

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

V. LA PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN EL ESCENARIO CONSTITUCIONAL: ESBOZO EN TORNO AL DIÁLOGO JUDICIAL INTERCULTURAL

Como hemos señalado, la interculturalidad permite una mejor aproximación a la complejidad que suponen las interrelaciones culturales, pues no impone un punto de vista o una perspectiva, sino que procura —a través del reconocimiento,

¹⁷² “Las narraciones son los textos de las tradiciones, las convicciones son los valores críticos e intuitivamente vivenciados para juzgar la historia, y las argumentaciones son los distanciamientos reflexivos de la tradición a través de la exposición de razones en marcos dialógicos [...] En la convicción aparece lo más creativo y auténtico, pero también lo más riesgoso y peligroso, como puede ser la convicción fanatizada [que pretende trasladar a otras tradiciones su versión]. La convicción creativa es una sensibilidad no impositiva [...] permite revisar sus propios esquemas impositivos [...] adviene crítica y receptiva a la interpretación y a la mediación de horizontes de sentido [como presencia que delata la preocupación por lo que le pasa al otro. Finalmente, la justificación de los derechos requiere de la exposición de razones, de ideas compartidas y disidentes [argumentación]”. *Ibid.*, p. 111.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

la reflexividad y el diálogo— construir soluciones posibles a los conflictos y tensiones entre culturas. Esto incide directamente en los procedimientos y contenidos constitucionales. La ampliación de los marcos referenciales y de los horizontes de posibilidades entre las interrelaciones sociales, a partir del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, como elemento constitutivo del Estado, facilita la aproximación a la diversidad cultural desde una posición de igualdad entre culturas. De ahí que la perspectiva intercultural constituya un elemento necesario para la salvaguarda de los derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas.

Si bien el escenario de la conflictividad intercultural abarca conflictos entre culturas y al interior de ellas que requieren ser analizados desde diferentes perspectivas dependiendo de las circunstancias de cada caso, el encauzamiento jurídico de controversias que implican la determinación de derechos colectivos de los pueblos indígenas requieren una particular atención dado el impacto que generan tanto en las personas que concurren al proceso como en la comunidad a la que pertenecen. Esto plantea a la judicatura nuevos retos y responsabilidades que repercuten no sólo en el sentido de sus resoluciones, sino, y particularmente, en el transcurso del procedimiento, pues es ahí donde se configura el sentido de sus determinaciones. Esto es, la interculturalidad incide también en el significado de las reglas organizativas y procedimentales de los procesos constitucionales que requieren respuestas legislativas y, en última instancia, jurisdiccionales.

Aspectos como la delimitación de la controversia, las partes materiales involucradas en la misma, la comunicación judicial efectiva, la atención al factor temporal, la adecuada

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

valoración de las reglas procesales para maximizar derechos sin afectar la igualdad procesal de las partes, la plena garantía de audiencia a todos los involucrados, la distribución de las cargas y el valor de los elementos probatorios, y la forma de interpretar derechos sustantivos y procesales (aspectos ampliamente considerados por la doctrina procesal tradicional), pueden requerir de nuevas valoraciones cuando se proyecta sobre ellos la perspectiva intercultural.¹⁷³

Ello es así porque el reconocimiento de la diversidad cultural supone, entre otras cosas, asumir la posibilidad de que los miembros de otra cultura conciban la dignidad humana, las necesidades básicas de las personas y la relación entre el individuo y la sociedad (y con ello la noción misma de derechos y deberes fundamentales) de modos muy diferentes a la perspectiva occidental predominante en los espacios públicos urbanos, que suelen caracterizar a los tribunales de justicia estatal. En estos escenarios complejos, para garantizar los derechos humanos es preciso (re)definir su contenido a partir de reconocerlos como un límite al relativismo cultural (del tipo “todo está permitido”) siempre que no se asuman como parámetros absolutos, sino como derechos cuyo contenido debe ser materia de un proceso de deliberación y diálogo abierto y plural, lo que supone redefinir constantemente sus alcances en contextos particulares.¹⁷⁴

Desde esta perspectiva los conflictos interculturales, como otros, pueden cumplir una función positiva en el reconocimiento de derechos y en la construcción de posibilida-

¹⁷³ Cfr. Denninger, Erhard, “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural”, en Denninger, R. y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 27-50.

¹⁷⁴ Cfr., en general, Olivé, *Inter-culturalidad y justicia social*, op. cit., p. 160.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

des de interrelaciones culturales más justas. Como lo advierte Josep Esquirol, retomando la perspectiva de Patocka, “algo pasa en el conflicto o ante el conflicto que permite una superación del mismo más allá de la lógica de vencedor y vencido”.¹⁷⁵

Aunado a ello, los derechos humanos reconocidos en los ámbitos internacional y nacional cuando son interpretados en clave de interculturalidad permiten reconocerlos como “derechos ultraculturales” que están más allá de las fronteras de las culturas y forman parte del derecho o patrimonio común de la humanidad. Al respecto, Otfried Höffe señala que los derechos humanos, como instituciones jurídicas independientes de toda cultura, no impiden la existencia de derechos culturalmente dependientes, no desde la perspectiva de su legitimación, que es universal, sino de su conformación específica, de ahí que los derechos humanos adquieran la fuerza para una visión de una humanidad que, “por una parte, reconoce por doquier las mismas condiciones elementales y, por otra, no se deja dominar por una única cultura [...] los derechos humanos permiten a la humanidad una identidad en la diversidad”.¹⁷⁶

En este ámbito, los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos son un referente razonable de acuerdos interculturales (parciales), no sólo porque en su negociación y conformación suelen participar representantes de diferentes tradiciones jurídicas y culturales, sino, y principalmente, porque están sujetos a procedimientos de

¹⁷⁵ Patocka, J., *Ensayos sobre la filosofía de la historia*, Barcelona, Península, 1988, pp. 155-156, citado en Esquirol, Josep M., *Uno mismo y los otros. De las experiencias existenciales a la interculturalidad*, op. cit., p. 105.

¹⁷⁶ Höffe, *Derecho intercultural*, op. cit., p. 211.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

recepción interna —sea a través de la ratificación por parte de las autoridades estatales competentes o a partir de la adopción de sus postulados por la práctica legislativa, judicial o administrativa—, siendo que, además, tales instrumentos están sujetos al análisis y crítica de la doctrina nacional, comparada e internacional a través de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.¹⁷⁷

Adicionalmente, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, dado su carácter complementario y subsidiario, las instancias de revisión han reconocido cierto margen de apreciación nacional en la interpretación y aplicación de los tratados para dar sentido y efectividad a las normas de derechos humanos (no para negarlas) ante ciertas circunstancias sensibles para la comunidad nacional o ante la diversidad de contextos culturales, cuya amplitud varía dependiendo del sistema de protección, pero que se traduce en una dosis de deferencia a las instancias estatales y prudencia de las internacionales, ante la mejor posición del juez local para apreciar los hechos en controversia y el pluralismo jurídico y cultural de los integrantes del espacio convencional de referencia.¹⁷⁸ Todo ello hace que no estemos ante con-

¹⁷⁷ Como lo señala Martha Nussbaum, "los arquitectos contemporáneos del movimiento internacional de los derechos humanos, que da comienzo con la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, provenían de una amplia diversidad de países, entre los que se incluían Egipto, China y Francia, por ejemplo. Los artífices de aquel documento dieron deliberadamente a la lista de derechos la formulación que hoy conocemos para que fuera aceptable para personas de una gran variedad de tradiciones culturales y religiosas: Los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos formulados en fechas más recientes también han sido obra de equipos internacionales, en los que han tenido un destacado papel personas de países no occidentales [...]". Cfr. *Crear capacidades...*, op. cit., p. 127.

¹⁷⁸ Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Pamplona,

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

tenidos aislados de textos a la deriva, sino ante marcos de sentido que admiten una interpretación contextual, ante una unidad desde la diversidad.

No obstante, como lo advierte Villoro, lo anterior sólo es posible si se asumen dos aspectos, los cuales están reconocidos en términos generales en los propios instrumentos internacionales: “los derechos están siempre ligados a deberes y no pueden entenderse sin ellos” y “los derechos de la comunidad (colectivos) se consideran de igual valor o, incluso en muchas formulaciones, superiores a los del individuo”.¹⁷⁹

Así vistos los derechos humanos, más que conceptos “universales” son símbolos que adquieren su fuerza y sentido en la práctica, de ahí que también se consideren como valores plurales y relacionales, en tanto que se manifiestan o concretizan de diferentes formas y se significan a través de la comunicación y la convivencia en contextos culturales específicos; ésta es la base de interpretación de los principios de

Civitas, 2010, y Toro Huerta, Mauricio I. del, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en Becerra, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, III, 2007, pp. 23-61.

¹⁷⁹ Cfr. Villoro, Luis, “Condiciones de la interculturalidad”, *op. cit.*, p. 33. Estos deberes están reconocidos, entre otros, en los artículos 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce los deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollarse libre y plenamente la personalidad; XXIX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Deberes ante la sociedad) entre otros deberes que se reconocen en el instrumento; 32 (Correlación entre deberes y derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática; 35 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce el derecho de éstos a “determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

universalidad, interdependencia e indivisibilidad de esos derechos. Tanto los derechos individuales como los colectivos son interdependientes de los procesos culturales que les dan sentido.¹⁸⁰

Al respecto —señala González Arnaiz— “el marco de los Derechos Humanos que hemos reivindicado como lugar para el encuentro cultural se reclama como espacio abierto a ser interpretado por las distintas culturas; un espacio abierto en el que se deben reconocer los valores de la dignidad y del respeto y, junto con ellos, los valores de la libertad y de la igualdad en el contexto de una justicia solidaria”.¹⁸¹

De esta forma, la reformulación intercultural de un discurso sobre los derechos humanos, en el que confluyen diversas sensibilidades, los convierte en “un lugar de cruce” que admite una diversidad de lecturas, y es esta diversidad lo que da lugar a su complejidad, pero también de su dimensión fructífera como imaginario social e idea de futuro. Como lo expresa Rafael de Asís, “la atención a la dimensión cultural es una exigencia de toda teoría de los derechos que parta de la idea de sujeto moral y quiera ser coherente con ella” y por tanto “no puede manejar una teoría monolítica de estos” se requiere una teoría dinámica, abierta a dimensiones

¹⁸⁰ Para Silvina Álvarez, los derechos humanos “reflejan el pluralismo de valores al conceder la misma jerarquía normativa a un conjunto nutrido de derechos” y advierte que el pluralismo de valores nos enfrenta con: 1) El hecho de la diversidad de valores; 2) El conflicto entre valores distintos o entre perspectivas o instancias diversas de realización de un mismo valor; y 3) El desafío del entendimiento y la solución. Álvarez, Silvina, “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Entre Estado y cosmópolis*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 182 y 187.

¹⁸¹ González R. Arnaiz, *Interculturalidad y convivencia...*, op. cit., p. 172.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

culturales y contextualizada de los derechos: “una cultura de los derechos abierta a otras culturas”.¹⁸²

Esta perspectiva ha sido destacada también por Boaventura de Sousa Santos al enfatizar la dimensión emancipadora de los derechos humanos que los concibe como “derechos multiculturales” en tanto que establecen una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local. Para él, la reconstrucción intercultural de los derechos humanos supone, al menos, las siguientes condiciones: a) Pasar de la idea de completitud cultural a la de in-completitud cultural a partir del desencanto, el diálogo intercultural y la conciencia autorreflexiva; b) Pasar de concepciones culturales estrechas a visiones amplias de las culturas a fin de identificar la que representa el más amplio círculo de reciprocidad dentro de ellas; c) Transitar de tiempos unilaterales a tiempos compartidos para las condiciones del diálogo como proceso político abierto, explícito e incluso reversible; de la definición unilateral de los temas a la elección mutuamente acordada, y d) Transitar desde la igualdad o diferencia a la igualdad y diferencia, de manera que tengamos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, y de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad.¹⁸³

En la práctica judicial sin embargo, dadas las condiciones y modelos en que opera la administración de justicia, la ma-

¹⁸² Asís, Rafael de, “La interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural”, en Alarcón Carlos y Luis Vigo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011, pp. 65-78.

¹⁸³ Santos, “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 516, 527-533.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

oría de las veces no se advierte una disposición al descen-
tramiento de las perspectivas tradicionales y al diálogo
intercultural. En particular, una de las dificultades en las
controversias judiciales es que los interlocutores no sólo pre-
tenden dialogar y argumentar, sino obtener una determina-
ción favorable a sus intereses, lo que implica en la práctica
que no se observen las condiciones mínimas “ideales” de los
actos de habla (sentido, verdad, veracidad y rectitud) para en-
tablar una acción comunicativa, sino que se emplean nego-
ciaciones estratégicas, simulaciones, mala fe o falta de volun-
tad, la defensa injusta de los propios intereses, la violencia, la
amenaza u otras artimañas estratégicas.¹⁸⁴ De ahí que en so-
ciedades pluriculturales y marcadamente desiguales sin una
intervención judicial efectiva, que ejerza con responsabili-
dad y perspectiva intercultural el control del procedimiento,
los derechos de los más débiles se convierten en derechos
de los más hábiles.

De ahí también que resulte necesario establecer algunas
pautas o criterios que posibiliten el diálogo desde la sede ju-
dicial. Una primera cuestión, no muy alejada ni ajena a otras
perspectivas jusfilosóficas (como la teoría del derecho, la
argumentación jurídica o el neoconstitucionalismo) es reco-
nocer la formulación abierta de los derechos humanos como
derechos abstractos o derechos-proyecto, interpretables y de-
limitables en función de los contextos culturales que permi-
ta comprender de mejor manera que universalidad no es
uniformidad, lo que supone, en muchos casos, su conside-
ración como principios jurídicos sujetos a ponderación.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Cfr. Salas, *op. cit.*, p. 150.

¹⁸⁵ Existe amplia bibliografía al respecto, en general: Andrés Ibáñez, Perfecto y
Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, III, 2006;

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

Otros aspectos relevantes, reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, son: considerar los valores y prácticas propias de los pueblos indígenas y la índole de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente; respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, y tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas (artículos 5 y 8). En el mismo sentido, el artículo 40 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias” que determine una “reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos” y en la que “se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”. Estas pautas, junto con los principios de interpretación generales en materia de derechos humanos y específicos en materia de derecho indígena forman un parámetro hermenéutico para establecer y fomentar una reflexión crítica y, en mayor medida, un diálogo intercultural a través de los procesos judiciales.¹⁸⁶

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, y Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

¹⁸⁶ Sobre las reglas específicas de interpretación, por ejemplo, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su artículo 46.3 que sus disposiciones “se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

Adicionalmente se han destacado otras pautas interculturales que pueden resultar relevantes para instaurar un diálogo: la concepción de los derechos como procesos y no como resultados y, por tanto, abiertos al debate/intercambio intercultural a partir de una interpretación cultural contextualizada; como derechos de la humanidad (productos de luchas y reivindicaciones culturales y sociales) y no de una cultura en particular, además de asumir una posición crítica frente a otras perspectivas (como el liberalismo) cuando reclaman exclusividad; desarrollar conciencia histórica sobre el desequilibrio intercultural existente, y reconocer la instrumentalización política de los derechos humanos por las culturas dominantes como herramientas de colonización, dominación y exclusión social.¹⁸⁷

Para efectos de los propósitos de este ensayo queremos destacar dos ámbitos interrelacionados entre sí, pero que admiten un tratamiento diferenciado: a) La protección de los derechos humanos de las personas a partir de la norma que resulta más favorable (principio *pro persona*), y b) La protección de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas en conflictos extra o intracomunitarios, sometidos a la jurisdicción estatal, con especial referencia al principio de maximización de la autonomía.

democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe”.

¹⁸⁷ Cfr. Soriano, *op. cit.*, p. 106-107.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

a) *La complejidad cultural del principio pro persona*

Respecto de este punto, como ya se destacó, la reforma constitucional en materia de derechos humanos incorporó, como cláusula interpretativa, la fórmula conocida como principio *pro persona*, consistente en que las normas de derechos humanos deben interpretarse de la manera más favorable a la protección de los derechos de las personas, lo que supone brindar la protección más amplia y efectiva, y, a su vez, interpretar de manera restrictiva las limitaciones a los derechos.¹⁸⁸

En palabras de Mónica Pinto, el principio *pro persona*

[...] es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del [ser humano]¹⁸⁹

¹⁸⁸ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución), en AA. VV., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, IIJ, 2011, pp. 103-133.

¹⁸⁹ Mónica Pinto, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales / Editores del Puerro, 1997, p. 163.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

No obstante su aparente claridad, lo cierto es que, como lo destaca Ximena Medellín, el principio *pro persona* es un concepto cuya complejidad “implica que no existe una sola fuente normativa o jurisprudencial que pueda proporcionar una visión integral de su contenido”, en tanto que puede operar como un criterio de preferencia interpretativa, de preferencia normativa (en caso de antinomias) o como factor de ponderación entre derechos o valores constitucionales. Además concurre con otros principios o criterios de interpretación, como el criterio de interpretación evolutiva o progresiva; otros subprincipios favorecedores tradicionalmente identificados con sus fórmulas latinas, *in dubio pro reo*, *favor libertatis* o *pro actione*, u otros principios estructurales de la protección especial de ciertas categorías de personas, como el del interés superior del menor, la perspectiva de género, o el protector del trabajador en materia laboral, los cuales permiten al intérprete y al operador jurídico generar presunciones, identificar excepciones, distribuir cargas probatorias, distinguir supuestos, e incluso —a los jueces particularmente— aplicar retroactivamente normas más favorables o inaplicar normas restrictivas.¹⁹⁰

Aunado a ello, el principio *pro persona*, en tanto define el ámbito subjetivo-material de protección normativa, debe integrarse con otros principios propios de la hermenéutica de los derechos humanos, como son los de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, que suponen una visión holística de los derechos y una relación de codependencia entre derechos y deberes correlativos, que definen su con-

¹⁹⁰ Medellín, Ximena, *Principio pro persona, ReformaDH*, México, núm. 1, 2013, pp. 20-39.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

tenido y realización, esto es —en términos de Ricoeur— el tránsito de la capacidad a la efectuación, es decir, de la posibilidad de un derecho a la realización plena del mismo.¹⁹¹

En particular, es relevante la lectura conjunta del principio de universalidad y el principio *pro persona*, pues éste permite contextualizar y dimensionar en la realidad el contenido y alcance de los derechos humanos. Al respecto, Sandra Serrano y Daniel Vázquez consideran necesario “pensar la universalidad desde lo local, desde los contextos cotidianos de opresión” a fin de problematizar la idea de igualdad que sustenta la universalidad (como ideal abstracto) y dotarla de sentido práctico a partir del análisis de las diferentes condiciones contextuales en que se encuentran las personas en cada caso.¹⁹²

Al pensar la universalidad desde lo local, por un lado se evidencian algunos usos “hegemónicos” de la universalidad “como imposición” o “como práctica excluyente de invisibilización”, y, por otro, se abren las posibilidades de pensarla como un “proceso de emancipación a partir de la consideración, análisis y propuesta de cambio de las condiciones locales de opresión sistemática”, como “práctica de inclusión desde la realidad misma”. Adicionalmente, la práctica de la universalidad basada en la experiencia y el contexto específico de las personas, y no sobre ideas abstractas y esencialismos sobre el ser humano, permite reinterpretar los derechos

¹⁹¹ El enfoque en los deberes correlativos de los derechos es un aspecto que ha sido destacado como herramienta importante para la protección de los derechos humanos, véase, en general, Estévez Araújo, José (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

¹⁹² Cfr. Serrano, Sandra y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derecho*, México, FLACSO México, 2013, pp. 22-34.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

a partir de las necesidades locales y a partir de ahí definir, en cada contexto, la idea de vida digna. Ello nos lleva al tránsito de lo local a lo intercultural, en la medida en que “un pluralismo cultural que puede no estar de acuerdo en los bienes primarios que merecen ser considerados universales, no sólo se cuestiona el concepto de universalidad en sí, sino también las formas de construir la vida buena”.¹⁹³

De esta forma, la complejidad del principio *pro persona* no se limita a definir su contenido normativo y su funcionalidad en el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que trasciende a la definición de su propio sujeto-objeto de protección: la persona y su dignidad.¹⁹⁴

Se trata de la protección de seres humanos situados en un contexto desde el cual el contenido y el significado de la vida digna pueden ser diversos, no sólo respecto de la contraparte en un conflicto, sino del propio juez o tercero que, debiendo ser independiente e imparcial para resolver la controversia, se aproxima a la definición de los derechos e intereses de los demás a partir de su propia perspectiva cultural, de su propia cosmovisión.

Si bien, todos somos humanos, cada uno de nosotros lo es a su manera, y esa manera es —siguiendo a Panikkar— “precisamente nuestra humanidad concreta” nuestra dignidad; de esta forma, no se trata de renunciar a ningún valor positivo, sino de valorar diversamente la positividad de muchos “valores” y configurar una nueva escala de valores humanos.¹⁹⁵ Ello porque el tránsito epistemológico para definir

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Partimos, como lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1.2, de que el término “persona es todo ser humano”.

¹⁹⁵ Panikkar, *op. cit.*, p. 159.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

el alcance de atribución de la noción “persona” implica necesariamente concebir una idea de “humanidad” o “identidad humana” que resulte válida entre culturas diversas y soporte, en sus rasgos comunes, un concepto de dignidad intercultural.¹⁹⁶

Lo anterior, toda vez que, si bien —como lo destaca Clifford Geertz— los rasgos de cualquier concepción de una persona humana, como opuesto a una roca, a un animal, a una tormenta o a un dios, son aparentemente universales. Las verdaderas concepciones varían de un grupo a otro, y con frecuencia las divergencias son muy tajantes.

La concepción occidental de la persona como un universo motivacional y cognoscitivo limitado, único, más o menos integrado, un centro dinámico de conciencia, emoción, juicio y acción organizado como un todo distintivo y situado contrastantemente tanto a otras totalidades parecidas, como a sus entornos sociales y naturales es, por más indudable que pueda parecernos, una idea más bien peculiar dentro del contexto de las culturas del mundo. En lugar de tratar de situar la experiencia de los otros en los marcos de esta concepción, entenderlos exige ver sus experiencias en el marco de su propia idea de lo que es la identidad (*selfhood*).¹⁹⁷

La noción de persona —como de humanidad y dignidad— está cargada no sólo de historicidad, sino también de racionalidad, simbolismo y emotividad, de ahí que para entrañar su significado se requiera desenvolver una actividad

¹⁹⁶ Häberle, P., *El Estado constitucional*, op. cit., p. 170 y “Dignidad humana y democracia”, en *Constitución como cultura*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pp. 15-40.

¹⁹⁷ Geertz, Clifford, “Desde el punto de vista de los nativos: sobre la naturaleza del conocimiento antropológico”, en *Alteridades, Antropología y Epistemología*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 1991, p. 104.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

cognitiva compleja (entendimiento, voluntad, memoria e imaginación) que permita el desarrollo de la empatía suficiente para trasladar la expresión lingüística en una representación simbólica de una realidad histórica y subjetiva (viva) de sus derechos, deberes, capacidades, necesidades, intereses, creencias, conceptos y perspectivas de futuro. Como lo destaca León Olivé:

[...] lo que es una persona es una cuestión de interpretación, y no simplemente algo que se descubra. No hay tal cosa como una “referencia esencial a los seres humanos tal y como son”, como si este “tal y como son” pudiera interpretarse como “independientes del contexto social” [...] lo que es una persona no puede igualarse a un conjunto fijo de atributos, y la identificación de una persona no puede basarse sobre criterios absolutos. Lo que una persona es, y su identificación, dependen del conjunto de sus creencias, valores y normas. Pero este conjunto [...] a su vez depende de su contexto social —o de su cultura, si es el caso—, mismo que le ofrece el horizonte de elecciones para conformar y realizar su proyecto de vida.¹⁹⁸

Cada uno es una persona, es decir, “un nudo único en la red de relaciones que constituye la realidad” por lo que el concepto “persona” no agota lo que la persona es. Para apro-

¹⁹⁸ Olivé identifica entre los rasgos que caracterizan a una persona, por lo menos, los siguientes: “los hábitos, las disposiciones cognitivas y conductuales, los valores y las normas que presupone en sus acciones, las metas que se propone conseguir, sus necesidades y deseos, los recursos que tienen para interpretar y comprender el mundo, para comportarse dentro de ese mundo, así como sus aspiraciones, expectativas y proyectos; y finalmente, sus puntos de vista en relación con lo que es importante”. En pocas palabras “la identidad personal de los individuos está fuertemente condicionada por [la] cultura, y la realización plena de sus intereses depende de la continuidad de la misma”, lo que es “particularmente agudo” en casos de culturas tradicionales. Olivé, *Inter-culturalismo y justicia social*, op. cit., pp. 91-92.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

ximarse a esta complejidad, la interculturalidad es indispensable a fin de “no caer en una visión monolítica de las cosas que puede desembocar en el fanatismo”.¹⁹⁹

El reconocimiento y el respeto al otro y a la diversidad como presupuestos de todo diálogo intercultural y de todo juicio exigen no sólo razonamiento, sino emotividad. La perspectiva intercultural contribuye a ese proceso complejo en tanto que está abierta a todos los lenguajes y manifestaciones de la inteligencia humana, dado que —como lo expresa Bilbeny— los procesos cognitivos fundamentales, de lo sensible a lo abstracto, son comunes a toda la especie humana, sin pretender con ello que todos pensamos lo mismo, sino tan sólo que todos podemos llegar a acuerdos éticos mínimos, universales por interculturales.²⁰⁰

En tanto apuesta por la mediación contextual de la acción humana, la interculturalidad implica, entre otros aspectos, *el problema de la persona humana*, que supone reivindicar, desde la “pragmática contextual”, un concepto de persona como interlocutor, de forma tal que “la eticidad de la actividad humana lleva a sostener una noción de persona ‘digna’ en situación [...]”. Un enfoque desde esta perspectiva pragmática contextual postula la idea de una reflexividad inherente a toda persona humana, por la que se pueden ampliar sus

¹⁹⁹ Panikkar, *op. cit.*, p. 16-17.

²⁰⁰ Como lo advierte Bilbeny, “Razón y sensibilidad comparten [un] fondo cognitivo único porque existe una conexión neurológica comprobada entre ellas, la cual se verifica tanto en la forma de una intersección o posesión de elementos comunes, como en la de una reciprocidad o relaciones de influencia de una modalidad de cognición sobre la otra”. Bilbeny, *Ética intercultural*, *op. cit.*, p. 43. Véase también Nussbaum, Martha, *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, Madrid, Paidós, 2009.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

‘razones situadas’ a una estructura discursiva a escala de toda la humanidad”.²⁰¹

Esta reflexividad se manifiesta, como ya hemos apuntado, en el diálogo y, por tanto, la interculturalidad supone una perspectiva antropológica del ser humano como habitante de cultura, definido por la alteridad que lo constituye, es decir, seres dialogales (*homo dialogicus*), pues —como lo destaca Panikkar— lo que es constitutivo del ser humano es el diálogo mismo y, por tanto, éste no es sólo instrumento de comunicación. “El ser humano en cuanto tal es un ser dialogal y no un individuo aislado. Defender que no se puede prescindir del diálogo en cualquier problema humano equivale a decir que no se puede prescindir del ser humano en cualquier cuestión referente a la humanidad”.²⁰²

Desde el escenario del derecho constitucional “el ejercicio y el respeto por esta capacidad comunicativa se convierten en el punto clave del reconocimiento de derechos y también en la fuente de legitimación social y política”.²⁰³

Si la base de cualquier diálogo está en la comunicación y las de ésta en la cosmovisión de cada cultura; defender la diversidad es también defender la posibilidad de establecer modelos de convivencia basados en el diálogo y en las capacidades para su realización significativa. Como lo expresa Carlos Lenkersdorf:

[...] las cosmovisiones corresponden a “dispositivos” que determinan, mejor dicho, predeterminan nuestra manera de percibir la realidad. Por decirlo así, nos “encarrilan” hacia percepciones dife-

²⁰¹ Salas, *op. cit.*, p. 169.

²⁰² Panikkar, *op. cit.*, p. 47.

²⁰³ Esquirol, Josep M., *Uno mismo y los otros...*, *op. cit.*, p. 79.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

rentes. Por ello, la pluralidad de cosmovisiones nos enseña que todo tipo de percepción del mundo produce una captación y arreglos relativos y no absolutos ni universales del mundo. En ese sentido, la pluralidad de las cosmovisiones es el antidoto que libera cada cosmovisión particular de la presunción de ser la única y verdadera, la mejor, la más avanzada, la más científica, etcétera.²⁰⁴

En el ámbito de la protección constitucional esta defensa del pluralismo y de los participantes en el diálogo intercultural para la definición del alcance de la interpretación más favorable a la persona en su contexto, tiene también consecuencias procedimentales en los procesos de defensa constitucionales, en tanto dialógicos, y en la interpretación de los derechos humanos en tanto sentidos de textos normativos. El proceso judicial se concibe así como un espacio público y abierto al diálogo intercultural.

Esto es, a partir de la distinción entre disposición y norma (con fuerte arraigo en la teoría de la argumentación jurídica, a la que se ha sumado también la SCJN al resolver la Contradicción de tesis 293/2011),²⁰⁵ la conflictividad abarca no sólo las relaciones entre diferentes derechos humanos (o con bienes constitucionales) y diferentes personas, sino al interior de los derechos humanos mismos y entre diferentes posiciones culturales respecto de ellos. Este doble escenario de conflictividad traslada las reglas de la argumentación (analogía y ponderativa) a la definición del contenido de los derechos y de su interrelación, y al desarrollo mismo del

²⁰⁴ Lenkersdorf, Carlos, *Cosmovisiones*, México, CEIICH-UNAM, 1998, p. 34 (Col. Conceptos).

²⁰⁵ *Cfr.*, entre otros, Pozzolo, Susana y Rafael Escudero (eds.), *Disposición y norma*, Perú, Palestra, 2011 (con textos de Tarello, Montesano, Chiassoni, Guastini, Ascarelli y Crisafulli).

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

proceso. En particular considerando que la idea de derechos y los derechos mismos dependen para su definición de las relaciones en las que se encuentran ontológica y epistemológicamente considerados, la interdependencia entre derechos y las interrelaciones entre éstos con los deberes correlativos y comunitarios define la noción de derechos y orienta su interpretación y aplicación. Lo intercultural supone ese espacio entre culturas, espacio que ha de llenarse a través del diálogo, recorrerse, acercarse para entender y juzgar.²⁰⁶

Como lo ha expuesto Adela Cortina, “el mutuo reconocimiento como personas con capacidades comunicativas supone el de un conjunto de capacidades sin las que resulta imposible aplicar los procedimientos: la autonomía para elevar pretensiones de validez, para aceptarlas y también para rechazarlas, pero también la autonomía como capacidad de optar por intereses universalizables o la capacidad para formarse un juicio moral”.²⁰⁷

Los jueces deben promover y dirigir, a través del reconocimiento de los contextos culturales, un diálogo jurisprudencial abierto al derecho comparado y a la jurisprudencia

²⁰⁶ En tanto espacio, supone también una brecha que requiere, para transitarla, una interpretación diatópica y dialogal (de un *logos* a otro) que “intenta comprender la textura del contexto, para superar la distancia, no del presente respecto al pasado o del pasado respecto al presente, sino del presente respecto del presente” y encontrar espacios de comunión y horizontes de inteligibilidad desde diferentes *topois* para encontrar, en cada cultura, el mito del cual son expresión (la “comunión mítica”). Cfr. Nicolau Coll, Agustí y Robert Vachon, “Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico”, en AA. VV., *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, 1996, pp. 267-290.

²⁰⁷ Cortina, A., *Justicia cordial*, op. cit., p. 21.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

internacional (como ha sido definido a partir del nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad),²⁰⁸ así como diálogos intrajudiciales interculturales a partir de garantizar que las condiciones del proceso promuevan las condiciones y las capacidades para el desarrollo de un proceso constitucional efectivo. Para ello resultan relevantes los informes de los relatores especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, los grupos de trabajo, expertos, comités o comisiones, que brindan un panorama más amplio de la cuestión indígena en el mundo, en cada región y por país, y permiten conocer buenas prácticas para superar obstáculos estructurales o circunstanciales que limitan los derechos de las personas y pueblos indígenas u otros pueblos similares.²⁰⁹

Aludir a estos documentos que interpretan los diferentes instrumentos internacionales, y en particular la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, contribuye a su

²⁰⁸ Nos referimos, en particular, al modelo establecido a partir de los siguientes criterios jurisprudenciales de la SCJN: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD [LXVII/2010 (9a.)]; PARÁMETRO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS [LXVIII/2011 (9a.)] y JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA [P./J.21/2014 (10a.)].

²⁰⁹ El sitio oficial de la relatoría es: <http://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/srin-digenouspeoples/pages/sripeoplesindex.aspx>. Véase, por ejemplo, Anaya, James, *Derechos de los pueblos indígenas. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, presentado de conformidad con la resolución 21/24 del Consejo de Derechos Humanos*, Doc. A/68/317, 14 de agosto de 2013 (último informe del mandato), y Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, México, UNESCO, 2007.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

difusión y a la “urgente necesidad de despertar la conciencia acerca de los valores y preocupaciones de derechos humanos representados por la Declaración y sobre las normas que se articulan en la [misma] para abordar esas preocupaciones [...] Sin una comprensión amplia de las razones de la Declaración y el camino a seguir que marca, será difícil, si no imposible llegar a aplicarla”.²¹⁰

Si esto es así ¿qué capacidades deben ser salvaguardadas antes, durante y después de los procesos constitucionales en controversias que implican escenarios interculturales para promover el diálogo y el análisis intercultural?

Sólo a manera ilustrativa, pues dependerá de cada caso, antes de una controversia, sin duda, conocer, para poder después aplicar y promover, los criterios internacionales. Asimismo, deberán garantizarse aquellas medidas que fomenten los métodos alternativos de solución de controversias o el acuerdo amistoso a través del diálogo, dado que los procesos judiciales son complejos, más rigurosos en sus procedimientos y sujetos a formalidades que no necesariamente contribuyen a reconstruir la armonía o el tejido social que pudiere haberse afectado; en consecuencia, se debería favorecer el agotamiento de las instancias comunitarias previamente a acudir a una instancia judicial estatal como criterio de procedencia de un juicio y remitir la controversia a la jurisdicción indígena. Además, debe existir información suficiente sobre las vías de acción impugnativa y sus consecuencias, garantizar traductores e intérpretes, la distribución de las cargas

²¹⁰ Anaya, James, *Derechos de los pueblos indígenas. Informe del Relator Especial...*, Doc. A/68/317, cit., pág. 88.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

probatorias considerando las diferencias y circunstancias específicas.

Contribuir al diálogo implica también salvaguardar, durante el proceso, como parte de las garantías judiciales, todas aquellas capacidades que garanticen la autonomía de las partes, a partir de la valoración integral de su contexto; lo que supone garantizar la mayor posibilidad de participación procesal de todos aquellos que pudieran verse afectados con el resultado de la controversia o de sus representantes, desde el reconocimiento de intereses legítimos y acciones colectivas; el reconocimiento de las autoridades comunitarias con ese carácter; la no exigencia de formalismos excesivos en materia de personería, así como garantizar la participación de terceros interesados y ajenos a juicio (*amicus curiae*). Además, a fin de comprender a cabalidad el contexto debe allegarse al proceso la información suficiente (a través de diligencias para mejor proveer, solicitud de informes o peritajes).²¹¹ Adicionalmente debe considerarse la posibilidad de realizar visitas judiciales a las comunidades para conocer de primera mano la situación de las comunidades y facilitar la empatía, el *ponerse en el lugar del otro*. Finalmente, aunque no menos importante, deberá garantizar que las notificaciones, comunicaciones procesales y resoluciones estén redactadas de forma clara, bien argumentadas, traducidas, de ser

²¹¹ Sobre el tema del peritaje véanse: AA. VV., *Peritaje antropológico en México: reflexiones teórico metodológicas y experiencias*, México, Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales, 2012, y Lechenal, Cécile, "Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México", en Rudolf Huber y otros (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 187-200.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

posible, en su integridad o en sus consideraciones relevantes a las lenguas respectivas; garantizar un derecho a la comunicación procesal efectiva, en sus dos dimensiones, como parte del derecho individual de las partes y como derecho de la colectividad implicada a conocer lo sucedido de preferencia en su propia lengua y a través de los medios idóneos.

Desde esta perspectiva, adquiere una particular relevancia la noción de “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” —expuesta por Peter Häberle—, la cual considera que en la interpretación de las normas constitucionales no sólo participan las autoridades estatales sino el conjunto de integrantes de la sociedad (aunque suelen tener la última palabra los tribunales supremos o constitucionales),²¹² pues los casos que implican diferencias culturales fuertes, suelen tener un impacto en las comunidades de origen de las personas involucradas e incluso en la definición de las relaciones del Estado (y sus autoridades) con las comunidades y pueblos a las que aquellos pertenecen, de ahí que los operadores de justicia deban considerar también el impacto de sus determinaciones en la comunidad cuando la misma es parte material de la controversia o sus derechos pueden verse afectados, ya sea para considerar sus instituciones, normas y procedimientos, para consultarla o requerir a las autoridades comunitarias un informe, de ser pertinente, y comunicar eficazmente el sentido de la determinación a través de los medios que resulten idóneos. En general, en el proceso constitucional, como expresión de la participación democrática de

²¹² Häberle, P., “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996, pp. 15-46.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

la pluralidad social, deben considerarse los diferentes intereses y valores en juego.

En el Estado constitucional el espacio judicial (el proceso en sentido amplio) debe concebirse como un espacio público abierto e intercultural en donde participan sujetos hermenéuticos, es decir, sujetos que generan interpretaciones a partir de las relaciones sociales que establecen en contextos culturales específicos; sujetos responsables de sus interpretaciones, conscientes de su momento, de su pasado y de su proyección de futuro, y dispuestos al diálogo.²¹³ El espacio judicial así entendido no es sólo, ni preponderantemente, una arena de conflictos y luchas argumentativas, sino de construcción de sentido normativo, y no sólo para resolver conflictos, sino también para prevenirlos en el futuro. El proceso judicial es así un lugar de encuentros, desencuentros y definiciones, desde la delimitación del conflicto hasta su resolución, lo que supone una serie de procesos comunicativos intermedios entre las partes, el colegiado resolutor o el juez y la audiencia o comunidad jurídica que participa de diferentes formas (directa o indirectamente) mediante diálogos directos, indirectos o referenciales (ejemplificado, por ejemplo, a través de las referencias doctrinales y de derecho comparado).²¹⁴

²¹³ Como señala Raúl Alcalá Campos, “este sujeto hermenéutico no abdica de su subjetividad en tanto asume sus deseos, pasiones, su compromiso con la tradición en la que se desarrolla, así como sus propios prejuicios; pero tampoco abdica de la razón, simplemente no la concibe como aquello a lo que todo tiene que resumirse. Es un sujeto que requiere de los otros con quienes entablar un diálogo fructífero; vive en diálogo con los otros”. Cfr. “La noción de *sujeto* en la hermenéutica y el multiculturalismo”, en Pablo Lazo Briones (comp.), *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*, op. cit., p. 93.

²¹⁴ Una inadecuada comunicación procesal puede traducirse en una imposibilidad de resolver el conflicto real, debido a la imposibilidad para comunicar al

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

De esta forma, el diálogo jurisprudencial no debe entenderse como un proceso de homogeneización, sino como un proceso de construcción de canales de comunicación entre instancias judiciales, a fin de configurar un nuevo derecho público común (a nivel nacional e internacional) a través del diálogo, la inclusión social y el pluralismo normativo dialógico, inspirado en los principios de respeto a los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia, concebidos a través de su capacidad emancipadora y del desplazamiento del criterio de jerarquía normativa.

En este sentido, el proceso de configuración de un *ius constitutionale commune* en el ámbito regional, que ha sido destacado por diversos autores, no implica en modo alguno la descontextualización de la aplicación e interpretación de los derechos humanos, sino un reconocimiento de la necesidad de un descentramiento del derecho estatal, una ampliación de las fronteras conceptuales, y no sólo nacionales, en aras de mejorar la protección de los derechos humanos de las personas concretas, a fin de encontrar lo común en lo diferente.²¹⁵

Incluso se habla de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas, como un ámbito específico, a partir del análisis de los “derechos etnoespecificados” como son los derechos colectivos de los pueblos indígenas, consi-

tercero imparcial la circunstancia contextual del mismo, o por incapacidad de éste para comprenderlo. De forma que el conflicto procesal no refleja el conflicto real y el proceso se vuelve una simulación burocrática o un factor que, en última instancia, no contribuye a la convivencia pacífica.

²¹⁵ Cfr. Bogdandy, Armin von, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, UNAM / Max Planck Institut für Ausländisches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

derando para ello diferentes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los que ha desarrollado estándares sobre el derecho a la vida digna, el derecho a la propiedad colectiva sobre tierras y territorios, el derecho a los recursos naturales, el derecho a la consulta previa e informada y la obligación de obtener el consentimiento, el derecho a la diversidad cultural y el derecho a su propio derecho y jurisdicción indígena, y el derecho a ciertas medidas especiales para garantizar la supervivencia física y cultural.²¹⁶

En el conjunto de la jurisprudencia interamericana se han desarrollado criterios que propician un diálogo intercultural. Destacamos el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.²¹⁷ Durante la tramitación del caso, a invitación

²¹⁶ Cfr. Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas", en Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, tomo II, México, UNAM / Max Planck Institut für Ausländisches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 3-84. Véase también Schettini, Andrea, "Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Sao Paulo, vol. 9, núm. 17, diciembre de 2012, disponible en <http://www.surjournal.org>, y López, Melisa, "El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia: instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos", Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza, París, noviembre de 2011, disponible en http://www.institut-gouvernance.org/docs/etudecidh_es.pdf.

²¹⁷ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C núm. 245. El caso se relaciona con el otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Sarayaku, en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento y de diferentes actos de exploración petrolera, entre ellos la utilización de explosivos de

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

del Estado y solicitud de una víctima, una delegación del tribunal, encabezada por su presidente, visitó el territorio Sarayaku, con el propósito de realizar “diligencias encaminadas a obtener información adicional acerca de la situación de las presuntas víctimas y lugares en que habrían ocurrido algunos de los hechos alegados”. Como lo consiga la propia sentencia:

21. Por primera vez en la historia de la práctica judicial de la Corte Interamericana, una delegación de Jueces realizó una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción. Así, el 21 de abril de 2012 una delegación de la Corte, acompañada por delegaciones de la Comisión, de los representantes y del Estado, visitó el territorio del Pueblo Sarayaku. A su llegada, las delegaciones fueron recibidas por numerosos miembros del Pueblo Sarayaku. Luego de cruzar el Río Bobonaza en canoas, se dirigieron a la casa de la asamblea del Pueblo (*Tayjasaruta*), donde fueron recibidos por el señor José Gualinga, Presidente, los *kurakas*, los *yachaks* y otras autoridades y miembros del Pueblo. Estaban presentes, además, representantes de otras nacionalidades indígenas del Ecuador. Allí la delegación de la Corte escuchó numerosas declaraciones de miembros de Sarayaku, entre ellos jóvenes, mujeres, hombres, ancianos, niñas y niños de la comunidad, quienes compartieron sus experiencias, percepciones y expectativas acerca de sus modos de vida, cosmovisión y lo que han vivido en relación con los hechos del caso. El Presidente de la Corte también otorgó la palabra a los representantes de las delegaciones, quienes dieron sus puntos de vista. En ese momento, el

alto poder, creando con ello una situación de riesgo para la población, que se vio impedida durante un periodo para buscar medios de subsistencia, limitándose también sus derechos de circulación y de expresar su cultura. La Corte declaró la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, por haber puesto gravemente en riesgo sus derechos a la vida e integridad personal y por la violación de sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

Secretario Jurídico de la Presidencia, doctor Alexis Mera, efectuó un reconocimiento de responsabilidad del Estado [...]. Por último, las delegaciones realizaron un recorrido a pie por el Pueblo, específicamente en Sarayaku centro, cuyos miembros compartieron varias expresiones y rituales culturales. Además, las delegaciones realizaron un sobrevuelo del territorio, durante el cual se observaron lugares en que ocurrieron hechos del caso. Posteriormente, las delegaciones se dirigieron hacia la población de Jatun Molino, donde escucharon a algunas personas del lugar.

Aunado a lo anterior, como en otros asuntos, la Corte IDH refiere de manera directa a las declaraciones de integrantes y representantes de comunidades y pueblos indígenas, así como peritos, a fin de conocer, entre otros aspectos, la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio.²¹⁸ Éste y otros casos ejemplifican cómo un tribunal puede incorporar criterios de valoración intercultural en sus determinaciones.

En este contexto, además de la jurisprudencia internacional, entran en juego, y en clave de pedagogía constitucional intercultural, las buenas prácticas judiciales, la jurisprudencia extranjera, el derecho comparado y el principio de protección más favorable. Para ello, resultan de gran utilidad los esfuerzos realizados por diferentes tribunales constitucionales o supremos para elaborar protocolos o guías de actuación en materia de controversias que involucren derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, como son el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el

²¹⁸ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, cit., párrs. 150-155.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejor el acceso al a justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Chile en abril 2014, entre cuyos objetivos está “propiciar el diálogo entre cortes en la región, en la medida en que retoma sentencias y buenas prácticas que muestran cómo se están protegiendo los derechos de personas y colectivos en tribunales internacionales y en los poderes judiciales de la región”, y los trabajos desarrollados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para la elaboración de una *Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena*.²¹⁹

Así, por ejemplo, tanto el *Protocolo Interamericano* como el *Protocolo nacional* señalan que la interculturalidad “debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre funcionarios del Estado y los indígenas”.²²⁰

Con base en ello, los operadores de justicia deberán, entre otras cosas, reconocer la personalidad jurídica, individual o

²¹⁹ TEPJF, *Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena*, México, 2014. Resultan pertinentes también las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que alude, entre otros temas, a la promoción de los sistemas de resolución de conflictos dentro de comunidades indígenas, asistencia legal, derecho a intérprete, comprensión de actuaciones judiciales, comparecencias, medios alternativos de solución de conflictos, información procesal y otras pautas relevantes en estos casos.

²²⁰ Los protocolos pueden consultarse en <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/protocolos.aspx>. Como lo reconoce el propio *Protocolo Iberoamericano*, sus consideraciones tuvieron como antecedente el Protocolo Nacional publicado por la SCJN en 2013, el cual fue sometido a la consideración del entonces Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

colectiva de los indígenas; las autoridades indígenas deben ser consideradas como tales y no como particulares, acreditando tal calidad con documentos propios de las comunidades; considerar elementos de su cultura que le permitan adecuar su resolución al caso concreto; garantizar la asistencia de traductores y defensores que conozcan su lengua y cultura; proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que ésta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos, y, en su caso, considerar la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas. Asimismo, se establece el reenvío a los sistemas jurídicos indígenas para definir tanto la integración o autoidentificación de las comunidades como de quienes son sus autoridades.

Por su parte, las *Reglas de Brasilia* señalan que “los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales” (Sección 2.4). En el mismo sentido, el *Protocolo de actuación* de la SCJN, destaca, *in extenso*, lo siguiente:

De acuerdo con la fracción VIII del apartado A del artículo 2o. de la Constitución, en el ámbito de la justicia estatal, es la prerrogativa de quienes se autoadscriben como indígenas, que sus especificidades culturales y sistemas normativos, costumbres o derecho consuetudinario sean tomados debidamente en consideración cuando les sea aplicada la legislación nacional.

Lo anterior, no quiere decir que los órganos del Estado juzguen conforme a los sistemas normativos indígenas, ya que esto compete a las propias instituciones indígenas. Lo que la fracción VIII refiere es que cuando se aplique “la legislación nacional o estatal” en un asunto que es de competencia de los órganos del Estado, deben considerar las especificidades culturales y también las normas indígenas. Ello puede significar que a través de la solicitud

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

de periciales antropológicas u otros medios de prueba, como actas de la comunidad o consejos de ancianos, los juzgadores se alleguen de mayor información para mejor proveer, que les permita discernir si la conducta de que se trata se refiere a algo mandado por el sistema normativo de la comunidad o bien es una conducta antijurídica en cualquier contexto.

El derecho a que se tomen en cuenta las prácticas normativas de la comunidad del sujeto, es quizá el más importante ya que esta consideración es de carácter sustantivo. Esto tiene que ver con el fondo del asunto y no solo con un requerimiento procesal formal, ya que tiende a explicar la conducta desplegada por un sujeto que actúa bajo un sistema normativo indígena y que por ello tiene su propia concepción sobre lo obligatorio, lo permitido y lo prohibido, como cualquier norma.

Es importante considerar, en el plano de la argumentación, que lo más delicado del enfoque cultural radica en evitar reproducir los estigmas de discriminación y denigración en que incurrió el sistema jurídico penal aduciendo “atraso cultural” y “aislamiento social”, consideraciones que permanecieron por muchos años en el código punitivo federal. Es fundamental que los argumentos vayan acompañados de pruebas idóneas, como los peritajes culturales o jurídico-antropológicos, que sirven para ilustrar a las y los jueces sobre el contexto cultural de las personas o sobre los sistemas normativos internos que obligan, facultan o prohíben conductas a los individuos de la comunidad.

Estas periciales permiten entender los condicionamientos culturales de las personas y las periciales jurídico-antropológicas auxilian al juzgador y a la juzgadora a comprender cómo las instituciones, los procedimientos y las normas de los pueblos indígenas son determinantes de las conductas de la comunidad.

En síntesis, podemos señalar que las principales implicaciones que tiene para todo juzgador un proceso en donde estén involucrados las personas o los pueblos indígenas, tal como se desarrolla son:

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

a) Antes de resolver se deben tomar debidamente en cuenta las particularidades culturales de los involucrados para los distintos efectos que pudieran tener lugar;

b) En todos los juicios es prerrogativa del sujeto indígena hablar en su lengua materna cualquiera que sea su identidad procesal, y con ello la correlativa obligación del Estado de proveer intérpretes y traductores. Asimismo, en los juicios, los procesados tienen derecho a contar con defensores que conozcan de su lengua y cultura;

c) En caso que involucren sus tierras, territorios y recursos naturales, incluso los que son propiedad de la Nación, pero cuya extracción o explotación implica una afectación de tierras indígenas, se deben tomar todas las medidas de protección especial consagradas en los artículos 13 a 17 del Convenio 169 de la OIT, aun cuando sean diferentes o complementarias a lo dispuesto por el derecho agrario y el derecho procesal agrario;

d) En todos los casos en los que el fondo del asunto implique medidas administrativas o legislativas que afecten o hayan afectado a los pueblos indígenas, se les debe –o debió– haber consultado, y en ciertos casos se debió haber llegado al consentimiento libre, previo e informado.

Tanto el *Protocolo nacional* como el *Protocolo interamericano* destacan entre las consideraciones que deben hacer las y los juzgadores, para los efectos que aquí interesan, las siguientes:

a) El juzgador o la juzgadora tendrá que allegarse todos los datos que le permitan comprender la lógica jurídica indígena, prevaleciendo el diálogo y el respeto a la diversidad cultural; b) Se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo; c) El juzgador debe hacer una valoración integral

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades, y d) Se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo.

Se advierte de lo expuesto que el principio *pro persona* adquiere, desde la perspectiva intercultural, características propias y complementarias y contribuye a contrarrestar los procesos de invisibilización de la diversidad cultural mediante fórmulas abstractas que si son interpretadas desde una posición etnocentrista propician la desigualdad y la discriminación.

Como lo expuso el otrora juez interamericano Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente a la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, si bien la Corte IDH “ha tenido presente, en todo momento, el alcance subjetivo de su competencia a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de ‘persona’: el ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades”, lo cierto es que el tribunal “tampoco debe prescindir del examen profundo de las cuestiones que se le proponen, a fin de precisar sus verdaderas características, raíces, implicaciones, consecuencias, etcétera, para comprender la entidad de las violaciones cometidas, en su caso, y resolver adecuadamente en torno a las reparaciones que pudieran corresponder a ellas”. En consecuencia —como lo precisa el propio juez mexicano— en diversas decisiones, sobre todo acerca de integrantes

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

de grupos indígenas o étnicos, la Corte ha considerado los derechos de los individuos, miembros de tales comunidades,

[...] dentro de su marco necesario, característico, sustancial: los derechos colectivos de las comunidades a las que aquéllos pertenecen, su cultura —que les confiere una ‘identidad cultural’ a la que tienen derecho y que incide en su individualidad y desarrollo personal y social—, sus costumbres y usos que concurren a integrar un punto de referencia que la Corte necesita para entender y resolver los casos que se le plantean. Sería infructuoso y conduciría a conclusiones equivocadas extraer los casos individuales del contexto en el que se presentan. Analizar aquéllos en su propia circunstancia —en el más amplio sentido de la expresión; actual e histórica— no sólo aporta datos de hecho para entender los acontecimientos, sino datos de derecho —a través de las referencias culturales— para establecer su carácter jurídico y sus implicaciones de la misma naturaleza.²²¹

En términos generales, en materia de derechos políticos, aunque caben otros derechos, no es posible “considerar los derechos en abstracto, como fórmulas vacías, neutrales, incoloras, provistas para conducir la vida de ciudadanos imaginarios, perfilados por los textos y no por las condiciones de la realidad estricta”, de que lo que se trata —señala el juez y ex presidente de la Corte IDH— “es de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. En consecuencia, es preciso ver la forma en que ese favorecimiento debe presentarse, conforme a las condiciones específicas en que se hallan quienes

²²¹ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Yata-ma vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párrs. 6 y 7.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

son titulares en concreto de derechos que no deben analizarse en abstracto”.²²²

b) Las implicaciones del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en la defensa de los derechos humanos

El reconocimiento constitucional de la composición pluricultural de la Nación mexicana sustentada originalmente en sus pueblos indígenas como aquellos que descienden de poblaciones que habitaron el territorio nacional antes de la colonización y conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, no es tan sólo una mera declaración retórica, es una cláusula *espacio-tempo-socio-cultural* de la mayor relevancia para comprender el rostro del Estado constitucional mexicano. Define el origen de los pueblos indígenas y de la propia nación; delimita un ámbito territorial, y al hacerlo refuerza el vínculo entre pueblos y territorios, y define su condición como modelo alternativo de organización política, lo que implica el reconocimiento de procesos comunitarios, autoridades, instituciones y sistemas normativos, todo ello lleva a incorporar al pluralismo como principio constitucional y herramienta hermenéutica.

Ello se confirma con lo dispuesto en los diferentes apartados y fracciones del artículo 2o. constitucional, que reconocen el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus

²²² *Ibid.*, párrs. 29 y 30.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

conflictos internos; elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno y acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, lo que supone que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, garantizándoles en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, entre otros derechos, oportunidades y deberes de respeto, promoción y defensa de sus derechos por parte de las autoridades estatales.²²³

Es verdad que el reconocimiento de éstos y otros derechos de los pueblos y comunidades indígenas no es absoluto, la propia Constitución se encarga de sujetar sus procedimientos a los principios generales contenidos en ésta, a las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, a la dignidad e integridad de las mujeres, debiéndose garantizar la participación política de éstas en condiciones de equidad frente a los hombres, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados. Desde esta perspectiva la Constitución establece un programa multicultural, pero, desde nuestro punto de vista, va más allá.

Va más allá porque tales disposiciones regulativas no niegan, ni minimizan, el deber de interpretarlas desde una pers-

²²³ Cabe destacar que el propio artículo 2o. constitucional establece que toda comunidad equiparable a los pueblos indígenas tendrán los mismos derechos establecidos en favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, como lo disponga la ley. Ello involucra, entre otras comunidades, a las afromexicanas o “negritudes mexicanas”.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

pectiva intercultural, ni la imposibilitan ni prohíben. Por el contrario, la remisión a los principios constitucionales implica considerar ahora también los principios del artículo 1o. constitucional, entre ellos el principio *pro persona*, con las consecuencias que ya hemos explorado. Además, las referencias a la dignidad e integridad de las mujeres, si bien se traducen en una garantía especial o reforzada contra la discriminación —aplicable por lo demás en cualquier contexto cultural—, deben interpretarse también en clave intercultural, a través de diálogos con las comunidades a fin de conocer la perspectiva que las propias mujeres indígenas tienen del “género” y las “dualidades”, y a partir de ahí hacer las valoraciones que correspondan, dado que las relaciones y las concepciones de género están inscritas también en contextos locales que no pueden ignorarse o desconocerse, si han de juzgarse. Imponer una perspectiva de género eminentemente occidental no necesariamente contribuye a garantizar la dignidad de las mujeres en una comunidad indígena.²²⁴

Es verdad que tratándose de “limitaciones” constitucionales expresas al ejercicio de los derechos humanos —siguiendo los criterios expresados por algunos ministros de la SCJN durante el debate de la Contradicción de tesis 293/2011— pudiera suponerse que tales “restricciones” son claras y deben prevalecer frente a cualquier escenario cultural, en términos de jerarquía normativa o jerarquización de bienes constitu-

²²⁴ Cfr. Marcos, Sylvia y Marguerite Waller (eds.), *Diálogos y diferencia. Retos feministas a la globalización*, México, UNAM / CEIICH, 2008, y Méndez Torres, Georgina, Juan López Intzín, Sylvia Marcos y Carmen Osorio Hernández (coords.), *Senti-pensar el género. Perspectivas desde los pueblos originarios*, México, Red Interdisciplinaria de Investigadores de los Pueblos Indios de México / Red de Feminismos Descoloniales, 2013.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

cionales.²²⁵ No obstante, lo señalado en la propia resolución de la SCJN respecto de la distinción entre disposición normativa y norma, considerando también la posición de otros ministros, los principios de interpretación de los derechos humanos, el principio del pluralismo constitucional, las reglas de la argumentación jurídica y los principios de la ponderación como técnica de aplicación de los derechos humanos, tales restricciones necesariamente tendrán que valorarse desde el enfoque intercultural si quieren ser congruentes con el texto, el contexto y el nuevo paradigma constitucional.²²⁶

²²⁵ Cfr. Vázquez-Mellado García, Julio César, “La protección jurisdiccional de los derechos humanos: acerca de la contradicción de tesis 293/2011”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núms. 21-22, enero-diciembre de 2013, pp. 185-205, y Silva García, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T.293/2011 del Pleno de la SCJN), en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 30, enero-junio de 2014, pp. 251-272.

²²⁶ Respecto de las tensiones entre derechos y principios constitucionales, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-463/14, destacó lo siguiente: “La jurisprudencia constitucional ha identificado al menos cuatro escenarios en los cuales la aplicación de la justicia indígena debe enfrentar tensiones con otros principios constitucionales [...]: (i) Dificultades relativas a la imposición de penas corporales y el respeto por la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes; (ii) Asuntos en los que se discute la eventual violación al debido proceso del acusado; (iii) Casos en los que el debate gira en torno al riesgo de impunidad o, de forma más amplia, al debido proceso de las víctimas; y (iv), Supuestos en los que existen buenas razones para que el trámite sea conocido por la justicia indígena y buenas razones para que lo asuma la justicia ordinaria (es decir, casos difíciles en materia de competencia). En relación con la primera tensión, la Sala destaca la necesidad de aplicar la *diversidad cultural*, no sólo como principio constitucional, sino también como criterio de interpretación. Hacerlo implica de una parte crear un diálogo a la vez multicultural e interdisciplinario. La intervención de las comunidades explicando sus sistemas de regulación y el sentido de las sanciones que aplican, así como el aporte de los conceptos antropológicos, son un insumo invaluable para la adopción de decisiones respetuosas de la autonomía indígena y los derechos individuales de las personas que se autorreconocen como indígenas”.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

Salvada esta circunstancia —ideológica más que metodológica— es preciso distinguir al menos dos consecuencias del reconocimiento de la diversidad cultural: el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas y la necesidad de que tales derechos colectivos sean considerados en el contexto de las comunidades como elementos correlativos de los derechos individuales de las personas pertenecientes a una comunidad indígena, a fin de estar en posibilidad de realizar verdaderos diálogos interculturales donde se consideren tanto el punto de vista de las personas, como de la colectividad representada según sus propias normas e instituciones.²²⁷

Por cuanto hace a los derechos colectivos, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales en materia de derechos de pueblos indígenas (Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), así como la jurisprudencia internacional y nacional y el derecho comparado, reconocen derechos colectivos a las comunidades y pueblos indígenas. En particular el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales llaman la atención sobre la importancia del derecho

²²⁷ Como señalan Nicolau y Vachon, en una cultura de base comunitaria y no asociativa (como la occidental), la persona y la comunidad se encuentran en relación ontológica y no en confrontación: la comunidad es la persona y la persona es la comunidad, y es de la armonización entre ambas dimensiones que surge el respeto y la dignidad, así como también la autonomía de las personas que depende de la autonomía de la comunidad. De forma tal que los derechos humanos no son sólo derechos individuales; no son sólo humanos en tanto que abarcan también un sentido colectivo y en muchas culturas cósmico; no son sólo derechos, pues incorporan deberes, y no son absolutos sino relativos (relacionales). De esta forma, los derechos humanos no sólo protegen frente al abuso del poder (estatal o privado), sino que armonizan a la persona con la colectividad y el universo existencial, *op. cit.*, pp. 283-285.

Mauricio Iván del Toro Huerta

Rodrigo Santiago Juárez

a la autodeterminación y a la autonomía; los derechos colectivos sobre tierras y territorios; los derechos de los pueblos a la consulta previa, consentida e informada, y los derechos de propiedad intelectual y artística, entre otros.²²⁸

Al respecto, se ha considerado que una de las medidas especiales para garantizar los derechos de los pueblos indígenas es el pleno reconocimiento constitucional y legal de sus derechos colectivos, dado el carácter inherentemente colectivo de las culturas e identidades indígenas y la insuficiencia de los derechos individuales para garantizarlos. Como se señala en el *Manual para instituciones nacionales de derechos humanos sobre la Declaración de Naciones Unidas*

²²⁸ Al respecto, la Corte Interamericana ha reiterado la importancia de reconocer una “relación omnicompreensiva” de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, y que su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo, de esta forma, dada la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra “debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”. Ello porque “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”; destacando también que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”. Cfr. en general, entre otros, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012; *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

sobre los *Derechos de los Pueblos Indígenas*, los elementos colectivos en las culturas indígenas se manifiestan en diferentes aspectos de la vida diaria, tales como el trabajo tradicional, los valores comunitarios o la estructura social basada en la unidad familiar, expresados también en instituciones como el consejo de ancianos o la asamblea comunitaria, así como la necesidad de proteger el conocimiento tradicional, destacándose la importancia del derecho a la consulta libre, previa, consentida e informada y el derecho a emplear sus propios mecanismos de toma de decisiones (*decision-making institutions*).²²⁹

Este último aspecto es fundamental, puesto que el reconocimiento de los derechos colectivos requiere necesariamente del reconocimiento de sus autoridades tradicionales como base para un diálogo intercultural interinstitucional, lo que se traduce en el principio de maximización de la autonomía.

Tanto el *Protocolo de actuación* de la SCJN para quienes imparten justicia en casos relacionados con asuntos indígenas, como el *Protocolo Iberoamericano* en la misma materia reconocen la importancia de garantizar el principio de maximización de la autonomía, entre los principios generales para la consideración de las y los juzgadores, por lo que se sugiere privilegiar este principio, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo.²³⁰ Sobre este punto, el *Protocolo Iberoamericano* destaca algunas sentencias y buenas prácticas de dife-

²²⁹ *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Manual for National Human Rights Institutions*, Ginebra, APF / OHCHR, 2013, pp. 24 -25.

²³⁰ Además de éste, se identifican los siguientes principios: igualdad y no discriminación, autoidentificación, acceso a la justicia considerando las especificidades

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

rentes países de la región. Entre ellas, la sentencia T-601/11 de la Corte Constitucional de Colombia, en donde destacó que “en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor prima facie, en virtud del principio de maximización de la autonomía. Lo anterior se justifica en la necesidad de garantizar la participación de las minorías y de que exista una suerte de acento constitucional en la efectividad de sus derechos”.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana identifica tres subprincipios de interpretación que garantizan la maximización de la autonomía indígena, y permiten darle solución a las tensiones que surjan en casos relacionados con la integridad étnica y la diversidad cultural:

i) Principio de *“maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía”*: sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas: a) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y b) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

ii) Principio de *“mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”*: el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en este último caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión.

iii) Principio *“a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”*, el cual supone reconocer la “necesidad de un

culturales, protección especial a sus territorios y recursos naturales y participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte.

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades”, lo que “hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República”, sin que ello autorice “desconocer la autonomía de las comunidades con un bajo nivel de conservación cultural, lo que resultaría incompatible con el principio de igualdad entre culturas y el principio de no discriminación”.²³¹

Tales criterios también han sido considerados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México, en los siguientes términos:

En conjunto, considerando lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los instrumentos interna-

²³¹ El principio *a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*, supone también que “la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de *no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas*. La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria. En conclusión, si [...] el principio reiterado se interpreta integralmente como una constatación descriptiva, constituye una pauta interpretativa de gran utilidad para la ubicación y el acercamiento a casos concretos, pues expresa un hecho social que se proyecta en la labor del intérprete. Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica”. Entre otras, Sentencia C-882/11.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

cionales y en las mejores prácticas judiciales en situaciones de conflictos interculturales, esta Sala Superior considera que al momento de resolver sobre los derechos individuales y colectivos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas, deben considerarse los principios de autoidentificación; maximización de la autonomía y pleno acceso a la justicia considerando las especificidades culturales, como principios rectores; en particular el principio de la maximización de la autonomía como expresión del derecho a la autodeterminación de tales comunidades y pueblos, debe privilegiarse en el ámbito de sus autoridades e instituciones, sin que ello suponga reconocer un derecho absoluto, pues como lo establece la propia Constitución General de la República y los instrumentos internacionales, la autonomía de comunidades y pueblos indígenas están limitados por el reconocimiento de los derechos humanos de sus integrantes.²³²

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-882/11, destacó que

[...] los conflictos deben resolverse a favor del principio *de maximización de la autonomía*, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando: a) Esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto o b) La restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible.

En relación con los valores de mayor monta que pueden dar lugar a la limitación de la autonomía de los pueblos indígenas, la Corte colombiana ha señalado que son, entre

²³² Cfr., entre otras, las sentencias dictadas en los recursos de reconsideración SUP-REC-19/2014 (Caso Reyes Etlá, Oaxaca), SUP-REC-825/2014 (Santiago Atitlán, Mixe, Oaxaca), SUP-REC-836/2014 (Caso Mazatlán Villa de Flores, Oaxaca) y SUP-REC-838/2014 (Caso Tepelmeme, Oaxaca).

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

otros, el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta. Esto es, que “en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos *a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del [ser humano]*”. Bienes respecto de los cuales existe un “verdadero consenso intercultural” y que pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado. Asimismo, la Corte colombiana ha aceptado “que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”.

De esta forma, el principio *pro persona* en clave intercultural y el principio de la maximización de la autonomía y minimización de sus restricciones se complementan y se integran en un bloque de protección constitucional con una función dual, proteger a las personas y a su dignidad en sus respectivos contextos locales y a las comunidades en su autonomía, ambos deben considerarse cuando se trata de conflictos intracomunitarios, intercomunitarios y extracomunitarios, dado que en estos casos se ponen en juego los valores de la identidad indígena, tanto de las personas como de las comunidades implicadas.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

Para la aplicación efectiva del principio de maximización de la autonomía y minimización de sus restricciones deben derrumbarse ciertos mitos persistentes sobre la autonomía producto de la ignorancia o de posiciones etnocéntricas hegemónicas.

Héctor Díaz-Polanco identifica algunos de los mitos principales que representan como falacias, ficciones y obstáculos al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas: a) El miedo a la “balcanización”, que considera que la autonomía es separatismo y provoca la disolución nacional; b) La falacia de la inamovilidad expresada en dos ideas: que la autonomía busca “restaurar el pasado de los pueblos indígenas” y que “la autonomía es el reconocimiento de lo que ya existe, de lo que actualmente es, ni más ni menos, de la que ya tienen los pueblos”; c) El mito de la conservación, según el cual se trata de conservar el sistema sociocultural indio, no de innovar o transformar el mundo indígena, por lo que cualquier cambio implica una violación de los derechos de los pueblos y por tanto la autonomía debe fundarse, por ejemplo, en los “usos y costumbres” que no admiten modificación alguna, de ahí que, como se trata de conservar intacto el sistema sociocultural indio, cualquier elemento que se introduzca para garantizar los derechos individuales o los “derechos humanos” atenta contra la autonomía, que se limita a proteger los derechos colectivos de los pueblos sin considerar elementos “ajenos”; d) El mito de la autonomía limitada, que supone que el ámbito único y la escala exclusiva para ejercer la autonomía es la comunidad y cualquier escala supracomunal (municipal o regional) es inaceptable y contraria a la esencia de la autonomía indígena; e) La autonomía no implica una lucha por el poder político, por

La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos

lo que no es necesaria la participación política, dado que se puede “cambiar el mundo sin tomar el poder”.²³³

Para superar estos mitos, Díaz-Polanco diferencia la autonomía del separatismo, pues la autonomía se plantea como el reconocimiento de entidades al interior del Estado no independiente de él; se enfatiza además que los pueblos indígenas no son los pueblos del pasado, son una “realidad sociocultural contemporánea” y la autonomía es un instrumento para la superación de secuelas persistentes del pasado (colonialismo, atomización, subordinación, empobrecimiento, etcétera); “el pasado es una referencia estratégica para la construcción del presente”; además, el reconocimiento de la autonomía no significa la “reproducción de la actual circunstancia” basada en relaciones asimétricas con el resto de la sociedad y con las estructuras del Estado, supone, por el contrario, la superación de situaciones actuales que son insatisfactorias y supone crear una realidad nueva, ése es el sentido del deber de promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas; esto último implica la capacidad y necesidad de innovación como parte de un proceso cultural de autodeterminación, la tradición no es una atadura, sino una oportunidad de enriquecerla, dado que no puede servir para mantener situaciones de subordinación al interior de las comunidades ante justas reivindicaciones de sus propios integrantes; lo que conlleva la armonización y ponderación de los derechos colectivos y los derechos individuales en cada caso y desde una perspectiva intercultural. Asimismo, el autor considera que existe una supracomunalidad (municipal y regional) abierta a la autonomía que requiere de diálogos

²³³ Díaz-Polanco, *La diversidad cultural y la autonomía en México*, op. cit., pp. 49-61.

Mauricio Iván del Toro Huerta
Rodrigo Santiago Juárez

inter e intracomunitarios, lo que no supone rechazar o minimizar la idea de la comunalidad como ámbito privilegiado de la identidad; por el contrario, admite un horizonte abierto a las posibilidades y al desarrollo de capacidades a partir del principio de simultaneidad. Finalmente, reconocer que la reivindicación y el reconocimiento de la autonomía es una lucha por el poder político contribuye al diálogo pacífico, en una lógica de renovación del ejercicio del poder al interior y al exterior del mundo indígena.²³⁴

Lo anterior requiere reflexionar sobre las nuevas indigenidades contemporáneas y sobre el resurgimiento de solidaridades comunitarias, lo que nos lleva a explorar también las formas de interrelación social, los alcances de la solidaridad y de la responsabilidad.²³⁵