jurídico que se considere más relevante proteger en el caso sometido a análisis.

El método de ponderación se aplica una vez que se han analizado los hechos y se han identificado los derechos en conflicto. El conflicto puede surgir entre dos derechos que pertenecen a la misma persona, o bien, entre derechos humanos que pertenecen a personas distintas. Al ponderar, literalmente “se pesa” qué derecho debe prevalecer, para ello Alexy sugiere algunos criterios:

- » **Necesidad.** La restricción a un derecho humano en favor del ejercicio de otro derecho sólo se justifica si ésta es la única medida que puede implementarse, o bien, si no existe otra medida o acción menos gravosa para solucionar un caso.
- » **Idoneidad.** Quien juzga debe cerciorarse de que la medida que pretende aplicar es adecuada para lograr el fin para el cual ha sido diseñada; es decir, debe verificar su pertinencia.
- » **Proporcionalidad en sentido estricto.** La restricción a un derecho humano debe compensar el beneficio que se obtiene con el ejercicio del derecho que prevalece.

En el caso de los derechos de personas indígenas, el peritaje antropológico con dictamen cultural es uno de los medios desde los cuales se posibilita la exposición relacional entre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad para la ponderación del ejercicio de derechos humanos, en un contexto de multiculturalidad.

La argumentación en todo acto jurisdiccional que se relacione con personas, comunidades y pueblos indígenas y condición de género exige una contextualización cultural, que involucra cuestiones de género. Los elementos que aportan estas pruebas periciales hacen posible romper la dinámica monorreferencial del Derecho mestizo, que se caracteriza por analizar el caso sin tomar en cuenta la dinámica comunitaria (lingüística, organizacional y georreferencialmente).

A partir de la información que brindan los dictámenes en ciencias antropológicas, es factible que quien juzga visibilice la principal implicación de la pluralidad normativa: existencia de una diversidad de formas de organización sociopolíticas que se soportan en la sistematicidad de prácticas, saberes y creencias conjugadas para la constitución de comunidades singulares. Esta argumentación da origen a la “defensa cultural” de los derechos humanos.

Alison Dundes denomina “defensa cultural” a la forma de construir alegatos para el trato de asuntos en los que la diferencia se hace presente. Es una política que, para que surta un mejor efecto y pueda volverse un ejercicio sistemático en la defensoría, necesariamente debe ser introducida en el aparato judicial central mientras no se cuente con otro modelo de Derecho. Dundes lo presenta de la siguiente manera:

“La defensa cultural es una política que representa una vía desde la cual los Estados pueden responder a algunos de los cambios asociados con la diversidad cultural. Sin embargo, esta estrategia legal a la fecha no ha sido oficialmente adoptada por sistema jurídico alguno, la demanda que personas hacen para que las cortes consideren argumentos relativos a su diferencia cultural o religiosa en casos tanto penales como civiles para contextualizar los hechos, ha ido en incremento [...]”

En las sociedades plurales alrededor del globo los choques culturales entre grupos minoritarios y la cultura dominante son frecuentes. El creciente número de migrantes que cruzan las fronteras trae consigo distintos sistemas de valores que han ejercido gran presión sobre los Estados para responder a las demandas de dicha ‘diversidad’. La primera justificación para la adopción de la defensa cultural como política pública es precisamente que para la aplicación de la justicia se requiere considerar toda la información relevante cuando se están juzgando las acciones de las partes involucradas. Si no considera el contexto cultural puede presentarse una seria distorsión de lo acontecido [...]”

Básicamente mi propósito es confrontar el paradigma monocultural, frecuentemente aludido desde la máxima que reza ‘Cuando estés en Roma, haz como los romanos’ [...]”²²

Con el objeto de exponer de manera particular cómo ha sido introducida la categoría de plurirreferencialidad normativa en situaciones jurídicas en las que se han visto involucradas personas de comunidades y pueblos indígenas —tanto singular como colectivamente—, se recurre a casos en los que el peritaje antropológico con dictamen cultural ha sido presentado con el fin, precisamente, de señalar la existencia del contexto de pluralidad normativa realmente existente.

La **herramienta jurisdiccional** para explicar la cosmovisión de una cultura respecto a las conductas de sus integrantes es el **peritaje antropológico**, y se insiste en ello porque el sistema jurídico mestizo, hasta ahora, había dado poca importancia al hecho de que se necesitan conocimientos especializados para comprender el contexto cultural de una persona y cómo es que éste influye en su comportamiento y su interacción con otros grupos sociales.

Haciendo una analogía simple, si en un proceso judicial se discute la extensión de una lesión corporal y sus consecuencias futuras en el quehacer de la persona afectada, es necesario hacer un peritaje médico, ya que la persona que imparte justicia no tiene este conocimiento específico. Igualmente, cuando es el contexto cultural el que determina la comprensión del significado de un hecho, es preciso acudir a quienes tienen pericia en ciencias antropológicas, pues sólo estas personas expertas pueden explicar, con base en conocimientos científicos, cómo es comprendida la situación por las personas indígenas y cómo se puede analizar el conflicto.
