

AÑO 12

NÚM. 31

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE, 2017

# DERECHOS HUMANOS MÉXICO

REVISTA DEL  
CENTRO NACIONAL  
DE DERECHOS HUMANOS



CNDH  
M É X I C O

# Centro Nacional de Derechos Humanos

## Cupón de suscripción



Envíe este cupón con sus datos completos, así como el original de la ficha de depósito a la Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma núm. 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, México, Ciudad de México. Tel.: 56 69 23 88, ext. 6103

Cuota de suscripción por un año (tres números al año): \$180.00  
Forma de pago: depósito bancario en Grupo Financiero Banorte,  
Número de cuenta:

Concentración empresarial: 43167  
Número de nómina: 32771  
Tipo de servicio: 108-1  
Concepto de depósito: 12  
Nombre del empleado: CENADEH  
Depósito por venta de publicaciones

Nombre: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_

Institución: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Colonia: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_ Estado: \_\_\_\_\_

Correo electrónico: \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_

Página electrónica: [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx)  
correo electrónico: [publicaciones@cndh.org.mx](mailto:publicaciones@cndh.org.mx)

# **DERECHOS HUMANOS MÉXICO**

**REVISTA DEL  
CENTRO NACIONAL  
DE DERECHOS HUMANOS**

**AÑO 12**

**NÚM. 31**

**SEPTIEMBRE-DICIEMBRE, 2017**



**CNDH**  
M É X I C O

## Comité Editorial de la CNDH

**Dra. Marisol Anglés Hernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.**

**Dr. Manuel Becerra Ramírez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.**

**Dr. Rodolfo Casillas Ramírez, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.**

**Dra. Carina Gómez Fröde, Comisión Nacional de Arbitraje Médico.**

**Dr. Napoleón Conde Gaxiola, Instituto Politécnico Nacional, IPN.**

**Dra. Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.**

**Dr. Rosalío López Durán, Facultad de Derecho, UNAM.**

**Dr. Daniel Márquez Gómez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.**

**Dra. María del Socorro Marquina Sánchez, Facultad de Derecho, UNAM.**

**Mtro. Jesús Ceniceros Cortés, Facultad de Estudios Superiores Aragón, UNAM.**

---

## Derechos Humanos México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nueva época, año 12, núm. 31, septiembre-diciembre de 2017, es una publicación cuatrimestral editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Periférico Sur núm. 3469, col. San Jerónimo Lídice, Del. Magdalena Contreras, C. P. 10200, Ciudad de México, tel. 56 81 81 25, Lada sin costo 01 800 715 2000.

Editor responsable: Eugenio Hurtado Márquez; diseño: Ericka del Carmen Toledo Piñón; formación tipográfica: H. R. Astorga. Reserva de Derechos al uso exclusivo núm. 04-2015-050709211700-102 e ISSN 1870-5448, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido núm. 16481 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Impresa por GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. DE C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, Ciudad de México, se terminó de imprimir en agosto de 2018 con un tiraje de 3,000 ejemplares. Distribución: Centro Nacional de Derechos Humanos, Dirección de Publicaciones, Oklahoma 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, Ciudad de México. Este material fue elaborado con papel certificado por la Sociedad para la Promoción del Manejo Forestal Sostenible, A. C. (Certificación FSC México).

Se reciben colaboraciones. Para mayor información, dirigirse a: [publicaciones@cndh.org.mx](mailto:publicaciones@cndh.org.mx)

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos y no necesariamente reflejan la postura de la CNDH. Queda absolutamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de esta publicación sin previa autorización de la CNDH.

Centro Nacional de Derechos Humanos. Av. Río Magdalena núm. 108,  
col. Tizapán, Delegación Álvaro Obregón, C. P. 01090, Ciudad de México.  
Teléfonos: 56 16 86 92 al 95 y del 97 al 99, Fax: 56 16 86 96  
Correo electrónico: [derechoshumanosmexico@cndh.org.mx](mailto:derechoshumanosmexico@cndh.org.mx)

# Contenido

<b>PRESENTACIÓN</b>	7
<b>ARTÍCULOS</b>	
Consulta previa en México: retos y elementos para su discusión <i>José Israel Herrera</i>	15
El acceso a la justicia por parte de la población indígena de México. Transición y bases para su comprensión en el Nuevo Sistema de Justicia Penal <i>Kinich Emiliano García Flores</i>	39
Atención tanatológica para los migrantes y sus familias <i>María Lucía Araceli Cruz Vásquez</i>	75
Violencia psicológica y los derechos humanos de niños y niñas: un análisis objetivo <i>María Elena Orta García</i>	97
<b>COMENTARIO JURISPRUDENCIAL</b>	
Recomendación General Número 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer <i>Mónica M. Cruz Espinosa</i>	117
Instrucciones a los autores	125
Instructions for authors	126



*In memoriam*

Dr. Alán Arias Marín

## **P**resentación

Parte de las funciones sustantivas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos corresponde a las acciones encaminadas al estudio de la problemática de los derechos humanos desde una perspectiva académica, así como a la difusión de estos conocimientos mediante diversos medios como cursos, conferencias, talleres, pero sobre todo a partir de publicaciones impresas y electrónicas.

Con la publicación de la revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos México* se ha venido buscando desde hace 12 años, crear un espacio idóneo para el cumplimiento de parte de estas responsabilidades. Se trata de una publicación en la que se difunden tanto resultados de investigaciones realizadas en el CENADEH como de colaboraciones externas de la comunidad académica nacional e internacional. Somos de las pocas revistas de América Latina dedicadas específicamente al tema de los derechos humanos y la única en México.

En este número 31, correspondiente al cuatrimestre septiembre-diciembre de 2017, la revista busca continuar con la promoción de la discusión seria y plural en esta materia, ahora con renovado empeño y el nuevo formato más atractivo que adquirimos hace dos años.

En esta ocasión el ejemplar se compone de cinco colaboraciones. Lo integran cuatro artículos y un comentario jurisprudencial.

Más allá de la grave situación que vivimos resultado de la violencia generalizada, la tortura, las desapariciones forzadas y la violación cotidiana de los derechos humanos, como resultado de la guerra contra el crimen organizado que el Estado mexicano inició desde el mandato de Felipe Calderón Hinojosa en 2006, existen otros reclamos de otros actores muy importantes de nuestra sociedad, que son opacados por esta niebla de violencia.

El primer artículo “Consulta previa en México: retos y elementos para su discusión” de José Israel Herrera, aborda una de las problemáticas de mayor actualidad en el tema de los derechos humanos en nuestro país, relacionada con los reclamos de los pueblos y las comunidades indígenas, y otras no indígenas, que ven afectados sus recursos naturales, amenazados sus bosques y aguas y en peligro de contaminación sus territorios y hábitats como producto de grandes proyectos que se han iniciado en sus comunidades y territorios sin haberles tomado en cuenta en tales decisiones.

El artículo menciona cómo la consulta previa se ha convertido en una herramienta fundamental de lucha de muchas comunidades en la actualidad en nuestro país, aunque esto es extensivo a toda la región latinoamericana. Sirve para

proteger a grupos en situación de vulnerabilidad frente al poder estatal y las grandes empresas. Fue un derecho que se instauró en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y ha tenido un largo recorrido desde su negación como derecho, pasando por su implementación sin metodología adecuada, hasta que en las últimas dos décadas, gracias a algunas resoluciones como el caso Saramaka contra Surinam, por parte de la Corte Interamericana (que es analizada en el texto), se ha fortalecido. En él la sentencia versó sobre el derecho a la propiedad y a los territorios ancestrales del pueblo tribal de Saramaka, aunque no tuvieran títulos de propiedad en papel sino la posesión histórica de los mismos. La demanda contra el Estado de Surinam fue por el otorgamiento de concesiones a empresas particulares para la explotación de recursos maderables y mineros, perjudicando la histórica posesión del pueblo tribal que es fundamental para su reproducción, sin haberles dado ninguna participación en la discusión de esas decisiones, es decir sin consultarlos. Esta sentencia ha sido paradigmática y sirve como referencia en otros casos y ha impactado otras resoluciones semejantes en Latinoamérica relacionados con la propiedad, los territorios indígenas y el derecho a la consulta. También en nuestro país.

Al respecto tenemos que mencionar, como lo hace el autor, esto ha sucedido no obstante que no existe aún en México una Ley de Consulta. Esa carencia influida seguramente por los casos de la Corte Interamericana, llevó a la CNDH a emitir la Recomendación General 27/2016, en la que se pide a cada instancia hacer lo conducente para contar con una legislación nacional sobre derecho a la consulta previa. La recomendación fue dirigida tanto al Presidente de la República como a los Congresos, federal y estatales, y los gobernadores, para tomar cartas en el asunto y emitir tal reglamentación necesaria para el disfrute pleno de ese derecho por parte de los pueblos indígenas.

Un elemento que resalta el artículo es que la SCJN también ha emitido criterios relacionados con la consulta, además de que ha pronunciado varias sentencias paradigmáticas relacionadas con el tema, como el caso de los yaquis, los tarahumaras, los apicultores mayas, etcétera.

El autor concluye que, pese a los avances, el derecho a la consulta previa se encuentra en proceso de descubrimiento y de desarrollo en México. Lo que genera incertidumbre para su aplicación adecuada y justa, ya que no existe claridad en el país sobre los criterios adecuados mínimos para su implementación efectiva.

La segunda colaboración de este número de la revista corresponde a Kinich Emiliano García Flores, con el artículo: “El acceso a la justicia por parte de la población indígena de México. Transición y bases para su comprensión en el nuevo sistema de justicia penal”.

El objeto del trabajo es aportar un punto de vista crítico para comprender el proceso de pluralismo jurídico que se vive en México de manera inicial con la reforma constitucional indígena de 2001 y de manera más reciente con la referida a la reforma en materia de derechos humanos que modificó 11 artículos constitucionales. Pero, por otra parte, abordando algunos aspectos del nuevo sistema penal acusatorio y la implementación del Código Nacional de Procedimientos Penales y otras leyes reglamentarias.



Al autor le interesa revisar algunas contradicciones y puntos de desencuentro que existen entre la redacción del artículo 2o. constitucional, el 220-bis del Código Federal de Procedimientos Penales (ya abrogado) y el 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Del análisis de los mismos, para el autor se derivan algunas contradicciones en el momento de su aplicación en casos concretos, sobre todo en la definición del sujeto indígena.

El autor no coincide con la definición que se hace de indígena en el artículo 2o. constitucional, porque se refiere a las poblaciones que descienden de sociedades anteriores al proceso de colonización, lo que a su modo de ver no es posible corroborar científicamente.

Por otra parte, la definición que se hacía de la diversidad étnica en el artículo 220-bis del Código Federal de Procedimientos Penales, de alguna manera entraba en contradicción con la definición dada en la Constitución al autorizar al juzgador realizar análisis periciales para captar la diferencia cultural del indígena de la media nacional, como si existiera una medida de esta naturaleza en materia cultural.

Siguiendo a Roger Bartra y otros autores, el trabajo de García Flores, sostiene que el pluralismo jurídico, como fenómeno y herramienta teórica de explicación, está relacionado instrumentalmente con un discurso de los Estados nacionales para construir un modelo utópico basado en la diversidad.

Lo que el autor pretende a lo largo de su trabajo, es realizar una retrospectiva sobre el tema de la diversidad étnica y el pluralismo jurídico en México, mediante una revisión histórica de los mismos, lo que el autor llama la etnohistoria jurídica, que le permitirá a su modo de ver una mayor objetividad al comprender procesos de larga duración.

Reconoce que la realidad social contemporánea revela un proceso de superposición de sistemas normativos al interior de los Estados nacionales, imbricados en formas diversas, a veces subsumidos horizontalmente o de manera subordinada, conflictuándose y complementándose para su reproducción.

De esa manera, con una serie de ejemplos de casos penales, nos busca hacer conciencia de la importancia de los dictámenes antropológicos como herramienta auxiliar en los procesos judiciales dadas las lagunas existentes entre lo que dice la Constitución y la operación práctica del pluralismo jurídico que esta reconoce. El dictamen antropológico se convierte así, en los casos expuestos de juicios concretos, en una herramienta relevante para armonizar los diversos sistemas normativos diferenciados entre sí. La parte final del trabajo es muy rica porque aporta datos duros sobre varios procesos judiciales concretos de gran interés para demostrar su crítica a las definiciones legales y sostener la importancia que el dictamen antropológico proporciona como herramienta para los juzgadores cuando se trata de personas indígenas.

Sin lugar a dudas los cinco apartados de este trabajo lo hacen verdaderamente interesante por los cuestionamientos que hace a definiciones aceptadas comúnmente sin una verdadera crítica.

El tercer artículo que se presenta en este número de la revista *Derechos Humanos México* se titula "Atención tanatológica para los migrantes y sus familias", de la autoría de María Lucía Araceli Cruz Vázquez. Se trata de un material que pretende vincular la problemática de la migración de mexicanos a los Estados Unidos, con los alcances y beneficios de una disciplina de reciente existen-

cia. La autora define a la tanatología como el estudio interdisciplinario del moribundo y la muerte, especialmente las medidas para disminuir el sufrimiento físico y psicológico de los enfermos terminales, los sentimientos de culpa y la pérdida de los familiares y amigos y evitar la frustración del personal médico.

La autora traslada el concepto para tratar de entender que, si bien ante la muerte no se puede hacer nada, si es posible hacer algo en el caso de pérdida de seres queridos arrebatados por la pobreza y la falta de respeto a sus derechos humanos. Muchos hombres, mujeres y niños, ante la falta de condiciones para sobrevivir en sus lugares de origen, o como resultado del fenómeno reciente de la violencia que azota al país, no tienen más opción que alejarse de lo que consideran propio, hasta que migran o se mueren. Víctimas de paupérrimas condiciones económicas se arman de valor, se alejan del entorno que los vio nacer y de los seres que aman, sacrificándose por los demás miembros que se quedan. En muchos de esos casos, aunque el migrante no pierde la vida en alguna de las etapas que componen su proceso de ida, y de regreso en muchos casos, su ausencia es equiparable a una muerte simbólica. De ahí la necesidad de implementar políticas públicas que utilizando la tanatología contribuyan a aliviar el dolor que ocasiona este obligatorio éxodo para muchas familias mexicanas. Al separarse de su familia en condiciones de alta vulnerabilidad hace afirmar a la autora que los migrantes viven en la incertidumbre de lo que sucederá con ellos, sufren daños morales y psicológicos, además de los físicos que pueden ser ocasionados por policías o agentes del crimen organizado.

De esa manera concluye proponiendo la necesidad de implementar un programa nacional de acompañamiento tanatológico para los migrantes y sus familias, para aliviar un poco el dolor que la pérdida del terruño o de los familiares ocasiona en los que se van y el dolor que acontece también con los que se quedan.

El último de los cuatro artículos de este ejemplar corresponde a María Elena Orta García, con el tema “Violencia psicológica y los derechos humanos de niños y niñas: un análisis objetivo”.

La autora considera como uno de los problemas fundamentales de los derechos humanos de la niñez la desintegración familiar, sobre todo cuando en el proceso de separación se ejerce violencia psicológica sobre los hijos menores por parte de los padres induciéndolos a actuar contra alguno de ellos. Los efectos de estas acciones, por parte de los adultos sobre las niñas y niños, originan lo que se conoce como el Síndrome de la Alienación Parental (SAP), cuyos efectos se sienten durante el litigio por la custodia y continúan posteriormente al mismo.

Orta afirma que por lo endeble de esta teoría y a la falta de capacitación de los jueces, está presente el riesgo de proporcionar resoluciones equivocadas que invariablemente inciden sobre derechos fundamentales de la niñez, tales como su derecho a la convivencia con los padres, el de la identidad, el derecho a la salud, a una vida digna, etcétera.

Amparándose en datos estadísticos y en una vasta experiencia en el caso de litigios relacionados con el tema, además de la revisión de tratados internacionales que tienen que ver con la niñez y que son ley suprema en el país, la autora nos desarrolla un interesante trabajo. Realiza, además, para ampliar nuestro conocimiento, la comparación entre menores afectados por la llamada y utilizada durante varios años en juicios familiares, alienación parental, y aque-

llos casos en que los niños sufren por parte del adulto que se considera afectado por la alienación, de abusos por parte de ellos, estudiándose también las épocas en que este concepto, la alienación parental, fue introducida en la legislación civil de la Ciudad de México.

Sin embargo, el concepto alienación parental es un concepto que tiene serias deficiencias en su aplicación jurídica y dio pie a importantes debates que llevaron finalmente a que se eliminara, en agosto de 2017, tal concepto del artículo 323 Septimus del Código Civil para la Ciudad de México, por la dificultad de su implementación, su poca precisión, las confusiones generadas además de estar por fuera de los estándares internacionales.

Lo que impera hoy en el criterio del litigio familiar y en jurisprudencias de la Corte, es el hecho medible y demostrable de que pueda existir violencia psicológica en los procesos de separación familiar. Esta situación debe ser, mediante varios mecanismos, incluyendo las propias opiniones de los hijos, detectada por el juzgador y tratada en un marco de respeto a los derechos humanos de todos los integrantes de la familia, padres e hijos, pero teniendo siempre presente, en todo momento, el interés superior del niño; su derecho a desarrollarse plenamente como persona en un ambiente libre de violencia y mediante diferentes mecanismos, convivir o estar en relación con sus dos progenitores, aunque la custodia la tenga uno de ellos. No se trata del derecho del padre o de la madre, sino el del niño lo que ocupa la máxima prioridad y así ha sido avalada por el máximo tribunal para que puedan disfrutar plenamente sus derechos.

Entrecierra la aparición del presente número, un comentario sobre la “Recomendación General Número 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer” de Mónica M. Cruz Espinosa. En el mismo, la autora nos menciona que se trata de una actualización de la Recomendación General Número 19 emitida en 1992, para las nuevas problemáticas y rezagos que se siguen teniendo en materia de violencia de género contra la mujer.

Se entiende ahí que se refiere a la violencia dirigida contra la mujer precisamente por ser mujer o la violencia que afecta a las mujeres de forma desproporcionada, elementos que constituyen una clara expresión de la discriminación que sigue existiendo en el mundo en contra de las mujeres, lo que constituye una violación grave a sus derechos humanos.

La autora nos comenta los elementos que constituyen el contenido de la recomendación, su relación con otros acuerdos y tratados, así como con los mecanismos de rendición de cuentas, de los avances que se han tenido en los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), así como de las obligaciones que tienen que cumplir. Aunque no se trate de un instrumento vinculante, en estos 25 años que siguieron a la Recomendación Número 19, se ha dado a la prohibición de la violencia de género en contra de la mujer el carácter de norma consuetudinaria. Esto es: la reiteración de una práctica por parte de los Estados y la conciencia de que la misma corresponde a derecho, es decir es obligatoria.

Para ilustrarnos de la importancia de la recomendación en nuestro país, Cruz Espinosa nos menciona varios datos. Solo comento el siguiente: de 2015 a 2017

se han emitido alertas por violencia de género en contra de mujeres en 90 municipios de 12 entidades federativas. medidas especiales para otros 21 municipios, así como varias otras solicitudes de alerta que están en la fila y que por cuestiones políticas no han sido emitidas. La tarea frente al tema en el país es mucho más que enorme.

Finalmente queremos dedicar este número de la revista a la memoria de nuestro colega y amigo, el Dr. Alán Arias Marín, investigador de este centro, fallecido el miércoles 20 de diciembre de 2017.

Claustro de Investigadores del CENADEH

# *Artículos*



## Consulta previa en México: retos y elementos para su discusión

José Israel Herrera\*

**RESUMEN:** La consulta previa se ha convertido en una de las herramientas más poderosas para generar un diálogo y establecer una negociación por parte de los grupos indígenas y tribales en el país para con el gobierno y los organismos que buscan la implementar alguna obra o prevean medidas legislativas (proyectos de ley o de decretos) o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Este derecho encuentra en México un grupo de fundamentos normativos que no se encuentran articulados entre sí y que terminan causando confusión y desconcierto en su aplicación, haciendo que la consulta previa pierda su oportunidad y no alcance su objetivo final. En este artículo se presentan elementos para su discusión y profundización teórica a la luz de los derechos humanos y repensar el derecho a la consulta previa como un derecho que se encuentra en proceso de ampliación de la esfera de protección, mediante la inclusión de nuevos actores y posibilidades en México.

**ABSTRACT:** *The prior consultation has become one of the most powerful tools to generate a dialogue and establish a negotiation by the indigenous and tribal groups in the country with the government and agencies that seek to implement some work or legislative measures (such as bills or decrees) or administrative actions that may affect them directly. This right finds in Mexico a group of laws that are not articulated among themselves which produce misunderstanding and bewilderment in its application, causing that the previous consultation loses its opportunity and does not reach its final objective. This article presents elements for its discussion and theoretical exploration under the light of human rights and rethinking the right to the prior consultation as a right that is in the process of expanding the sphere of protection through the inclusion of new actors and possibilities in Mexico.*

**PALABRAS CLAVE:** Consulta previa, Afectación, Consentimiento, Concesiones, Diálogo.

**KEYWORDS:** *Prior consultation, Affectation, Agreement, Concessions, Dialogue.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. ¿Qué es el derecho a la consulta previa? III. Los fundamentos legales de la consulta previa. 1. El caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación. 4. La reforma energética y la consulta previa. 5. El caso Cherán. IV. Sobre el que se consulta. 1. La Constitución Política de los Estados

---

\* Profesor Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.

Unidos Mexicanos. 2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. 3. La Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, así como su Sector Coordinado y Agrupado. 4. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 5. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 6. Las legislaciones estatales. V. Los titulares de la consulta previa. VI. Cuando se accede a la consulta. VII. Conclusiones finales.

## I. Introducción

La consulta previa se ha convertido en una de las herramientas más poderosas para generar un diálogo y establecer una negociación por parte de los grupos indígenas y tribales en el país. Su origen en los años noventa, con la firma y ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, generó un derecho cuya implementación pasó por varias etapas desde el ser negado, hasta el ser implementado sin una metodología adecuada. No es sino hasta la última década, cuando derivado de la normativa internacional (Caso Saramaka vs. Surinam, por ejemplo) es que en México se han establecido una serie de directrices y normativas para este derecho que lo han desarrollado de una forma particular.

La Recomendación General 27/2016 Sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), propone la incorporación del derecho a la consulta previa, libre e informada dentro del sistema jurídico mexicano, mediante la elaboración de leyes específicas sobre el derecho mencionado, tanto a nivel federal como local, sustentadas en los más altos estándares de protección tanto nacionales como internacionales. La Recomendación General se encuentra dirigida al Poder Ejecutivo Federal para presentar una iniciativa de ley sobre ese mismo derecho, así como al Congreso de la Unión para estudiar, discutir y votar la ley, así como el que presente alguna de las Cámaras y se asegure la participación de los pueblos y comunidades indígenas mediante consultas a las mismas, además de integrar al procedimiento legislativo a organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas. Finalmente se recomienda los Gobernadores estatales, al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y a sus Congresos locales, para que realicen lo mismo de manera local. La CNDH considera fundamental precisar que la consulta previa, libre e informada, deberá tener progresivamente un carácter vinculante.<sup>1</sup>

Esta Recomendación retoma un punto fundamental en la implementación de la consulta previa, que solo los Estados de San Luis Potosí y Durango cuentan con una ley específica sobre consulta previa y que no existe una armonización por lo que la Recomendación propone que se haga una revisión de tales mandamientos, a efectos de propiciar que los estándares de protección que contemplan sean acordes con los que se sugiere se adopten en los niveles federal y

---

<sup>1</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General 27/2016 sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana. Disponible en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral\\_027.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf). Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017.



local para las demás entidades, para que la legislación nacional tenga la mayor armonización posible en este tema.

Esta Recomendación pone en la mesa de discusión un grupo de problemas graves para la implementación de la consulta previa como son la amplitud existente de temas a consultar, la falta de definición de los actores para la consulta, así como de los medios para acceder a ella.

Hasta el momento, tanto la normativa internacional como la mexicana, han sido grandes fuentes de influencia sobre la consulta previa en México. En el primer rubro se encuentran instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el segundo rubro encontramos a instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la Cámara de Diputados y la actuación del gobierno federal, mediante la implementación de políticas como la reforma energética.

A principios de la década de los noventa se firmó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que sustituía al Convenio 107 de la misma organización.<sup>2</sup> México en esta época se encontraba en una etapa de grandes cambios y reformas estructurales destinadas a llevar al país al primer mundo en un periodo muy corto, al mejoramiento de la imagen internacional del país y a que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte fuere aprobado. Una de las principales preocupaciones del gobierno en turno, consistía en acallar los reclamos de los grupos indígenas que después de casi 500 años del primer contacto europeo, seguían siendo los grupos más ignorados y vejados en el país. El Convenio 169 serviría para demostrar que el país les tenía en cuenta.

Assies comenta que: “En 1989 se adoptó el nuevo Convenio 169 de la OIT. México fue el primer país latinoamericano en ratificar el Convenio, aunque lo hizo para proyectarse como un país progresista<sup>3</sup> en el escenario internacional. Dentro del país la ratificación pasó prácticamente desapercibida”.<sup>4</sup> De la Peña coincide con una opinión similar, al señalar que en el año de 1989 se firma este documento por diversas presiones internacionales, pero no siendo la de los indígenas las que son tomadas como mayor preocupación, sino circunstancias de tipo político-económico, como el apremio social derivado del levantamiento en armas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional el primer día de entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> El Convenio 107 sigue vigente en aquellos países que lo ratificaron y que no adoptaron el Convenio 169.

<sup>3</sup> “*The Mexican post-revolutionary model, regarded with sympathy by the US government and academia in the 1940-70 period was no longer approved by the powerful northern neighbor: its populist and protectionist legislation was a hindrance to foreign investment and free enterprise*”. Guillermo de la Peña, “A New Mexican Nationalism? Indigenous Rights, Constitutional Reform and the Conflicting Meanings of Multiculturalism”, *Nations and Nationalism*. Hoboken, Nueva Jersey, vol. 12, núm. 2, 2006, p. 287.

<sup>4</sup> Willen Assies, “Indian Justice in the Andes, Re-rooting or Re-routing”, en Ton Salman y Annelies Zoomers (eds.), *Imaging the Andes: Shifting Margins of a Marginal World*. Amsterdam, Aksant Academic Publishers, 2003, pp. 167-186.

<sup>5</sup> De la Peña, sobre esta misma situación, señala que en el año de 1989: “*The International Labour Organisation Publisher Convention 169. This new document abandoned the discourse of assimilation of Convention 107 in favor of recognition of the rights of indigenous peoples as such. Mexico ratified the convention in 1991. At the time, President Salinas was interested in gaining legitimacy for his government both within Mexico and beyond. After a highly-contested election in 1988, he needed to build domestic support for radical reform policies and solicit international approval for the admission of Mexico to the OECD. He also craved the partnership of the US and Canada in the North American Free Trade Agreement (NAFTA). The Mexican post-revolutionary model, regarded with sympathy by the US government*

## II. ¿Qué es el derecho a la consulta previa?

No existe una definición de lo que una consulta previa es. Se trata de un derecho que se establece en el Convenio 169 de la OIT con la finalidad de obtener un consentimiento previo a la implementación de una serie de hipótesis que se plantea en el mismo ordenamiento. Debido a ello es que la implementación de este derecho se ha ido realizando y modificando mediante el análisis que del mismo se hagan por instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una primera aproximación a la consulta previa nos permite ver que consiste en un derecho que proporciona a los pueblos indígenas y tribales una vía para el diálogo sobre aspectos que tienen un impacto en su vida individual o colectiva.

La consulta previa permite que anticipadamente a la implementación de una política pública, un desarrollo energético o afectación a sus tierras (entre otras decenas de posibilidades) se escuche su opinión sobre el tema que se le plante. Se trata entonces de un derecho que proporciona a los grupos indígenas, minorías, actores sociales diversos y plurales, una herramienta legal mediante la cual pueden expresar su sentir, proporcionar una opinión o dialogar sobre el tema. Esto ha permitido que se convierta en una de las pocas oportunidades que tienen estas minorías, convirtiéndolas en una herramienta fantástica de lucha social y de participación política.

Una definición nos permitiría señalar que se trata de un derecho para instaurar, exigir y demandar el diálogo con grupos minoritarios, ante posibles afectaciones materiales o inmateriales, usualmente previas, que pudieran darse o se estén dando, y de este diálogo generar uno o varios procesos para consultar sobre estas afectaciones posibles, con la finalidad de obtener un respeto a las decisiones y consensos tomados. Sobre esto La Comisión Nacional de Derechos Humanos indica que:

De acuerdo con lo establecido por el ex Relator Especial de los Pueblos Indígenas de la ONU Rodolfo Stavenhagen, el enfoque de derechos humanos en el marco del desarrollo de los pueblos indígenas, implica el respeto de ciertos principios, como lo son: su reconocimiento como sujetos de derecho y no como objetos de políticas públicas; participación y empoderamiento; autonomía, control territorial, no discriminación y la aplicación del consentimiento previo, libre e informado.<sup>6</sup>

Pero a su vez, a la consulta previa, le identifica como un derecho humano cuando subraya que “el derecho a la consulta previa, libre e informada además

---

*and academia in the 1940–70 period (Schmidt2001:25–7), was no longer approved by the powerful northern neighbor: its populist and protectionist legislation was a hindrance to foreign investment and free enterprise. Accordingly President Salinas pushed legislative changes to allow for an easier flow of capital and commodities. Most importantly, Article 27 of the Constitution was modified to allow for privatization of the collective peasant holdings created after the revolution. 13 Simultaneously, Salinas promoted a change in Article 41, in order to comply with the principles of ILO Convention 169. After a rather cursory consultation conducted by the INI with indigenous organizations and a swift discussion and approval in the PRI-dominated Congress of the Union in July 1991”. G. de la Peña, *op. cit.*, supra nota 3, pp. 287-288.*

<sup>6</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.*, supra nota 1, p. 19.

de ser un principio general del derecho internacional, es un derecho humano colectivo de los pueblos y comunidades indígenas”.<sup>7</sup>

45. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo SCJN) ha sostenido que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la consulta: “constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de los pueblos, así como los demás derechos culturales y patrimoniales –ancestrales– que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen”.<sup>8</sup>

Tenemos que considerar al derecho a la consulta previa, y el deber estatal correlativo como un derecho humano, el cual se encuentra vinculado con:

[...] múltiples derechos humanos individuales y colectivos. Además de manifestar el derecho a la participación, el derecho a ser consultado es fundamental para el goce efectivo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, y también se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura de estos pueblos puede resultar afectada por las decisiones estatales que les conciernen.<sup>9</sup>

### III. Los fundamentos legales de la consulta previa

El derecho a la consulta previa, encuentra uno de sus orígenes legales en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata de un documento amplio que se basa en:

[...] la revisión del Convenio 107 de la OIT de 1957. El Convenio 169 constata en el preámbulo que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores,<sup>10</sup>

que reafirma el aporte especial de los pueblos indígenas a la diversidad cultural.

Asimismo, el Convenio 169, es hasta el momento el único instrumento regulador internacional que otorga a los pueblos indígenas el derecho internacionalmente validado a un territorio propio, a su cultura e idioma, y que compromete a los gobiernos firmantes a respetar unos estándares mínimos en la ejecución de estos derechos, además de utilizar conceptos básicos como el de pueblos, indígenas, tierras, territorios indígenas y derechos colectivos.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Organización de los Estados Americanos, “*CIDH resalta importancia de respetar el derecho de los Pueblos Indígenas a la consulta previa*”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/088.asp>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017.

<sup>10</sup> Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. La Organización Internacional del Trabajo, y los pueblos indígenas. Recuperado de <http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2017.

Por primera vez se reconocen derechos como son el de propiedad y posesión de tierras tradicionales y se establece la obligación de asegurar la demarcación y la protección de los territorios.

Importante es que también se identifica y da reconocimiento e importancia a la relación de los pueblos y de los grupos indígenas con sus recursos naturales, ya que deben ser protegidos especialmente cuando el Estado es el propietario de las riquezas del subsuelo y si existiere alguna afectación, entonces se indica la obligatoriedad de generar consultas con los pueblos indígenas afectados.

Este Convenio 169 hace de la consulta previa un requisito indispensable para la adopción de decisiones legislativas o administrativas que se pretendan tomar sobre proyectos de desarrollo económico en los territorios o áreas de influencia de estas minorías.

El derecho a la consulta previa, se encuentra establecido en el Convenio 169 de la OIT, de forma directa en los artículos 6, apartado 1, inciso a):

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

De esta forma se observa que el Convenio 169 otorga responsabilidades a los gobiernos para desarrollar (con la libre participación de los pueblos) acciones y organismos administrativos que protejan sus derechos, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su cultura y su medio ambiente. Además, plantea el derecho de los pueblos indígenas a decidir cuáles son sus intereses y controlar el proceso de desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, en relación con las formas y modalidades en el artículo 6, apartado 1, incisos b) y 1 c) se indica que:

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.<sup>11</sup>

Posteriormente el Convenio 169, desarrolla la consulta previa presentando supuestos, imponiendo obligaciones, así como condiciones para que ésta se

---

<sup>11</sup> Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf). Fecha de consulta 29 de agosto de 2017.

lleve a cabo. Tal es el caso de los artículos 7, apartados 1,<sup>12</sup> 2<sup>13</sup> y 4;<sup>14</sup> 15, apartados 1,<sup>15</sup> y 2;<sup>16</sup> 17, apartados 1, 2,<sup>17</sup> y 3; 22, apartados 1,<sup>18</sup> 2,<sup>19</sup> y 3;<sup>20</sup> 27, apartados 1, 2,<sup>21</sup> y 3;<sup>22</sup> 28, apartados 1<sup>23</sup> y 2.<sup>24</sup> De estos artículos se puede inferir la necesidad de la existencia de un procedimiento de diálogo para ejecutar los procedimientos y las posibilidades que se mencionan.

<sup>12</sup> “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. *Idem.*

<sup>13</sup> “El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

<sup>14</sup> “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. *Idem.*

<sup>15</sup> “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. *Idem.*

<sup>16</sup> “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. *Idem.*

<sup>17</sup> “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”. *Idem.*

<sup>18</sup> “Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general”. *Idem.*

<sup>19</sup> “Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación”. *Idem.*

<sup>20</sup> “Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden”. *Idem.*

<sup>21</sup> “La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar”. *Idem.*

<sup>22</sup> “Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin”. *Idem.*

<sup>23</sup> “Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”. *Idem.*

<sup>24</sup> “Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país”. *Idem.*

## 1. El caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH, resolvió en 2007 el caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia que analiza la responsabilidad internacional del Estado de Surinam ante la falta de medidas efectivas de reconocimiento de la propiedad comunal del pueblo Saramaka, así como la ausencia de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación.<sup>25</sup>

En esta sentencia, la CIDH señaló que se violentaron los artículos 2 (Disposiciones de derecho interno), 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. La CIDH reconoció a los integrantes del Pueblo Saramaka (Surinam) como una comunidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos.<sup>26</sup>

Asimismo, la Corte consideró que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, mediante sus propias normas, costumbres y tradiciones. Debido a esto es que la CIDH indicó que para garantizar el derecho a la consulta, éste debe cumplir una serie de medidas (algunas de ellas previas) para garantizar su efectividad. Entre los puntos fundamentales que entre los puntos más importantes sobre la consulta previa se encuentran:

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones... Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf). Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017.

<sup>26</sup> *Idem*.

conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.<sup>27</sup>

De esta forma la CIDH establecería en esta sentencia algunas de las características fundamentales de la consulta previa, como son ser libre informada y culturalmente adecuada.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.<sup>28</sup>

## 2. Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos

Un antecedente importante para la fundamentación de la Consulta Previa se hizo consistir en la Declaración y en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos adoptadas en Viena de 1993. Este documento en su párrafo 20:

[...] reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no-discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

[...]

31. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los Estados a que velen por la plena y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les interesen.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> Véase: Declaración y Programa de Acción de Viena, 20 años trabajando por tus derechos, 1993 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, en: [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf). Fecha de consulta: 28 de agosto de 2017.



Esta Declaración al señalar que hay un grupo de compromisos que se deben implementar los cuales encuentran en la consulta previa una herramienta para poder llevarlos a cabo. Se trató de un documento que influenció profundamente en la forma en la que los derechos económicos, sociales y culturales puedan hacerse realidad.

La Conferencia de Viena fue el inicio de un proceso que aseguró que se aprobara el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en mayo de 2013, dando por fin a las personas la posibilidad de denunciar al nivel internacional presuntas violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, algo que se venía haciendo desde hacía más de tres decenios en relación con presuntas violaciones de los derechos civiles y políticos: desde la entrada en vigor, en marzo de 1976, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>30</sup>

### 3. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación*

La sentencia mencionada se ha convertido en el parámetro para la aplicación del derecho a la consulta, ya que en la misma se establecieron las características principales que la consulta debe poseer y que hasta la fecha se han convertido en el parámetro para su implementación. Entre los principales (aunque no los únicos) se encuentran el ser culturalmente adecuada, el ser previa, de buena fe e informada.

Estos parámetros no han pasado desapercibidos en México. De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió el 24 de junio de 2016 la Tesis “PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO”, en la que señala:

De conformidad con los estándares internacionales en materia de protección a los derechos de las comunidades indígenas, las características específicas del procedimiento de consulta variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del impacto sobre los grupos indígenas, por lo que los jueces deberán analizar en cada caso concreto si el proceso de consulta realizado por las autoridades cumple con los estándares de ser: a) previa al acto, toda vez que debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución; b) culturalmente adecuada, ya que debe respetar sus costumbres y tradiciones, considerando en todo momento los métodos tradicionales que utilizan en la toma de sus decisiones; en ese sentido, las decisiones que las comunidades indígenas tomen de acuerdo con el ejercicio de sus usos y costumbres deben respetarse en todo momento, lo que implica que las autoridades deben llevar a cabo la consulta, a través de medios e instrumentos idóneos para las comunidades indígenas, de suerte que la falta de acceso a las tecnologías de la información, no signifique un menoscabo en el ejercicio de este derecho; c) informada, al exigir la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que sea comprensible, por lo que si así lo requiere el caso concre-

<sup>30</sup> *Idem.*



to, deberá ser proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como con todos los elementos necesarios para su entendimiento, de manera que los tecnicismos científicos no constituyan una barrera para que las comunidades puedan emitir una opinión; y d) de buena fe, pues la consulta exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de particulares que actúen con su autorización o aquiescencia. Asimismo, debe efectuarse fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada.<sup>31</sup>

#### 4. La reforma energética y la consulta previa

La denominada “reforma energética”,<sup>32</sup> el grupo de modificaciones a la legislación en materia de combustibles, energía eléctrica y otros en México, dio luz a que la consulta previa fuera posible ante la posible afectación por los nuevos escenarios que las implementaciones de los desarrollos fueran a generar. La instalación de generadores, presas, ductos, afectación a tierras, mar y aire, deben ser consensuadas con la población previamente a la ejecución de las obras de desarrollo.<sup>33</sup>

Entre las modificaciones se destacan los artículos 120 de la Ley de Hidrocarburos, 117 al 120 de la Ley de la Industria Eléctrica:

Artículo 120. Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de Hidrocarburos, la Secretaría de Energía deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta previa, libre e informada necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

En dichos procedimientos de consulta la Secretaría de Energía podrá prever la participación de la Agencia, las empresas productivas del Estado y sus subsidiarios y empresas filiales, así como Particulares, conforme a la normatividad aplicable.

Los procedimientos de consulta tendrán como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable.

La Secretaría de Energía, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá prever en las Asignaciones, así como dentro de los términos y condiciones que establezca para las licitaciones, los montos o las reglas para la determinación de los mismos, que el Contratista o Asignatario deberá destinar para el desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades en las que

<sup>31</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO. Tesis: 2a. XXIX/2016 (10a.). Libro 31, Tomo II, Décima Época, Registro 2011956, p. 1212. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2011956&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017.

<sup>32</sup> La Reforma Energética consiste entre otras cosas en modificaciones a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, reformas a Petróleos Mexicanos, una reforma hacendaria, así como el fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en el sector de hidrocarburos que permitirá a empresas privadas participar en la exploración y extracción del petróleo, a través de diferentes contratos con el Estado mexicano, como de utilidad compartida o de producción compartida. Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma Energética. Recuperado de <https://embamex.sre.gob.mx/suecia/images/reforma%20energetica.pdf>. Fecha de consulta 30 de agosto de 2017.

<sup>33</sup> *Idem*.

realicen sus actividades, en materia de salud, educación, laboral, entre otras, sin menoscabo de las obligaciones del Estado.<sup>34</sup>

Artículo 117. Los proyectos de infraestructura de los sectores público y privado en la industria eléctrica atenderán los principios de sostenibilidad y respeto de los derechos humanos de las comunidades y pueblos de las regiones en los que se pretendan desarrollar.

Artículo 118. La Secretaría deberá informar a los interesados en la ejecución de proyectos de infraestructura en la industria eléctrica sobre la presencia de grupos sociales en situación de vulnerabilidad en las áreas en que se llevarán a cabo las actividades para la ejecución de los proyectos, con el fin de que se implementen las acciones necesarias para salvaguardar sus derechos.

Artículo 119. Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria eléctrica, la Secretaría deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan. En dichos procedimientos de consulta podrán participar la CRE, las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias y filiales, así como los particulares.

Artículo 120. Los interesados en obtener permisos o autorizaciones para desarrollar proyectos en la industria eléctrica deberán presentar a la Secretaría una evaluación de impacto social que deberá contener la identificación, caracterización, predicción y valoración de los impactos sociales que podrían derivarse de sus actividades, así como las medidas de mitigación correspondientes. La Secretaría emitirá el resolutivo y recomendaciones que correspondan, en los términos que señalen los reglamentos de esta.<sup>35</sup>

Estas normas le proporcionan a la Secretaría de Energía (Sener) facultades en materia de consulta previa para tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos del sector energético.

## 5. El caso Cherán

Uno de los casos más influyentes para el desarrollo de la consulta previa ha sido el caso del Municipio de San Francisco Cherán, Michoacán.

La comunidad indígena de San Francisco Cherán se encuentra en el Estado de Michoacán. Su principal fuente económica de ingresos es tradicionalmente la silvicultura. Desde 2007 los miembros de la comunidad se quejan de las crecientes talas ilegales y de la criminalidad organizada a través de actores externos, lo cual fue vinculado con el gobierno municipal. Tras conflictos violentos entre miembros de la comunidad y algunos actores externos indeseados, la comunidad decidió encargarse de la seguridad que el Estado no garantizaba. Organizaron comisiones

<sup>34</sup> Ley de Hidrocarburos. *Diario Oficial de la Federación* 11 de agosto de 2014.

<sup>35</sup> Ley de la Industria Eléctrica. *Diario Oficial de la Federación* 11 de agosto de 2014.

de control y protección y levantaron barricadas. Finalmente, el gobierno municipal abandonó la comunidad.

Cuando se estaban por celebrar elecciones en el municipio, la comunidad presentó a la autoridad electoral de Michoacán, el 6 de junio de 2011, un documento con la resolución adoptada por una asamblea general de no asistir a la votación. Pocas semanas después se envió una segunda carta a dicha autoridad solicitando que, como comunidad indígena, pudieran designar a las autoridades según sus propios procedimientos. La autoridad denegó el pedido alegando que no tendría la potestad para permitir dicha elección. A consecuencia de ello, la comunidad presentó una demanda ante el Tribunal Electoral regional en defensa de sus derechos políticos. El Tribunal reconoció el derecho a la autodeterminación de la comunidad y suspendió la votación prevista. El mismo decidió que la autoridad electoral regional debió haber constatado por medio de una consulta previa si la mayoría de la comunidad indígena estaba de acuerdo en celebrar las elecciones según los propios usos y costumbres. La consulta debía llevarse a cabo conforme con los principios del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La consulta debía ser endógena, libre, pacífica, informada, democrática, equitativa, socialmente responsable y autogestionada.

Para realizar la consulta, la comunidad y la autoridad electoral crearon respectivamente una comisión, las cuales trabajaban conjuntamente. La comisión de la comunidad informaba a la autoridad electoral acerca de sus usos y costumbres. La misma propuso ejecutar las fases de difusión de información y de la consulta en el marco de asambleas en los cuatro distritos. Para las asambleas, la comisión de la comunidad invitó a tres científicos especializados en derechos indígenas y la autoridad electoral invitó a un cuarto experto. En el marco de las asambleas se acordó llevar a cabo la siguiente votación: levante la mano 1) quien esté de acuerdo con el sistema de los propios usos y costumbres; 2) quien no esté de acuerdo con el sistema de los propios usos y costumbres. Los resultados de las votaciones se incorporaron de inmediato a un documento oficial. El rol de la autoridad electoral se limitó principalmente a verificar que los procedimientos se desarrollaran de manera normal. La misma tenía la facultad de interrumpir las asambleas si se quebrantaban los principios que el Tribunal había establecido. De los 5,023 miembros presentes de la comunidad, 4,846 votaron en favor de la autogestión según los propios usos y costumbres y ocho en contra. Como reacción a la consulta, otra comunidad, la de Santa Cruz Tanaco, decidió independizarse de la comunidad San Francisco Cherán.<sup>36</sup>

Este caso se vuelve paradigmático, no solo por la decisión tomada en sí, sino por la amplitud de la misma. Se ha considerado un caso de éxito para la forma en la que la consulta previa se ha dado, por haberse convertido en una herramienta de diálogo y de decisión política.

<sup>36</sup> Almut Schilling-Vacaflo y Riccarda Flemmer, Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, Programa "Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina. El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina". Hamburgo, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013, p. 42.

#### IV. Sobre el que se consulta

La consulta previa encuentra en los convenios, leyes y pactos firmados un grupo de supuestos e hipótesis generales en las cuales se identifican un grupo de constantes del “que” o sobre lo que se puede o debe consultar. Es decir, no poseemos un criterio único por lo que cada caso o situación posible de consulta debe ser interpretada de forma particular.

##### 1. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Una mención a la consulta previa se encuentra establecida en la Constitución cuando indica que se debe de generar una consulta para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, situación que se da cada seis años: artículo 2o., apartado B, fracción IX: “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.<sup>37</sup>

El cual se encuentra relacionado con el artículo 26, apartado A que señala:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

En el sistema de planeación democrática y deliberativa, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación* 29 de enero de 2016.

<sup>38</sup> *Idem*, *Diario Oficial de la Federación* 10 de febrero de 2014.

Esto implica que, teóricamente, debe existir una consulta previa a la elaboración del documento denominado Plan Nacional de Desarrollo, que sirva para obtener un documento consensuado con la población mexicana.

## 2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 indica posibilidades concretas, como el deber ser consultados en los siguientes casos: “a) artículo 6.1 antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente; b) artículo 15.2 antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan.<sup>39</sup>

## 3. La Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, así como su Sector Coordinado y Agrupado

El Acuerdo por el que se determinan los supuestos de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas, por acciones y/o proyectos que realice la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, así como su Sector Coordinado y Agrupado. Esta norma expone 14 posibilidades para que la consulta sea generada.

Artículo segundo. La consulta previa deberá solicitarse ante la autoridad competente, cuando se proponga adoptar una medida, impulsar una acción y/o proyecto, que se relacione o pudiera afectar a pueblos y comunidades indígenas, atendiendo a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los estándares nacionales e internacionales en la materia, de acuerdo con los siguientes supuestos:

- a) Se lleve a cabo o planee el crecimiento o surgimiento de asentamientos humanos y centros de población;
- b) Se materialice la regularización de la propiedad o posesión en las diversas figuras que la Ley Agraria reconoce;
- c) Se lleven a cabo planes o proyectos de desarrollo urbano, control y crecimiento de las ciudades y zonas metropolitanas del país, además de los centros de población en general, así como su respectiva infraestructura de comunicaciones y de servicios;
- d) Cuando una autoridad competente solicite se coadyuve para llevar a cabo la eficaz realización de los programas de conservación de tierras y aguas comprendidas en los pueblos y comunidades indígenas;
- e) Cuando se establezcan los planes y acciones sobre los terrenos baldíos y nacionales para su óptimo aprovechamiento;
- f) Al prever las necesidades de tierra para desarrollo urbano y vivienda, considerando la disponibilidad de agua determinada por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales;

<sup>39</sup> Organización Internacional del Trabajo. *op. cit. supra* nota 11, pp. 6, 10-11.

- g) Al elaborar, apoyar y ejecutar programas para satisfacer las necesidades de suelo urbano y el establecimiento de provisiones y reservas territoriales para el adecuado desarrollo de los centros de población;
- h) Al promover la construcción de obras de infraestructura y equipamiento para el desarrollo regional y urbano;
- i) Cuando se tramiten procedimientos de expropiación por causa de utilidad pública, en aquellos casos no encomendados a otra Dependencia;
- j) Cuando se pretenda adquirir y transmitir bienes inmuebles, con el fin de generar una oferta de suelo apto para el desarrollo, atendiendo a la demanda y vocación del suelo;
- k) Al realizar y ejecutar acciones y programas de regularización del suelo, en sus diferentes tipos y modalidades;
- l) Cuando se pretenda la entrega de fondos comunes derivados de expropiaciones, ocupaciones previas y contraprestaciones;
- m) Al instrumentar programas de desarrollo agrario que incrementen las capacidades de los ejidatarios, comuneros, colonos, poseionarios y avocindados de los núcleos de población; y
- n) Cuando se integren expedientes relacionados con proyectos en los que se vean afectados directamente los pueblos y comunidades indígenas.<sup>40</sup>

#### *4. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

Esta Declaración reconoce el derecho de los pueblos a ser consultados en los siguientes casos:

En la situación en que puedan llegar a ser desplazados de sus tierras o territorios (artículo 10).

En el caso de que puedan llegar a ser afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (artículo 11).

En la adopción de medidas para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación (artículo 15).

En la definición de políticas encaminadas a proteger a los niños indígenas contra la explotación económica (artículo 17).

En los casos en que sus tierras y territorios sufran cualquier tipo de afectación (artículo 28).

En las ocasiones de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (artículo 29).

En los casos en los que sea necesario utilizar sus tierras y territorios para actividades militares (artículo 30).

Con motivo de la aprobación de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32).

<sup>40</sup> Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, "Acuerdo por el que se determinan los supuestos de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas, por acciones y/o proyectos que realice la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, así como su Sector Coordinado y Agrupado". *Diario Oficial de la Federación* 24 de marzo de 2017.

Para la adopción de medidas para facilitar la relación y cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras (artículo 36).

En las medidas encaminadas a la adopción de la presente Declaración (artículo 38).<sup>41</sup>

## 5. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos

El 25 de junio de 1993, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, se afirmó que: “Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernen”<sup>42</sup>, esto es, siempre que esté en juego algún interés que afecte a los pueblos y comunidades indígenas.

En esta conferencia se produce un cambio fundamental en la teoría de los derechos humanos, cuando se acepta que los derechos humanos pueden disfrutarse tanto en el ámbito público como en el privado, y por lo tanto pueden violarse en ambos ámbitos. Hasta ese momento el sistema estaba basado en violaciones cometidas por los Estados y referidas al espacio político y social. Por primera vez, actos de particulares, ocurridos en el espacio privado, pueden originar responsabilidad estatal.<sup>43</sup>

## 6. Las legislaciones estatales

Las legislaciones estatales también son diversas sobre los derechos indígenas, en ellas se establecen con más precisión los objetos y alcances de la consulta.

En estos instrumentos, los principales asuntos a ser consultados, son los siguientes:

Cuando se prevean medidas legislativas (proyectos de ley o de decretos) incluso administrativas susceptibles de afectarles directamente (considerado en los Estados de Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Morelos, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Veracruz, Yucatán).

Las propuestas de reformas institucionales de los organismos públicos especializados en su atención (San Luis Potosí).

El establecimiento de las instituciones y mecanismos que permitan la preservación, protección y defensa de su cultura, idioma, usos, costumbres y tradiciones (Quintana Roo).

La elaboración del Plan Estatal de Desarrollo y del Plan Municipal de Desarrollo, respectivamente (Baja California, Durango, Hidalgo; Jalisco, Morelos, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, San Luis Potosí).

<sup>41</sup> Organización de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Nueva York, 13 de septiembre de 2007.

<sup>42</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 31 de agosto de 2017.

<sup>43</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España. *Conferencias Mundiales de la Mujer*. Disponible en: [http://www.msssi.gob.es/va/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/confemujer\\_2.htm](http://www.msssi.gob.es/va/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/confemujer_2.htm). Fecha de consulta: 31 de agosto de 2017.



La definición y ejecución de políticas y programas públicos que les conciernan; es decir, que afecten directa o indirectamente las decisiones que repercuten en su vida cotidiana, en su organización social, en su entorno natural y cultural; en sus aspiraciones y prioridad de desarrollo (Chihuahua, Guerrero, Jalisco, Morelos, Puebla, Tabasco).

Los Planes de Desarrollo Urbano y de Centro Estratégico de Población, cuando afecten el territorio correspondiente a las comunidades indígenas (San Luis Potosí).

Las obras y proyectos que promuevan las autoridades estatales y municipales, las organizaciones o los particulares, que impacten a los pueblos y comunidades indígenas en sus recursos naturales (Baja California, Chiapas, Chihuahua, Oaxaca, Querétaro, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán).

Programas, proyectos y acciones dentro de las tierras y territorios de los pueblos y las comunidades indígena (Chihuahua, Morelos).

El otorgamiento de concesiones y permisos para la explotación de recursos naturales y culturales, ubicados en sus tierras y territorios (Chihuahua, San Luis Potosí).

La expropiación de tierras que pertenezcan a pueblos o comunidades indígenas (Chihuahua).

Programas y proyectos relacionados con el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (Chiapas).

Programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos (Baja California, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Tlaxcala).

Medidas para eliminar, dentro del sistema educativo y en la legislación, los prejuicios, la discriminación y los adjetivos que denigren a los indígenas (Morelos, Nayarit, Quintana Roo).

La definición de cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e implementarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender, resolver o asistir los asuntos que se planteen en lenguas indígenas (Chiapas).

Cualquier tipo de reacomodo o desplazamiento de los pueblos y comunidades indígenas cuando no provengan de las propias necesidades y de la voluntad de dichos pueblos (Puebla, Querétaro).<sup>44</sup>

*7. Iniciativa que expide la Ley General de Consulta Indígena y reforma el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, a cargo del dip. Christian Joaquín Sánchez Sánchez*

México no posee una legislación sobre el tema de la consulta previa. Sin embargo, existen esfuerzos para que una sea expedida. Desde el 23 de marzo de 2017 se presentó la Iniciativa que expide la Ley General de Consulta Indígena y reforma el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, a cargo del diputado Christian Joaquín Sánchez Sánchez.

<sup>44</sup> Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, *Derechos de los pueblos indígenas en México en materia de consulta, participación y diálogo. Avances y desafíos desde el ámbito legislativo*. México, Cámara de Diputados, 2014.



Entre los puntos más destacables de esta iniciativa se encuentran la justificación en la exposición de motivos en la que se indica que:

El 11 de julio de 2016 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió la Recomendación General No. 27/2016 “Sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana”, dirigida al titular del Poder Ejecutivo Federal, al Congreso de la Unión, a los gobernadores, al jefe de gobierno de la Ciudad de México y a los Poderes Legislativos de las entidades federativas. En su recomendación, el organismo garante de los derechos humanos en México, en ejercicio de sus facultades legales, hizo un respetuoso llamado a las instituciones de la República, respecto de la necesidad de presentar y aprobar una ley que reconozca el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas de nuestro país. La presente iniciativa pretende atender dicha recomendación, pero, sobre todo, busca abonar en la construcción de una nueva relación entre el Estado y las comunidades indígenas de México, a partir de la expedición de un instrumento legal que garantice su participación efectiva en las decisiones públicas que les afectan y propiciando condiciones para la construcción de acuerdos que contribuyan a transformar las condiciones de vida de la población indígena de nuestro país.<sup>45</sup>

Ahora bien, esta iniciativa, plantea el que Ley General de Consulta Indígena, tenga como propósito:

Artículo 1o. La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en toda la República. Tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas.

Adicionalmente, esta Ley tiene como objetivos: I. Promover la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la vida democrática del país; II. Garantizar el diálogo intercultural y la construcción de consensos, para fortalecer la relación entre el Estado, los pueblos y comunidades indígenas y la sociedad; III. Impulsar la participación efectiva de pueblos y comunidades indígenas en el diseño, la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los proyectos y programas orientados a fomentar su desarrollo integral; IV. Identificar las propuestas que los consultantes tomarán en consideración, como resultado de las consultas, según proceda, para incorporarlos en las medidas administrativas llevadas a cabo por los tres niveles de gobierno, así como en las medidas legislativas de los Poderes Legislativos federal y locales, y V. Establecer las sanciones en caso de incumplimiento de la presente Ley.

Artículo 3o. La consulta tiene como propósito conocer la opinión y lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, respecto de las medidas legislativas y administrativas que les afecten directamente. El resultado de la consulta tendrá efectos vinculantes, salvo en las excepciones previstas en la presente Ley.

<sup>45</sup> Cámara de Diputados. Iniciativa que expide la Ley General de Consulta Indígena y reforma el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, a cargo del diputado Christian Joaquín Sánchez Sánchez. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2017/mar/20170323-V.html>. Fecha de consulta: 27 de agosto de 2017.

Artículo 11. Las consultas a los pueblos y comunidades indígenas tendrán como objeto conocer la opinión y lograr el consentimiento respecto de: I. Las obras públicas que afecten sus tierras y territorios o los recursos naturales existentes en ellos; II. La expropiación de tierras de núcleos agrarios que pertenezcan a pueblos o comunidades indígenas; III. El otorgamiento de concesiones y permisos para la explotación de recursos propiedad de la Nación, ubicados en sus tierras y territorios; IV. La imposición de modalidades a las propiedades de los núcleos agrarios en territorios indígenas; V. Los programas sectoriales o especiales de atención a los pueblos y comunidades indígenas; VI. Los planes de Desarrollo Urbano, y de centro estratégico de población, cuando afecten el territorio correspondiente a las comunidades indígenas; VII. Las iniciativas o reformas legislativas, con excepción de aquellas en materia fiscal o presupuestal, que afecten o puedan afectar directamente los derechos o intereses de los pueblos y comunidades indígenas, y VIII. Las políticas públicas y, en general, todas las acciones de los tres órdenes de gobierno que afecten o puedan afectar sus derechos e intereses.<sup>46</sup>

## V. Los titulares de la consulta previa

Son pocas las normativas que señalan quienes son los poseedores o titulares del derecho a la consulta previa. El Convenio 169 de la OIT señala, en específico, que son los pueblos indígenas y tribales.

1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.<sup>47</sup>

Asimismo, otro acercamiento conceptual lo encontramos en la Iniciativa que expide la Ley General de Consulta Indígena y reforma el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, a cargo de Christian Joaquín Sánchez Sánchez, esboza como sujetos de derechos a los siguientes grupos y personas “Artículo 7o. Los pueblos y comunidades indígenas de México son sujetos de derecho de consulta en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales ratificados por nuestro país y de la presente Ley”.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Organización Internacional del Trabajo. *op. cit. supra* nota 11, p. 5.

<sup>48</sup> Cámara de Diputados. *op. cit., supra* nota 45.

Schilling-Vacaflor y Flemmer indican que la consulta previa no es un derecho exclusivo para grupos indígenas o tribales. Señalan que la consulta previa puede estar relacionada con otros grupos minoritarios. Ellos se preguntan:

¿El derecho a la consulta existe solo para los pueblos indígenas? El Convenio 169 de la OIT se refiere explícitamente al derecho a la consulta de los pueblos indígenas y las comunidades tribales. En la mayoría de Estados latinoamericanos se distingue entre el derecho de la población general a las audiencias públicas y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa... en el marco de la explotación de recursos naturales no debe entenderse como un derecho exclusivo de los pueblos indígenas... Por lo tanto, los grupos no indígenas con características similares (como la dependencia de la supervivencia física o la integridad cultural de la conservación y el uso de un territorio determinado) deberían tener el derecho a la consulta previa y al conocimiento previo, libre e informado.<sup>49</sup>

Esto permite que los actores que se asocien a la consulta pueda ser mayor. En un procedimiento que se inicie se puede llamar a otros sectores y grupos a la consulta lo que permitiría que ésta fuera más amplia y, por lo tanto, que incluya más voces y elementos para tomar una mejor decisión.

## VI. Cuando se accede a la consulta

La SCJN señala que cada autoridad, en el ámbito de su competencia, debe analizar si son competentes para generar una consulta. Es decir, que se tiene que generar un proceso de reflexión sobre si las medidas tomadas, causan o no una afectación. Por lo que queda al arbitrio de las autoridades, las que deciden si una consulta es procedente o no.

La Sener, posee una oficina<sup>50</sup> en la que se reciben los manifiestos de impacto social (MIS), que se deben generar cuando se inician los procesos para implementar una obra relacionada con la reforma energética. Ahí viene una primera sugerencia para generar la consulta o no, la cual es analizada por esta oficina.

En este punto se puede observar un problema fundamental, que el desarrollador del proyecto no necesariamente se encontrará en favor de la consulta previa, por lo que el MIS no necesariamente indicará que se genere esta consulta. Y, en segundo lugar, la autoridad no necesariamente tendrá la sensibilidad o la disposición política para que ésta se genere. Esto significa que se pasa por doble análisis, en el que se necesitan dos aprobaciones para iniciar la consulta previa, y en ambas, no existe una participación previa de los interesados.

Ahora bien, es problemático que no exista una definición de la forma en la que se puede acceder, en tiempo, espacio y jurisdicción. Esto debido a que no hay una definición conceptual de cuándo una consulta previa puede iniciarse, el tiempo a desarrollarse y sobre todo el concluir. Una lectura metodológica del Protocolo para la Implementación de Consultas a Pueblos y Comunidades In-

<sup>49</sup> A. Schilling-Vacaflor y R. Flemmer, *El derecho a la consulta previa: normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*. Trad. de Graciela Heinemann. Hamburgo, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013.

<sup>50</sup> La Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial.

dígenas, de conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>51</sup> se nos indica que la implementación de la consulta previa implica que se dispone de una metodología que procura seguir una serie de pasos,<sup>52</sup> pero no existe una determinación de los tiempos ni garantiza la participación efectiva de todos los actores debido, a que la propia legislación es tan amplia, que los actores o bien se difuminan o bien se hacen posibles legalmente de ser todos los que deseen participar.<sup>53</sup>

Sobre problemas similares, el ex Relator Especial de los Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya en su informe sobre industrias extractivas destacó que:

[...] las consultas no son “un simple sí a una decisión predeterminada, o como un medio de validar un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados” y que “deben ser mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, proporcionarles beneficios tangibles y, por otra parte, promover el disfrute de sus derechos humanos”.<sup>54</sup>

## VII. Conclusiones finales

1. La consulta previa es un derecho que se encuentra en proceso de descubrimiento y de desarrollo en México. Esto ocasiona incertidumbre para una aplicación adecuada y justa. Se trata de un derecho sobre el cual no existen criterios adecuados o mínimos para su implementación efectiva, su metodología y las definiciones conceptuales sobre quienes pueden acceder a la consulta.

2. Esto podría resolverse mediante una legislación adecuada que organice la forma en la que la consulta previa deba llevarse a cabo y que uniforme criterios. Esto podría auxiliar a organizar y armónica las normatividades que han sido expedidas por los estados del país. Asimismo, auxiliaría a la implementación de una metodología efectiva para su ejecución por lo que los gobiernos federales, estatales, municipales, así como sus diversos organismos.

3. De la exposición de las normatividades que regulan la consulta previa, podemos notar que no existe una definición precisa de quienes son o pueden ser actores de este derecho.

<sup>51</sup> México, CDI, 2013.

<sup>52</sup> Este instrumento legal establece una ruta procedimental en cinco etapas las cuales son: 1. Integración de información y definición de acuerdos básicos; 2. Diseño y programación de la consulta; 3. Aplicación de la consulta; 4. Reintegración de resultados, y 5. Seguimiento y evaluación de resultados.

<sup>53</sup> La consulta de acuerdo con este Protocolo posee cuatro fases, dentro de las cuales cada una cuenta con sus etapas propias, sumando en total 16 a seguir. Éstas son: Fase I, Desarrollo de la consulta. Tiene una etapa llamada 1. Inicio del procedimiento. Fase II. Diseño de la consulta. Posee las siguientes etapas: 1. Identificar a los actores; 2. Delimitar la materia de consulta; 3. Determinar el objetivo; 4. Proponer el tipo de procedimiento; 5. Diseñar propuesta de programa; 6. Presupuesto y financiamiento, y 7. Proponer el tipo de compromisos. Fase III. Acuerdos previos para la implementación de la consulta. Incluye las siguientes etapas: 1. Convocar a las partes; 2. Acreditar a los representantes de las partes; 3. Generar y compartir información; 4. Acordar el programa de la consulta y los procedimientos; 5. Acuerdos sustantivos para la implementación de la consulta; 6. Realización de una cadena de eventos, y 7. Adopción y formalización de acuerdos. Fase IV. Ejecución y seguimiento. Con las siguientes etapas: 1. Ejecución de acuerdos, 2. Seguimiento de los compromisos.

<sup>54</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *op. cit. supra* nota 1, p. 20.

4. Es de hacerse notar que, al hablar de la consulta previa, se le suele agregar un grupo de adjetivos a la como pueden ser previa, de buena fe o culturalmente adecuada. La naturaleza de estas características, se encuentran establecidas para proporcionarle a la consulta un sustento mínimo para que los usuarios de esta puedan tener un piso mínimo garantizado previamente que les permita a los actores no encontrarse en una posición de desventaja al iniciar un diálogo. Por lo tanto, estas características se vuelven inherentes a la consulta desde su propio origen y las mismas le acompañan durante todo el proceso. Si no se diere una consulta bajo estos supuestos entonces podríamos tener un vicio en el consentimiento obtenido pues no existen garantías de haberse derivado de un procedimiento entre iguales. Estas características, se convierten pues en una obligación que tiene que ser cumplida y de un derecho que tiene que ser respetado.

5. Esto implica que este derecho no pueda ser garantizado efectivamente y que de forma fáctica no haya una garantía para poder se pueda avalar que la consulta previa cumple con su objetivo último y final ser una herramienta para garantizar justicia y paz.

**Recepción:** 7 de noviembre de 2017

**Aprobación:** 12 de febrero de 2018



# El acceso a la justicia por parte de la población indígena de México. Transición y bases para su comprensión en el Nuevo Sistema de Justicia Penal

*Kinich Emiliano García Flores\**

**RESUMEN:** A partir de las reformas constitucionales de 2001, en materia de derechos indígenas, y en 2011, en materia de derechos humanos, el sistema jurídico nacional, en particular, el aparato de impartición de justicia, ha modificado diametralmente su estructura y operatividad, hacia un paradigma normativo del pluralismo y la diversidad. No obstante, lo anterior, siguen patentes algunas problemáticas, respecto del acceso pleno a la justicia, por parte de la población indígena del territorio nacional, como lo es la propia definición constitucional de dichos sujetos, y el contraste con las corrientes antropológicas sobre la vigencia de tales categorías para su delimitación, lo que tiene repercusiones procesales concretas. Por lo que, desde la etnohistoria jurídica, se presentan una serie de revisiones históricas y teóricas a propósito del pluralismo jurídico y de la diversidad étnica, que pueden contribuir a la cabal comprensión de la problemática de la diversidad.

**ABSTRACT:** *Since the constitutional reforms of 2001, in the field of Indigenous Rights, and in 2011, in the area of Human Rights, the national legal system, in particular, the provision of justice structure, has diametrically modified its structure and operation, towards a normative paradigm of pluralism and diversity. Nonetheless, the aforementioned, there are still some problems, regarding full access to justice, by the indigenous population of the national territory, as is the constitutional definition of said subjects, and the contrast with the anthropological currents on the validity of such categories for their delimitation, which has concrete procedural implications. So, from the legal ethnohistory, a series of historical and theoretical reviews are presented on the subject of legal pluralism and ethnic diversity, which can contribute to the full understanding of the problem of diversity.*

**PALABRAS CLAVE:** Pluralismo jurídico, Sistemas normativos indígenas, Etnia, Grupo lingüístico, Derechos lingüísticos, Derechos culturales; Cultura, Usos y costumbres, Costumbre jurídica.

**KEYWORDS:** *Legal pluralism, Indigenous normative systems, Ethnicity, Linguistic group, Linguistic rights, Cultural rights, Culture, Uses and customs, Legal custom.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes del pluralismo jurídico en México. III. El dictamen antropológico como medio de convicción judicial en el Sistema de Justicia

---

\* Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, UNAM, y licenciado en Etnohistoria, ENAH.

Mixto Inquisitivo Penal. 1. Problemas para la definición del sujeto diferenciado. IV. Breve descripción de la metodología para la instrumentación del acceso a la justicia en el marco de la diversidad étnico-cultural. V. Análisis de casos prácticos. 1. Delito contra la salud en su modalidad de transportación de peyote. 2. Posesión y comercio de cocaína. 3. Portación de arma de fuego sin licencia, delitos contra la biodiversidad en la conducta de realizar actividades de caza o captura de ejemplares de especie de fauna silvestre, con la agravante de conducta realizada en área protegida. 4. Portación de arma de fuego sin licencia. 5. Violación a la Ley de Migración, en la hipótesis de quien, por sí, transporte por el territorio nacional, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria. (Hacia la jurisdicción indígena...). 6. Homicidio Calificado. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

## I. Introducción

El presente trabajo es una modificación de las ideas centrales del proyecto de investigación de tesis, *Problemas teóricos sobre la delimitación del concepto de indígena desde la etnohistoria jurídica*,<sup>1</sup> y tiene la intención de aportar a la comprensión del proceso del pluralismo jurídico que experimenta México, a partir de las reformas constitucionales de 2001, en materia de derechos de los pueblos indígenas, y de 2011, en materia de derechos humanos, y de la implementación del *Nuevo Sistema Penal Acusatorio*, mediante la legislación del Código Nacional de Procedimientos Penales, y de otras leyes reglamentarias.

En materia jurídica ha sido siempre un criterio fundamental el empleo de términos precisos para delimitar los procesos sociales que se pretende regular. En este sentido, de la lectura de los artículos 2o. constitucional, 220-bis del Código Federal de Procedimientos Penales, 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y de una serie de contradicciones derivadas de dichos ordenamientos al tratar de aplicarlos, es que surge el interés por realizar este ejercicio de comprensión.

Las mayores inconsistencias apreciadas en tales ordenamientos fueron las de la definición del sujeto indígena, a partir de criterios caducos, considerados así por la antropología, la ciencia competente para el estudio de la diversidad étnica. Ya que remite a falacias históricas, como la descendencia de sociedades anteriores al proceso de colonización, como si tal condición fuera corroborable científicamente.

Del mismo modo, la caricatura que se hace de la diversidad étnica en el 220-bis, al delimitar en la reductiva dicotomía sobre *la diferencia cultural respecto de la media* nacional, no hace sino reducir la complejidad social de la diversidad.

Derivado de la lectura de ambos preceptos, tanto juzgadores, como agentes del Ministerio Público, e incluso *defensores públicos*, solicitan a los antropólogos, como medio de convicción judicial, un dictamen que valore sobre estereotipos del otro. Lo cual, sobre todo, tiene consecuencias jurídicas tan nefastas como la declaración de inimputabilidad de los ciudadanos diferenciados involucrados en procesos judiciales.

<sup>1</sup> Kinich Emiliano García Flores, Proyecto de tesis *Problemas teóricos sobre la delimitación del concepto de indígena, desde la etnohistoria jurídica*, registrado en la Subdirección de Investigación de la Escuela Nacional de Antropología e Historia (2016-2018).



Ello obliga a realizar una retrospectiva detallada y puntual sobre la diversidad étnica y el pluralismo jurídico en el territorio nacional, pues solo mediante dicho recuento será posible ofrecer propuestas verosímiles y pertinentes, que hagan recapitular a los responsables de los procesos de transformación social y jurídica en México, en aras de una sensibilización oportuna.

De este modo, lo que se ofrece aquí es, en primera instancia, una descripción del instrumento del dictamen antropológico como herramienta auxiliar en los procesos judiciales, y su papel tan relevante en la armonización de los sistemas normativos diferenciados entre sí. En segundo lugar, se hará un balance histórico pormenorizado, pero puntual del desarrollo histórico del pluralismo jurídico en México, hasta el estado actual del problema, así como algunas propuestas para su resignificación. Por último, se comentarán algunos procesos que se siguieron a ciudadanos diferenciados étnicamente, en los que la influencia de un factor cultural fue determinante para la gestación del conflicto normativo.

## II. Antecedentes del pluralismo jurídico en México

La constitución del derecho en la actualidad, en general, sigue criterios formalistas, es decir de explicitación y consignación escrita, lo que ya de por sí es un acto de fijación, y por lo tanto de segmentación. Aunado a ello, la mayoría de sistemas normativos nacionales, suelen recurrir a paradigmas para la configuración de sus propias compilaciones, dichos paradigmas, aunque sean modelos abiertos, derivan todos de referentes teóricos y deónticos, por lo que realmente, son pocos los sistemas normativos que en la actualidad poseen mecanismos de base material para su elaboración, es decir, generados a partir de un sistema inferencial o inductivo.<sup>2</sup>

La realidad social contemporánea revela un proceso de superposición de sistemas normativos al interior de los Estados nacionales, imbricados de formas diversas, ya subsumidos horizontalmente o de manera subordinada, unos entre otros, conflictuados o complementándose para su reproducción.

Así, sobre lo que se entiende aquí en particular por *pluralismo jurídico*, es necesario señalar que por lo general se le interpreta bajo tres ópticas complementarias entre sí. En primer lugar, como fenómeno de la realidad social, es decir, como una superposición de dos o más sistemas normativos; en segundo lugar, como teoría de análisis en la comprensión del fenómeno normativo, y, en tercer lugar, como un supuesto modelo político.<sup>3</sup> En este sentido, para el presente trabajo, es de capital importancia, la posición de Bartra, sobre el pluralismo como política de los Estados neoliberales, al advertir que:

Me parece que lejos de estarse formando un nuevo proyecto nacional, este proceso es parte de la putrefacción del viejo modelo autoritario. La implementación de gobiernos basados en usos y costumbres es parte del mal, no del remedio; creo que, en muchos casos, lejos de fortalecer la sociedad civil, está sembrando semi-

<sup>2</sup> Léon Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. México, Ediciones Coyoacán, 2007, p. 21.

<sup>3</sup> Óscar Correas, *Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso*. México, Ediciones Coyoacán, 2011.

llas de violencia. No son semillas democratizadoras, son fuentes de conflicto. Por eso impera una lógica que se desprende de la confrontación y de la violencia, una lógica de la contención, del cabildeo y de la negociación que se sobrepone a la deseable lógica de una reforma profunda del sistema político estructuralmente segregador y discriminador que impera en México. Considero que la problemática indígena tiene tales dimensiones que obliga a todo intento serio de solución a ubicarse a escala nacional, no regional o municipal. Al contrario de lo que se suele suponer, es necesario comenzar a solucionar el problema desde arriba, no desde abajo. Es la cabeza del sistema la que está más enferma y la que genera violencia. El problema indígena se halla principalmente en las estructuras de gobierno. Los indios no están mudos: es el gobierno el que está sordo, el gobierno y toda la elite económica y burocrática. Es necesario a mi juicio, no conservar sino reformar los usos y costumbres –tanto de los indígenas como de los políticos salvajes– para asegurar la expansión de una sociedad civil basada en la libertad individual y la democracia política.<sup>4</sup>

Para Bartra, el reconocimiento de la pluralidad es una degradación del Estado, porque considera que las estructuras sociales indígenas derivan de instituciones coloniales, como la República de Indios, y que son estructuras violentas y antidemocráticas. Para éste, el reconocimiento del pluralismo, es el reconocimiento de factores reales de poder, que sobrepasan la capacidad de ejercicio de gobierno del Estado nacional.<sup>5</sup>

Por otro lado, existe la postura de que las estructuras sociales indígenas son continuidades y herencias de un pasado precolonial,<sup>6</sup> lo cual por supuesto es una falacia inverificable científicamente.<sup>7</sup>

En este sentido, el pluralismo jurídico, como fenómeno, desde ambas perspectivas es completamente exótico, tanto en el tratamiento de una idea idílica del *otro*, como en su idea del *otro violento*. Para este trabajo, el pluralismo deriva más bien de la propia naturaleza del fenómeno del derecho, que encuentra en los distintos acuerdos y prácticas sociales cotidianas, una recreación, reelaboración y reapropiación, constante y continua,<sup>8</sup> por lo que no es necesario construir quimeras, si los pueblos y comunidades locales, quieren asumirse como sociedades de ascendencia precolonial, y si a algunos les cuesta comprender que el derecho es más que lo inscrito en cuerpos legislativos, ninguna de las dos circunstancias es relevante, lo fundamental, para el desarrollo de la

<sup>4</sup> Roger Bartra, "Violencias indígenas", en *La sangre y la tinta. Ensayos sobre la condición postmexicana*. México, Océano, 1999. pp. 45-46.

<sup>5</sup> *Idem*, pp. 15-48.

<sup>6</sup> Respecto de las posturas encontradas sobre la concepción del fenómeno de la diversidad étnica, revisar a María Teresa Sierra, "Derecho indígena: herencias, construcciones y rupturas", en Guillermo de la Peña y Luis Vázquez León (coords.), *La antropología sociocultural en el México del milenio. Búsquedas, encuentros y transiciones*. México, INI / Conaculta / FCE, 2002, pp. 247-288; así como a Yuri Escalante Betancourt, "Panorama de la normatividad interna e instancias jurídicas entre coras, huicholes y tepehuanes", en Rosa Isabel Estrada Martínez y Gisela González Guerra. *Tradiciones y costumbres jurídicas en comunidades indígenas de México*. México, CNDH, 1995, pp. 129-138.

<sup>7</sup> Sobre la falacia histórica de la dicotomía del indígena y el colonizador, como proceso de identidad, puede revisarse a Michel Oudijk y Mathew Resatall, *La conquista indígena de Mesoamérica. El caso de Don Gonzalo Mazatzin Moctezuma*. México, INAH / Universidad de las Américas / Secretaría de Cultura de Puebla, 2008.

<sup>8</sup> José de Jesús Orozco Henríquez, *Derecho constitucional consuetudinario*. México, UNAM, 1993, pp. 27-34.

pluralidad, son la vigencia y la eficacia de las instituciones sociales de dichas comunidades.

De este modo, junto a Bartra, y a algunos otros autores,<sup>9</sup> se entiende que el pluralismo jurídico, como fenómeno y como herramienta teórica de explicación, están implicados instrumentalmente, con un discurso de los Estados nacionales para construir un modelo utópico basado en la diversidad, independientemente de lo positivo o negativo de tal fin. Para demostrar dicho planteamiento, el presente trabajo ofrece una revisión etnohistórica del problema de la diversidad en México a partir del proceso de contacto con las poblaciones europeas en el siglo XVI.

En dicho recorrido, se hará patente que la construcción de la identidad es un proceso complejo que no puede reducirse a una dicotomía tan ambigua como la de colonizador e indígena, por lo tanto, para que dicho modelo utópico de la diversidad pueda adquirir mecanismos más eficientes en su implementación, es necesario el empleo de la *etnohistoria jurídica*. Así, el recurso de la *antropología jurídica*, como método de interpretación, solo se empleará en aspectos mínimos del tema, pues se considera que dicha postura, al igual que la del propio *pluralismo jurídico*, están inmersas en una idealización reductiva de la realidad social. Como lo aclara con puntualidad Adams:

[...] la profesión antropológica parece empeñarse en cargar con la culpa y la expiación de los antiguos pecados del país cometidos contra los indios. Esto se hace evidente cuando comparamos los escritos de los antropólogos con los de los historiadores sobre el tema de las relaciones entre los indios y los blancos. Los historiadores parecen capaces de aproximarse a este asunto con un grado de objetividad distante al señalar que no hubo ni buenos ni malos. Esto apenas ocurre en los escritos antropológicos. Los historiadores también han reconocido en todo momento que la relación entre indios y blancos era dinámica y evolucionó a lo largo del tiempo, mostrando nuevos retos y oportunidades en cada generación, mientras que los antropólogos han sido más propensos a presentarla como una confrontación atemporal entre los buenos indios y el hombre blanco malo, una de las herencias más firmes de la indilogía. Esta es, por supuesto, una manifestación de la más general filosofía del primitivismo...<sup>10</sup>

Así, en el presente trabajo, se intenta una explicación que comprende de manera interrelacionada los tres aspectos del pluralismo jurídico, un fenómeno social, un modelo explicativo y un modelo político del mismo, como la disposición y el ánimo manifestados explícitamente, mediante un conjunto de actos y compromisos, –tanto de parte de las autoridades nacionales, como de las poblaciones autoidentificadas étnicamente diversas–, para la construcción de una dinámica política ideal o utópica, que persigue una interacción horizontal entre la diversidad y un modelo paradigmático de organización social, que requiere de un conjunto de símbolos de legitimación histórica, –siendo el pluralismo jurídico,

<sup>9</sup> Frederic Jameson y Slavoj Žižek, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Trad. de Maira Irigoyen. Buenos Aires, Paidós, 1998, así como a Porfirio Miranda, *Antropología e indigenismo*. México, Anthropos / UAM, 1999, y de igual modo a Guy Rozat Dupeyron, "Antropólogos, ¿qué han hecho del indio?", en G. de la Peña y L. Vázquez León (coords.), *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 483-507.

<sup>10</sup> William Y. Adams, *Las raíces filosóficas de la antropología*. Trad. de Fernando Díez Martín. Madrid, Trotta, 1998, p. 273.

en su connotación de método explicativo, parte de tales discursos de legitimación—, independientemente de la naturaleza ideológica de dicha diversidad, pues su fundamento se encuentra en la vigencia y la eficacia de sus instituciones sociales propias.

Por lo que, para desentrañar las coyunturas particulares de la elaboración de dicho contexto, se empleará la *ethnohistoria jurídica*, por considerar que alcanza un grado de mayor objetividad, al comprender procesos de larga duración, mientras que la antropología en general, y la antropología jurídica en particular, poseen fuertes cargas ideológicas que las orillan a constreñirse a posiciones más allá de las competencias epistémicas de su propia disciplina, afectando profundamente con ello, la claridad sobre el fenómeno que pretenden estudiar.

Tal posición es fundamental para comprender que los modelos de identidades compartidas, han estado presentes desde larga data. Por ejemplo, desde el siglo XVI, una Cédula Real, de Carlos V, expedida en 1555 para el Obispado de la Verapaz, sancionaba el respeto y cumplimiento de las costumbres indígenas, anteriores al contacto, y las que se generaron a partir del mismo. Además, existía un proceso formal, mediante el cual se sancionaban y reconocían aquellas prácticas consuetudinarias que causaban mayor desconcierto entre las autoridades novohispanas.<sup>11</sup>

El reconocimiento a sus sistemas políticos y normativos no siempre fue claro, si bien, desde la primera versión del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>12</sup> se les reconoció la tenencia colectiva de la tierra. Asimismo, se reconoció individualmente, mediante decreto presidencial, la personalidad jurídica a distintos grupos, a los pápagos, kikapus y mascogos, en el siglo XIX,<sup>13</sup> a los seris, mayos, ópatas, tarahumaras y yaquis, durante los gobiernos posrevolucionarios,<sup>14</sup> y a los lacandones en la década de 1970.<sup>15</sup>

En 1928, el Código Civil para el Distrito y los Territorios Federales, en su artículo 21, preveía la exclusión de sanción para las personas con aislamiento social y atraso intelectual.<sup>16</sup>

Asimismo, desde 1971, con la declaración de las Reservas al Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas, México, abrió la posibilidad de excluir de responsabilidad penal, a las poblaciones indígenas, en la recolección y consumo de peyote con fines rituales.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Menegus Bornemann, Margarita, "La costumbre indígena en el derecho indiano, 1529-1550", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. México, vol. 4, 1992, pp. 151-159.

<sup>12</sup> Francisco López Bárcenas, "Los pueblos indígenas en las Constituciones de México", *Argumentos*, México, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre de 2016, pp. 161-180.

<sup>13</sup> Moisés González Navarro, "Las instituciones indígenas en el México Independiente", en Alfonso Caso et al., *La política indigenista en México: métodos y resultados*. México, INI, 1954, pp. 209-313.

<sup>14</sup> Edward H. Spicer, *Los yaquis historia de una cultura*. México, UNAM, 1954; del mismo autor "El problema yaqui", *América Indígena*. México, núm. 8, 1945, citado por María Macrina Restor Rodríguez, "El pueblo yaqui y sus cien años recientes de lucha por la defensa territorial", en Miguel León Portilla y Alicia Mayer (coords.), *Los indígenas en la Independencia y en la Revolución mexicana*. México, IIH-UNAM / INAH / Fundación Teixidor, 2010.

<sup>15</sup> Jan de Vos, "Lacandonia: la frontera perdida", en Alain Breton y Jacques Arnauld, (coords.), *Los mayas: la pasión por los antepasados, el deseo de perdurar*. México, Conaculta / Grijalbo, pp. 183-190.

<sup>16</sup> Lucio Mendieta y Núñez, *Las poblaciones indígenas de América ante el derecho actual*. México, Cultura, 1935, p. 76.

<sup>17</sup> Gobierno de México, (1975), "Reserva expresa a la aplicación del citado instrumento internacional, con base en lo que establece el párrafo 4 del artículo 32 del mismo en virtud de que en su territorio aún existen ciertos grupos étnicos indígenas que en rituales mágico-religiosos usan tradicionalmente plantas

No obstante, es a partir de la firma generalizada del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aunque no exclusivamente, que la mayoría de Estados nacionales se da a la tarea de implementar mecanismos para el reconocimiento y armonización de los sistemas normativos diferenciados, al interior de sus territorios, con sus propias figuras.<sup>18</sup>

En particular, en México, a partir de 1991, con la modificación del artículo 4o. constitucional,<sup>19</sup> y de 2001, con la reforma al artículo 2o. constitucional,<sup>20</sup> se ha hecho manifiesto el afán del Estado mexicano por reconocer e incluir, en la dinámica política y jurídica nacional, a los grupos que responden a tales características.

Igualmente, en 1991, una forma que no se limitaba al consumo ritual del peyote, para armonizar la normativa diferenciada de dichos pueblos, fue la adición al Código Federal de Procedimientos Penales del artículo 220 Bis, mediante el cual se preveía la posibilidad de ofrecer un dictamen antropológico como medio de convicción, para demostrar la exclusión de responsabilidad por error de prohibición, o, error culturalmente condicionado, como también se le conoció más adelante.<sup>21</sup>

### III. El dictamen antropológico como medio de convicción judicial en el Sistema de Justicia Mixto Inquisitivo Penal

En el Sistema de Justicia Mixto Inquisitivo Penal, el dictamen antropológico se ofrecía como medio de prueba pericial, a solicitud del defensor o del agente del Ministerio Público, y como informe dentro de la facultad del juzgador de allegamiento de elementos para mejor proveer la resolución del proceso; y una vez que era acordado en autos, se emitía solicitud para designación de perito a la instancia correspondiente,<sup>22</sup> en este caso la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.<sup>23</sup>

---

silvestres que contienen algunas de las sustancias sicotrópicas incluidas en la Lista I", en Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, *Diario Oficial de la Federación*. Es de apreciarse que el titular de la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien firma dicho tratado, fue nada menos que Emilio Oscar Rabasa, nieto del connotado político Emilio Rabasa, ambos tratadistas del derecho constitucional.

<sup>18</sup> Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 7 de junio de 1989, Praga.

<sup>19</sup> Reforma constitucional del artículo 4o. (*Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992).

<sup>20</sup> Reforma constitucional del artículo 2o. de 2001 (*Diario Oficial de la Federación*, del 6 y del 10 de junio de 2001).

<sup>21</sup> Artemia Fabre Zarandona, (2011) "Balances y perspectivas del peritaje antropológico: reconocer o borrar la diferencia cultural", *Revista Pueblos y Fronteras Digital*. México, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 149-188.

<sup>22</sup> CDI. Mesa de trabajo convocada por la CDI en torno a la importancia de peritajes en materia antropológica en la operación del sistema de justicia penal, celebrada el 27 de septiembre de 2016.

<sup>23</sup> Los casos aquí comentados se conocieron en el marco de las prácticas profesionales realizadas en la CDI; Constancia de término de prácticas profesionales de Kinich Emiliano García Flores, Matrícula Interna: PP/GFKE/57/2016, oficio CGAF/DRHO/SOCP/2017/200, Coordinación General de Administración y Finanzas, Subdirección de Operación y Control de Pago, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, así como en la estancia que realizó en dicha institución de Asistente Jurídico en Materia Penal; CDI, Convenio de concertación que celebran por una parte, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, representada por [...], en su carácter de Director de Promoción de Convenios en Materia de Justicia, y por la otra, Kinich Emiliano García Flores, en su carácter de asistente en materia penal y registro civil..., del 2 de enero al 30 de diciembre de 2017.

Una vez que la solicitud era recibida por dicha Comisión, se hacía una primera valoración en la que se ponía a consideración, si la conducta tipificada como delictiva, pudiera corresponder a una práctica normativa diferenciada. Sí no era el caso, se enviaba un oficio fundado y motivado en el que se señalaba que era innecesaria la realización de un dictamen de ese tipo. Sin embargo, la mayoría de las ocasiones, el oferente no tomaba en consideración dicho oficio, y solicitaba de nueva cuenta la designación y el dictamen.<sup>24</sup>

De este modo, en cumplimiento de sus obligaciones institucionales, la Comisión, designaba perito, notificando al juzgado o a la agencia del Ministerio Público competente, sobre ello. Una vez hecho lo cual, el experto debía acudir personalmente o mediante videoconferencia a la instancia precisa, a rendir protesta del cargo.<sup>25</sup>

En dicho acto, solicitaba el perito las constancias procesales que podrían auxiliar en la orientación del dictamen, las cuales por lo general, eran declaración ministerial, auto de formal prisión, declaración preparatoria y, de existir, ampliación de declaración. Cabe aclarar que desde que se solicitaba la designación del perito, se informaba sobre las preguntas que se requerían satisfacer en dicho dictamen.

Haciendo una síntesis esquemática de dichos cuestionamientos, por lo general se planteaban en los siguientes términos:

- 1) Pertenencia del inculpado a una identidad indígena.
- 2) Grado de marginación, aislamiento social y de educación, así como conocimiento de los servicios públicos con los que cuenta la comunidad a la que pertenece el inculpado.
- 3) Especificidad cultural del inculpado y de la comunidad a la que pertenece.
- 4) Diferencia cultural respecto de la media nacional.
- 5) Determinación de la personalidad del inculpado.
- 6) Identificación de la lengua indígena hablada por el inculpado.

### 1. Problemas para la definición del sujeto diferenciado

A) Los entrecruces de la antropología y el derecho en la configuración de un sujeto nacional

El contenido de dichas postulaciones es flagrantemente impertinente respecto del objeto de estudio de la antropología socio-cultural, pues, en primer lugar, como puede apreciarse, de la lectura de la legislación nacional e internacional, el esclarecimiento de la identidad étnica no está sujeto a confirmación de una entidad institucional, ya que dicho derecho se ejerce por autoadscripción.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> CDI, 2016, *op. cit.*

<sup>25</sup> CDI, 2016, *Idem.*

<sup>26</sup> "PERSONA INDÍGENA. PARA QUE SEA EFICAZ LA "AUTOADSCRIPCIÓN" DE UN SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA, DEBE REALIZARSE DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O LA PREINSTRUCCIÓN DE LA CAUSA, 2005027, 1a./J, 58/2013 (10a.)", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 1, Primera Sala, Décima Época, diciembre de 2013, p. 278 y "PERSONAS INDÍGENAS. SU PROTECCIÓN ESPECIAL A CARGO DEL ESTADO SURGE A PARTIR DE LA AUTOADSCRIPCIÓN DEL SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA O DE LA EVALUACIÓN OFICIOSA DE LA AUTORIDAD MINISTERIAL O JUDICIAL ANTE LA SOSPECHA FUNDADA DE QUE EL INculpado PER-



Aunado a ello, la definición que el artículo 2o. constitucional brinda sobre los sujetos de la población nacional a quienes la legislación considera indígena, se encuentra sumamente ideologizada, y, sobre todo, no es verosímil, de acuerdo con cualquier teoría antropológica vigente sobre la identidad étnica.<sup>27</sup>

Pues debe tenerse en cuenta, que la delimitación de los sujetos a los que se ha de considerar como indígenas, ha sido una de las problemáticas más complicadas a las que se ha enfrentado la disciplina antropológica.<sup>28</sup>

De la misma manera, en la administración del territorio de la Nueva España en el siglo XVIII, ya era sumamente confuso identificar a tales sujetos respecto de otros habitantes del reino.<sup>29</sup> Según las primeras leyes, del Libro Sexto, sobre indios, de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, el español casado con india, que asienta su residencia en la República de Indios, tributa como indio, de igual modo, el hijo de español y de india plebeyos, con residencia en la República de Indios, era considerado indio; en cambio, el hijo de padre y madre indios, que se asienta en una ciudad o villa, pero no en un barrio de indios, sino en la periferia, era considerado mestizo, por último, la legislación prohibía que mestizos o mulatos concibieran vástagos con indios, sin embargo, si ello ocurría, tales vástagos eran considerados indios.<sup>30</sup> De tal modo, puede apreciarse que la identidad era sumamente compleja y que, más que nada, se fundaba en criterios administrativo-territoriales para señalar una referencia.

Lo que se complicó aún más, en el siglo XIX, cuando la Constitución de Cádiz suprimió la categoría de indio, como referente de un estrato poblacional. Ya en el México Independiente, liberales e “indígenas nobles”, se enfrascaron en una pugna por la preservación de los privilegios como forma de organización y su disolución para dar cabida a las libertades individuales del ciudadano. En un sentido puramente discursivo, se arguyó en primer lugar, que todos los habitantes del territorio, eran naturales del mismo, y que al haber nacido todos en las Indias Occidentales, todos debían ser denominados “indios”, en general.<sup>31</sup>

Los “antes llamados indios”, como los nombraban los liberales, se organizaron en torno a colegios de altos estudios, y mantuvieron la educación especializada para su sector, por lo menos hasta concluir la primera mitad del siglo XIX, desde tal púlpito, lanzaron proclamas, embistiéndose del término “indígena”, más cer-

TENECE A AQUÉLLA, 2005032, 1a./J. 59/2013 (10a.)”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, Primera Sala. Décima Época, diciembre de 2013, p. 287.

<sup>27</sup> “[...] pueblos indígenas... son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, artículo 2o. de la CPEUM. A propósito del tema desde una perspectiva histórica, considérense las obras de Ana Luz Ramírez Zavala, “Indio/Indígena, 1750-1850”, *Historia de México*. México, vol. LX, núm. 3, 2011, pp. 1643-1681.

<sup>28</sup> Algunos artículos que tratan de manera sencilla y amena esta problemática son: Juan Pedro Viqueira, “Reflexiones contra la noción histórica de mestizaje”, *Nexos*. Versión electrónica: <http://www.nexos.com.mx/?p=13750>, consultado el 12/11/2017, y Antonio Escobar Ohmstede, “Del dualismo étnico colonial a los intentos de homogeneidad en los primeros años del siglo XIX latinoamericano”, *Alteridades*. México, vol. 14, núm. 28, julio-diciembre de 2004, pp. 21-36.

<sup>29</sup> Gerardo Lara Cisneros, ¿Ignorancia invencible? Superstición e idolatría ante el Provisorato de Indios y Chinos del Arzobispado de México en el siglo XVIII. México, IIH-UNAM, 2014, pp. 165-166.

<sup>30</sup> Juan de Solórzano y Pereira y Antonio de León Pinelo (comps.), *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Madrid, Maxtor, 2013.

<sup>31</sup> Andrés Lira, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, sus pueblos y barrios 1812-1919*. México, Colegio de Michoacán, 1983, y Shirley Brice Heath, *La política del lenguaje en México: de la colonia a la nación*. México, INI / Conaculta, 1970. De hecho, bien entrado el siglo XIX, a los españoles inmigrantes a América se les denomina Indianos.

cano a la ilustración francesa, en oposición al genérico “indio”, para asumirse como un sector diferenciado,<sup>32</sup> y mediante documentos procesales, se concibieron a sí mismos como “herederos de Cuauhtémoc”, es decir, como descendientes de las poblaciones anteriores al proceso de colonización.<sup>33</sup>

Los liberales no se contentaron con tales argumentos, y embistieron en distintos foros, razonamientos muy cercanos al relativismo cultural, señalaron que, en caso de existir diferencia, ésta no podría derivar de una herencia ancestral, sino más bien, y en todo caso, de las condiciones económicas y de educación a las que habían sido sometidos.<sup>34</sup> Criterio que compartirían los positivistas como Emilio Rabasa y Wistano Luis Orozco, ya en la transición del siglo XIX al XX.<sup>35</sup>

Aunque lo hicieron tardíamente, dos de los antropólogos, más sobresalientes en México, de la corriente culturalista, Alfonso Caso y Manuel Gamio, hicieron esfuerzos para enlistar los elementos definitorios del sujeto indígena. Se refirieron a la cultura, en dos ámbitos, material, es decir producción artesanal para indumentaria y objetos de uso cotidiano, así como presencia de vestigios arqueológicos, y el sentido psicológico de pertenencia, es decir lo que ahora se estima como el criterio de autoadscripción. No obstante lo anterior, concluyeron que el criterio más fidedigno del que podían servirse era el de la lengua.<sup>36</sup>

En aquel entonces, solo Lucio Mendieta y Núñez desestimó el criterio de la lengua, como elemento definitorio del sujeto indígena, distinguió con gran precisión la persistencia de grupos que habían perdido la lengua, la indumentaria, y que, no obstante, conservaban instituciones y prácticas jurídicas diferenciadas, y del mismo modo observó, que tales comunidades eran la mayoría de la población en el territorio mexicano.<sup>37</sup>

## B) Las inconsistencias del criterio lingüístico

Actualmente los censos, siguen empleando el criterio lingüístico para identificar a las poblaciones consideradas como indígenas, si bien comienzan a emplear el ya mencionado criterio de autoadscripción. En este sentido, debe aclararse, que las categorías de identificación lingüística y étnica, no siempre son correlacionales, es decir no son inherentes. La lengua, por lo tanto, no es un criterio de identificación étnica.<sup>38</sup>

Desde la segunda mitad del siglo XX, algunas corrientes antropológicas fueron muy claras para afirmar que, de ningún modo puede confundirse la categoría lingüística con la categoría étnica. Por solo citar algunos ejemplos evidentes, puede considerarse a los *tacuates*, grupo étnico de Oaxaca, de lengua mixteca, pero que se autodefine como diferente a los demás grupos hablantes de mixteco. Igualmente, el término *tsotsil*, tampoco puede ser considerado como referente de identidad, porque los grupos hablantes de la lengua *tsotsil* no se definen sino

<sup>32</sup> A. Lira, *op. cit.*, *supra* nota 31.

<sup>33</sup> S. Brice Heath, *op. cit.*, *supra* nota 31.

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> Emilio Rabasa, *Evolución histórica de México*. París, Impreso por Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1920. y Wistano Luis Orozco, *Los ejidos de los pueblos*. México, El Caballito, 1975, p. 222.

<sup>36</sup> Manuel Gamio, *Consideraciones sobre el problema indígena*. México, INI, 1966, pp. 221-226 y A. Caso, *Indigenismo*. México, INI, 1958.

<sup>37</sup> L. Mendieta y Núñez, *op. cit.*, *supra* nota 16.

<sup>38</sup> Gobierno de México, (2003), Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.



en función de sus cabeceras más importantes en la región, los chamulas, de San Juan Chamula, y los zinacantecos, de Zinacantan, así como entre los hablantes de tseltal, muchos se refieren, a sí mismos, dependiendo de su comunidad como los tenejapanecos de Tenejapa.<sup>39</sup>

Dicha inconsistencia se hace más evidente, por ejemplo, en un dictamen antropológico de la comunidad de Tanlacut, San Luis Potosí, en el que se determinó que la “práctica conyugal del rapto”, no era privativa de los grupos de habla *pame*, sino que era compartida por los denominados “mestizos”, de la región circunvecina, además, se atestiguó que dicha práctica se realizaba de manera interactiva, presentándose, “rapto” de mestizos hacia hablantes de *pame*, como “rapto”, de hablantes de *pame* hacia mestizos, de modo que tanto mestizos como hablantes de *pame*, quedaron inscritos en un mismo circuito o complejo cultural, por lo cual, el referente lingüístico no puede emplearse como identificador étnico ni como marcador cultural, pues el único referente de delimitación identitaria fue la práctica del “rapto conyugal”, también denominado, “rapto consentido”, es decir, una *costumbre jurídica*.<sup>40</sup>

Se resalta lo reductivo de dicho criterio, porque incluso, deja desprotegidas a las poblaciones “indígenas” que han perdido el empleo de una lengua mesoamericana, observaciones que ya se habían realizado desde principios del siglo XX. En su ensayo sobre la población indígena de América frente a los sistemas normativos nacionales, de 1924, Lucio Mendieta y Núñez destacaba, al criticar la metodología de los censos de la época: “Ha de tenerse en cuenta, además, que gran parte de la población señalada como mestiza, debe clasificarse, para los fines de esta monografía, como indígena porque en su género de vida y en su cultura poco difiere de ella”.<sup>41</sup>

Del mismo modo, Miguel Alberto Bartolomé y Alicia M. Barabás, al reflexionar sobre los problemas de las perspectivas cuantitativas de los censos para identificar a los grupos indígenas, advierten que la pérdida de la lengua, no necesariamente implica la degradación del sistema étnico:

La pérdida del idioma materno ha colocado en riesgo de extinción lingüística a varias microetnias y afecta sectorialmente las macroetnias y a algunas mesoetnias, pero no necesariamente conduce a una transfiguración cultural hacia un genérico

<sup>39</sup> Andrés Medina, “Comentario previo”, en Gonzalo Aguirre Beltrán. *Obra Antropológica IX. Regiones de Refugio. El desarrollo de la comunidad y el proceso dominical en Mestizoamérica*. México, FCE, 1991, pp. 9-10 y 15.

<sup>40</sup> CDI. “Análisis de la Sentencia Pronunciada por el Juez Mixto de Primera Instancia en [...]”, en *Cartilla informativa de referencias sobre matrimonio infantil entre la población indígena de México*. México, CDI, 2016, p. 6.

<sup>41</sup> L. Mendieta y Núñez, *op. cit.*, *supra* nota 16. Y del mismo modo, Fernando Benítez hacía hincapié en la íntima relación cosmológica que guardan muchas poblaciones, consideradas mestizas, con los denominados indígenas, y que, en última instancia, definen precisamente esa identidad que los delimita como sujetos diferenciados: Entre los peregrinos huicholes y los mestizos existe un indudable parentesco. Los dos emprenden largos viajes a los lugares sagrados, los dos se someten a crueles torturas físicas, los dos imploran bienes tangibles e inmediatos. Los mestizos, en los santuarios, pueden ver a los niños muertos que han chupado las brujas, las bolas de fuego que saltan en las montañas, le piden a los santos “que les abran algún camino para ganar bastante dinero”, y delante de sus imágenes lloran y se sienten aliviados de sus tristezas y pesadumbres y en recompensa por haberlos oído dejan “un corazoncito de plata, unas veladoras y unos centavos de limosna”. Los indios ven fantasmas o fenómenos naturales que los llenan de terror: piden a sus dioses salud, lluvias, buena suerte en la caza y a cambio de haberlos escuchado y consolado les dejan dinero, velas, sangre y preciosas ofrendadas de flechas y de jícaras...; *En la tierra mágica del peyote*. México, Era, 2005, pp. 136-139.

modelo “nacional” ni a la descaracterización étnica, tal como lo evidenciaría la presencia de miles de indígenas culturales e identitarios que han perdido el idioma.<sup>42</sup>

Pues según los mismos autores:

Precisamente lo que hace de una región un territorio étnico es que éste lo construye la colectividad a partir de sus propios sistemas de representación, conocimientos y estrategias de relación con el medio. La relación con el territorio físico, el conocimiento de mojoneras que marcan límites, la memoria de un territorio histórico que perdieron (en ocasiones hace cientos de años), tienen expresión también en la construcción simbólica del territorio...<sup>43</sup>

por lo que es reductivo, considerar como elemento fundamental de identificación de un grupo social, solamente a la lengua.

Esta perspectiva de reducir la identidad a la lengua, crea dos problemáticas más, además de dejar de lado a las comunidades que han perdido el uso de una lengua mesoamericana, tiende a uniformar los criterios lingüístico y étnico, como si se trataran de lo mismo, concibiendo a los grupos lingüísticos como unidades étnicas, como si fuera posible hablar de la etnia *náhuatl* de México; en segundo lugar, silencia los denominados procesos de hibridación cultural, los cuales son procesos sociales complejos, que desbordan las categorías clásicas del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, sobre lo que se consideran grupos diferenciados. Estos procesos se pueden apreciar con claridad entre los especialistas de las sociedades tradicionales, quienes emplean indistintamente el *náhuatl*, el *cora*, y el *wixarika*, en distintos conjuros, y de igual modo, en las comunidades conformadas por hablantes de distintas lenguas, que no obstante se identifican como miembros de una sola población, como el caso de la colonia San Juan Diego, habitada por hablantes de cora, náhuatl, wixarica y español, quienes celebran juntos la festividad de la *Semana Santa Cora*. Pero tales hibridaciones no ocurren solo en el ámbito religioso, como ya se apreció desde el principio en referencia a prácticas consuetudinarias de matrimonio.<sup>44</sup>

Estos procesos han sido ampliamente observados por la mayoría de los antropólogos de la corriente crítica, en particular Guillermo Bonfil Batalla, hizo importantes observaciones, sobre las distintas dinámicas sociales de México, puntualizando su íntima relación con las denominadas sociedades indias, en la actualidad. Aplicó a los conjuntos sociales, una interpretación de estratos, y sustituyó el término de indígena, –al cual, por cierto, considera parte del pensamiento colonizador–, por el de *culturas populares*, denotando con ello, que lo que identifica a tales grupos no son, ni su supuesto pasado prehispánico, ni su

<sup>42</sup> Alicia M. Barabás y Miguel A. Bartolomé (coords.), *Configuraciones étnicas en Oaxaca. Perspectivas etnográficas para las autonomías*. México, INI / INAH, 1986, p. 49.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>44</sup> Sobre todos estos procesos, consultar Kinich Emiliano García Flores, Proyecto de tesis *Problemas teóricos sobre la delimitación del concepto de indígena, desde la etnohistoria jurídica*, registrada en la Subdirección de Investigación de la Escuela Nacional de Antropología e Historia (2016-2018). Sobre todo, los apartados de “Hibridación cultural y confusión categórica”; “El reconocimiento material explícito de que el fenómeno indígena subyace en su manifestación político-jurídica”, y “Difuminación en la delimitación de lo indígena, más allá de la lengua, la *costumbre jurídica conyugal*, como elemento de definitividad”.

lengua, sino sus mecanismos e instituciones sociales. Aunado a ello, llamó a identificar la diversidad, no ya en términos de cultura o de lengua, sino como un conflicto de proyectos civilizatorios.<sup>45</sup>

Por último, no puede perderse de vista que, la propia Constitución en el párrafo final del artículo 2o., señala: “Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”. De modo que, en esta misma norma fundamental, se reconoce la existencia de criterios fundamentales en la identificación de sociedades diferenciadas, más allá de la sola lengua.

En otro sentido, sobre el *lenguaje* como facultad humana, es importante precisar que, la lingüística, asigna significados distintos a los términos, *lengua* y *lenguaje*. La *lengua* es un sistema de signos y palabras propios de una comunidad de hablantes, mientras que el *lenguaje* es la facultad inherente al humano de interpretar el mundo simbólicamente, por lo que de ningún modo pueden ser confundidos.<sup>46</sup>

Cuestión muy aparte es el tema de los *metalenguajes*, que se refieren a conjuntos de términos fijados mediante consenso como resultado procesos discursivos formales, es decir, se trata de los términos particulares empleados por determinados sistemas cognitivos.<sup>47</sup> Es lo que Hastings Adrians propuso, al hablar de *literatura especializada*, como elemento definitorio de la identidad étnica y nacional.<sup>48</sup> Se refería a un *corpus* de discursos propios de una comunidad, que se encargan de dotar de sentido al explicar el mundo en términos de una lógica particular.

Esto es muy diferente, a la simple recurrencia de la lengua como elemento identificador, porque los *conceptos* de un *metalenguaje*, sobrepasan la dimensión lingüística, por ello puede hablarse de *conciencia* tanto en alemán como en latín o griego, y lo mismo ocurre con los discursos cognitivos de las poblaciones étnicas de México, sus conceptos epistemológicos trasponen la barrera de los idiomas, el ejemplo más común al respecto es el del *interior*, que es similar al de *conciencia* en las filosofías occidentales, se diga de la forma que se diga, en cada lengua mesoamericana –*nahual* en *mexika'*, *ini* en *tun ñusavi*, *chulel* en *itza'*–, o incluso en español, –*corazón* o *alma*–, en las poblaciones que han perdido la

<sup>45</sup> Al respecto, este autor comenta: El mundo [...], en su conjunto y pese a las notables diferencias regionales y a las diversas modalidades de la producción agrícola, tiene una impronta cultural india que se manifiesta en muchos ámbitos de la vida rural, aunque en grado variable según las circunstancias de cada caso. A esto han contribuido dos hechos de particular importancia. En primer lugar, la rica tradición agrícola de la civilización mesoamericana constituye una experiencia acumulada que no es fácil de sustituir con ventaja, dado su largo proceso de ajuste a las condiciones locales. Y esa tradición agrícola, como hemos visto, es un complejo que abarca las técnicas de cultivo y las formas de conocimiento asociadas que están enmarcadas en una visión propia de la naturaleza; la práctica de esa tradición agrícola requiere un ámbito social y una perspectiva intelectual y emotiva que pueden transformarse, y de hecho se transforman constantemente, pero que deben mantener coherencia para que todo el complejo funcione. Esto ayuda a explicar la persistencia de muchos rasgos de la cultura india en el mundo...; Guillermo Bonfil Batalla, *México profundo. Una civilización negada*. México, Siglo XXI, 1987, p. 81.

<sup>46</sup> André Martinet, “La lingüística, el lenguaje y la lengua”, en *Elementos de lingüística general*. Madrid, Gredos, 1968, pp. 32-44.

<sup>47</sup> José Ferrater Mora y Hugues Leblanc, “Lenguaje y metalenguaje”, en *Lógica matemática*. México, FCE, 1955, pp. 13-16.

<sup>48</sup> Adrian Hastings, *La construcción de las nacionalidades: etnicidad, religión y nacionalismo*. Madrid, Cambridge University Press, 1997.

lengua, el concepto siempre es el mismo, muy similar al concepto de la filosofía grecolatina denominado *anima* o *mores*, que de ningún modo puede ser confundido con lo que hoy se entiende por *alma*, a nivel coloquial; para los sistemas cognitivos mesoamericanos y la filosofía grecolatina; tanto los procesos neuronales de aprehensión e interpretación del mundo, como los impulsos y reacciones emocionales, ocurren en el *interior*, o *corazón*, y no connotan ni se limitan a la sencilla idea del *aliento vital* como la concepción coloquial contemporánea del término *alma*, y lo más importante, es que, tiene operatividad independientemente de la lengua en la que se invoque.<sup>49</sup>

Por todo lo anterior, si se concediera sencillamente que la lengua es un criterio determinante de la construcción de la identidad étnica, ello conllevaría al absurdo de equiparar al castellano con el puertorriqueño, y al filipino con el leonés, y proponer que se trata de una sola identidad étnica porque tales grupos hablan la misma lengua. Así, solo considerando a los procesos de comunicación como *discursos cognitivos*, es decir, como *metalinguajes*, es como puede aceptarse que se trata de elementos fundamentales de la identidad étnica, pero solo en cuanto *complejos léxicos especializados*, lo que actualmente se ha dado en denominar *epistemologías indígenas*, que no son otra cosa que discursos formalizados o explícitos sobre un conocimiento particular de su entorno.<sup>50</sup>

### C) ¿Qué es la *cultura media nacional*?

Uno de los problemas más complejos, con los que el dictamen antropológico, como medio de convicción judicial, debe lidiar, es con lo propuesto por el artículo 220 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando plantea que *el juzgador debe captar la diferencia cultural, del inculpado, respecto a la cultura media nacional*.

En este punto, debe considerarse que, al profesionalizarse la antropología sociocultural, a finales del siglo XIX, inmersa en el giro epistemológico de dicho momento histórico, ésta retomó de la filosofía moral, el término de *cultura*, —que significaba simplemente instrucción formal—, para aplicarlo a todos los actos del ser humano, en oposición de todos los hechos de la naturaleza.<sup>51</sup>

Con tal distinción, incluso estableció categorías jerárquicas de desarrollo humano, considerando como lo más refinado, a lo más distante de la naturaleza, concibiendo así, las ideas de alta cultura y de atraso cultural, partiendo por supuesto, del paradigma europeo de humano, en su clasificación.<sup>52</sup>

No obstante, la antropología sociocultural, nunca se preocupó por fijar formalmente el significado de lo cultural, por lo que empleó por mucho tiempo la

<sup>49</sup> Sobre los conceptos del *interior* en distintos grupos indígenas se puede revisar a Esther Hermitte, "El concepto del *nahual* entre los mayas de Pinola", en Norman A. MacQuown y Julian A. Pitt-Rivers, *Ensayos de antropología en la zona central de Chiapas*. Trad. de Daniel Cazés. México, INI / Conaculta, 1970, pp. 371-390; respecto del concepto de *anima* en la filosofía grecolatina, medieval y renacentista consultar a Isabelle Duceux, *La introducción del aristotelismo en China a través del de anima, siglos XVI-XVII*. México, El Colegio de México, 2009.

<sup>50</sup> César Carrillo Trueba, *Pluriverso. Un ensayo sobre el conocimiento indígena contemporáneo*. México, UNAM, 2006.

<sup>51</sup> W. Y. Adams, *op. cit.*, *supra* nota 10.

<sup>52</sup> *Ibid.*

enorme descripción de lo que implica todo acto humano, creencias, prácticas, instituciones, conocimientos, generados a partir de un complejo social.<sup>53</sup>

Un término tan basto, y al mismo tiempo tan localizado, hoy solo tendría cabida desde un punto de vista eminentemente neurológico, al abordar el fenómeno de la configuración de la percepción sensorial, es decir, al estudiar el complejo proceso de la articulación de los circuitos neuronales en la interacción con su medio.<sup>54</sup>

Son muchas las disciplinas que se encargan de dicha tarea, la filosofía del lenguaje, la antropología filosófica, la psicología, la neurología, etcétera, no obstante, hay algo en lo que no han caído en cuenta, ni la antropología sociocultural, ni la filosofía, ni el derecho. Y esto es, el delicado velo que separa sus supuestamente consolidadas parcelas epistémicas: la *cultura*, desde una definición menos artificial como la de una pretendida dicotomía naturaleza-cultura, es el estudio de las *pautas de conducta* de determinada comunidad, una *conducta* es una *práctica* en acatamiento de una *norma*, *pauta*, por lo tanto, la cultura vendría a ser el fundamento de una conducta, es decir una norma.<sup>55</sup>

Asimismo, tanto antropólogos como juristas, suelen especular, que existe una radical diferencia entre *pautas culturales*, como los *convencionalismos sociales*, las *posturas morales*, los *usos y costumbres*, y las *normas jurídicas*.<sup>56</sup> Dicha distinción es solo un sesgo, pues ninguna *norma* que no se cumpla es tal, la *norma*, requiere de la *costumbre* para autoafirmarse, la *costumbre* es el elemento de eficacia de la norma, en las definiciones de los manuales de derecho de la tradición escolástica, aparece el criterio de *costumbre* como sinónimo de *observancia*, es decir, el *cumplimiento* de la *norma*.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Adam Kuper, *Cultura. La versión de los antropólogos*. Trad. de Alberto Roca. Buenos Aires, Paidós, 1999. Sobre las críticas al concepto de *cultura* de Edward B. Taylor, considerado caduco por la mayoría de corrientes antropológicas, recogido por la denominada *Escuela de estudios Culturales de Birmingham*, y que es el empleado actualmente por la UNESCO: la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias y que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden...; UNESCO, Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México, 1982; porque no define un fenómeno particular de la realidad social, sino que incluye en un solo cuerpo todo tipo de fenómenos, sin delimitar ni establecer los ámbitos de aplicación de cada uno, pueden revisarse los planteamientos de Jacinto Choza, *Antropologías positivas y antropología filosófica*. Navarra, CENLIT, 1987, y de igual modo a Carlos Reynoso, *Apogeo y decadencia de los estudios culturales*. México, Gedisa, 2000; quienes resaltan la nula fijación objetiva del término *cultura* como referente aplicable de un fenómeno. En este mismo trabajo, se hacen algunas digresiones al respecto.

<sup>54</sup> P. Miranda, *op. cit.*, supra nota 9; R. Bartra, *Antropología del cerebro: la conciencia y los sistemas simbólicos*. México, FCE, 2006; John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Trad. de Andrés de Francisco. Barcelona, Paidós, 2000; J. Choza, *Manual de antropología filosófica*. Madrid, Rialp, 1988, y del mismo, *op. cit.*, supra nota 53, y Carlos Beorlegui, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

<sup>55</sup> G. de la Peña, "Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: apuntes introductorios", en Esteban Krotz, (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México, Anthropos / UAM, 2002, pp. 51-68.

<sup>56</sup> Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*. Bogotá, Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá, 2010, p. 23.

<sup>57</sup> Rolando Tamayo y Salmorán, *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho*. México, Fontamara, 2015; José Castillo Farreras, *Las costumbres y el derecho*. México,



El problema se complica porque en el *antiguo régimen* tampoco existe diferencia epistémica entre *derecho* y *moral*, porque la moral y el derecho son solo aspectos de un mismo fenómeno que es la *conciencia*, la moral, es el razonamiento final al que llega la conciencia respecto de lo que considera correcto, y el *derecho* es simplemente la forma material de implementar dicho raciocinio, no son, en fin, dos parcelas epistémicas.<sup>58</sup>

Dicha analogía, entre *moral* y *derecho*, tiene su equivalencia para la *cultura*, pues como ya se afirmó, una definición más pertinente del objeto de estudio de la antropología, la *cultura*, es la *costumbre*, entendida ésta, tanto como *norma consuetudinaria*, es decir *pauta*, así como *práctica* en *acatamiento*, –*cumplimiento* u *observancia*–, de una *pauta-norma*, es decir *conducta*.<sup>59</sup>

De este modo, si el objeto de la antropología es la *cultura*, entendida como el fundamento de *conductas* en determinada sociedad, siendo dicho fundamento una *norma*, y considerando que no existe diferencia entre *normas morales, sociales o culturales*, y entre *normas jurídicas*, porque su diferencia radica solamente en un discurso parcial, que deja de lado el estrecho parentesco del derecho, la filosofía y la antropología, entonces, la antropología sociocultural, el derecho y la filosofía deberían estar dialogando con mayor ahínco, porque tienen por delante un objeto de estudio en común, que son las *normas*, y su referente fundamental que es la conciencia humana. Esto es, el tratamiento del problema de la conciencia, como *objeto* fundamentalmente *cultural*, o sea, no vinculado a los procesos biológicos naturales.

La problemática se torna aún más compleja, en relación a la determinación de lo que puede considerarse como *práctica cultural indígena* y *práctica cultural de una media nacional*, porque, desde principios de la segunda mitad del siglo XX, algunas corrientes antropológicas desestimaron, que las categorías indio-indígena y español-no indígena, fuesen un referente para explicar la *diversidad cultural*.<sup>60</sup>

Concluyendo que, después de un proceso prolongado de contacto, cuatro siglos por lo menos, era imposible determinar, cuáles *pautas sociales* o *costumbres* eran netamente indígenas, y cuáles propiamente no indígenas. Ya que dicho proceso de contacto, generó distintas formas de adaptación, entre los habitantes del territorio nacional. Algunos grupos afirmaban su identidad colectiva a partir de elementos de la cultura material, como la indumentaria, aunque su lengua se hubiese perdido, otros se identificaban a partir de la lengua, aunque hubiesen perdido la indumentaria y la tenencia colectiva de la tierra, otros aún más, se identificaban precisamente por la conservación de la tenencia de la tierra, aunque hubiesen perdido la indumentaria y la lengua.<sup>61</sup>

Lo anterior, hace imposible determinar la *media de una cultura nacional*, es decir la referida “cultura media nacional”, pues incluso, mediante un estudio etnográfico profundo, podría demostrarse que la mayoría de la población en el territorio nacional, no comparte la ideología ni las prácticas jurídicas del sistema

SEP, 1973; J. de J. Orozco Henríquez, *op. cit.*, *supra* nota 8, y Pedro Murillo Velarde, *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. Alberto Carrillo Cázares (coord.). México, El Colegio de Michoacán, / Facultad de Derecho de la UNAM, 2005, vols. I, II y III.

<sup>58</sup> O. Correas, *Derecho indígena mexicano*. México, Ediciones Coyoacán, 2009, vol. II, p. 50.

<sup>59</sup> G. de la Peña, *op. cit.*, *supra* nota 55, pp. 51-68.

<sup>60</sup> Julian A. Pitt-Rivers, “Palabras y hechos: los ladinos”, en N. A. MacQuown y J. A. Pitt-Rivers, *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 22.

<sup>61</sup> *Ibid.*

normativo oficial –como en el caso del “rpto conyugal consentido” que es una *costumbre conyugal* a fin a distintos grupos étnicos y lingüísticos–, por lo que, en todo caso, la idea de una *cultura media nacional*, parece responder, más bien, a la ideología de un sector minoritario, reproductor una *cultura jurídica hegemónica* que presume de general y, por lo tanto, de nacional, pero que de ningún modo opera más allá de un relativo ámbito de competencia.

Ahora bien, por lo que respecta a las particularidades de los sistemas normativos diferenciados, y sobre su compatibilidad con el sistema penal acusatorio vigente, es necesario considerar, algunas cuestiones de primer orden.

Debido a que las normas jurídicas, son *supuestos lógicos* o *proposiciones lingüísticas impositivas* y *prescriptivas*, es decir mandatos, que se fundan en un contexto cognitivo jurídico y filosófico, que delimitan los conceptos y causas finales de los mismos, se hace indispensable, para cualquier aproximación con pretensiones jurídicas, conocer, cuáles son los principios teóricos que rigen dichos contextos cognitivos diferenciados, es decir, hay que comprender la racionalidad particular de los sistemas jurídicos diferenciados, o más delimitado aun, hay que comprender cuál es el concepto de justicia que priva en dichos sistemas, y su ámbito de producción teórico, es decir sus sistemas epistemológicos.<sup>62</sup>

#### D) Constitucionalidad de los sistemas normativos

En otro cariz, en un sentido jurídico formal, en relación al marco constitucional de autonomía, se aprecia que, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, emitió la Recomendación General 27/2016, mediante la cual dispone que las entidades federativas deben generar su legislación local reglamentaria del artículo 2o. constitucional, para hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en sus respectivos ámbitos.

En relación al conocimiento de un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, se hacen dos precisiones. Dicha proposición, parece infundida de un ánimo ideológico, es decir, también perteneciente a lo discursivo, en el que se estima a “la unidad nacional”, como un eje superior al respeto a los derechos culturales, por lo tanto, dicha proposición, no deja de entrañar un sesgo discriminatorio, y en lo futuro debería evitarse hacer alusión al mismo.

En cuanto a la especificidad cultural individual y comunitaria, existe una confusión enorme en dichos cuestionamientos, pues la *cultura*, en términos antropológicos, no se vincula a características y hábitos particulares, ya que solo se limita a estudiar las construcciones colectivas de determinada sociedad. Si bien se entiende, que las postulaciones del dictamen, parten desde una dinámica criminológica, deben tenerse bien claras las distinciones epistémicas, la filosofía de la cultura, la psicología y el trabajo social, son más pertinentes para resolver dichas incógnitas, pues parten de la noción de *cultura* en sentido amplio, como todo quehacer humano, y no como *quehacer específico*, *la costumbre*, que es el objeto de la antropología.

Solo desde una perspectiva del *antiguo régimen* tendría cabida la interrogante sobre la calidad de la personalidad del inculcado, entendiendo al sujeto dife-

<sup>62</sup> Carlos Ochoa García, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Guatemala, Fundación Cholsamaj, 2002, pp. 32-34.

renciado, como miembro de un cuerpo político con prerrogativas y restricciones al interior de una sociedad estamentaria. Pues jurídicamente, en la actualidad, en el entendido de que las normas diferenciadas solo se pueden aplicar en beneficio de los sujetos, es imposible considerar una personalidad disminuida, por la carencia de la capacidad de ejercicio, derivada de una visión paternalista y sesgada sobre la otredad.

En última instancia, determinar la personalidad de una entidad derivada de una colectividad, como una comunidad, es decir dilucidar sobre las facultades representativas de una institución comunitaria, es otra cuestión, pero debe contextualizarse con suma precisión.

#### E) Propuesta de denominación de la diferencia étnica y normativa

Por ello, la denominación “pueblo indígena”, se considera propia del fenómeno discursivo, y corresponde a la antropología lingüística la identificación de sus niveles y la explicación de sus implicaciones.

Aunado a ello, si bien, algunos autores, desestiman que la “comunidad”, sea un referente de identidad, otros afirman que, aunque difuso, por no ser un referente fijo, sino la descripción de un fenómeno social dinámico, es el único ícono que puede verificarse materialmente, mientras que el término “pueblo”, es solo un supuesto hipotético jurídico, del que el legislador posee una expectativa, más no una verificación sustancial.<sup>63</sup>

Teniendo en mente los ejemplos de la extinta URSS, de la actual España, y de Nicaragua, en los que el elemento fundamental para definir a los cuerpos políticos diferenciados, fue su autonomía, se propone que el mismo, sea elemento central de la denominación sobre la diversidad étnica en México.<sup>64</sup>

En este sentido, según lo antes descrito, la forma idónea para referirse al objeto de estudio material de este trabajo es la de “núcleo de población históricamente autónomo”. Porque tiene la característica de describir a un conjunto poblacional organizado y diferenciado a partir de un proceso histórico, más allá de ideologías dicotómicas sobre lo original y lo colonial.

#### F) Cierre del dictamen antropológico

No obstante, todas las imprecisiones, ante la imposibilidad de negarse a realizar el dictamen, se respondía éste con todas y cada una de las aclaraciones aquí presentadas, y se adjuntaba a la información requerida por las autoridades solicitantes, exponiendo en las conclusiones que no existía influencia de un factor cultural en la comisión de la conducta tipificada como delictiva.<sup>65</sup>

Después de enviado el dictamen para su acuerdo, se esperaba la notificación de la instancia correspondiente, para ratificar al mismo, lo que debía realizarse personalmente, generalmente éste no era cuestionado ni por el agente del Ministerio ni por el defensor; sin embargo, había contadas ocasiones en las que sí

<sup>63</sup> María de los Ángeles Romero Frizzi, “Conflictos agrarios, historia y peritajes paleográficos. Reflexionando desde Oaxaca”, *Revista de Estudios Agrarios*. México, núm. 47, 2011, pp. 65-81.

<sup>64</sup> Héctor Díaz Polanco, *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*. México, Siglo XXI, 1996.

<sup>65</sup> CDI, *op. cit.*, *supra* nota 40.



era reputado, casi siempre, por no haber entrevistado al inculcado o por no haber realizado investigación de campo, empero, mayormente tales estudios no eran necesarios, porque como ya se aclaró, comúnmente era evidente que no existía influencia de factor cultural, con este acto, concluía la intervención del perito en el proceso judicial.<sup>66</sup>

### G) El dictamen antropológico en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio

Sin embargo, en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, el dictamen antropológico, después de la solicitud de designación de perito, en un solo acto, se entrega el dictamen por escrito, y se ratifica mediante interrogatorio libre, por las partes del proceso.

En la actualidad, se considera que es el artículo 410, del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>67</sup> el que reconoce el derecho de la población étnicamente diversa, a contar con un dictamen antropológico, al momento de estar inmerso en un proceso judicial. No obstante que, en dicho precepto, no se considera la fase de instrucción para determinar la situación del imputado, pues éste se refiere en particular, al momento en el que ya se ha emitido una resolución judicial contra el procesado. En este sentido, el dictamen perdería su valor de medio de convicción judicial, para identificarse más bien con un informe de distinta naturaleza y con fines diversos.

Si bien los artículos 261, sobre pruebas en general, y 361, sobre prueba pericial en particular, mantienen la libertad de presentar el medio de convicción idóneo y pertinente, es a la luz del artículo 420, que se prefigura con mayor nitidez la consideración de la diversidad, no solo en el sentido de permisibilidad o de excluir de responsabilidad penal, como se había venido trabajando en el sistema penal anterior, sino que, plantea sugerentes espacios de interacción horizontal con las autoridades de los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados, al señalar que:

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares, acepten el modo en el que la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarará la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer.<sup>68</sup>

Es en este escenario de reconocimiento de competencia y jurisdicción de los sistemas normativos de tales poblaciones que se potencializan nuevos contextos de diálogo e interacción institucional. Si bien, su aplicación no ha estado exenta de problemáticas, la particular experiencia profesional, ha visto la con-

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> "[...] cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres...". Artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

<sup>68</sup> *Ibid.*

vergencia entre el dictamen antropológico, como medio para informar al juzgador sobre las particularidades de dichos sistemas normativos, y la puesta en marcha de dicha jurisdicción.

Aunque es un tema por sí mismo, la incontenente generación de información no especializada, ha generado gran confusión al respecto del tema. Por lo que, resulta complejo aun, definir las implicaciones y los alcances, de la delimitación de un sistema normativo diferenciado.

Es por ello, que deben hacerse precisiones sobre los sujetos antropológicos a quienes pretende estudiarse, es decir, sobre el objeto de estudio propio de la antropología.

#### **IV. Breve descripción de la metodología para la instrumentación del acceso a la justicia en el marco de la diversidad étnico-cultural**

Actualmente, existen distintas vías para el ejercicio pleno del acceso a la justicia por parte de las poblaciones étnicamente diversas; las más recurridas y formalizadas actualmente son:

1. El dictamen antropológico para conocer la influencia de un factor cultural en la comisión de una conducta tipificada como delictiva; el cual puede solicitarse:
  - a) Como informe de oficio por el juzgador,
  - b) Como medio de prueba solicitado por las partes del proceso penal, el agente del Ministerio Público o el defensor público con conocimiento en cultura y lengua indígena,
  - c) Existe también la posibilidad de que el defensor público con conocimiento en cultura y lengua indígenas emita un medio de convicción pericial, denominado también en muchas ocasiones antropológico; sin embargo, como se profundizará más adelante, este dictamen debería denominarse, testimonio jurídico diferenciado.
2. Además, existe también la posibilidad de ofrecer la constancia de pertenencia a determinada comunidad, emitida por la autoridad tradicional de la misma, o incluso, esta misma autoridad puede emitir una constancia sobre las pautas culturales de la propia comunidad, a esto se le conoce informalmente como peritaje práctico.
3. De igual forma, en ocasiones, el juzgador o las partes, ofrecen como medio de prueba, el testimonio directo de las autoridades tradicionales de una comunidad para conocer sobre las pautas sociales de la misma y sobre la posible influencia de éstas en la comisión de una conducta tipificada como delictiva por uno de sus miembros.
4. Por último, existe también, la denominada jurisdicción indígena, una de las formas más acabadas, si bien con sus propias problemáticas, respecto del acceso a la justicia en el contexto de la diversidad étnica. Se trata del reconocimiento y del trabajo conjunto, por parte de las autoridades jurisdiccionales nacionales, y de las autoridades e instituciones de impartición de justicia tradicionales, de una comunidad, para armonizar la justicia diferenciada.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Sobre la jurisdicción de los sistemas normativos indígenas en la resolución de conflictos internos existe abundante bibliografía; aquí solo se remite a algunas referencias mínimas, desde los clásicos trabajos de Laura Nader, *Talea y Juquila. Una comparación de organización social zapoteca*. Berkeley, University of California Publications in American Archaeology and Ethnology, 1964 y Jane Collier, *Law and*

Aquí, se describirá, cómo los distintos medios han trabajado, tanto individualmente como interrelacionadamente, generando distintos escenarios de gran provecho para la reflexión de la multiculturalidad.

En particular, sobre la jurisdicción indígena, a diferencia de los demás casos prácticos, en los que se entra directamente en su descripción, véase *infra* el apartado 5, donde se abre con una sucinta relación del estado actual de dicho fenómeno a nivel nacional, pues la intención del presente trabajo no es la de tratar el tema de la jurisdicción indígena en particular, sino, más bien, la de considerarla como uno de los mecanismos de acceso a la justicia por parte de la población de los grupos étnicamente diferenciados, de este modo, el caso práctico descrito en el apartado referido, trata un proceso particular en el que se dio cabida a un diálogo entre el Poder Judicial y el sistema normativo interno de una comunidad local, respecto de su competencia para resolver un conflicto de uno de sus miembros.

## V. Análisis de casos prácticos

Los siguientes ejemplos se presentan cronológicamente, para evidenciar el desarrollo del dictamen antropológico desde su implementación, en el antiguo Sistema de Justicia Penal Mixto-Inquisitivo, y su transición hacia el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, y para identificar su impacto en los procesos penales, así como para mostrar su empleo más oportuno.<sup>70</sup>

La narración y la interpretación de los procesos aquí descritos, son entera responsabilidad del que suscribe, y de ningún modo representan la posición de la institución que permitió el acceso a tales fuentes.<sup>71</sup>

### 1. Delito contra la salud en la modalidad de transportación de peyote<sup>72</sup>

Digno de mencionar por lo relevante del precedente, es un proceso de 1983, en el que se perseguía juzgar a unos nativos americanos de la etnia navajo del Estado de Arizona, Estados Unidos, por la recolección de ocho costales de peyote, cuando en su nación, como miembros de la *Native American Church*, y como integrantes de la reserva de la Nación Navajo, poseían la plena libertad para la

*Social Change in Zinacantan*. Stanford, Stanford University Press, 1973, hasta trabajos como los de Korinta Maldonado y Adriana Terven, *Los juzgados indígenas de Cuetzalan y Hujeutla. Vigencia y reproducción de los sistemas normativos de los pueblos de la Sierra Norte de Puebla*. México, CIESAS / CDI, 2008.

<sup>70</sup> Acorde con los lineamientos de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, publicada el 5 de julio de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación* y que entró en vigor el 6 de julio de 2010: se suprimirán los nombres, direcciones, números de expediente, y localización de las instancias oficiales involucradas, a fin de proteger la identidad de los protagonistas de dichos procesos judiciales.

<sup>71</sup> Los casos aquí comentados se conocieron en el marco de las prácticas profesionales realizadas en la CDI, Constancia de término de prácticas profesionales de Kinich Emiliano García Flores, Matrícula Interna: PP/GFKE/57/2016, oficio número CGAF/DRHO/SOCP/2017/200, Coordinación General de Administración y Finanzas, Subdirección de Operación y Control de Pago, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

<sup>72</sup> Delito contra la salud en su modalidad de transportación de peyote. Causa penal [...], Juzgado Tercero de Distrito, Cereso, Expediente [...], 500 fojas, serie [...] 14/04/1983.

recolección, transporte y consumo del psicotrópico, además de contar con un permiso para internación del producto recolectado.

Aunado a ello, en 1971 México había suscrito el Tratado de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas, anteponiendo las reservas de aplicación, respecto de grupos indígenas que aún empleaban dichas sustancias para sus ceremonias religiosas. De este modo, el defensor de los inculpados, solicitó su libertad fundado en el criterio del *error de prohibición*.

Derivado de lo ratificado mediante el careo y de los informes enviados por las autoridades navajo, el defensor sustentó su estrategia mediante el siguiente argumento:

Si mis defendidos y, en particular el [único que se halla preso aun], se encontraba en el error de que la posesión y transportación de “peyote”, está prohibido en nuestro país, por ausencia de dolo de los hechos penales que se les imputan procede su libertad por desvanecimiento de datos, ya que como dice el tratadista René González de la Vega, “El delito solo admite la forma dolosa en su comisión (antijuridicidad material) el error de prohibición anula la culpabilidad”.<sup>73</sup>

Dicho precedente es importante, porque desde la propia estrategia de defensa se plantea la diversidad normativa, si bien, para su sostén requirió de dos informes de un ex presidente de la *Native American Church*, y de un presidente de la reserva de la Nación Navajo, no necesitó el empleo de un dictamen en materia de antropología social, sino que se cifó directamente a la doctrina jurídica. Es decir, hizo un ejercicio de *derecho cultural comparado* o de *derecho conflictual cultural*.

Ello, porque lo facultaban plenamente las reservas del Tratado de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas, y de algún modo, el peritaje en toxicomanía, pues resulta interesante cómo éste arrojó información de prácticas culturales, trascendiendo sus límites epistémicos farmacológicos, haciendo apreciaciones de tipo etnobotánica, es decir en relación a contextualizar el empleo de enteógenos, o más seguramente, desde la etnopsiquiatría, persiguiendo conocer la conducta del consumidor de fármacos y sus variables.

## 2. Posesión y comercio de cocaína<sup>74</sup>

De acuerdo con el parte informativo de los agentes aprehensores, debido a que, la inculpada no rindió declaración ministerial, el 3 de junio de 1997, entre las 22:00 horas, dichos agentes recibieron una denuncia telefónica anónima, comunicando que, en el cruce de dos calles, una mujer: “[...] de rasgos mestizos, estatura mediana, vistiendo falda color verde y estampado floreado y playera de color rosa, se encontraba vendiendo droga.

Notificando de tales hechos a su superior, se les ordenó proceder a verificar la denuncia, dirigiéndose al sitio mencionado. En el mismo, se encontraba una mujer con las características descritas, acompañada además de tres sujetos, mismos que se dispersaron hacia distintos rumbos, al percatarse de la presen-

<sup>73</sup> Primer oficio de solicitud de libertad.

<sup>74</sup> Posesión y comercio de cocaína, Cereso de [...] II, Dirección Ministerial, averiguación previa y actuaciones, [...] /97-III.

cia de los agentes en su vehículo oficial, de modo que, solo les fue posible detener a la referida mujer.

Una vez que se identificaron como agentes policiales, la mujer les hizo entrega de una cajita de cartón con la leyenda de “Clásicos”, la cual contenía en su interior un total de 19 envoltorios de papel aluminio, conteniendo un polvo blanco, presumiblemente cocaína. Una vez hecho lo cual, se dio parte al agente del Ministerio Público.

Al día siguiente, el 4 de junio, se practicó dictamen en materia de medicina respecto de la integridad física y el grado de toxicomanía de la inculpada; asimismo, el comandante de la Policía Judicial Federal ordenó iniciar la investigación para esclarecer los hechos denunciados.

El mismo 4 de junio, el dictamen médico, rendido a las 13:15 horas, en la información referente a los datos personales de la inculpada, arroja los resultados siguientes: “no colabora con el interrogatorio, que se expresa con ademanes o movimientos de sus manos, entiende el idioma español, pero no lo habla, se expresa verbalmente escasamente en un dialecto al parecer chinanteco...”.

El 5 de junio, se ratifica el parte informativo de los agentes, conociéndose el nombre de la inculpada. El mismo 5 de junio, se solicita y se rinde, dictamen químico para conocer la sustancia del polvo encontrado en la caja de cartón, contenido en los 19 envoltorios, mediante la reacción al nitrato de plata y al tiocianato de cobalto, resultó positiva su propiedad como cocaína en forma de clorhidrato.

A las 19:00 del 5 de junio, se intenta tomar declaración a la inculpada, pero de nueva cuenta se hace manifiesta su incapacidad lingüística para comunicarse en español. No obstante, ante la evidente imposibilidad, las autoridades la consignan como sujeta a proceso el mismo día, por el delito contra la salud, en las modalidades de posesión y comercio del estupefaciente denominado cocaína.

Sin embargo, el juzgador a quien se turnó el expediente para iniciar el proceso, señaló oportunamente: “[...] si bien el agente del Ministerio Público de la Federación, como lo asienta en la actuación ministerial en que escuchó su inicial declaración a la inculpada [...] ‘N’, se entendió con esta por medio de señas, en virtud de que está únicamente habla el dialecto chinanteco”, tal actuación ministerial, se llevó a cabo en contravención al artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual preceptúa:

Quando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos, los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción.

Quando no pudiere ser habido un traductor mayor de edad, podrá nombrarse a un menor que haya cumplido los quince años.

[Por lo que] [...] No se ratifica la detención decretada por el agente Tercero del Ministerio Público Federal Investigador, en esta ciudad en contra de [...] “N”, como probable responsable en la comisión del delito contra la salud, en las mo-

dalidades de posesión y comercio de cocaína, previsto y sancionado por los artículos 193, párrafos primero y segundo, 194, fracción I, y 195, primer párrafo, en términos del 13, fracciones I y II, todos de Código Penal Federal.

*3. Portación de arma de fuego sin licencia, delitos contra la biodiversidad en la conducta de realizar actividades de caza o captura de ejemplares de especie de fauna silvestre, con la agravante de conducta realizada en área protegida*<sup>75</sup>

Entre las 13:30 horas del 8 de junio de 2012, en el “Paraje [...]”, el inculpado y su hermano, realizaron la caza de dos conejos de florida y otro conejo montés, en un área de protegida de un Estado del Sur mexicano, cacería que realizaron con una escopeta Pietro Beretta, para la que se requiere licencia. Así fue como los agentes aprehensores, funcionarios públicos de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas y de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), los visualizaron en los vehículos estacionados, una camioneta Chevrolet tipo pick-up, color blanco, y una Toyota, igualmente tipo pick-up, localizando en la batea de la Chevrolet, los ejemplares a los que los inculpados habían dado caza, a los que coloquialmente se conoce como *Tepetoxtle*. Los agentes advirtieron que el inculpado se encontraba solo, vestía una camisa roja, tiempo después llegó su hermano, vestido con guayabera, quien se identificó con credenciales de membresía un Club de Caza, además de la licencia para una de las armas de fuego. En ese momento llegaron agentes de la Policía Estatal, quienes revisaron los papeles de los inculpados, y se percataron de que estaban en regla, por lo que preguntaron a los agentes de la Profepa, el por qué los habían detenido, a lo que éstos respondieron que se trataba de un acto realizado en área protegida. Antes de llevarlos detenidos, se percataron de que los hermanos, cambiaron de camisa, además de que el segundo, huyó. Por lo que solo llegó a la Procuraduría General de la República Estatal, el primero.

Una vez en dicha instancia, se presentó el parte informativo de los agentes aprehensores, además de los dictámenes en materia de balística forense, en materia de vida silvestre, de representación gráfica y en materia de ingeniería y arquitectura.

Ni en la declaración ministerial ni en la preparatoria, el inculpado, se autoadscribió a una identidad étnica: “[...] no pertenece a grupo indígena alguno; tampoco habla dialecto, habla y entiende bien el castellano...”.

No obstante, mediante el oficio del 13 de junio de 2014, se identificó como indígena, exhibiendo dos pruebas documentales, consistentes en una constancia expedida por el Presidente del Comisariado Ejidal y otro por el Presidente de Bienes Comunales, donde se asentaba que el inculpado era de esa región.

<sup>75</sup> Causa penal [...] /2013, Portación de arma de fuego sin licencia, delitos contra la biodiversidad en la conducta de realizar actividades de caza o captura de ejemplares de especie de fauna silvestre, con la agravante de conducta realizada en área protegida, Juzgado Segundo de Distrito, [...].

Dicho acto, fue una estrategia del defensor particular, quien tenía la intención de influir en el ánimo del juzgador, proponiendo que, en su calidad de indígena, acostumbraba a matar conejos para su alimento, lo que justificaría también la portación de armas.

Sin embargo, el 2 de febrero de 2016, el juzgador que conoció del caso, decidió emitir sentencia condenatoria, pues al valorar dichas pruebas, consideró que existía duda fundada sobre la identidad de dicho inculcado, por lo que solicitó a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), el 13 de octubre de 2016, la pericial en antropología social, planteando que se: “[...] designe a un antropólogo que esté en aptitud de practicar el estudio correspondiente al procesado [...], tendente a establecer la pertenencia del aludido procesado a algún grupo o etnia indígena y, de ser así, valorar sus costumbres y especificidades culturales, toda vez que se auto adscribió como indígena...”.

Así, en el inicio de su investigación, el perito comenzó a acopiar fuentes periodísticas para contextualizar el caso. Dichas fuentes arrojaron que existía la posibilidad de emplearse una práctica dilatoria. Lo que, interpretado sistemáticamente, con el parte informativo de los agentes aprehensores, planteaba una seria duda, en la presunción propuesta por el defensor, respecto de la influencia de un factor cultural en la comisión de una conducta tipificada como delictiva.

Además, la solicitud del juzgador al perito resultó infructuosa, porque el dictamen se emitió, como ya se ha reiterado, para conocer la influencia de un factor cultural en la comisión de una conducta tipificada como delictiva por el derecho nacional vigente, y no para determinar la identidad de una persona. Pues ello, sería contradictorio con los preceptos constitucional y convencional respecto del ejercicio del derecho a la autoadscripción.

Sin embargo, la duda, tanto del juzgador como del propio perito, se esclareció en el momento en el que el inculcado cambió de defensor, pues éste, de igual manera, modificó la estrategia de defensa, sugiriendo a su defendido, que se desistiera de la prueba pericial de antropología social, pues era irrelevante para su situación. Así, el inculcado prescindió del ofrecimiento de dicha prueba mediante el oficio del 27 de octubre de 2016.

#### 4. Portación de arma de fuego sin licencia<sup>76</sup>

En este caso, el dictamen fue ofrecido por un Defensor Público Federal en Lenguas Indígenas, el 3 de agosto de 2015, una vez acordado, se solicitó a la Delegación Estatal de la CDI, el 4 de agosto, designando perito la Delegación, el 5 de agosto y ofrecido y desahogado el mismo, el 19 de octubre de 2015.

El dictamen se realizó en los siguientes términos, contó con un proemio, donde se informaban los antecedentes del mismo, es decir, los actos que condujeron a su realización, en segundo lugar con un apartado denominado “Conjunto de hipótesis planteados en el cuestionamiento”, donde respondía a las preguntas: “Que diga el perito si mi[s] defendido[s], pertenece[n] a la etnia indígena”;

<sup>76</sup> Fondo CDI, Portación de arma de fuego sin licencia, Causa penal [...] /2015, Mesa III, Juzgado Primero de Distrito, 30 de junio de 2016.



su respuesta se resumía de la siguiente manera, que mediante entrevista que el perito realizó a los inculpados, supo que uno no hablaba el maya pero lo entendía, y el otro no lo hablaba fluidamente e igualmente lo entendía, pero por algún motivo no precisado en el dictamen, el perito sobrentendió que aún era pertinente hablar de autoadscripción y que, por lo tanto, su derecho no era puesto a discusión, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y el párrafo tercero del artículo 2o. constitucional, concluyendo que solo la comunidad a la que pertenecía el inculpado podía emitir una constancia de pertenencia del ciudadano en proceso. La siguiente pregunta señalaba: “[...] diga el perito si las costumbres y forma de vida que observa en el procesado es la misma que presenta y observan las personas que pertenecen a la etnia maya del Estado”; sobre uno menciona que trabajaba en una herrería, laborando también ambos en el campo, sembrando en la milpa y cortando leña para sus alimentos y para el agua de uso higiénico. Además, menciona que uno participa de las fiestas de Semana Santa, del Santo Patrono [de la comunidad], en los gremios y en las vaquerías, por lo que “deduce”, el perito, puede considerarse que aún conserva sus “usos y costumbres”, confundiendo en dicha operación racional, el método empírico inductivo con el método especulativo deductivo. Por último, concluyó que tales prácticas eran propias de la cultura maya. A la siguiente pregunta: “Diga si mi[s] defendido[s], tiene[n] una cosmovisión diferente al resto de los habitantes no indígenas del Estado”; respondió el perito atinadamente que, era imposible responder a tal planteamiento porque: “[...] *no hay punto de comparación entre las culturas indígenas y no indígenas, para estar en posibilidades de determinar una cosmovisión diferente al resto de los habitantes no indígenas del Estado*”. Y concluyendo que era imposible también juzgar los actos culturales de manera individual. En seguida respondió a la pregunta: “Que diga el perito cuáles son las pruebas y operaciones que realizó para dar contestación a este cuestionario”; señalando que empleo la metodología de la antropología jurídica, sirviéndose de los “medios de la entrevista personalizada y de campo, recopilación de información y estadísticas procesadas, análisis deductivo, así como muestras de la sociedad en la cual se desarrolló el procesado”, y continúa señalando que empleo un método cualitativo, deductivo y cualitativo de análisis de sus datos.

En este punto, entra una digresión importante sobre la metodología, por supuesto, no es imposible conjugar métodos y metodologías, o “medios”, como los llama el perito, sin embargo, el dictamen, de ningún modo refleja el conjunto de tales “medios”. En primer lugar, la entrevista nunca deja de ser personalizada, quizá debió referirse a entrevista informal, es decir, no ceñida a un marco específico de planteamientos.

Sobre el método deductivo, éste es pertinente porque, de antemano, se lleva el modelo del pluralismo jurídico y de la diversidad; sin embargo, en este caso particular no es oportuno, porque lo que se persigue es conocer si existe influencia de factor cultural o no, y ello no puede proponerse apriorísticamente, primero hay que conocer los datos empíricos y después concluir.

Para que desde el principio fuera deductivo el trabajo, se debió partir de premisas afirmativas, *el inculpado pertenece a la cultura [...]*, y la pregunta debió ser: ¿qué elementos distintivos de la cultura [...] son propios de la conducta del inculpado? —esto no quiere decir que tales preguntas sean pertinentes, son solo



un ejemplo de premisas deductivas—, y una vez confirmado el planteamiento pudo aducirse que tal conclusión derivaba de una deducción.

En cuanto al método cuantitativo, en ningún momento se aprecia su empleo, quizá solo en la referencia a la población indígena, que realmente únicamente hacía referencia al número de lenguas indígenas, pues la adscripción étnica, como ya se apuntó, es distinta del criterio lingüístico, pero de cualquier modo la cita de un dato estadístico, no hace que el estudio sea cuantitativo, para ello, en este ejemplo particular, debió considerar el número de elementos “propios” de la cultura maya, en relación a otros elementos, y hacer un señalamiento de proporcionalidad, lo cual, está por demás decirlo, sería esencialista y no aplicable.

Como, corta leña, siembra, participa en fiestas de la comunidad, participa de la organización de las corporaciones religiosas de la comunidad, su religiosidad se distingue del catolicismo oficial porque cree en entidades sutiles positivas y negativas que confluyen como agentes activos de su realidad, sirviéndose de estos independientemente de su naturaleza, no posee una distinción maniquea en su moral, frente a los elementos considerados propios de la cultura moderna, y establecer su relación proporcionalmente. Lo cual como ya se señaló, no deja de ser un sin sentido, solo se ejemplifica, para señalar, lo que habría sido un método cuantitativo aplicado a la conducta particular de un individuo perteneciente a una comunidad diferenciada.

Por último, en relación al método cualitativo y a la antropología jurídica, es difícil comprender de donde parte el fundamento para tal apreciación, porque si en realidad, el carácter de perito práctico que ostenta el profesional en derecho, deriva, más bien, de su pertenencia a un grupo indígena, habría que buscar en su propia comunidad, el criterio pertinente para fundar su especialización.

El problema de ello resulta generalmente, de que se ha estudiado poco la figura del defensor al interior de las comunidades tradicionales, que por increíble que parezca, existe, siendo descrito por pocos especialistas.

Ello, lleva a pensar en la enorme labor que aún queda en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, para implementar con consistencia las políticas públicas vinculadas al pluralismo jurídico, la profesionalización correlacionada entre instancias jurisdiccionales nacionales y tradicionales, pues la figura del defensor con conocimiento en cultura y lengua indígenas, no puede seguir su desarrollo sin considerar este escenario, ya que, de igual modo que en un proceso judicial, no es obligatorio realizar un dictamen antropológico siempre que un indígena esté involucrado, tampoco es oportuno asumir que, un ciudadano indígena, es especialista en normativa jurídica interna de su propia comunidad, solo por el hecho de ser indígena.

Derivado de ello, cuando un indígena fundamenta su metodología en la antropología jurídica, no deja de resultar incongruente con su propia embestidura como especialista diferenciado, pues su especialización deriva de pertenecer a una comunidad diferenciada, por ello, quizá fuera más propio, puntualizar sobre el método al que denomina cualitativo, calificando a su opinión; como un testimonio émic,<sup>77</sup> o una elucidación impresionista. Siempre que se quiera seguir

<sup>77</sup> Término empleado en la disciplina etnográfica para referirse a categorías explicativas propias de los sujetos de estudio; Martyn Hamersly y Paul Atkinson, *Etnografía, métodos de investigación*. Trad. de Juan Luis Trejo Álvarez. Buenos Aires, Paidós, 1994.

empleando terminología de la ciencia occidental, por supuesto, del otro lado, compete a un antropólogo la enorme tarea de desentrañar el complejo cognitivo al que se articula dicha manifestación, la cual estaría más cercana a una filosofía moral indígena o a una filosofía ética y estética indígena.

Es decir, dentro de esa ética, estética y moral indígena, deben encontrarse los parámetros de la concepción sobre justicia, armonía, defensa, representación, mediación o conciliación, para así, reforzar la profesionalización del defensor con conocimiento en cultura y lengua indígenas.

Volviendo al proceso estudiado, una vez ofrecido el dictamen, la sentencia definitiva ante un tribunal de segunda instancia, en primer lugar, realiza un resumen de las declaraciones de los inculpados, destacando en ambos, el señalamiento propio de la pertenencia a la “etnia indígena”.

En los considerandos reflexiona, que a pesar de estar debidamente acreditados los elementos del tipo delictivo de portación de arma de fuego sin licencia, la flagrancia, el informe policial, el peritaje de las armas para identificarlas plenamente como de las que requieren permiso expreso, y la declaración de los inculpados, concluye que tanto la ley adjetiva penal federal como la Ley de Armas de Fuego y Explosivos, consideran una excepción de sanción hacia dicha conducta, cuando se trate campesinos, comuneros o ejidatarios.

*5. Violación a la Ley de Migración, en la hipótesis de quien por sí, transporte por el territorio nacional, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.<sup>78</sup> (Hacia la jurisdicción indígena...)*

Aunque desde 2001, en el artículo 2o. constitucional, en el apartado A, fracción VIII, se hacía reconocimiento de la competencia de las autoridades indígenas para dirimir controversias al interior de sus comunidades, y a pesar de que muchas leyes locales sobre derechos y cultura indígenas, reconocían las figuras de los jueces tradicionales, en la actualidad, es poco claro el desarrollo del proceso de armonización de dos sistemas normativos que entran en contacto, en un contexto de hegemonía.

Si bien esto, no implica que desde tiempo atrás, los sistemas normativos indígenas vinieran funcionando materialmente, ni tampoco significa que después de la reforma, no se hayan generado estructuras formales internas y locales, para la operatividad de dichas instituciones sociales, como de hecho ocurrió en Puebla, con el establecimiento de tres Juzgados Indígenas, en Cuetzalan, Huehuetla y Pahuatlán, de igual modo, en Yucatán, Quintana Roo, Campeche y Chiapas, se armonizaron distintas instancias tradicionales con los sistemas normativos formales de las entidades federativas. Asimismo, San Luis Potosí y Oaxaca, iniciaron procesos similares, de hecho, Oaxaca inició dicho desarrollo desde antes de la reforma de 2001, además, en la región de la Montaña en Gue-

<sup>78</sup> Causa penal [...]2012, Juzgado Sexto de Distrito, 06/02/2013 y Toca penal [...]2013, Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, 23/09/2013. Pena privativa de libertad de ocho años de prisión Sanción Pecuniaria: de Cinco mil días de multa, detenido el 26/01/2012, recluso en el Centro de Internamiento... En la declaración ministerial el acusado refirió *que no pertenece a grupo étnico alguno*, sin embargo, en la declaración preparatoria declaró pertenecer a un grupo étnico.

rrero, y los adherentes al movimiento neozapatista en Chiapas, se exploraron nuevos proyectos de reproducción social y normativa.<sup>79</sup>

No obstante, lo anterior, la realidad es que, formalmente hablando, en relación al sistema de impartición de justicia solo existe un precedente en el que una autoridad jurisdiccional ha reconocido expresamente la competencia de una autoridad indígena, al declinar en su favor, para resolver sobre un conflicto particular de uno de los miembros de su comunidad.

El 26 de enero de 2012, aproximadamente a las 20:05 horas, en un tramo carretero agentes Federales de Migración y el Coordinador de Unidad en Áreas de Servicios Migratorios hicieron una revisión a la camioneta propiedad del imputado, quien viajaba con 11 personas, 10 de las cuales resultaron ser de origen guatemalteco.<sup>80</sup>

El juzgador actuó en forma y con apego a sus facultades; sin embargo, dicha delimitación no fue impedimento para que en su reflexión ampliara su modo de proceder:

Es pertinente indicar que si bien es cierto en el Capítulo IX, perteneciente al Título Sexto, del Código Federal de Procedimientos Penales, referente a la valoración jurídica de la prueba, que comprende los artículos del 279 al 290, no existe precepto alguno que literal o expresamente determine que un hecho o circunstancia puede tenerse por demostrado plenamente con base en un dictamen, también es verdad que ello no es una prohibición o impedimento para hacerlo, pues no debe olvidarse que en dicho Capítulo, además del sistema de tarifa legal o tasado, que rige en el caso de los supuestos enumerados en los artículos 280 y 284 de la codificación en consulta, también se comprende el de la sana crítica, concretizado, entre otros por el precepto 288, atinente a la prueba pericial, indicándose que ésta será apreciada según las circunstancias del caso.

Lo cual también se vincula a los alcances y límites de la prueba pericial en materia antropológica para resolver sobre un conflicto de índole cultural:

Lo anterior significa que los mismos se basan en la lógica y la experiencia del juzgador, expresadas a través de reflexiones o argumentos debidamente sustentados, en este caso en la peritación, es decir, que su alcance crediticio se hace depender de datos objetivos y convincentes y no en meras especulaciones subjetivas, de ahí que a valoración de las pruebas que se haga empleando dicho sistema no debe ser solamente discrecional o arbitrario y hasta caprichoso, sino razonado.

<sup>79</sup> CDI, *Memoria del Primer Encuentro de Jueces Indígenas*. México, CDI, 2007.

<sup>80</sup> En su declaración, el inculcado reconoció haber llevado a los indocumentados, incluso reconoció que le iban a pagar por el traslado; expuso: que el veintiséis de enero de dos mil doce, como a las siete de la noche se encontraba en la barda de un comedor, en la cual mucha gente se sienta, dejó su camioneta y fue a hablar por teléfono con su familia..., al volver a la banca se le acercó una persona de la que no conoce su nombre, quien le comentó que si sacaba a gente que estaba en el albergue La Casa del Migrante, indocumentados que iban adelante del hospital, le pagarían por el viaje, sin mencionar cuanto, llevando así a los diez migrantes con los que fue detenido unas cuerdas delante de donde inició su viaje, además portaba mil pesos que señaló le fueron enviados por su hermano radicado en Estados Unidos.

Así, recurrió a todos los instrumentos para los que lo faculta la norma adjetiva penal, al percatarse de que el inculpado pertenecía a una comunidad del estado de Oaxaca.

Solicitó también auxilio técnico de los peritos en la materia de antropología social, para conocer el sentido y el modo preciso en el que se implementan prácticas consuetudinarias para la solución de controversias entre dicha comunidad:

[...] se solicitó la designación de perito en antropología, etnología, sociología, historia o cualquier otra rama análoga, que determinen si el procesado [...], es o se le puede considerar indígena perteneciente a la etnia [...]; si el inculpado conforme a los usos y costumbres (normas consuetudinarias) de ese grupo indígena, es apto para ser enjuiciado; cuál es el registro que se cuenta para determinar que una comunidad [...] cuenta con un sistema normativo, cuál es el tipo de procedimiento que se aplica en ese sistema normativo; de qué tipo de conductas conoce, quiénes integran o aplican las disposiciones en ese sistema normativo; si son recurribles las determinaciones que emitan en ese sistema y de ser así quién conoce de esos recursos.

El dictamen pericial fue respondido en los siguientes términos. En primer lugar, se sostuvo que la comunidad a la que pertenece el inculpado es integrante del grupo étnico zapoteco, lo que se fundó mediante el catálogo del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. Aunado a ello, se señaló la existencia en dicha comunidad de un sistema de impartición de justicia interno adecuado a las características culturales del inculpado. Se apuntó que el objetivo fundamental de los procedimientos internos es lograr en primer lugar, la conciliación de las partes que entran en conflicto y solucionar pacíficamente los conflictos internos de la comunidad, imponiendo sanciones que reparen los daños causados, evitando la repetición de conductas similares. Dicho sistema es aplicado por autoridades tradicionales con un procedimiento casuístico, que además es gratuito y expedito. La jerarquía de las instancias se describe en la cúspide a la asamblea general, y hacia abajo, el Agente Municipal, el Alcalde, el Síndico Auxiliar, el Secretario Municipal, los Secretarios, los Tesoreros y los Policías, reconociendo como instancia de revisión a la Sindicatura Municipal. Administrativamente la comunidad, es una agencia municipal. Se reconoce dicho sistema como confluente de prácticas prehispánicas, coloniales y contemporáneas. Además de que no contradice la seguridad jurídica, porque garantiza plenamente que no se impongan penas arbitrarias ni desapegadas a los principios rectores de la vida comunitaria. Incluso, se afirma que dicho sistema de impartición de justicia interna de la comunidad es competente para procesar y sancionar faltas congruentes con la realizada por el inculpado.

Señala que, en esta comunidad, no existe una compilación específica de conductas permitidas o sancionadas, lo que si hay es una categoría general que gira en torno a una conducta razonablemente esperada, para conocer si la actuación de una persona se encuentra en armonía con dicho precepto debe conocerse el caso concreto. El proceso judicial en el sistema interno, comienza con la demanda de una persona ante el Alcalde, quien se apoya en el Síndico Auxiliar, y también inician por flagrancia. En el proceso se presentan el Alcalde, el Síndico Auxiliar, el agente municipal, los involucrados y tantos testigos como

admitan las partes, en ocasiones la demanda puede estar por escrito, a la que se le da lectura para dar conocimiento al acusado de la misma, una vez hecho lo cual, dialogan entre las partes, el acusado explica su comportamiento, y median las autoridades el diálogo. Si se llega a un acuerdo, el Alcalde levanta un acta, que se fecha y firma, si no se cumple con los acuerdos, se acude a la Sindicatura Municipal, donde se manifiesta una mayor exigibilidad hacia el infractor. Si no hay acuerdo, se generan sanciones, una de las cuales puede ser remitir el caso al Estado. La autoridad puede hacer inspección ocular para dilucidar las contradicciones. De especial relevancia en este caso, es el señalamiento de que además de conflictos entre vecinos y familiares, o hechos que alteren el orden público, el homicidio, además de ser remitido ante autoridades del Estado, también se media en primer lugar en la comunidad, persiguiendo la conciliación y reparación del daño. Las autoridades son nombradas mediante asamblea, y se les escoge por su respeto al sistema normativo y sobre todo por la carrera que haya ejercido en dicho sistema. Además, dicho dictamen se fortaleció con un informe de las comunidades que consignó su opinión en asamblea, por la que se declaraban competentes para procesar al inculcado. (Este acto, entonces más bien, podría reflejar que la delegación de competencia a dicha autoridad, no ocurrió mediante declinatoria materialmente, sino por medio de una inhibitoria material, si bien formalmente se constituyó como declinatoria).

Y del mismo modo, solicitó apoyo de perito traductor ante distintas instancias. Además, el juzgador de segunda instancia solicitó al Juzgado Sexto, que declinara su competencia en favor de las autoridades tradicionales:

Este Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, considera que se debe revocar la sentencia condenatoria dictada en contra del indígena, por el Juez Sexto de Distrito en el Estado, y en su lugar, ordenar la reposición del procedimiento hasta antes del dictado del auto de formal prisión, a efecto de que decline competencia a favor de las autoridades tradicionales..., para que conforme al sistema normativo que ahí implementan, el asunto sea sometido al procedimiento, decisión, y en su caso, sanción que amerite, según los usos y costumbres de la mencionada población, a la que pertenece el aludido sujeto.

Sin que ello implique que el Juez de Distrito, carezca de competencia para el conocimiento y resolución del asunto, en tanto que la jurisdicción estatal y la tradicional, son dos sistemas coexistentes, autónomos, independientes y alternativos, en función del pluralismo jurídico que impera en nuestro orden jurídico nacional, además que la medida referida se estima razonable y proporcional.

Su medida no fue aplicada de manera laxa y desinformada, sino que, se precavió de conocer los alcances y límites de la normativa tradicional, averiguando que no violentasen derechos humanos o que contravinieran la Constitución en sentido flagrante: “[...] si en ese tipo de procedimiento existen disposiciones tradicionales que pudieran violar sus derechos humanos como impedirle alegar y probar en su favor o ser sujeto de sanciones que impliquen tortura, malos tratos o vejaciones, y de ser así, brinden la información con el soporte que lo justifique”.

Tanto las preguntas para conocer los alcances y los límites del peritaje mencionadas al principio de este rubro, como los cuestionamientos para valorar que

no se violasen derechos humanos ni se contradijera al texto constitucional, son ejemplos esclarecedores sobre preguntas pertinentes y adecuadas para postularse a fin de dirimir conflictos de índole cultural.

## 6. *Homicidio calificado*

El 2 de diciembre de 2011, en una localidad de Durango, un joven se encontraba de cacería en el paraje denominado la olla en compañía de su esposa, de 17 años de edad, al tratar de maniobrar un rifle calibre 22, lo disparó por accidente, dándole en el costado derecho a su esposa, dejándole un orificio.

Ella se había casado por acuerdo de sus padres, aunque al principio su padre, se había opuesto, porque el esposo tenía fama de golpeador, pero ante la insistencia de los padres de éste, se terminó por aceptar dicho matrimonio. Una vez casados, fueron a vivir a la comunidad del marido.

En la madrugada, llegaron los alguaciles, autoridades de la comunidad del padre de la recién casada, y éste refirió al respecto:

[...] me dijeron que habían balaceado a mis hijos..., a su hija y a su yerno..., pero que a mi hija la habían balaceado, entonces me levanté rápido y fuimos en la noche a ver hacia donde estaba el cuerpo de mi hija, estaba tirada en un arroyo y pues la traía casi rota, los adornos del vestido estaba todo desgarrado, entonces les dije que no había sido una emboscada, entonces el que fuera su esposo la cargó hasta subirlo acá arriba en donde había salido el sol, la empecé a revisar otra vez, entonces me di cuenta que no los balacearon, entonces ahí fue donde yo dije que el que fuera mi yerno que él la había matado, entonces le dije al papá que en eso no habíamos quedado cuando me pidieron la mano de mi hija, también le dije que a mi hija ya nunca la voy a ver, en cambio su hijo ahí andaría, y ya le dije pues entonces es mejor que los dos no estén de una vez y el papá me dijo, está bien, no hay problema.

En ese momento, los alguaciles, el jefe del cuartel y otro testigo, junto a los padres del esposo, y con su suegro, deliberaron sobre el suceso, sin llegar a un acuerdo. Al día siguiente, 3 de diciembre, volvieron a sesionar, sin poder concluir una solución satisfactoria para ambos. Por último, el 4 de diciembre, decidieron que el padre del esposo y el suegro celebraran un acuerdo, que consignarían mediante una cuarta acta manuscrita, sobre el destino de éste.

Acto seguido, el padre de la mujer asesinada: “[...] agarró una soga (lazo) se lo puso en el cuello le amarró y aventó el lazo en un árbol y le empezó a estirar, pero no podía porque estaba pesado, entonces, fui yo lo levanté de abajo entonces quiso meter las manos y yo fui y las quité, porque como se quería zafar y ya. Habíamos matado a mi yerno...”.

El padre del nuevo difunto no quedó conforme con dicha resolución, así que el 6 de diciembre denunció el homicidio de su hijo, inculpando únicamente al suegro de éste, omitiendo su participación en los hechos:

[El inculpado] detuvo a[ supuesto victimario], lo golpeó en varias ocasiones, lo amarró y lo obligó a cargar el cuerpo de la difunta aproximadamente cuatro kilómetros, luego me obligó a ponerle una soga en el cuello a mi hijo, y me dijo que la



jalara pero yo solté la cuerda ante sus intenciones, el Juez de Cartel trató de evitarlo, pues le dijo a[ el inculpado] que no era la forma de hacer justicia, entonces [el inculpado] tomó la cuerda, la estiró y la amarró de un tronco de un árbol, dejó colgado a mi hijo media hora, hasta que la segunda autoridad lo descolgó.

El 23 de abril de 2012, el Tribunal de Control y de Juicio Oral del Primer Distrito vinculó a proceso al padre de la difunta por una denuncia. No obstante, una vez que las autoridades de la comunidad ofrecieron como medio de prueba las actas manuscritas y, a solicitud del defensor público con conocimiento en cultura y lengua indígenas, y del traductor, el juzgado decidió pedir un dictamen antropológico para conocer sobre la estructura interna del sistema de autoridad en la comunidad, mismo que está por realizarse.

## VI. Conclusiones

Como pudo apreciarse del relato de los seis casos presentados, en el primero sobresale la notoria divergencia entre el sistema jurisdiccional mexicano y el estadounidense sobre las poblaciones étnicamente diferentes, así como la poca flexibilidad del sistema normativo mexicano para comprender la problemática, pues no fue sino hasta que se presentó la oportunidad de emplear un instrumento formal, como las reservas a un convenio internacional sobre la materia, que se recurrió para resolver el problema, cabe preguntarse, ¿qué suerte procesal habrían percibido los inculpados de no haber existido dicho instrumento?

Una tentativa de respuesta se puede apreciar a partir de la conclusión del segundo caso, en el que el juzgador, la defensa y la CDI, como autoridad interesada, aprovecharon un vicio procesal, la falta de elementos, para obtener una resolución favorable hacia el inculpado. Lo que es pertinente aclarar es que no en todos los casos en los que se encuentre involucrado un ciudadano de adscripción indígena serán aplicables las prerrogativas correspondientes a la materia indígena. En este caso solamente, es pertinente su inclusión, respecto de la violación de derechos lingüísticos, y porque dicha violación influyó directamente en la inconsistencia de la prueba confesional.

En el tercer caso, puede apreciarse la misma confusión, y cómo la misma es empleada por el defensor de un ciudadano de adscripción indígena, para tratar de forzar el aparato de justicia, a fin de que su defendido obtuviese la libertad. Considerando que, por la sola adscripción a una identidad diferenciada, asociada a una idea esencialista de vulnerabilidad, se colocaba al inculpado en la posibilidad de transgredir normas de orden nacional.

En cuarto lugar, el caso sobre la portación de arma de fuego sin licencia, a pesar de las enormes inconsistencias de rigurosidad que precisa un documento de tal cariz, lo importante es que clarifica algunas interrogantes doctrinales. Una es sobre el papel del derecho comparado en el ámbito de la diversidad étnica y el pluralismo jurídico, proponiendo el escenario, en el cual, el litigante con vasta experiencia en la defensa de derechos diferenciados, puede intervenir como experto, perito en diversidad normativa, para auxiliar al juzgador en su criterio, aportando interpretaciones de índole jurídico. Otra interrogante que resuelve, aunque de manera negativa, es que ayuda a distinguir precisamente,

entre el dictamen pericial ofrecido por un antropólogo y el testimonio especializado del defensor.

El quinto caso, se considera el más relevante en este trabajo, porque abre el candado instrumental que en materia administrativa no se ha resuelto, sobre el profundo problema de la autonomía jurisdiccional de las comunidades diferenciadas. Como ya se ha hecho patente, las legislaciones locales en materia de derechos y cultura indígenas y su impacto en las legislaciones locales sobre el Poder Judicial, a penas resuelven el problema, sino es que lo agravan, subsumiendo a las autoridades tradicionales en el aparato de justicia local, en lugar de respetar su propia jurisdicción, por ello, este ejemplo, en el que el juzgador delega la competencia en la autoridad tradicional para que resuelva de un delito, es sumamente relevante, no obstante que no dejan de saltar a la vista algunas dudas. Por un lado, el juzgador se justifica formalmente en una jurisprudencia para resolver en completa sintonía con lo propuesto por el dictamen antropológico. Lo que causa curiosidad es que, si le concedió a dicha autoridad tal competencia, por qué no entabló un diálogo directo con la misma desde un principio, pues el dictamen arrojó evidencia de la profunda formalidad de la autoridad tradicional, lo que lleva a la segunda sospecha, la elaboración del propio dictamen, pues más bien pareciera que el dictamen solo se remitió a referir lo que comunicó el informe de la propia autoridad tradicional. También en el mismo sentido, cabe la interrogante, sobre la facultad de ejercer la competencia para resolver conflictos, no mediante declinatoria, sino también por inhibitoria, es decir, no por medio de concesiones estatales, sino a instancias de la propia autoridad tradicional.

Por último, el sexto caso, revela dos aspectos dignos de consideración, uno es, la profunda diversidad normativa que se aprecia en dicho conflicto, y la enorme brecha respecto de los sistemas nacionales e internacional, que pretenden darles cabida y reconocimiento. La venganza institucionalizada, concretada en homicidio, es algo que no se puede tratar a la ligera, no cabe, por supuesto, la sola justificación de la relatividad cultural, pero, de ningún modo, tampoco se agota la discusión bajo la sanción inquisitorial del criterio hegemónico de lo humano que priva en las instituciones internacionales.<sup>81</sup> Es un conflicto que debe dar lugar a la conciliación más que a la cacería de brujas, es una oportunidad para que instancias humanitarias entren en diálogo con las autoridades tradicionales, y es asimismo una posibilidad para que dichas autoridades tradicio-

---

<sup>81</sup> Si bien las sociedades actuales pugnan por los principios de la vida y el bienestar social, la realidad es que los mismos se hayan inscritos en un marco ideológico sostenido por una cultura particular, que, a su vez, dimana de un sistema cognitivo específico. Debe recordarse que la puesta en entre dicho de tales valores humanos, no solo la manifiestan los grupos culturales con alternativas pragmáticas de civilización, sino que, en el propio seno de la cultura occidental judeo-cristiana han existido grandes críticos de la misma. Así, se ha señalado que las sociedades que persiguen el bienestar humano es porque parten de la teoría aristotélica de que dicha entidad anímica, persigue como máximo fin, la felicidad, como resultado de una búsqueda sensorial del placer. No obstante, además de la crítica animalista que proclama como máximo fin la supervivencia, existe la postura filosófica que arroga como máximo fin del ser humano la expansión de la conciencia, y, por lo tanto, una moral fundada en la felicidad, inhibe sus posibilidades de acrecentamiento y experiencia. De ahí que, sin hacer apología, de ninguna de las dos propuestas, simplemente se quiere señalar la complejidad del problema. Para hacer hincapié en que dicha problematización no es fútil, puede recordarse que, en la misma aplicación de los derechos humanos ha surgido la necesidad de una interpretación ponderada de los mismos, ya que, por ejemplo, en muchas circunstancias particulares, el derecho a la vida, está superado por el derecho a la calidad de vida, dando lugar a las prolongadas discusiones sobre la eutanasia y sus alcances.



nales demuestren su capacidad de transformación y dinamismo, al consensar una propuesta de resolución del conflicto. Y es que, tal parece que dicha idea, entorna la inquietud de la autoridad nacional, pues el agente del Ministerio Público en su solicitud del dictamen antropológico, pregunta por las instituciones jurisdiccionales de dicha comunidad, en el mismo sentido en el que lo hizo la autoridad en el caso en el que se delegó competencia jurisdiccional a la instancia tradicional. Por lo que puede especularse que quizá esta delegación competencial sea lo que se busque en tal proceso, lo cual, sería sumamente oportuno, para que, se persiga un resultado en una dinámica de horizontalidad en el ejercicio del poder.

**Recepción:** 13 de noviembre de 2017

**Aprobación:** 12 de febrero de 2018



## Atención tanatológica para los migrantes y sus familias

María Lucía Araceli Cruz Vásquez\*

*Honrando la memoria de quienes en busca de su sobrevivencia y la de sus familias migran forzadamente, perdiendo lo más valioso que poseen: su vida.*

**RESUMEN:** La población migrante en muchas ocasiones ha perdido el derecho a la libertad de decidir si quiere o no ausentarse de sus lugares de origen, debido a situaciones que en la actualidad los obligan a abandonar todo lo que se considera propio hasta que se emigra o se muere. México tiene elevados índices de migrantes forzados que obedecen a múltiples causas.

En el presente escrito mi interés se centra en hacer ver las pérdidas de los migrantes mexicanos que viven en condiciones de pobreza, quienes se ven forzados a emigrar con la intención de llegar a Estados Unidos, ante la añeja falta de recursos económicos para el sustento personal y familiar. Reconociendo que, si bien no todos pierden físicamente su vida, muchas veces su ausencia es equiparable a una muerte simbólica. Además, no solo hago referencia al cúmulo de pérdidas de los protagonistas de la migración sino también a las de sus familiares y entorno social. Expongo a su vez que la Tanatología es una herramienta de utilidad para atender los duelos que genera la migración forzada y la imposibilidad de ejercer el derecho a decidir al respecto.

**ABSTRACT:** *Many times migrant populations have lost a right to the liberty of deciding for themselves whether or not they want to be away from their places of origin, due to situations which have now forced them to abandon everything that they have considered to be their own until they either emigrate or die. Mexico has elevated levels of forced migrants due to multiple causes.*

*In this article my interest is centered upon revealing the losses of the Mexican migrants who live in conditions of poverty, those who find themselves forced to emigrate with the intention of entering the United States of America, due to the age-old lack of economic resources to support themselves and a family. Recognizing this, while it is true that not all of them physically lose their lives, many times their absence is comparable to a symbolic death. In addition, I not only refer to the clusters of losses suffered by the protagonists of migration themselves, but also those of their families and social surroundings. At the same time, I explain that Thanatology is a useful tool for dealing with the grief and suffering caused by forced migration and the impossibility of exercising the right to decide regarding such fundamental choices.*

---

\* Coordinadora de la Organización de Desarrollo Étnico Comunitario Afrodescendiente.

PALABRAS CLAVE: Tanatología, Migración forzada, Muerte, Pérdidas y duelos.

KEYWORDS: Thanatology, Forced migration, Death, Losses and duels.

SUMARIO: I. Introducción. II. Tanatología y ejercicio de los derechos. III. Migración forzada. IV. Pérdidas de los migrantes. V. Propuesta y conclusión.

## I. Introducción

Muerte ¿qué es la muerte? Parece la pregunta obligada de todo ser humano en algún momento de su vida. Un cuestionamiento sin respuesta única y con muchos intentos de explicación, ya que cada quién tiene una contestación distinta de acuerdo con su historia, sus creencias y su entorno. Todos convivimos con la muerte, aunque de diferentes maneras, el tema en sí mismo continúa intrigando a la humanidad, muchas veces rodeada de misterio, temores, rituales, festejos, incertidumbres, pero siempre presente en lo que parece su opuesto: la vida. Vida, que sirve para tocar, pintar, saborear, sufrir, oír, bailar, cantar, predecir, olfatear, ver ... la muerte; aunque casi nunca la propia muerte.

Sin embargo, mientras vivimos caminando hacia la muerte, hoy tenemos la fortuna de enfrentar de alguna forma ese ente misterioso y utilizar las herramientas humanas disponibles para procesar con menos dificultad, o por qué no decirlo, hasta con facilidad y con apertura al aprendizaje; las pérdidas que los duelos traen consigo. Todos hemos tenido pérdidas y todas ellas tienen su carga de dolor, de algunas ni siquiera nos percatamos porque las superamos muy fácil y prontamente, no obstante, otras nos dejan suspendidos en la vida, y valga el juego de palabras, vivimos como si estuviéramos muertos, restándonos la posibilidad de transitar la experiencia dolorosa para finalmente llegar a la resiliencia y sentirnos bien, recuperando nuestro equilibrio y tomando conciencia que dicha pérdida teníamos que vivirla y principalmente superarla; descubriendo o redescubriendo nuestra fuerza interior, grandeza humana, fortaleza y todo lo que nos posibilita a ubicarnos nuevamente sobre el riel de continuar la vida, sin lo que ya se perdió y que hoy es pasado. Esto es, alcanzar el momento de encuentro con uno mismo enriquecido con las vivencias, con la experiencia de lo que ya no tengo, pero con la ganancia de lo vivido.

No obstante, disfrutar lo que se tuvo y hoy ya no está, es más que complicado. De alguna manera las pérdidas nos convierten en víctimas humanas de situaciones que en un primer momento pueden parecer inexplicables e incomprensibles, precisamente el reto es continuar la vida solo en presente, con una nueva consciencia, sin que nos lo impida el ancla de la añoranza de lo que se tuvo, situación básica de incorporar a la visión del mundo. Como nos dice Jorge Bucay en su libro *El camino de las lágrimas*, "Somos quienes somos gracias a todo lo perdido y a como nos hemos conducido frente a esas pérdidas".<sup>1</sup>

Si bien, es sustancial tener en cuenta que debe prevalecer el respeto ante las actitudes que asume cada persona frente a las referidas pérdidas, ya que cada duelo es único y cada manera de afrontarlas es irrepetible; no es conveniente negar la importancia y profundidad de los sentimientos y con ello de los

<sup>1</sup> México, Océano Expres, 2016, p. 30.

propios tiempos y ritmos; porque sabemos, es posible hacer uso de herramientas para transitar de mejor forma por las diversas etapas de esos desafíos enlutados. Teniendo claro que ante la muerte no podemos hacer más, pero sí ante la pérdida de seres queridos arrebatados por la pobreza y falta de respeto a los derechos humanos. Mujeres y hombres de gran valía que no tienen la opción de decidir si desean alejarse de prácticamente todo lo que se considera propio, hasta que se migra o se muere y que víctimas de sus paupérrimas condiciones económicas se arman de valor, se alejan del entorno que los vio nacer y de los seres que más aman, sacrificándose en pos de los demás integrantes de su sistema familiar. Cabe indicar que, si bien no todos pierden físicamente su vida, muchas veces su ausencia es equiparable a una muerte simbólica.

## II. Tanatología y ejercicio de los derechos

La humanidad avanza diariamente hacia el respeto de las decisiones que cada persona quiera tomar en relación con su vida y con su muerte, por lo que al respecto han surgido múltiples estudios y grandes debates basados en muchas ocasiones en la bioética para brindar atención a los aspectos morales de las ciencias de la vida, dichos saberes se utilizaron en sus inicios en la medicina y la biología pero cada vez se han extendido más hacia los diversos ámbitos sociales donde se traspasa de lo individual a la observancia y atención de las relaciones de una persona con los restantes seres vivos.

No es complicado advertir las dificultades que se generan ante las decisiones de conservar la vida y las condiciones en que debe prevalecer la misma u otorgar el derecho a decidir sobre la muerte y la manera de asumirla. Menos aún, cuando dichas decisiones no están en manos propias, sino que ambiguamente pareciera que son competencia del personal médico, de los familiares o amistades de una persona. Llegando a advertir que hay mucho que hacer al respecto y que aún somos una sociedad que no está preparada para enfrentar el dolor generado por las pérdidas.

Por fortuna la Tanatología<sup>2</sup> es la disciplina creada recientemente ante la necesidad humana de encontrar un bálsamo ante el dolor. De manera general el concepto del término indica que “es el estudio interdisciplinario del moribundo y la muerte, especialmente de las medidas para disminuir el sufrimiento físico y psicológico de los enfermos terminales, los sentimientos de culpa y pérdida de los familiares y amigos y evitar la frustración del personal médico”.<sup>3</sup> Hoy la Tanatología ha ampliado su campo de acción y refiere a los duelos que generan todo tipo de pérdidas, es una disciplina de ayuda, en la que la persona es vista con un enfoque holístico, con capacidad de vivir con plenitud. Además no solo proporciona ayuda profesional al paciente en situación terminal, sino también a

<sup>2</sup> El término Tanatología (la ciencia de la muerte) fue acuñado en 1901 por el médico ruso Elías Metchnikoff. Premio Nobel de Medicina en 1908. La palabra proviene de *Thanatos*-muerte y *logos*- tratado, estudio, sentido. Al principio fue considerada una rama de la medicina forense.

<sup>3</sup> Mercedes Bonilla Arandía, *Nociones fundamentales de tanatología*. México, Centro de Estudios de Desarrollo Humano y Capacitación, 2017, p 1.

sus familiares y, en general, a las personas que han sufrido pérdidas significativas en la vida.<sup>4</sup>

El abordaje de la muerte siempre ha estado aparejado a la existencia humana, como es posible corroborarlo en el mundo entero y refiriéndonos a México, a través de los vestigios arqueológicos y demás muestras culturales que develan toda una cosmovisión rica en manifestaciones al respecto. No obstante, fue hasta las décadas de los años cincuenta y sesenta que científicos sociales iniciaron estudios sobre la psicología de la muerte y comenzaron la difusión de la necesidad de asesoramientos y terapias para tratar las emociones asociadas a la misma. De alguna manera se pasó de la reflexión en torno a la muerte, a la acción, esto es, qué hacer con quienes están enfrentando la muerte y con sus familiares y amigos que sufren las pérdidas. Fue la doctora Elizabeth Kübler-Ross<sup>5</sup> quien definió la tanatología en sentido de atender a los moribundos y dedicó su vida a la investigación del tema, fundando clínicas para ayudar a los enfermos en fase terminal a vivir gratamente, entre muchas acciones al respecto. Nancy O'Connor<sup>6</sup> también contribuyó sustancialmente al denominado *Movimiento del Hospicio* para elevar la calidad de vida de los moribundos y sus familias, buscando que las personas pudieran recibir la muerte con menor dolor a través de cuidados paliativos. Fue hasta 1990 que el concepto tanatología llegó a México, retomándose por parte de algunas personas interesadas en superar sus duelos o en apoyar a otras a hacer lo mismo, así como por algunos centros médicos que comenzaron a promover y brindar terapias y posteriormente se inició la comercialización con la enseñanza y acompañamientos al respecto.<sup>7</sup>

Sin embargo, y probablemente por ser tan reciente, el acompañamiento tanatológico es escasamente ofrecido en los diversos hospitales<sup>8</sup> tanto públicos como privados. Me parece importante indicar que hasta hoy la tanatología, no forma parte de la lista de materias que los estudiantes deben cursar en las escuelas de medicina del país, quizá porque en mucho continúa buscándose que las personas permanezcan con vida, sin escuchar sus deseos y sin ver sus condiciones y las de quienes las rodean. Aún con todo, dicha disciplina actualmente está teniendo un ámbito cada vez mayor de aceptación, investigación, atención y demanda, como ya indiqué, ayudando al autocontrol a través de una mejor comprensión de los aspectos médicos, sociales y emocionales relacionados con las pérdidas en general.

Esto último me ha parecido muy importante, porque entonces la tanatología no solo se aboca a vida-muerte como extremos de nuestra realidad, sino a todo aquello que generan las pérdidas, como pueden ser partes del cuerpo humano por enfermedad o accidentes, objetos materiales como casas, vehículos, joyas,

<sup>4</sup> Alfonso García Hernández, "La pérdida de un hijo y la búsqueda de significado: Reescribiendo historias de pérdida de dolor", en *Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa*. San Sebastián, Sociedad Vasca de Cuidados Paliativos, 2007, p. 23.

<sup>5</sup> Reconocida médica psiquiatra, suizo-estadounidense. Nació en 1926 y falleció en el año 2004. Experta mundial en la muerte, los moribundos y cuidados paliativos. Produjo más de 22 obras.

<sup>6</sup> Sicóloga clínica, investigadora y trabajadora voluntaria, nació en Detroit, Michigan, en 1929 y falleció en 2014. Destaca su obra denominada *Déjalos ir con amor, la aceptación del duelo*.

<sup>7</sup> Aunque a la fecha no es el único, en el año 2003 se fundó el Centro de Estudios de Desarrollo Humano y Capacitación que imparte diplomados de Tanatología en diferentes Estados del país.

<sup>8</sup> Destaca el Hospital General de México "Dr. Eduardo Liceaga", mismo que, a través de sus Congresos de Tanatología, ha ido abriendo importante camino al respecto.

entre otros, así también, objetos de valor estimativo, o la pérdida de pareja por divorcio o cualquiera otra razón que implique separación, la pérdida de amistades, de mascotas, incluso de la libertad, del ejercicio de derechos, etcétera.

Lo anterior, me ha llevado a reflexionar en torno a lo que los seres humanos podemos padecer una vez que ya no tenemos algo o a alguien, generándonos situaciones que traen consigo afectaciones que quizá podríamos evitar o, en su caso aminorar, sobre todo si tomamos mayor consciencia sobre el tránsito de nuestros duelos y además sobre lo que puede ser realmente importante. Hay pérdidas que nadie las quisiéramos enfrentar porque a la mayoría nos generarían un excesivo dolor, pero también en muchas ocasiones vivimos con sufrimiento al considerar de nuestra propiedad, lo que no nos pertenece o quizá porque nuestras vidas se han llenado de apegos innecesarios.

Por otra parte, y desde mi sentir, considero que nos hace falta pausar nuestra existencia y advertir las pérdidas que enfrentan grupos sociales insertos en determinadas circunstancias y ello nos permitirá ir abriendo camino respecto de lo realmente importante y lo que es posible hacer al respecto, como la pérdida de nuestros derechos humanos elementales y la mejor manera de hacerlos efectivos en todos los casos y para todas las personas.

En lo que compete al presente artículo, convergen principalmente dos derechos básicos que muchas veces se pierden o pueden llegarse a perder; uno de ellos refiere a las pérdidas de las personas en condición de migrantes y a sus familias y el otro a la libertad de tránsito y residencia. Sin embargo, aún más importante me parece enunciar lo que de alguna forma les antecede, que es la pérdida de libertad para que hombres y mujeres puedan decidir cambiar o no, el lugar de residencia y las consecuencias de ello, esto es, migrar o no hacerlo, situación que cuando no permite opción decisoria, se refleja en pérdidas múltiples de los derechos mencionados y de otros más que finalmente se ven trastocados.

En la actualidad se pretende que la migración sea ordenada y además una decisión personal, atendiendo al pleno ejercicio de los derechos humanos, lamentablemente los desplazamientos a los que hago referencia en el presente documento no reúnen ninguna de estas características, como lo señalo a continuación.

### III. Migración forzada

Si consideramos que la muerte es la pérdida de todo lo que humanamente se puede poseer en este mundo, se comprenderá con mayor facilidad que al referir a la inclusión de la labor tanatológica, muchos acontecimientos en nuestras vidas originan mermas de las cuales no siempre estamos conscientes; como es el caso de la migración.

Enfrentamos la *era de las migraciones*, el fenómeno como parte inherente al desarrollo de la humanidad, cobra cada vez mayor intensidad y sus efectos se reflejan en los diferentes aspectos de la vida social, en gran medida en aquellos que atañen a los derechos humanos y pocas veces se toma consciencia respecto de la gran cantidad de repercusiones que dicho fenómeno trae consigo. La migración es una constante, aparte de ser un acontecimiento vinculado al de-

sarrollo ya sea directa o indirectamente; ha estado presente, sigue y continuará envolviendo la existencia, obedeciendo cada vez más a múltiples razones de acuerdo con los diversos contextos y circunstancias imperantes en cada momento de la humanidad y a muy diferentes causas tanto locales como mundiales, externas e internas de los sitios expulsores y también de los de recepción.

En el mundo, actualmente existen más de 244 millones de migrantes internacionales, según la Organización de las Naciones Unidas.<sup>9</sup> Por lo que habitamos un planeta donde, así como los peces se desplazan de un mar a otro y las aves surcan el firmamento; hombres y mujeres cambian de lugar de residencia, buscando mejores entornos para vivir. Esto es, algunas veces la migración se realiza de forma voluntaria y en condiciones de comodidad: como cuando nos desplazamos por razones de negocios, estudios o diversión y placer. Así los movimientos de referencia posibilitan mejores condiciones de vida y pueden llegar a repercutir de manera favorable en la sociedad. Empero, en ocasiones obedecen a conflictos bélicos, étnicos, ecológicos u otros movimientos y condiciones que obligan a individuos o grupos humanos a desplazarse. Por su parte, el informe anual denominado Tendencias Globales, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, arrojó que por razones de violencia, guerra y persecuciones, 65.3 millones de personas se encontraban migrando a finales de 2015 en comparación con los 59.5 millones de tan solo un año antes, lo que indica que, cada vez más gente se desplaza en aras de salvaguardar su vida.<sup>10</sup>

De cualquier manera, la migración es parte del habitual acontecer y sus cifras se incrementan a cada momento. A diario es tema obligado en las noticias mundiales donde continuamente se escuchan las tragedias con motivo de la salida de ciudadanos africanos particularmente de países del área subsahariana afectados por la pobreza, específicamente por la hambruna, o los éxodos de Siria con su inacabable guerra, así como de México considerado el país con el mayor número de emigrantes internacionales en el mundo<sup>11</sup> y donde en la última década la salida de personas obedece principalmente a la inseguridad pública imperante,<sup>12</sup> aparte de la añeja salida de mexicanos por razones económicas, donde como es de conocimiento general, la política del vecino país del norte se ha endurecido con consecuencias cada vez más negativas en contra de los inmigrantes.

Es claro que México es un territorio que, no obstante, ser un lugar de recepción y tránsito de migrantes, es más un país expulsor de personas. Precisamente, en el presente artículo refiero a los migrantes nacidos en este país, que se dirigen o tienen la intención de llegar a Estados Unidos, por lo que se les identifica como internacionales, sin que por ello deje de reconocer la existencia de

<sup>9</sup> Organización de las Naciones Unidas, División de Población del Departamento de Asuntos Económicos. *La situación demográfica en el mundo*. Informe conciso. Nueva York, 2014, p. 17.

<sup>10</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Tendencias globales*, disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/el-desplazamiento-forzado-en-el-mundo-bate-su-cifra-record/>. Fecha de consulta 9 de octubre de 2017.

<sup>11</sup> "México, el país con más migrantes internacionales: supera a India, Rusia o China, revela informe de la ONU", *La Jornada*. México, D. F., 23 de abril de 2013, p. 47.

<sup>12</sup> Raúl Benítez Manaút, "La seguridad de México: migración, inseguridad pública y crimen organizado", *Pensamiento Propio*. Managua, año 15, núm. 31, enero-junio de 2010, p. 135.



migrantes internos<sup>13</sup> y aunque tampoco es el tema a tratar en el presente artículo, no quiero dejar de indicar que este territorio es utilizado para el paso de migrantes en gran cantidad centroamericanos procedentes de Honduras, El Salvador y Guatemala principalmente, aunque no de manera exclusiva pues también existen flujos migratorios conformados por personas de diversas nacionalidades y de diferentes continentes, quienes tienen la intención de cruzar la frontera norte y llegar a Estados Unidos o bien como se ha observado recientemente, se está elevando cada vez más la cifra de los migrantes que se quedan a vivir en territorio nacional pues ésta aumentó 20 % solo en el último año,<sup>14</sup> aún con todo y las enormes problemáticas sociales que se enfrentan en este país.

También me parece muy importante reiterar que las razones de la migración de mexicanos son múltiples, solo que del total de flujos migratorios los que obedecen a razones económicas son uno de ellos y como indiqué renglones arriba, se han elevado las cifras de aquellos cuya causa obedece a problemáticas en crecimiento vertiginoso como las que tienen que ver con seguridad pública,<sup>15</sup> particularmente relativas al narcotráfico, ya que la violencia ha aumentado y con ello los homicidios, provocando que la comisión de otros delitos también se haya incrementado, originando que 35,433 personas tuvieran la necesidad de cambiar su lugar de residencia forzosamente en el último año a causa de la delincuencia, esto es que abandonaron su hogar por la violencia existente en México.<sup>16</sup> Cabe indicar que dicho país ha sido ubicado en segundo lugar en el mundo con el mayor número de homicidios dolosos<sup>17</sup> con un saldo de muertes solo superado por la guerra en Siria,<sup>18</sup> con todo y la polémica despertada ante tal planteamiento, las mismas revelan si no exactamente, sí una realidad cercana, por lo que ante este panorama es posible afirmar que el tema de la muerte está presente antes, durante y después de la migración.

Son tres los temas que dominan la agenda de seguridad nacional a partir de la primera década del presente siglo: el narcotráfico, la inseguridad ciudadana y por supuesto el tema de interés que es la migración, a los que se suman otros asuntos mundiales que atañen y repercuten negativamente en México, tales como el deterioro del medio ambiente y los recursos naturales, la inadecuada utilización de la energía, el resguardo de las fronteras y el terrorismo internacional. Aunados éstos a otros temas locales derivadas de los recientes sismos de los días 7 y 19 de septiembre de 2017, ambos con epicentro en el territorio nacional, mismos que dieron origen a diversas problemáticas.

<sup>13</sup> Se clasifican como migrantes internos a quienes se desplazan al interior del país, ya sea de una localidad a otra o de un Estado a otro, dentro del territorio mexicano.

<sup>14</sup> "La historia de migrantes que se quedaron a radicar en México", disponible en: [www.excelsior.com.mx/nacional/2017/02/15/1146438](http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/02/15/1146438). Fecha de consulta 9 de octubre 2017.

<sup>15</sup> "México, segundo país con más homicidios después de Siria", disponible en: [http://www.milenio.com/politica/homicidios-mexico-siria-conflicto\\_armado-violencia-carteles-seguridad\\_0\\_953304912.html](http://www.milenio.com/politica/homicidios-mexico-siria-conflicto_armado-violencia-carteles-seguridad_0_953304912.html). Fecha de consulta 17 de septiembre 2017.

<sup>16</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial sobre desplazamiento forzado interno (DFI) en México*. México, CNDH, 2016.

<sup>17</sup> Secretaría de Gobernación, *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2017*. México, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Informe del Centro Nacional de Información al 30 de junio 2017.

<sup>18</sup> Antonio, Sampaio, *Encuesta de conflicto armado en 2017*. Londres, Informe del Instituto Internacional de Estudios Estratégicos, 2017.

Por lo anterior quiero manifestar que si bien reconozco la existencia de múltiples razones que generan la salida de migrantes con destino hacia Estados Unidos, yo decidí centrar mi atención y escrito de manera exclusiva en la migración de mexicanos por razones económicas y en los que denomino forzados porque no tienen la libertad de decidir si desean alejarse de sus lugares de origen o no quieren hacerlo, sino que, no teniendo otra opción para obtener recursos económicos se ven obligados a abandonar a su familia con la intención de encontrar dinero para su supervivencia y la de sus seres queridos. Esto es, me refiero a los migrantes que son víctimas de la pobreza, particularmente a quienes salen de las distintas localidades de los Estados del sur y sureste mexicano (Oaxaca, Puebla, Guerrero, Chiapas, Campeche, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán) con dirección como ya lo señalé al vecino país del norte y que viajan sin los documentos necesarios para ingresar legalmente al mismo.

La información aquí expuesta se refiere a la última década, que va de 2007 a 2017 y si bien son resultado de investigaciones realizadas en los nueve Estados antes señalados; para el tema de pérdidas de los migrantes aquí referido, cabe indicar que constituyen una muestra representativa que bien puede extenderse a los migrantes mexicanos en general de los últimos años, que reitero, migran forzosamente del país buscando recursos económicos. También me parece importante indicar que, aunque el tema de la migración de mexicanos ha sido abordado desde variados enfoques, espacios y temporalidades; el mismo no se ha trabajado desde la perspectiva tanatológica en que ahora lo planteo, sobre todo si se considera que la migración forzada puede ser la pérdida de todo y lamentablemente éste es un tema escasamente elegido por los estudiosos de las ciencias sociales y prácticamente invisible.

En otro sentido, utilizo el término migrante para referir a quienes salen del país, reconociéndolos también como emigrantes y por migración considero de manera general, el desplazamiento de personas de un lugar a otro diferente, atravesando generalmente algún tipo de frontera o división político-administrativa.

Los resultados de las investigaciones llevadas a cabo indican que justamente, en la pretensión de trabajar para obtener dinero, las y los emigrantes sujetos de estudio, afrontan múltiples problemáticas: discriminación, robos, maltratos, abandono, falsas acusaciones, engaños, violaciones físicas, entre otras transgresiones a sus derechos humanos y desafortunadamente, en la mayoría de los casos, migrar es sinónimo de pérdidas. Pérdidas que en muchas ocasiones traen consigo luto, tragedia, tristeza y lo que es peor, muerte.

No es novedad mencionar que en general el intenso flujo irregular existente ha tenido una fuerte repercusión en la comisión de violaciones a los derechos humanos en contra de grandes contingentes de individuos en continuo movimiento y quienes, como ya indiqué tienen como característica común, la pobreza y falta de oportunidades.<sup>19</sup>

Es claro que morir no es una decisión y pareciera que migrar si lo es, sin embargo, los migrantes involuntarios no gozan del derecho a decidir libremente, reitero al ser víctimas de la pobreza son prácticamente empujados a abandonarlo todo para ir en busca de los recursos económicos sin los cuales no pueden

---

<sup>19</sup> María Lucía Araceli Cruz Vásquez, *Migración en tránsito, pobreza y discriminación en el territorio mexicano*. México, CNDH, 2016 (Colección de Textos sobre Derechos Humanos), p. 13.

seguir viviendo ni ellos ni sus familiares. Si bien el migrante que se ausenta no es que haya muerto, al separarse de su familia en condiciones de elevada vulnerabilidad, es como si perdiera la vida, situación que conlleva gran incertidumbre ante no saber lo que sucederá y el miedo de riesgo de perder lo más valioso que poseen se incrementa. De alguna manera pierde todo lo que le es más importante, algunas veces con excepción de su vida, que lleva prácticamente pendiente de un hilo y que muchas veces también llega a perder en algún momento de las diferentes etapas del ciclo migratorio, que son: 1) antes de emprender la salida pero una vez que se ha tomado la decisión de emigrar, 2) en el tránsito migratorio mientras se llega a un primer lugar de destino, 3) una vez que se ha llegado a un sitio objetivo o que puede considerarse de destino, aunque pueden ser varios lugares, antes de retornar a su hogar original y 4) cuando se regresa a las comunidades de origen. Además, es importante considerar que estas etapas se enfrentan cada vez que una misma persona emprende la migración que bien puede ser una sola ocasión durante su vida o en múltiples momentos, pudiendo indicar que cada experiencia siempre es diferente.

Es en la etapa del tránsito migratorio, que incluye el paso de la frontera entre México y Estados Unidos, donde el número de muertes se incrementa, si bien esta cifra es fluctuante y ha habido años en que ha superado a la actual, la cantidad de migrantes muertos o desaparecidos en dicha frontera durante el primer semestre del presente año sumó 231, lo que representa un aumento de 38 % con respecto del mismo periodo del año pasado, según los datos de la Organización Internacional para las Migraciones.<sup>20</sup> Dicha cifra no incluye a quienes han muerto antes de llegar a la frontera y cuya cifra se desconoce, ya que las estadísticas se refieren a las causas de muerte, pero la mayoría no contempla la calidad migratoria en el número de decesos. Aparte de ello, a la mencionada cifra habría que agregar a quienes son heridos en su tránsito migratorio y tiempo después llegan a fallecer, así como a quienes pierden la vida en las etapas de destino y de retorno, lo cual elevaría drásticamente la cifra de migrantes muertos.

Desde luego que la pérdida de vidas de los migrantes a quienes me refiero, está en gran medida relacionada también con quienes poseen una menor experiencia migratoria, tienen menos recursos de todo tipo y por ello se exponen mayormente, cuando sus trayectos distan más entre sus lugares de origen y los sitios de destino, así como con la violencia existente y que acabo de referir. Además, que el riesgo de muerte se incrementa con cada partida, retorno y nueva partida. Al respecto aún falta actualizar cifras y llevar a cabo mayores investigaciones, sin embargo, lo que sí es posible asegurar es el dolor que produce la migración forzada entre los integrantes de un sistema familiar por las pérdidas provisionales y o definitivas a que da lugar. Ya que si bien la migración de uno o varios integrantes de una familia no siempre trae consigo la muerte física de alguno o de todos ellos, si representa una especie de muerte simbólica.

Es claro que el abordaje del tema de la muerte funciona mejor ecuménicamente, no obstante, quiero mencionar aunque brevemente que desde el punto de vista filosófico los estudios sobre la muerte simbólica abarcan todo un abanico de opiniones, llegando en la actualidad a describirle como una parte indispen-

<sup>20</sup> Centro de Noticias de la Organización de las Naciones Unidas, OIM, reporta Joel Millán. Conferencia de prensa en Ginebra, Suiza, 28 de julio 2017.

sable en el camino del ser, sin embargo, desde la perspectiva antropológica social y para el presente artículo hago referencia a ella como el distanciamiento de uno o varios seres queridos que se ven forzados a emigrar, pero que tienen la intención de retornar con vida, aunque no siempre lo logren y su ausencia, en ocasiones provisional, genera un duelo similar al que produciría su muerte física.

Además, ante las dificultades actuales para cruzar la frontera, la migración de retorno es cada vez más lejana, lo que hace que la muerte simbólica se aproxime cada vez más a la muerte física. Es por ello que estoy considerando el duelo migratorio como una pérdida múltiple, entendiéndolo como el proceso de reorganización de la personalidad que tiene lugar cuando se pierde algo significativo para el sujeto.<sup>21</sup> El duelo es una respuesta normal e incluye síntomas emocionales y físicos: pensamientos, sentimientos, sensaciones físicas y comportamientos.<sup>22</sup>

Como ya indiqué, el migrante y sus seres queridos transitan por todo un proceso de pérdida. Es interesante advertir que en la cotidianidad, cuando alguien fallece solo podemos atender u observar el sufrimiento de los que se quedan, ya que el difunto no está más, o en lo inmaterial se encuentra donde cada quien quiera ubicarlo; mientras que la migración da lugar a una dualidad que permite observar ambos duelos por pérdidas, tanto el de los que se quedan como el de los que se van, aparte de todo, la migración puede traer consigo aún mayores cambios y posibilidades, lo que es de utilidad además para los estudiosos de las ciencias sociales al abrir toda una gama de opciones necesarias de ser abordadas.

Manifiesto nuevamente que los diferentes momentos del ciclo migratorio están impregnados de pérdidas, desde la salida de las personas, en el trayecto, durante su estancia en los sitios de permanencia y cuando regresan a sus comunidades de origen. Situación que impacta tanto en los protagonistas, como en sus familiares, personas significativas y contexto social, como lo describo a detalle en otro documento.<sup>23</sup>

Lo anterior permite considerar que las referidas pérdidas originan los mencionados duelos y cuando estos se presentan se siente y se experimenta el dolor y se vive un proceso que no siempre se cierra apropiadamente, lo que genera llevar a cuevas sufrimientos en vano que se pueden subsanar en gran medida con un apropiado acompañamiento tanatológico.

Igualmente me parece importante señalar que entre otros resultados encontré que, las pérdidas a que me refiero, son diferentes dependiendo del momento del ciclo migratorio en que se encuentren los migrantes o sus familiares, su edad, sexo, lugar que ocupa o tenía en el sistema familiar, vínculos con los demás miembros del grupo, su estado de salud física mental y emocional, rol que desempeñaba dentro y fuera del hogar, diferencias entre si es el que emigró o quien se quedó, entre otros indicadores y muy interesante de considerar el elemento: tiempo. Este último factor que en ocasiones puede funcionar como bálsamo para sanar heridas por pérdidas, pero que, en el caso de los migrantes,

<sup>21</sup> Joseba Achotegui, *Emigrar en el siglo XXI, el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple*. Barcelona, Ediciones El Mundo de la Mente, 2009, p. 32.

<sup>22</sup> *El duelo: enfrentar enfermedades, el duelo y otras pérdidas*, disponible en: <https://es.familydoctor.org/el-duelo-enfrentar-la-enfermedad-la-muerte-y-otras-perdidas/>. Fecha de consulta 23 de agosto 2017.

<sup>23</sup> M. L. A. Cruz Vásquez, *Tanatología y pérdidas de los migrantes*. Trabajo de investigación para el Diplomado en Tanatología, agosto 2017.

más aún de quienes no se comunican o están desaparecidos, el transcurrir del tiempo, llega a funcionar como un elemento de estrés, que hace las heridas aún más graves.

Me parece atractivo reconocer y plantear respecto del tema de las pérdidas, que éste ha sido mayormente abordado por los estudiosos de la psicología. Sin embargo, son pocos los estudios que se enfocan en particular a las pérdidas de los migrantes. Los mismos hacen referencia a las afectaciones a la salud mental de quienes emigran o por separado, de los que dejan o se quedan, someramente enuncian ambos grupos, también se observan los impactos o las problemáticas de la migración, pero reitero, no las pérdidas y menos aún proponen, como lo estoy haciendo en el presente artículo, la asistencia de la tanatología para ayudar a transitar los duelos al respecto. Más allá de esos estudios, en el presente escrito expongo que el fenómeno de referencia no solo es un dolor por alejamiento como hasta ahora se ha planteado, sino que insisto, el mismo está permeado de pérdidas para todos y por lo tanto de continuos duelos. Lo que se pierde, impacta también los contextos sociales de las comunidades expulsoras.

La serie de descontroles que la migración trae consigo, han permitido analizarla como un trauma. Hacia 1885 el reconocido doctor Sigmund Freud<sup>24</sup> que por cierto también trabajó el tema de los duelos,<sup>25</sup> manifestó que la característica traumática de dicho suceso se circunscribe a: las condiciones en que se encuentra el sujeto en el momento de iniciar la migración, su situación afectiva, el conflicto psíquico que le impide integrar en su personalidad consciente el acontecimiento, así como la experiencia que de acuerdo con el hecho traumático le sobreviene.

Asimismo, formulo el planteamiento que no únicamente me refiero a los sufrimientos que están presentes en el momento en que se parte y se llega al lugar de destino, sino aquellos evidentes o no, externos e internos, posibles de manifestarse en todos los momentos del ciclo migratorio, incluyendo la etapa del retorno y del recuerdo, hasta ahora todavía menos abordadas, abarcando los duelos que denomino transgeneracionales y que también se pueden ubicar dentro de los recuerdos transmisores, ya que sobreviven aún mucho tiempo después de concluido el evento migratorio, afectando la vida de quienes alguna vez tuvieron la experiencia de haberse alejado sin quererlo, de sus familiares o seres más cercanos.

Por otra parte, no siempre se tienen las condiciones para vivir o procesar un duelo y ello trae consigo mayúsculas consecuencias. Las ocupaciones para la sobrevivencia pueden funcionar en algunos casos como distractores, lo que no quiere decir que éste desaparezca, sino que permanece latente y se manifiesta en la salud física o mental o peor aún en conductas inapropiadas contra otras personas. Sucede que el proceso de duelo se pospone ante la necesidad del protagonista de la migración para reorganizarse a la brevedad y adaptarse a una nueva forma de vida, dando prioridad a situaciones que en lo inmediato les pueden parecer de mayor urgencia, llevando a cuestras su duelo y como acabo de indicar en cualquier momento éste se ve desbordado sobre su existencia, cau-

<sup>24</sup> Considerado el padre del psicoanálisis 1856-1939.

<sup>25</sup> Sigmund Freud, *Duelo y melancolía: obras completas*, tomo IX. Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1993.

sándoles infelicidad a veces inexplicable o incomprensida o peor aún lo conduce a externar dichos duelos reprimidos a través de actitudes violentas como de alguna manera ya ha sido planteado.<sup>26</sup>

Como ya lo indiqué, no debe perderse de vista que la migración trae consigo una serie de ventajas y beneficios individuales o para el país en general, sobre todo cuando se consideran los ingresos vía las remesas que ubican a México como la cuarta economía receptora de dinero en el mundo luego de India, China y Filipinas,<sup>27</sup> con 26,970 millones de dólares al cierre del año 2016.<sup>28</sup> Lógicamente que tal cantidad de dinero tiene un impacto positivo en muchos hogares que no podrían subsistir sin los ingresos del exterior. No obstante, con todos los beneficios que trae consigo la migración, así también como estoy indicando acarrea un cúmulo de afectaciones que no siempre son definitivas como lo es la muerte, pero precisamente por esta característica de indefinición produce, entre otras implicaciones, gran incertidumbre porque se desconoce si lo que en el momento de migrar se está perdiendo, es provisional o si será para siempre. Además, no son pocos los casos en que quienes se van nunca retornan, o porque los que se quedan igualmente ya no están cuando el migrante vuelve. Y cuando regresa, el escenario es otro, diferente al que dejaron cuando partieron.

El tema migratorio tiene un componente social, derivado de una economía incapaz de generar empleos y que éstos sean bien remunerados, principalmente en el sector de la agricultura que ya no funciona ni siquiera para el autoconsumo como en pasadas décadas. Además, por lo antes mencionado, la migración se ha vuelto un tema de seguridad, dados los riesgos, la vulnerabilidad de la población que se desplaza y las condiciones en que lo hace principalmente al cruzar clandestinamente la frontera norte del país.

Independientemente de lo anterior, se advierte necesario ir a la raíz del problema que son las condiciones de pobreza que expulsan por fuerza a valiosos hombres y mujeres porque en sus lugares de origen no tienen los medios para conseguir los recursos económicos necesarios. Esto es, deberían existir las condiciones para que las personas tuvieran la posibilidad de ejercer su derecho a decidir con total libertad si desean o no convertirse en migrantes. Pero estas condiciones no existen por ahora y ni siquiera se vislumbra una solución al respecto, al contrario, el porcentaje de población en situación de pobreza en este país es de alrededor del 44 % sin tener en puerta una reducción significativa con el transcurrir del tiempo.<sup>29</sup>

Sin llegar a considerar que la migración de mexicanos hacia Estados Unidos sea toda una falacia, ya que muchos alcanzan su objetivo, quiero mencionar que sin lugar a duda, los desplazamientos internacionales de característica forzada, gestados en el territorio nacional, ponen de manifiesto las condiciones de mise-

<sup>26</sup> M. L. A. Cruz Vásquez, *Los rostros de la migración oaxaqueña: salud mental y cuestión jurídica*. México, Gobierno del Estado de Oaxaca, 2005.

<sup>27</sup> Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/migrationremittancesdiasporaisues/overview>. Fecha de consulta 27 de octubre 2017.

<sup>28</sup> Datos del Sistema de Información Económica del Banco de México. Disponible en: <http://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=1&accion=consultarCuadroAnalitico&idCuadro=CA11&locale=es>. Fecha de consulta 29 de octubre 2017.

<sup>29</sup> Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), Comunicado de prensa número 9 de la Dirección de Información y Comunicación Social con base en la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). México, 2017, p. 2.



ria y falta de oportunidades en los sitios de origen, además el espacio físico del territorio llamado en ocasiones *frontera vertical* por donde los migrantes transitan, constituye una porción en la cual cada vez menos, continúan pasando al tiempo que van avanzando y algunas veces venciendo las continuas pérdidas y violaciones a sus derechos, algunos se ven obligados a desistir, unos pocos logran su objetivo y otros más perecen persiguiendo su sueño.

#### IV. Pérdidas de los migrantes

Para el presente artículo y aunque no me ocuparé de ellos, es importante reconocer la existencia de mexicanos que tienen la experiencia de haber salido de sus comunidades de origen y se desplazan sin dificultad porque poseen la documentación y los recursos necesarios, así como aquellos migrantes que aunque conforman un grupo muy pequeño han alcanzado el éxito económico y/o académico, científico, artístico, etcétera y han llegado a constituir ejemplos de los impactos positivos del fenómeno migratorio. No obstante, por su valentía y esfuerzos, todos los migrantes merecen gran reconocimiento y respeto.

Como ya lo han indicado innumerables fuentes, la migración de gran cantidad de mexicanos hacia Estados Unidos, le sirve a este país como válvula de escape a través de la cual gran cantidad de personas perciben ingresos, principalmente vía las remesas, que de otra manera elevarían aún más la cifra de desempleo con su consecuente impacto negativo en las condiciones de pobreza.

Insisto mi universo de estudio está centrado en quienes al no encontrar otra alternativa para la obtención de recursos económicos se ven obligados a abandonar su pueblo, sus amistades y sobre todo a su familia, que además enfrentan una drástica situación que constituye de entrada y en sí misma, una cuestión desagradable que altera su existencia y que aparte requiere de valor para tomar la decisión y llevarla a cabo, impactando a todos de muy diversas maneras, trayendo consigo graves repercusiones en sus vidas.

Asimismo, me parece interesante indicar que lo aquí expuesto, puede servir de manera general para observar algunas de las pérdidas de otro tipo de migrantes, incluyendo a quienes realizan una migración voluntaria que por diferentes razones deben ausentarse de los países o sitios donde nacieron.

Desde luego que las situaciones de pérdidas para los migrantes forzados pueden ser mayúsculas si pensamos en quienes carecen de instrucción básica, son analfabetas, nunca antes han salido de sus comunidades, en aquellos que solo hablan alguna lengua indígena y han tenido que vender su patrimonio y hasta contraer deudas para emprender su camino, no tienen redes de apoyo, además desconocen el lugar a donde llegarán. De alguna manera, las pérdidas son mayúsculas cuando los lugares de origen distan aún más de las zonas de destino, peor aún, cuando necesitan atravesar diversos Estados de la República Mexicana ya que las mermas tienden a incrementarse en mucho por la duración del tránsito como por otras situaciones relacionadas particularmente con no conocer los lugares por donde van pasando y los de llegada, además de enfrentar discriminación por sexo, condición social, pertenencia étnica, desconocimiento de derechos, entre otros.



También es necesario tener en cuenta que en la actualidad son diversas las razones con las que se pretende disfrazar la pobreza que origina la salida de personas y entonces se mencionan diferentes motivaciones y hasta condiciones que de alguna forma incentivan los referidos desplazamientos. Esto es, existe toda una idealización sobre los beneficios de la migración que han llegado a distorsionar la realidad, mismos que motivan y con ello incrementan la salida de más personas, a la par que elevan el número de fallecimientos.

Por otra parte, es importante diferenciar igualmente entre los cambios y las pérdidas que el fenómeno social trae consigo, ya que son dos cosas distintas. Así como tener en cuenta que cada migrante tiene una historia y realidad particular, algunos inician su proceso migratorio con salud física y mental en contraste con otros quienes sus herramientas para afrontar una realidad migratoria presentan marcadas desigualdades.

De igual forma, es importante tomar consciencia respecto de las diferencias de quienes emigran, con relación a las personas que se quedan, además de las pérdidas en ambos grupos sociales, así como en su entorno, ya que cada caso presenta sus particularidades. En ocasiones emigra un solo integrante del grupo familiar, o se ausentan más de dos o bien migra una familia nuclear completa y algunas veces se van llevando a los demás integrantes del grupo familiar extenso, al grado que en diversas localidades de la región sur-sureste de México existen viviendas deshabitadas<sup>30</sup> propiedades de quienes radican allende la frontera, independientemente de los denominados pueblos fantasmas. Cabe referir que, a raíz del incremento de medidas para impedir el paso de indocumentados hacia el vecino país del norte, los retornos de migrantes hacia sus comunidades de origen en México son cada vez menores, lo que con toda seguridad disminuye el número de violaciones a sus derechos humanos y con ello el número de muertes gestadas principalmente en el tránsito migratorio.

Sin entrar al detalle del cúmulo de pérdidas obtenidas de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo y más para invitar a la reflexión al respecto, he seleccionado un ejemplo para exponer someramente algunas de las pérdidas y riesgos a que se enfrentan quienes forzosamente emigran y sus familiares que se quedan a su espera, en las diferentes etapas del ciclo migratorio. Reiterando en las diferencias entre un desplazamiento y otro, reconociendo también que hay quienes han sido víctimas solo de una parte de lo aquí expuesto o haber padecido la mayoría de las pérdidas posibles.

En una primera etapa los potenciales migrantes enfrentan la única opción que ven como posible y es la de alejarse de todo lo que se considera propio hasta que se migra o se muere. Seguramente lo más difícil es pensar en separarse de los familiares, las personas significativas, y otros seres vivos entre ellos sus plantas y mascotas. Además del entorno físico, las actividades a las que se han dedicado, sus costumbres, cotidianidad y del rol social ganado hasta entonces.

Lo anterior aunado a sentimientos de incertidumbre y miedo ante lo desconocido, más cuando es la primera vez que se alejaran del lugar donde nacieron. Existe preocupación por lo que dejarán y a quiénes abandonarán al igual que las condiciones en que lo harán. En esta etapa surge toda una descarga de sen-

---

<sup>30</sup> Parque habitacional nacional, disponible en: <http://sniiv.conavi.gob.mx/Reports/INEGI/ParqHab.aspx>, Fecha de consulta 19 de agosto 2017.

timientos producto de las despedidas que, a su vez, generan repercusiones físicas tanto en los que se van como en los que se quedan, impactando en los sistemas familiares, ya que en favor de la vida y para el bienestar económico de quienes integran los mismos, uno o algunos tienen que alejarse en busca de los referidos recursos.

*Ejemplo: en abril del año 2008, Juan Tadeo de 23 años y dedicado a las labores agrícolas tomó la decisión de emigrar hacia Estados Unidos. Nunca se ha alejado más allá del distrito de Jamiltepec, en el Estado de Oaxaca, donde se encuentra su población natal denominada San Agustín Chayuco. Cinco días después, cuando fue entrevistado, padecía una severa gripa con fiebres elevadas que en su opinión no lo dejaban dormir y aparte de ello declaró sentirse muy mal por no haberles podido decir a su esposa y a sus padres, sobre sus planes de emigrar. Esperaba estar mejor de salud para emprender el éxodo de manera independiente pues no poseía los recursos para pagarle a los denominados “polleros” para que lo guiaran y condujeran hasta cruzar la frontera norte del país, pero se siente agradecido con un amigo que ya le dijo cómo hacerlo. Su esposa se dedicaba a atender a sus dos hijos de ocho y cinco años de edad y externó estarse cuidando porque se encontraba en el cuarto mes de embarazo de su tercer hijo, además ayudaba a cuidar a sus suegros particularmente al padre de su esposo que padece trastornos mentales. Juan manifestó que necesitaba dinero pero que le faltan fuerzas para despedirse de sus familiares.*

La segunda etapa se refiere al tránsito migratorio y es donde los migrantes se encuentran aún más vulnerables y donde sus pérdidas se relacionan principalmente con la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que se cometen en su contra. Enfrentan elevados riesgos, pues es en esta etapa donde deberán cruzar la frontera norte del país, además enfrentan también corrupción, engaños, extorsiones, agresiones, detenciones arbitrarias, pérdida de su salud física mental y emocional, discriminación, entre otras.

A lo antes expuesto se suma el sentimiento que genera en la población que se desplaza, estar fuera de casa, de la comodidad y privacidad que eso representa, incluyendo la falta de los seres queridos, aunque ellos puedan constituir una motivación para continuar el viaje, también su separación constituye elementos para la depresión de los protagonistas de la migración, quienes en su mayoría se mueven en espacios de elevada peligrosidad, algunas veces haciéndole frente o tratando de evadir a los integrantes de peligrosas pandillas o de la delincuencia organizada, en condiciones de continua amenaza y no cuentan con los recursos de conocimientos, tiempo y dinero para invertirlos en poner una demanda o denuncia y darle la continuidad necesaria hasta su conclusión. No debe perderse de vista que ellos van de paso y además en su mayoría no confían en las instituciones a las que podrían dirigir sus querellas.

Por su parte, quienes se quedaron en los lugares de origen enfrentan otras pérdidas que, en ocasiones pueden llegar a ser más ficticias que reales, pero que de cualquier forma les afectan. Con esto me refiero a las situaciones que les preocupan y no es para menos, pero que no siempre se convierten en realidad como es el pensar en la muerte de sus familiares migrantes. Además, afrontan el reacomodo de los roles al interior de las familias y están a la espera de

recibir noticias sobre los que se fueron, que lamentablemente no siempre son las mejores, pues en ocasiones les avisan del fallecimiento de sus seres queridos. La etapa de tránsito es en la que los migrantes forzados se encuentran más vulnerables y, por lo tanto, la que ocupa el primer lugar en cuanto al número de quienes pierden la vida.

En general los familiares que no emigran padecen gran incertidumbre y preocupación mientras están a la espera de noticias sobre el o los que se fueron, mientras resuelven los problemas de todo tipo que trae consigo la ausencia del o los que emigraron.

*Continuación del ejemplo: sintiéndose aún enfermo Juan salió de su comunidad en el mes de mayo. No recuerda nada solo sabe que despertó herido en el mes de julio del año 2009 en un albergue en San Luis Río Colorado en el Estado de Sonora, donde permaneció una semana más, mientras avanzó en su recuperación de un grave golpe en la cabeza provocada por un objeto metálico, además de la infección que tuvo en su mano izquierda la cual había sido impactada con un proyectil de arma de fuego. No tenía memoria si había tenido comunicación con su familia, pero decidió que no les llamaría hasta lograr cruzar la frontera. Alguien le ofreció llevarlo a Estados Unidos a cambio de transportar una mercancía y después del quinto intento logró su objetivo en septiembre de ese mismo año.*

En la tercera etapa, después de vencer todas las adversidades por haber salido de sus comunidades, transitar por el país mexicano, cruzar la frontera y finalmente llegar al sitio de destino, los migrantes enfrentan otro tipo situaciones y con ello diversas pérdidas. Es de alguna forma una fantasía para quienes tienen como objetivo solamente llegar al vecino país del norte, porque cuando ya lo han logrado, deben satisfacer sus necesidades básicas, después encontrar trabajo, ganar dinero y si les es posible enviarlo a su familia, etapas que se enuncian fácilmente, pero que en los hechos representan verdaderos retos.

Entonces los migrantes tienen que enfrentar una nueva realidad: sobrevivir en un país diferente con lengua, cultura y entorno distintos, donde aparte de cuidarse de no ser identificados, detenidos y vueltos a México; primero necesitan estabilizarse, peor aún quienes llegan heridos, impactados de las vivencias de terror que pudieron haber padecido o presenciado durante el trayecto donde quizá sufrieron transgresiones físicas o vieron morir a sus compañeros de viaje, deshidratados, trastornados, mal alimentados, extenuados, etcétera, y como un migrante me comentó: —Ni siquiera tenemos un lugar donde podamos llorar nuestras pérdidas—.

Desafortunadamente para ellos, como acabo de indicar, enfrentar forzosamente un mundo distinto, teniendo pocos elementos para eso, les trae como consecuencia una serie de problemas de toda índole, muchos constituyen graves afectaciones a su salud mental, a los que generalmente no se les da importancia. Sufren pérdida de identidad y todas sus vivencias, por cierto, poco gratas, afectan su cuerpo y su mente y con ello sus estados anímicos.

La incertidumbre de saberse en cualquier momento deportados, los hace vivir una verdadera psicosis que les genera graves problemas. En su nuevo entorno algunos migrantes advierten la manera de vivir de otras personas y lamen-

tablemente saben que ellos con rigurosas excepciones no lograran alcanzar los mismos niveles de vida y quizá tampoco lo hagan sus descendientes. Además, muchos migrantes viven en soledad y padecen las consecuencias de la pérdida de territorio y con ello de su arraigo. Independientemente de todo traen consigo el duelo por todas pérdidas hasta ese momento.

Mientras quienes se quedaron en sus comunidades de origen, aparte del duelo por la muerte simbólica de los que se ausentaron, tienen que sortear los problemas para reacomodar el sistema familiar sin la presencia de uno o varios de sus integrantes, además de enfrentar casi siempre problemas económicos, porque en lo general el o quienes se fueron, invirtieron más tiempo del planeado para comenzar a enviarles dinero.

Su desesperación por tener noticias de sus familiares y saberlos con bien se incrementa. Y cuando el o los migrantes les remiten recursos económicos, no siempre saben la mejor manera de utilizarlos, además, el hecho que los migrantes trabajen intensamente en otro país y estén dispuestos a enviar parte de sus recursos, en muchos casos ha generado relaciones económico dependientes en quienes se quedan, desincentivando la búsqueda de recursos por cuenta propia o mejores inversiones para su multiplicación, además que cada vez menos se valora el esfuerzo de quienes viven del otro lado de la frontera.

Al igual quienes se quedan en los lugares de origen, deben avisar a los familiares migrantes cuando algún integrante del grupo familiar se encuentra grave o ha fallecido o bien realizar los trámites en caso que el familiar migrante sea el que ha muerto o se encuentra desaparecido.

Más allá del seno familiar y en cuanto al contexto, las pérdidas por migración traen consigo modificaciones visibles e invisibles al entorno social. Es una realidad el cierre de escuelas y la existencia de pueblos fantasmas en diversos Estados del país. Los cambios también son posibles de apreciarse en todos los ámbitos de la vida, particularmente en las ceremonias colectivas que comienzan a incluirse como costumbres, algunas de ellas en relación a los rituales mortuorios de quienes perdieron la vida en su intento de emigrar. Así como la necesaria clausura de escuelas, el abandono del campo, las pérdidas lingüísticas, los cambios en el desempeño de cargos públicos, entre otros aspectos que se ven impactados a raíz de la salida de personas.

*Continuación del ejemplo: después de más de dos años de haber salido de su hogar de origen Juan por fin se encontraba trabajando como ayudante de la construcción en la ciudad de Los Ángeles en California, aunque tenía muchas deudas con quienes le habían conseguido empleo y vivienda. Fue hasta el mes de agosto del año 2010 que logró juntar algo de dinero por lo que decidió llamarle a su familia y fue hasta ese momento que se enteró que su esposa había fallecido cuando dio a luz a su tercera hija, sin embargo, la niña quedó con vida al cuidado de su abuela paterna, quien se puso a hacer tortillas para vender y obtener algo de dinero. Se enteró también que sus hijos no asistían a la escuela y que el mayor de tan solo 10 años se empleaba como ayudante en una ladrillera y su otro hijo de siete años de edad se encargaba de cuidar a su abuelo enfermo.*

*Cuando su madre acudió a la caseta telefónica del pueblo para atender la llamada de su hijo Juan, lo reprendió severamente por no haberse comunicado*

antes. Más tarde dio aviso a los hijos de Juan quienes se pusieron muy contentos, aunque manifestaron que querían verlo para reprocharle porque los había abandonado.

Por otra parte, en la última etapa del ciclo migratorio que es la del retorno, el cúmulo de pérdidas también se hace fehaciente y tienen que ver con los robos o decomisos, así como el extravío o sustracción de equipaje durante el trayecto a sus comunidades de origen. Los migrantes pierden también su dinero y con ello sus ilusiones, advierten las malas inversiones económicas generalmente hechas por quienes se han quedado, las pérdidas por muerte de algunos familiares y amigos, la falta de reconocimiento de sus propios hijos, conflictos familiares iniciados y que crecieron a raíz de su partida, entre muchos otros. Algunos más encuentran problemas legales relacionados con la falta de testamento generalmente de parte de los padres, que muchas ocasiones tiene que ver con los recursos que ellos han enviado y que aparecen a nombre de otras personas, así como deudas que desconocían los estaban esperando, entre otras.

Quienes permanecieron en sus comunidades es posible que reciban al familiar migrante que logró su objetivo de llegar a Estados Unidos y ganar dinero, pero a veces retorna el que no logró cruzar la frontera o fue deportado y perdió toda la inversión o el dinero ganado o peor aún si retorna herido, mutilado de alguna parte de su cuerpo o enfermo. Lo que implica afrontar problemáticas aún más graves.

Cuando han transcurrido varios años, los que se quedaron sin migrar advierten el desconcierto ante la próxima llegada del que retornará, más aún si es el padre o la madre de algunos que dejó a muy corta edad, porque la distancia emocional no siempre produce encuentros o reencuentros felices. Además, el retorno y los reencuentros activan múltiples emociones peor aún en los casos de duelos no superados.

*Terminación del ejemplo: después de siete años Juan regresó a su lugar de origen porque su nueva esposa a quien conoció en Santa Mónica, California, es originaria de Santa Ana Tapextla del mismo distrito de Jamiltepec en el Estado de Oaxaca y quería retornar para ver a sus padres, pues ya tenía más de 14 años que había salido de su casa. Ambos volvieron acompañados de su hijo de un año. Juan no traía más recursos económicos que los que había estado enviando cada vez que le era posible y la mayoría de ellos habían servido para la subsistencia de cinco personas integrantes de su familia y principalmente para cubrir los gastos por la enfermedad de su padre, quien había muerto tres años antes de que Juan volviera a su pueblo natal. Hasta junio del año 2017, la esposa de Juan y su hijo mayor migraron en dos ocasiones por corto tiempo porque no lograron cruzar la frontera y la señora opina que no volverá a intentarlo porque aparte que casi le cuesta la vida ya se encuentran muy endeudados por haber pedido dinero prestado para migrar. Con todo, los dos hijos mayores de Juan opinan que no cesaran en su intento de llegar a Estados Unidos, ya que están hartos de la pobreza y manifiestan que no les importa morir en el intento.*

Me parece importante reiterar que las pérdidas de los migrantes a quienes me refiero están relacionadas con la etapa del ciclo migratorio en que se encuen-

tran o se encontraban los protagonistas de la migración, así como del tiempo que llevaban en dicha etapa. No es lo mismo un migrante menor de edad que saldrá o salió por primera ocasión, a quienes ya tienen experiencia migratoria. Así como quienes van en tránsito o se encuentran establecidos en los lugares de destino y el tiempo que llevan en ellos o quienes ya están de regreso y no volverán a emigrar o los que, si volvieron a hacerlo en más ocasiones. También hay diferencias entre quienes hace muchos años migraron, con los que vieron partir a sus seres queridos o tienen duelos latentes y el recuerdo todavía los hace romper en llanto.

Situación similar para quienes se han quedado en los lugares de origen, ya que igualmente sus pérdidas dependen de la etapa del ciclo migratorio en que se encuentren sus familiares migrantes, su edad, el sexo y parentesco de quienes los han visto partir, el vínculo que existía con ellos y del tiempo en que ocurrió la migración. Así como de la comunicación que mantienen o no con los migrantes.

Los resultados de las investigaciones que en parte me condujeron a este artículo, reportan que la totalidad de las personas entrevistadas con experiencia migratoria internacional, manifestó haber tenido algún tipo de pérdida o innumerables pérdidas durante el evento o el de sus familiares. Cabe indicar que en un primer momento a la mayoría de los entrevistados le fue difícil aceptar dichas pérdidas, aunque los resultados de las herramientas de investigación utilizadas manifiestan una situación diferente, llegando a encontrar que los migrantes prefieren no regresar o hasta dejar de comunicarse con su familia, antes de enfrentar los sentimientos de vergüenza a que refieren al sentirse fracasados por no haber logrado sus objetivos, lo que seguramente está también relacionado con la preferencia de no abrirse al dolor y entonces se advierten incongruencias y discrepancias en sus respuestas.

Cabe indicar que el alto riesgo que ya en sí mismo implica el fenómeno migratorio, los convierte a todos en víctimas potenciales y muchas veces reales de situaciones negativas. En todo ello, es importante tomar en consideración también las condiciones físicas y psicológicas que poseen los migrantes previamente a su salida, ya que de ello depende en mucho el hecho que logren superar con mayor facilidad sus pérdidas y alcanzar el objetivo de conseguir recursos y mejorar sus condiciones económicas y las de sus familiares o lamentablemente no superar el duelo ante todo lo perdido. Es obvio que se requiere más que fortaleza emocional para hacer a un lado las referidas pérdidas, el arraigo, abandono y los apegos o la añoranza al respecto, instalarse en el nuevo lugar de destino, enfrentar la soledad, anonimato, miedo, abusos y hasta sentimientos de desamparo, entre muchos más.

Por otra parte, me parece importante observar las necesidades del migrante de manera holística, considerando también elementos de su genealogía, su personalidad, así como el grado de toma de consciencia que posee, además de su salud física.

De cualquier manera, como sea que los desplazamientos se gesten y concluyan, los duelos que la migración genera pasan por las cinco etapas que plantea la doctora Elizabeth Kübler-Ross,<sup>31</sup> aunque cabe aclarar, hay quienes se

<sup>31</sup> Elizabeth Kübler-Ross, *Sobre la muerte y los moribundos*. Barcelona, Grijalbo, 1993.



detienen mayor tiempo en algunas de ellas o que el orden no siempre es igual para todos, inclusive se puede regresar a una etapa en varias ocasiones y éstas son las siguientes:<sup>32</sup> negación y aislamiento, ira, regateo o negociación, depresión y finalmente aceptación.

Como es posible advertir, las etapas que planteó la doctora Kübler-Ross sirven para ayudar a brindar atención en los casos de dolor por muerte, sin embargo, han sido utilizadas para procesar cualquiera pérdida y pienso bien pueden servir para los procesos de duelo en general y en este caso para las migraciones, considerando que además de las muertes simbólicas a que hago referencia al principio de este artículo, algunas conllevan muertes físicas o pérdidas reales y definitivas.

Los acompañamientos tanatológicos tienen la intención de poner en marcha los diversos mecanismos de defensa, así como el procesamiento de la información por todo lo vivido para superar el estrés, la ansiedad, el desarraigo, el abandono, la depresión y todo lo que las experiencias conllevan. No solo es que el migrante no se adapte a una nueva forma de vida, también tienen que ver los medios que la persona posee tanto previamente como en el momento mismo para lograr dicha adaptación y las motivaciones que funcionan como empuje ante quiebres considerados vitales. En ocasiones sirve tomar consciencia acerca de la ambivalencia existente en cuanto a los sentimientos de tristeza por todo lo que se dejó, pero también de emoción por lo nuevo, por lo que se está conociendo y redescubriendo.

La utilidad del tanatólogo radica en que funciona como un auxiliar para potencializar internamente y guiar la trascendencia de la pérdida, donde cada usuario de sus servicios a su ritmo y paso particulares, reconstruye un nuevo sentido de la vida y aprende dentro de lo posible a vivir con plenitud.

Respecto de lo anterior quiero mencionar la experiencia del psiquiatra Víctor Frankl, quien al escribir su obra maestra *El hombre en busca de sentido*<sup>33</sup> describió su experiencia de vida durante su estancia en los campos de concentración, donde realizó observación participante. Aunque la vivencia descrita en el libro de referencia dista bastante de la que enfrentan los migrantes en la actualidad; vale la pena tomar el hecho que las crisis dotan a la vida de un sentido profundo y permiten un mayor crecimiento, además los movimientos migratorios conllevan crisis. Justamente la tarea de los tanatólogos especialistas en migración puede ser ayudar al usuario a encontrarle sentido a su vida aún en las condiciones más adversas y hacerles ver justamente el crecimiento que posibilita la experiencia migratoria, tanto para los protagonistas como para sus seres queridos. Además, hay que tomar consciencia y considerarlas como parte de la vida.

A manera de resumen puedo indicar las principales pérdidas de los migrantes y sus familiares recolectadas a través de mis investigaciones, no sin advertir que lo aquí expuesto es general, que, con excepción de la vida, dichas pérdidas pueden ser parciales, que en una experiencia migratoria pueden gestarse todas, la mayoría o una minoría y que dependen de quiénes son las personas que emigran dentro de un sistema familiar y de los intervalos de tiempo en que

<sup>32</sup> E. Kübler-Ross y David Kessler, *Sobre el duelo y el dolor*. Trad. de Silvia Guiu Navarro. Barcelona, Ediciones Luciérnaga, 2006.

<sup>33</sup> Víctor E. Frankl, *El hombre en busca de sentido*. Barcelona, Editorial Herder, 1991.



lo hacen, así como de la comunicación existente, la cultura de procedencia y a la que se llega, entre otras circunstancias más, similares o muy diversas. Además de reiterar que cada movimiento migratorio constituye una historia distinta. Hecha esta salvedad, las principales pérdidas identificadas que trae consigo la migración a que se refiere este artículo son: estabilidad emocional, bienes materiales, alegría, arraigo, cohesión familiar, salud mental, reproducción cultural, tranquilidad, vínculos cercanos con seres queridos o lazos familiares, fuerza económicamente activa, suplencias, desempeño de roles, cercanía, comunicación y convivencia con los familiares y personas significativas, ilusiones, integridad, cultura de origen, patrimonio, cotidianidad, rutina de vida, personas queridas, seguridad, comodidades, salud física (partes del cuerpo), pertenencias de viaje, libertad, dignidad, autoridad ante los hijos, privacidad, relaciones familiares sanas, paz, autoestima, libertad, indumentaria tradicional, sentido de pertenencia, actividades productivas locales, aprendizajes y reproducción de conocimientos ancestrales, compartir éxitos y fechas significativas, desempeño de labores comunitarias y lo más importante: la vida.

## V. Propuesta y conclusión

La emigración de mexicanos obedece a múltiples razones, una de ellas es la económica. Las circunstancias de pobreza que enfrentan gran cantidad de ciudadanos en este país genera una migración forzada. Esto es, no tienen la posibilidad de decidir libremente sobre el ejercicio de su derecho a cambiar su lugar de residencia provisional o definitivamente, sino que están obligados a hacerlo, porque sus condiciones no les dan otra opción, lo que de alguna forma los convierte en víctimas de tales realidades.

Por lo anterior, los derechos humanos de libertad como personas, como migrantes o de libre tránsito y residencia, no son respetados en quienes se ven obligados a alejarse en busca de empleo para la sobrevivencia de ellos y de sus familiares. Lamentablemente al no gozar de dichos derechos, otros más se ven trastocados y estamos frente a personas que, además de ser víctimas de ese deplorable escenario, no tienen acceso al disfrute de algunos de sus derechos elementales.

Haciendo de lado el panorama de pobreza, marginación y carencia de libertades, que va más allá de intenciones individuales; me parece de suma importancia que primeramente se reconozcan las pérdidas que la migración forzada trae consigo y la necesidad de atenderlas. Mi propuesta se centra en la creación de un *Programa nacional de acompañamiento tanatológico para los migrantes y sus familias*, en el que profesionales especialistas en el tema atiendan los consecuentes duelos.

Hoy puedo afirmar que la migración genera diferentes pérdidas que impactan a los protagonistas de la migración, así como a sus familias, además a sus seres queridos y sus entornos sociales. De igual manera éstas están presentes cada vez que se emigra y se manifiestan desde que se toma la decisión de partir, continúan en todas las etapas del ciclo migratorio, incluyendo la etapa del retorno y del recuerdo del acontecimiento, lo que conlleva el duelo al plano transgeneracional.

Identifico en la tanatología una herramienta indispensable para apoyar a los migrantes y a sus familias y que a la fecha está ausente y no se está aprovechando ni utilizando en la mayoría de los casos para la atención de quienes me refiero. Así también, sugiero la creación de áreas de atención tanatológica en todas las instancias que se relacionan con el tema o por parte de quienes atienden o deberían atender a la población migrante.

Al brindar auxilio tanatológico relativo a la migración muy importante será advertir que existe gran desconocimiento sobre el tema, además gran insensibilidad y cada vez más prevalece una mayor deshumanización al respecto. Particularmente el migrante necesita conocer que está en duelo por todas las pérdidas que ha tenido y así pueda prepararse para trabajarlas en aras de prevenir un duelo complicado.

Acercar la tanatología a la población migrante contribuirá también a humanizar los procesos de duelos y hasta ofrecer a los protagonistas de la misma llegar a tener una conducta activa y de crecimiento personal.

Cabe resaltar que como quiera que sea y como quiera que el migrante procese o deje pendiente su duelo, lucha por su sobrevivencia, sacando a la luz su gran capacidad de adaptación para continuar viviendo, como ya mencioné, tratando de dar cumplimiento al objetivo por el cual emprendieron su caminar. Sin embargo, es posible atenuar sus referidos duelos y con ello mejorar su existencia.

No puedo dejar de reiterar que cada migrante procede de diversos linajes y culturas, por ende, cada uno tiene y constituye una historia distinta, lo que aporta aún mayor diversidad al fenómeno migratorio en sí mismo.

Todos a quienes nos interesa trabajar en favor de los migrantes necesitamos conjuntar esfuerzos para que, como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones, el denominado *sueño americano* no continúe convirtiéndose en pesadilla.

Para finalizar quiero mencionar que, desde mi sentir, la migración parece una ironía como por otras razones me lo parece la misma muerte, generalmente un integrante del sistema familiar se sacrifica en bien de todos los demás y por amor, se tiene que alejar de aquellos a quienes ama y aunque la distancia puede llegar en algunos casos a reforzar los lazos filiales entre los que se quedan y se valoran muchas cosas, como ya mencioné, el duelo ante tanta pérdida afecta a todos y a todo. Lo más importante es llevar nuestros esfuerzos a los hechos, porque es claro que tenemos mucho que hacer.

Por mi vivencia y particularmente durante las décadas que llevo estudiando la migración, se evitaría mucho dolor innecesario si podemos transitar mejor nuestros duelos. Reitero, hoy vislumbro la importancia que desempeñaría la tanatología en el acompañamiento de los migrantes y sus familiares. Sobre todo, si consideramos que la muerte en sí misma, es una emigración ¿y quién quiere morir? .... Unos antes, otros después, pero al final todos partimos: a dónde, no lo sabemos, pero nuestro ser se ausenta, dejándolo todo, semejante a quienes emprenden una migración forzada.

**Recepción:** 5 de octubre de 2017

**Aprobación:** 23 de octubre de 2017

# Violencia psicológica y los derechos humanos de niños y niñas: un análisis objetivo

María Elena Orta García\*

**RESUMEN:** Uno de los grandes problemas que genera violaciones al respeto de los derechos humanos de la niñez, es la desintegración familiar; situación que trae consigo afectación a la familia, a la estabilidad del Estado y a la sociedad en general, agudizándose cuando se ejerce violencia psicológica, induciendo a los descendientes a actuar en contra del otro ascendiente e impidiendo un desarrollo armónico de los menores de edad.

Para identificar este tipo de violencia familiar, se utilizó el nombre de *Síndrome de alienación parental* (SAP); pero debido al endeble sustento que el autor le dio a la teoría, después de variables criterios, se ha eliminado de la legislación mexicana, por ello resulta necesario realizar un análisis objetivo del impacto de la violencia psicológica, cambiando de nombre según la moda, con el fin de determinar las consecuencias vulneradoras en los derechos de la niñez, incluyendo en este artículo, el estudio de la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Abstract: It is the family disintegration that is one of the great problems that generates violations of respect for the human rights of children; situation that brings with it affectation to the family, to the stability of the State and to the society in general, sharpening when psychological violence is exerted, inducing the descendants to act against the other ascendant and impeding a harmonic development of the minors.*

*To identify this type of family violence, the name of Parental Alienation Syndrome (SAP) was used; but due to the weak support that the author gave to the theory, after variable criteria, it has been eliminated from the Mexican legislation, so it is necessary to carry out an objective analysis of the impact of psychological violence, changing the name according to fashion, with the purpose of determining the harmful consequences on the rights of children, including in this article, the study of the interpretation made by the Supreme Court of Justice of the Nation.*

Palabras clave: Violencia psicológica, Alienación parental, Abuso infantil

Keywords: Psychological violence, Parental alienation, Child abuse

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes. III. Origen de la alienación parental. IV. Alienación parental vs. abuso infantil. V. La inclusión de la alienación parental o violencia psicológica en la legislación civil de la Ciudad de México. VI. Debates en torno a la aplicación: criterios de la SCJN. VII. Los Derechos Humanos y la violencia psicológica. VIII. Conclusiones.

---

\* Subdirectora de Programación de Actividades Académicas del CENADEH.

## Introducción

Uno de los problemas que, en la Ciudad de México, afecta directamente el respeto de los derechos humanos de la niñez, es la desintegración familiar; situación que trae consigo hechos fracturantes no solo de las familias, sino también a la estabilidad del Estado y de la sociedad en general.

El conflicto se agudiza cuando, sobre los hijos menores de edad se ejerce violencia psicológica, caracterizada por la exigencia de una “supuesta lealtad” hacia uno de los progenitores, induciendo a los descendientes a actuar en contra del otro ascendiente; y especialmente al ser obligados a realizar declaraciones ante los órganos jurisdiccionales.

El estadounidense Robert Gardner dio a este hecho el nombre de *Síndrome de alienación parental*, (SAP); situación preocupante desde su punto de vista dado que, apoyado inclusive por Johnston, afirma que el 90 % de los niños involucrados en un litigio continuado de custodia desarrollan síntomas de SAP,<sup>1</sup> y en algunos otros aún después de concluido dicho proceso.

Debido al endeble sustento de la teoría del denominado *síndrome de la alienación parental*, situación que se pondrá de manifiesto a lo largo de este artículo, y aunado a la falta de capacitación de los juzgadores para identificar esta conducta, existe el riesgo de emitir resoluciones erróneas por parte de las autoridades competentes, afectando prerrogativas de los niños y las niñas, tales como: el derecho a la convivencia con los progenitores, a la identidad, a la salud, a una vida digna, y en general, a todo aquello que les permita un pleno y sano desarrollo.

Por ello resulta necesario realizar un análisis objetivo del impacto de la legislación mexicana en torno a la violencia psicológica, cambiante de nombre según la moda, con el fin de determinar las consecuencias vulneradoras en los derechos de las personas menores de 18 años.

Empezaremos por fundamentar la importancia del presente trabajo, apoyándonos para ello con datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística, específicamente relacionados con el incremento de la tasa de divorcios que nuestro país enfrenta y sus consecuencias.

En el segundo apartado se expondrá el origen del SAP, indicando también sus generalidades. Se pondrán de manifiesto algunas teorías precedentes a esta afectación, identificando similitudes entre las mismas y el estudio expuesto por Gardner. Se mencionarán brevemente los tres niveles de alienación que el autor catalogó, así como los países en donde actualmente utilizan esta figura para dirimir asuntos relacionados con los descendientes, y que, en nuestra entidad, está catalogada como violencia psicológica.

En la tercera sección se realizará una breve comparación entre los menores de edad afectados por alienación parental y aquellos que sufren abuso, mostrándose en una tabla la diferencia entre ambos. Además, se expondrán las características del hijo alienado desde la óptica de Gardner, y se describirán los rasgos que presentan los padres alienadores.

---

<sup>1</sup> Dra. Deirdre Conway Rand El espectro del Síndrome de Alienación Parental, Psicóloga Forense - Periódico americano de psicología forense, volumen 15, numero 3, 1977, consultado el 14 de julio de 2017, [http://www.apadeshi.com/espectro\\_del\\_sindrome\\_de\\_alienac.htm](http://www.apadeshi.com/espectro_del_sindrome_de_alienac.htm)

Como cuarto punto, se analizarán las épocas en que la alienación parental ha sido introducida en la legislación civil de la Ciudad de México, además de puntualizar quiénes realizaron la propuesta de inclusión y derogación de esta pseudo figura jurídica, se analiza párrafo por párrafo el artículo 323 séptimo del Código Civil para la Ciudad de México, su impacto social y áreas de oportunidad.

La quinta parte corresponde a diversos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aclarando que, a pesar de no existir jurisprudencia emitida por nuestro Máximo Tribunal, sí encontramos diversos criterios sostenidos en relación a la custodia, normas de convivencia entre padres e hijos, y cuidado de los niños y las niñas.

Se citan también los principales instrumentos jurídicos que versan sobre la protección de los derechos humanos para confrontarlos con las hipótesis que sustentan la alienación parental. Aunado a lo anterior, se expondrá también la violencia de género y la violencia psicológica que conlleva la aplicación de esta regulación legislativa.

## II. Antecedentes

Como ya se indicó con anterioridad, uno de los grandes problemas que enfrenta nuestro país es la desintegración familiar, situación que corrobora el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), cuando señala en su sitio oficial en línea, en el apartado denominado Población, específicamente en la sección de Nupcialidad, que la tasa de divorcios se ha incrementado en un 136.66 % desde el 2000 al 2015.<sup>2</sup>

Debido a la importancia que representan las figuras del padre y la madre en los menores de edad, el proceso de separación de los progenitores suele ser una de las situaciones más difíciles de afrontar por los hijos, si no se realiza en forma consensada y adecuada. El hecho de elegir a uno de los ascendientes para vivir con él permanentemente, genera un intenso conflicto emocional que puede, inclusive, afectar el libre y sano desarrollo de la personalidad en niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, cuando la problemática física y emocional nubla el juicio de los padres, éstos suelen utilizar a los hijos como un arma eficaz para acabar a su contrincante. Los hijos se convierten entonces en un objeto preciado del cual deben apropiarse, representando una presea que demuestra su superioridad ante quien fue su pareja sentimental. Y en el peor de los casos, niños, niñas y adolescentes son la herramienta generadora de dinero a través de una pensión económica.

La libertad de conciencia, la conservación de la salud física y mental, el libre desarrollo de la personalidad, vivir una vida digna, y en general, todos aquellos derechos de la niñez reconocidos por nuestra Constitución y por los instrumentos internacionales, de los cuales nuestro país es parte, son las prerrogativas que deben tutelarse por las autoridades, conforme con los principios de vulne-

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Población, nupcialidad, divorcios*, consultado el 8 de agosto de 2017, <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>

rabilidad señalados en el artículo 1o. constitucional,<sup>3</sup> en toda decisión que involucre a los menores de edad.

El interés superior del menor, principio que siempre debe considerarse en todo lo relativo a la niñez, ha sido uno de los principales factores que motivó regular en la Ciudad de México el tipo de alienación que da vida a este artículo;<sup>4</sup> llegando al grado de ordenar el cambio de guarda y custodia, para el caso de detectar en los descendientes alienación parental en contra del progenitor no custodio.

Sin embargo, en el ambicioso interés de proteger a los menores de edad, se presenta no solo la posibilidad de violentar sus prerrogativas debido a pretenciosas pruebas subjetivas y decisiones judiciales tendenciosas; sino al generar violencia psicológica, también se vulneran de manera irreparable los derechos de los padres.

No obstante que en la creación de las leyes debe existir una base científica que sustente objetivamente las decisiones empleadas por los jueces de nuestros tribunales, todo apunta a que la violencia psicológica, denominada en algún momento como alienación parental, figura jurídica que propicia la creación de este análisis, no cuenta con elementos suficientes para ser considerada como factor definitorio en la solución de litigios que implican los derechos de los menores de edad.

A mayor abundamiento, existen antecedentes que demuestran resultados negativos de la aplicación de la alienación parental, en la decisión de otorgar la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad a uno de sus ascendientes; tal como lo fue el caso de los hermanos Greco, en Pittsburg.<sup>5</sup> Sin embargo, no es posible dejar sin defensa alguna a quienes son objeto de posibles manipulaciones dentro de las separaciones maritales, siendo necesario prescindir de elementos vagos y subjetivos, empleando en su lugar técnicas y herramientas precisas y científicas que orienten, discrecional y prudentemente, la acción de los jueces.

### III. Origen de la alienación parental

Dado que resulta interesante para el derecho familiar estudiar tanto las relaciones de la familia y sus posibles vertientes, como los actores que intervienen en un conflicto familiar, es importante señalar que existen estudios previos al respecto desde el siglo pasado.

---

<sup>3</sup> Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consultado el 15 de octubre del 2017, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_150917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf). Artículo 1o., párrafo quinto: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

<sup>4</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal-VI Legislatura, Código Civil para el Distrito Federal, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>, página 45,

<sup>5</sup> Traubmann Tamara, The Haaretz, Junk science has its ways in court, consultado el 10 de agosto de 2017, <http://www.haaretz.com/print-edition/features/junk-science-has-its-way-in-court-1.97311>

Por ejemplo, se puede mencionar que en el año de 1956 en California, Estados Unidos, Gregory Batenson desarrolló la teoría del *Doble vínculo*<sup>6</sup> con el fin de demostrar la influencia de la comunicación humana en patologías como esquizofrenia, psicosis, adicciones, anorexia y bulimia.

Y en la misma tesitura, en el año de 1973, Borzozsmengy-Nagy desarrolló la teoría del *Conflicto de lealtades*; lo importante de sus estudios es que versan sobre una de las características principales del síndrome de alienación parental (SAP), esto es, que la lealtad de uno de los descendientes hacia cualquiera de sus progenitores implica la deslealtad al otro.<sup>7</sup>

En 1978, Murray Bowen, psiquiatra estadounidense y docente en la misma rama, propuso el término de *Triangulación*, que se relaciona con la teoría de los mecanismos familiares, estudio que sugiere que un sistema emocional de dos individuos sometidos a una fuerte presión tiende a formar un sistema de tres personas.<sup>8</sup>

En particular, el llamado síndrome de alienación parental fue desarrollado en Estados Unidos en 1985, por Richard Gardner, profesionalista que aseveró que de forma injustificada, y en ocasiones hasta exagerada, los hijos presentan conductas de violencia o rechazo hacia uno de los padres en las relaciones conyugales violentas.<sup>9</sup>

Precisa el doctor en psicología Bolaños Cartujo en su artículo titulado “El síndrome de alienación parental, descripción y abordajes psico-legales”,<sup>10</sup> que la alienación parental, según Gardner, consiste en la programación sistemática y consciente de los hijos por uno de los padres para descalificar al otro progenitor, incluyendo además factores subconscientes e inconscientes.

Gardner también aseveró en su artículo intitulado “Síndrome de alienación parental vs alienación parental: ¿Cuál diagnóstico deben utilizar los evaluadores en las disputas de custodia del niño?”, que el término de programación es utilizado para indicar lo que comúnmente se conoce como “lavado de cerebro”; aclarando que cuando se aplica a las personas existen actitudes y respuestas que en forma automática se pueden recuperar acorde con la voluntad del programador.<sup>11</sup>

Aunado a lo anterior, Gardner señala que, es el padre quien poco a poco experimenta actitudes negativas y de rechazo por parte de los hijos hasta verse excluido. Asimismo, el autor de dicha figura manifestó que existen tres grados de Alienación Parental:<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Psicólogos en Madrid EU, consultado el 6 de septiembre de 2017, <http://psicologosenmadrid.eu/doble-vinculo/>.

<sup>7</sup> Fdo. Ignacio González Sarrio, Psicología forense: grupos de trabajo, consultado el 4 de agosto de 2017, <https://psicolegalforense.blogspot.mx/2013/05/conflictos-de-lealtades-en-los-hijos-de.html>

<sup>8</sup> Iván Lansberg, *Los sucesores en la empresa familiar, cómo planificar para la continuidad*. Buenos Aires, Ediciones Granica, 2000, p. 483.

<sup>9</sup> José Ignacio Bolaños Cartujo, “El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Madrid, vol. 2, núm. 3, 2002, consultado el 12 de agosto de 2017, <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Richard A. Gardner, “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?”, *The American Journal of Family Therapy*. Londres, vol. 30, núm. 2, 2002, pp. 93-115, <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 30.



a. El primero de ellos es denominado “del tipo ligero”, el cual es identificado porque los menores presentan cooperación en las visitas con el padre que no ostenta la guarda y custodia; pueden mostrar todos o algunos de los 8 síntomas básicos que propone el autor que comento, y aunque en las visitas los hijos muestran un comportamiento normal, pueden existir cambios repentinos de carácter de los menores mostrándose inclusive críticos y disgustados.

b. En el tipo moderado, indica Gardner, la alineación toma mayor relevancia, pues los hijos enfatizan sus conductas negativas e irrespetuosas, además que la campaña de denigración puede ser casi continua. Los ocho síntomas característicos de la alienación parental suelen estar presentes, aunque de forma menos dominante que en los severos. Existe una completa dualidad entre los progenitores, donde uno de ellos es totalmente bueno y el otro malo. Los hijos argumentan no encontrarse influenciados por ninguna de las partes. El comportamiento de los menores de edad durante las visitas tiende a ser opositorista y, en ocasiones, destructiva de bienes paternos.

c. En el tipo de alienación severo, el más perjudicial para las relaciones familiares, los menores no desean las visitas del progenitor alienado, inclusive pueden llegar a la violencia física. Según Gardner, el fanatismo de los hijos con respecto a la madre se hace presente. Aunado a lo anterior, los ocho síntomas se materializan con suma intensidad.

Entre los países que cuentan con antecedentes de haber regulado legislativamente la alienación parental se encuentran Estados Unidos, Canadá y México, entre otros; inclusive se ha llegado al grado de dictar una ley en específico para legislar sobre tal situación, como es el caso de Brasil.<sup>13</sup>

#### IV. Alienación parental vs. abuso infantil

Como todo conocimiento, existen siempre tanto partidarios como opositores que buscan apoyar o descartar las bases de una corriente planteada. Los seguidores de esta teoría postulan que se materializa la alienación parental o violencia psicológica mediante la evidenciación de sentimientos injustificados de rencor, e inclusive rechazo, que los hijos manifiestan hacia uno de los padres, debido a la programación de conducta que ejerce de manera consciente el progenitor alienador.

Quienes se oponen a la alienación, en contraposición, indican que no existe fundamento científico que la apoye, siendo entonces esta teoría sustentada solamente en la creación de una persona; que inclusive fue publicada y distribuida por la editorial propiedad del mismo creador de esta corriente; pero sin valoración de colegas ni validación por autoridades de organismos reconocidos.

Al desarrollar su teoría, Gardner señaló los síntomas que aparecen en el niño que sufre del Síndrome de Alienación Parental y son específicamente los siguientes:<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Presidencia de la República de Brasil, Ley Núm. 12,318, de 26 de agosto de 2010. Consultado el 10 de agosto de 2017, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12318.htm)

<sup>14</sup> R. A. Gardner, *op. cit.*, *supra* nota 10.

- Existe una campaña de denigración en contra del padre alienado.
- Se utilizan argumentos débiles, absurdos o frívolos para la depreciación de la figura del alienado.
- Falta de ambivalencia.
- El menor manifiesta el llamado fenómeno del “pensador independiente”.
- Apoyo reflexivo del padre alienante en el conflicto parental.
- Se hace notoria la ausencia de culpa por la crueldad hacia el padre alienado.
- Existe la presencia de escenarios prestados.
- El sentimiento insertado en el menor se esparce a los amigos y/o a la familia del padre alienado.

Algunos autores establecen otros síntomas de la alienación parental notorios en el menor de edad que muestra esta alteración; al respecto, el doctor Iñaki Bolaños<sup>15</sup> cita en uno de sus artículos a Waldron y Joanis,<sup>16</sup> indicando para ello que el infante muestra:

- Contradicciones, que se hacen manifiestas entre las propias declaraciones del niño y en su narración de los hechos históricos.
- Posesión de información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura de sus padres y el proceso legal.
- Una dramática sensación de urgencia y fragilidad.
- Una marcada ausencia de pensamiento complejo acerca de las relaciones.
- Un sentimiento de restricción en el permiso para amar y ser amado.

Y en la misma tesitura, la Magistrada Graciela G. Buchanan Ortega, quien preside la Quinta Sala de lo Familiar en el Poder Judicial del Estado de Nuevo León,<sup>17</sup> en su publicación denominada *Alienación Parental-Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*<sup>18</sup> indica los signos de alerta que identifican a los padres alienadores:

- Impedir que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos.
- Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo cuestiones de pareja que no tienen injerencia con el vínculo parental.
- Implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques a su pareja.
- Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor.
- Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor.
- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor, llegando a asustarlos.
- Operar con gran resistencia al examen de un experto independiente.
- No obedecer sentencias dictadas por los tribunales.

<sup>15</sup> J. I. Bolaños Cartujo, *op. cit. supra* nota 8.

<sup>16</sup> Kenneth H. Waldron y David E. Joanis, “Understanding and Collaboratively Treating Parental Alienation Syndrome”, *American Journal of Family Law*. Washington, D. C., vol. 10, 1996, pp.121-133.

<sup>17</sup> Poder Judicial de Nuevo León, Estructura, consultado el 12 de agosto de 2017, <https://www.pjenl.gob.mx/PoderJudicial/TSJ/Pleno/>

<sup>18</sup> Graciela G. Buchanan Ortega, *Alienación parental. Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*. Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León. consultado el 14 de noviembre del 2017, <http://www.pjenl.gob.mx/cj/Publicaciones/9.pdf>

Sin embargo, debe tenerse especial cuidado cuando se detecta el rechazo por parte del menor hacia su padre o madre, pues existe la posibilidad de que esta reacción se justifique por algún tipo de violencia que sufre en el entorno familiar. La misma magistrada Buchanan<sup>19</sup> indica que el abuso físico, sexual o emocional por parte de un progenitor abusivo genera huellas imborrables en la mente del pequeño, afectando por ende la relación entre ellos.

Acorde con Gardner,<sup>20</sup> es posible diferenciar entre los síntomas de la alienación parental y del abuso infantil, tal como se describe a continuación:

SAP	Abuso infantil
Todos (o algunos) de los ocho síntomas expuestos por Gardner son identificados en los menores.	El síntoma de estrés post-traumático puede hacerse también presente en los menores.
El progenitor alienante suele ser menos cooperativo con el examinador que el progenitor alienado.	Ocurre lo contrario.
Los hijos necesitan apoyo constante del progenitor alienante.	Los niños abusados no necesitan ayuda de su progenitor para recordar lo sucedido.
El progenitor alienante es sobreprotector.	El abusador maltrata al menor.
Los progenitores alienantes no son conscientes del daño psicológico generado a sus hijos por la pérdida del otro progenitor.	Los progenitores abusadores pueden apreciar más fácilmente este daño.
Pueden no existir vestigios de SAP en generaciones anteriores.	Se encuentra una historia de abusos en la familia del progenitor abusador.
En las acusaciones de alienación, generalmente se sitúan después de la separación de los progenitores.	Los abusos se sitúan antes de la ruptura de la relación de pareja.
Los alienados no necesariamente, aunque tienden a desarrollar la hostilidad a partir de la alienación.	Los progenitores abusadores suelen ser impulsivos y mostrar rasgos hostiles de personalidad.
Los hijos actúan de forma retardada o "envalentonada".	Los niños víctimas de maltrato o abuso se muestran tímidos y cohibidos.

## V. La inclusión de la alienación parental o violencia psicológica en la legislación civil de la Ciudad de México

En el año 2004, como consecuencia de la fuerte presión ejercida por la Asociación de Padres Separados, se incluyó por primera vez en el Código Civil para el Distrito Federal, en específico en el segundo párrafo del artículo 411, el término

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> J. I. Bolaños Cartujo cita, en sus *Problemas emergentes en torno de las familias y los menores en el ámbito civil*. Barcelona, 2008, a R. A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals*. Creskill, New Jersey, Creative Therapeutics, 2008.

alienación parental;<sup>21</sup> mismo que solo fue mencionado pero nunca definido, dejando por ende una laguna jurídica en este ordenamiento.

Sin embargo, como iniciativa de la diputada Leticia Quezada Contreras, integrante del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, el 28 de diciembre de 2006, fue publicado en el *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*<sup>22</sup> el dictamen de la iniciativa de decreto para la reforma del citado artículo 411, y por ende, la derogación del párrafo antes mencionado.

Uno de los razonamientos que más resaltan en la exposición de motivos expuesto por la diputada Quezada Contreras,<sup>23</sup> es el hecho de indicar que se pretendía la eliminación del término *alienación parental* debido que no se encontraba dicho concepto en los estándares internacionales, por lo que era de sumo incorrecto regular una conducta que no era reconocida científicamente.

La misma diputada<sup>24</sup> señaló deficiencias en la teoría de Gardner al indicar que el antes mencionado defendió y justificó abusos sexuales en contra de menores de edad en Estados Unidos; situación que obviamente se contrapone al interés superior del menor.

Ahora bien, el también integrante del grupo parlamentario de Partido de la Revolución Democrática, diputado Antonio Padierna Luna, presentó el 28 de noviembre de 2013<sup>25</sup> la iniciativa con proyecto de decreto para adicionar el artículo 323 Septimus al Código Civil de la Ciudad de México e incluir nuevamente el término “alienación parental”, pese a estar regulada la violencia psicológica y a su falta de científicidad expuesta por Quezada Contreras.

Padierna Luna hizo alusión<sup>26</sup> en su exposición de motivos al psiquiatra infantil William Bernet, quien indicó en el año 2010, que el trastorno de alienación parental es un estado mental de un menor que se alía con uno de los padres, rechazando al otro sin previa justificación. Utiliza también como referencia la promulgación de la Ley sobre Síndrome de Alienación Parental, publicada en Brasil en ese mismo año, remarcando que ésta contempla multas y prevé la pérdida de la custodia sobre los hijos menores de edad para los progenitores que empleen la alienación parental. Además, señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió problemas de alienación parental en su jurisdicción.

Inclusive, alude Padierna Luna<sup>27</sup> en dicha iniciativa que, Richard A. Gardner y Richard Warschak, realizaron estudios y estadísticamente concluyeron que la magnitud de la afectación de los menores de edad puede ser tan severa que es posible se haga presente el suicidio. Sin embargo, llama la atención que el diputado referido, omite indicar la fuente de sus argumentos, opiniones en contra de

<sup>21</sup> Artículo 411. [...] Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación, alienación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

<sup>22</sup> IV Legislatura, *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, consultado el 9 de agosto de 2017, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-f766b2adde3e1c817008b399a14834e5.pdf>

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> VI Legislatura, Antonio Padierna Luna, Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Adiciona el Artículo 323 septimus al Código Civil para el Distrito Federal, consultado el 8 de agosto de 2017, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-6bb269cfaa07d3b279f3856f6f89d4ba.pdf>

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

esta figura y ni siquiera menciona la falta de acreditación por la Organización Mundial de la Salud.

El texto del artículo 323 Septimus del Código Civil, constaba de cinco párrafos, e incluía definiciones de violencia familiar y alienación parental; hacía mención de diversos tipos de alienación, aunque no establecía los extremos jurídicos para definir cada uno de ellos; por último, aunque de forma rudimentaria y poco precisa, establecía un sistema de protección para los menores de edad que se encontraran bajo la hipótesis jurídica en comento. El texto del citado artículo se reproduce a continuación, para su debido análisis: “Artículo 323 Séptimus. Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores”.

Cinco supuestos básicos fueron integrados en el texto anterior, los cuales vale la pena analizar para comprender su estructura, interrelación con los demás párrafos y el sentido legal que pretendió darle el legislador. La violencia familiar es el primer supuesto jurídico introducido en este artículo, del cual hace referencia el numeral 323 Quáter.<sup>28</sup>

Se establecía que la violencia familiar podía materializarse debido a un acto o alguna omisión intencional, afuera o dentro del domicilio familiar con el fin de causar daño a cualquier integrante de la familia. Además, las cuatro formas para producir esta afectación eran: física, psico-emocional, económica y sexual.

El segundo componente se refiere al elemento humano, y es atribuido al integrante de la familia que comete la violencia familiar. El artículo 323 Quáter también define qué integrantes de la familia pueden ser responsables de tal vulneración.<sup>29</sup>

La transformación de la conciencia del menor de edad toma también importancia para este análisis. Definida, entre otras acepciones, como el conocimiento claro y reflexivo de la realidad,<sup>30</sup> en la violencia familiar se busca afanosamente que la conciencia del menor sea confusa y evalúe así de manera incorrecta la realidad, creando entonces sentimientos de rechazo hacia uno de los progenitores.

<sup>28</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Código Civil para el Distrito Federal, consultado el 4 de agosto de 2017, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-3039f6da3b0307fefe88b9b403135d40.pdf>

Artículo 323 Quáter. “La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto [...];

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control [...];

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas [...].”

<sup>29</sup> “Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil”, último párrafo del artículo antes citado.

<sup>30</sup> Real Academia Española, “conciencia”, consultado el 17 de agosto de 2017, <http://dle.rae.es/?id=A8k1FxD>

Tres circunstancias conforman el cuarto componente del análisis que nos compete, ya sea mediante el impedimento, obstaculización o la destrucción se busca frustrar las convivencias entre los hijos menores de edad y el progenitor que no se encuentra a cargo de ellos.

Por último, el objetivo principal de quien comete la violencia familiar es la ruptura de los principales vínculos formados entre los padres y los ascendientes, tales como: cariño, respeto, amor, protección, deseo de convivencia, entre otros. Y en la misma tesitura, el segundo párrafo del precepto analizado indica lo siguiente:

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

Puede observarse de su contenido que los legisladores equipararon la violencia familiar con la alienación parental, cuando dicha conducta es ejercida por cualquiera de los progenitores, penalizando inclusive su realización con la suspensión de la patria potestad y el cambio de guarda y custodia; sin embargo, no se encuentra definido lo que implica una alienación leve o moderada, generando una posibilidad de vulneración de derechos de cualquiera de los padres y afectación de intereses de los menores de edad, en caso de evaluar incorrectamente todos los elementos probatorios en un juicio de orden familiar.

Ahora bien, es importante señalar que, en la realidad, no solo los padres pueden ejercer violencia psicológica contra de los hijos, sino cualquier otro familiar capaz de influenciarlos; entonces, existe la posibilidad de alienarlos sin que cualquiera de los progenitores sea sancionado, pero lo que sí es seguro es que uno de ellos afrontará las consecuencias del comportamiento modificado del o de los hijos menores de edad.

Por su parte, el párrafo tercero del numeral ya mencionado señala:

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

Es importante remarcar que este párrafo propiciaba una posible contradicción con el segundo, por la duplicidad de criterios en la corrección de la situación afectiva. Es decir, el último supuesto jurídico del párrafo segundo indica tratándose de alienación leve o moderada, la custodia del menor de edad pasará de inmediato al progenitor que no realice alienación parental; sin embargo, el tercer párrafo establece el cambio de custodia cuando la alienación sea de tipo severo.

Puede apreciarse del análisis de los párrafos segundo y tercero de este controversial artículo que el legislador erróneamente incluyó los conceptos de alienación parental leve, moderada y severa para aplicar criterios de “protección”

para los menores, sin definir los extremos jurídicos de esos términos, causando un vacío legal que afectaba los derechos de niños y niñas, situación contraria a lo preceptuado en el noveno párrafo del artículo 4o. constitucional.

Lo antes mencionado es reforzado por las palabras de la doctora Nuria González Martín, quien con toda precisión señala que la definición de conceptos es importante; y si es en orden con miras a salvaguardar el bienestar de la niñez, es aún más relevante.<sup>31</sup>

No está por demás que, en un vago intento de protección, se señala en el párrafo en comento que el menor debe acudir al tipo de ayuda profesional indicado para superar la afectación mental producida; sin embargo, no se hace mención en ningún momento el apoyo, o inclusive acción alguna, para que el padre alienador supere, corrija o modifique su proceder y pueda tener contacto con su hijo, que al final del día, sigue siendo un derecho humano de la niñez.

Por su parte el penúltimo párrafo indica:

A fin de asegurar el bienestar del menor y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El planteamiento previsto para que cualquier pariente cercano al menor acoda a éste cuando ninguno de los ascendientes se encuentre capacitado para ello, en el lapso durante el cual el menor reciba el tratamiento prescrito para poder convivir con el padre no alienador, genera la posibilidad de crear un desorden emocional mayor en los niños y las niñas, pues se establece el supuesto “Juez no se equivoca en su decisión” al señalar al progenitor alienador, situación totalmente errónea por la falta de claridad en los criterios establecidos.

Así, concluye el numeral indicando: “El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal”.

Con ello, ordena llevar el tratamiento en las mismas instalaciones del Tribunal Superior de Justicia, a través del Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense. Sin embargo, no está por demás señalar que, a pesar de contar dicha área con profesionistas en psicología, la Guía<sup>32</sup> de Consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5<sup>33</sup> no contempla el SAP como una enfermedad

<sup>31</sup> Nuria González Martín, “Convivencia paterno-materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación parental*. 2a. ed. México, CNDH, 2012.

<sup>32</sup> Asociación Americana de Psiquiatría, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. Trad. de Burg Translations Inc., file:///C:/Users/Lic.%20M.%20Cruz/Downloads/DSM-V.pdf

<sup>33</sup> Victoria del Barrio, “Raíces y evolución del DSM”, *Revista de Historia de la Psicología*. Valencia, vol. 30, núm. 2-3, junio-septiembre de 2009, file:///C:/Users/Lic.%20M.%20Cruz/Downloads/Dialnet-RaicesYEvolucionDelDSM-3043153.pdf: [...] La primera versión del DSM fue producto de la recopilación del IDC-4 (clasificación internacional de enfermedades en 1948) con la ayuda de Meyer (psiquiatra organicista) y Menninguer (psicoanalista), además de la ayuda de psiquiatras del ejército y los médicos del NIMH (Instituto Nacional de Salud Mental).



mental, por lo que entonces resulta del todo absurdo tratar una enfermedad que no se encuentra definida como tal.

Aunado a lo anterior, se sugiere inclusive que toda evidencia psicológica sobre la cual verse la seguridad de los menores de edad, sea sujeta a una evaluación por pares.<sup>34</sup> Sin embargo, en caso de darse este supuesto en nuestro país, deberían existir dos organismos imparciales distintos, que permitan diagnosticar la alienación parental o la violencia psicológica, para evitar sesgos preferenciales en los dictámenes particulares.

El 1 de agosto del año 2017 el Pleno de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó, en sesión extraordinaria y por unanimidad de votos, derogar el artículo 323 Septimus del Código Civil para la Ciudad de México<sup>35</sup> precepto relativo a la figura jurídica conocida como de alienación parental confundida con la violencia psicológica.

Al respecto, la militante del Partido Revolucionario Institucional, diputada Jany Robles Ortiz,<sup>36</sup> señaló que con ello se planteaba un avance hacia la protección de niños, niñas y adolescentes, pero es necesario reflexionar sobre el estado de indefensión en que ahora se sitúa la infancia que sufre violencia, resultando en ocasiones criminalizadas las madres que intentan proteger a sus hijos o los padres que pretenden una convivencia armónica con sus hijos e hijas.

Otro de los argumentos importante que se enuncio, fue el externado por el diputado Toledo Gutiérrez,<sup>37</sup> quien puntualizó que el SAP no ha sido aceptado científicamente dentro de la clasificación mundial de enfermedades, tampoco por la Organización Mundial de la Salud, y ni siquiera por la Asociación Mexicana de Psicología o la Asociación Americana Médica.

## VI. Debates en torno a la aplicación: criterios de la SCJN

Se ha mencionado que, para el tema central de este artículo, la custodia de los hijos menores de edad es lo que da origen a las disputas de los padres al momento de la separación; entonces, el verdadero deseo de mantener a los hijos con el progenitor puede ser:

- a. Genuino deseo de protección: procurando en todo momento salvaguardar el interés superior del menor, así como el respeto a su dignidad y todos los derechos humanos a los que es acreedor.
- b. Como un medio para ejercer presión económica sobre el otro progenitor: cuando no existe un verdadero deseo de cuidar a los hijos menores de edad, pero se sabe que mantenerlos con uno será una forma de recibir recursos económicos a través de un monto de pensión alimenticia, corriendo

<sup>34</sup> Cherri L. Wood, "The Parental Alienation Syndrome: A Dangerous Aura of Reliability", *Loyola Law Review*. Los Ángeles, vol. 27, núm. 4, 1994, consultado el 27 de septiembre de 2017, <http://paperity.org/p/83094141/the-parental-alienation-syndrome-a-dangerous-aura-of-reliability>

<sup>35</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Aprueba ALDF eliminar del Código Civil del Distrito Federal la figura de alienación parental, Ciudad de México, consultado el 13 de septiembre de 2017, <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-eliminar-codigo-civil-distrito-federal-figura-alienacion-parental--34534.html>

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

- el riesgo los hijos menores de no ser procurados en la totalidad de sus derechos.
- c. Como una presea de dominio y poder sobre el otro padre: quizás el más perjudicial para los hijos dado que puede, inclusive, no importar en lo absoluto su atención, sino solo conservarlos para dañar a la contraparte en la separación.

Ahora bien, cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha emitido ninguna tesis jurisprudencial referente a la alienación parental; sin embargo, esto no ha sido obstáculo para emitir criterios obligatorios para decidir en cuanto al mayor beneficio que pueden tener los hijos e hijas para determinar su guarda y custodia.

Nuestro máximo tribunal se ha pronunciado<sup>38</sup> en el sentido de propiciar las correctas funciones simbólicas durante el proceso de maduración de los hijos, en función de su edad, requiriéndose de la presencia de ambos padres, aun cuando debe ser de modo diferente.

La jurisprudencia VI.2o.C. J/16 (10a.),<sup>39</sup> señala que el normal desarrollo de un menor de edad es producido por su entorno y la armonía con la familia y grupo social de pertenencia, por lo que la convivencia de los hijos con ambos padres, así como sus respectivas familias, propicia su sano desarrollo; además, permite su integración al núcleo familiar y aporta elementos para desarrollar su plena identidad, sin embargo, existen criterios de aplicación obligatoria para determinar qué progenitor se encuentra más apto para ejercer la guarda y custodia. El primero de los ellos se encuentra contenido en la tesis jurisprudencial número Tesis: VII.2o.C. J/15,<sup>40</sup> de la novena época, en la cual se indica como obligación del juez oír a los menores de edad en cualquier asunto relacionado con su la guarda y custodia.

El propósito principal del juez, al oír a niños, niñas y adolescentes, es encontrar los elementos necesarios para decidir, conforme con el interés superior del menor, cuál de los ascendientes proporciona a los hijos e hijas mayor beneficio, o caso contrario, menor perjuicio para su sano desarrollo. Además, con la entrevista, se tendrá la oportunidad de encontrar indicios de violencia psicológica o de cualquier otro tipo en su contra.

La aplicación de exámenes psicológicos en un divorcio juega también un papel importante. Debido a que no existe un conjunto de pruebas que se apliquen como estándar predeterminado, se debe tener extremo cuidado en seleccionar los instrumentos adecuados para obtener de la información deseada a fin de acreditar la existencia de la violencia psicológica generada por cualquier progenitor, sin necesidad de etiquetar estas conductas como alienación parental.

No obstante lo anterior, imperando el interés superior del menor, el criterio jurisprudencial vertido en la tesis 1a./J. 182/2005 del tomo XXIII,<sup>41</sup> de enero de

<sup>38</sup> Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, junio de 2015, p. 215.

<sup>39</sup> Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo II, abril de 2015, p. 1651.

<sup>40</sup> Tesis: VII.2o.C. J/15. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, agosto del 2003, p. 1582.

<sup>41</sup> Tesis: 1a./J. 182/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, enero del 2006, p. 478.

2006, también de la novena época, indica que la prueba testimonial a cargo de los hijos en un caso de divorcio necesario constituye un acto de imposible reparación, puesto que daña de manera irreparable la salud psicológica de los mismos, los elementos que debe considerar el juzgador en los juicios de guarda y custodia son: las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación y ayuda escolar, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, pautas de conducta en el entorno y de sus progenitores, adecuado ambiente social y familiar así como sus afectos y relaciones con ellos, edad y capacidad de autoabastecerse de los menores.<sup>42</sup>

En suma, también a través de una tesis jurisprudencial, nuestro máximo tribunal estableció la prohibición específica de manipular a los menores; debiendo buscarse su formación familiar, social e integral.<sup>43</sup> Entonces, conforme con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es obligación de los progenitores ejercer la guarda y custodia en un ambiente de comprensión, amor y máximo respeto, pudiendo inclusive recurrir a terapias de salud mental para entablar una mejor relación de convivencia con sus menores hijos, de modo tal que la convivencia de los hijos con sus progenitores no les genere ningún desequilibrio emocional.<sup>44</sup>

## VII. Los derechos humanos y la violencia psicológica

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la compilación de artículos denominada *Alienación parental*,<sup>45</sup> remitiéndonos a los derechos humanos de la niñez, menciona que el marco teórico fundamental está compuesto por la doctrina de protección integral, al interés superior y a la autonomía progresiva de los derechos de la infancia.

Por lo que respecta a la regulación de la alienación parental, debe tenerse especial cuidado en el cumplimiento al mandato constitucional a todas las autoridades de garantizar, respetar, promover y proteger los derechos humanos;<sup>46</sup> esto implica que, sin dejar a un lado la legislación local, es de vital importancia considerar todos los elementos probatorios en las decisiones concernientes a los menores de edad, con el fin de evitar vulneraciones en prerrogativas fundamentales de cualquier integrante de la familia.

A sabiendas que invocar los instrumentos del marco normativo elemental de los derechos humanos –Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales– podría ser necesario para su comprensión citar tratados y un sinnúmero de artículos; sin embargo, solo se mencionará lo esencial de ellos para una mayor comprensión, sin sacrificar su esencia.

<sup>42</sup> Tesis: 1a./J. 23/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, abril del 2014, p. 450.

<sup>43</sup> Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, abril del 2014, p. 451.

<sup>44</sup> Tesis: 169914.II.2o.C520, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, p. 2327.

<sup>45</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, *supra* nota 30.

<sup>46</sup> *Cf.*, *op. cit.*, *supra* nota 2.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, nace el 10 de diciembre de 1948<sup>47</sup> y se encuentra conformada por 30 artículos, aporta a este análisis, conforme con los numerales 1 y 2 respectivamente, la igualdad y no discriminación<sup>48</sup> de las personas; situación que se reafirma en la igualdad de protección jurídica<sup>49</sup> señalada en el numeral 7. Se establece también en el numeral 25 que todos los niños, sin importar su condición, tienen derecho a una igual protección social.

En la misma tesitura, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, conformada por 53 artículos, estipula en su artículo 14<sup>50</sup> la igualdad de las personas ante cualquier juzgado. Asimismo, el último párrafo del artículo 23<sup>51</sup> establece la protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio. El siguiente numeral establece la protección de los menores por parte de la familia y la sociedad.<sup>52</sup> Aunado a lo anterior, también se incluye el derecho a no discriminación ante la ley en el numeral 26 del mismo ordenamiento.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>53</sup> por su parte, estipula en su artículo décimo la protección para los niños y adolescentes; concatenado con lo anterior, el numeral doce establece que se reconoce el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental.<sup>54</sup>

Ahora bien, de la lista de los 53 derechos humanos –sin contar los tres rubros relacionados con la trata de personas, desaparición de personas y agravios de periodistas– que enuncia en su portal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,<sup>55</sup> sin lugar a duda, llama la atención la relación que guarda el trato judicial otorgado a la alienación parental, con los siguientes derechos humanos: a la igualdad y prohibición de discriminación, igualdad entre hombres y mujeres, igualdad ante la ley, audiencia y debido proceso legal, y los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Entonces, ha de apreciarse que con una figura jurídica un tanto imprecisa como lo es la alienación parental (dicho lo anterior por la falta de científicidad,<sup>56</sup> incompleta precisión de conceptos y vaga clasificación de sus tipos), existe una gran posibilidad de enfrentar sesgos negativos en las decisiones judiciales en perjuicio de los ascendientes, que obviamente impactarán de manera perjudicial en los hijos menores de edad.

Categorizada como una teoría poco sofisticada y pseudocientífica toma una solución un tanto burda al separar al hijo del ascendiente que prefiere y colocar-

<sup>47</sup> Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, consultada el 27 de julio de 2017, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Ibidem.*

<sup>50</sup> Organización de las Naciones Unidas, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, consultado el 6 de septiembre de 2017.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consultado el 4 de octubre de 2017, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ¿Qué son los Derechos Humanos?, consultado el 27 de agosto de 2017, [http://www.cndh.org.mx/Cuales\\_son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_Derechos_Humanos)

<sup>56</sup> Jennifer Hoult, *La admisibilidad evidente de parental síndrome de alienación: ciencia, ley y política*, consultado el 13 de octubre de 2017, <http://www.leadershipcouncil.org/docs/Hoult.pdf>

lo con el padre que rechaza,<sup>57</sup> situación carente de toda lógica jurídica y violatoria de los principios de igualdad de las partes en un juicio, y del debido proceso.

Relacionado con lo antes dicho, puede apreciarse que el contenido del derogado artículo 323 Septimus del Código Civil de la Ciudad de México contaba con elementos imprecisos que propiciaban un sesgo de discriminación de género, contrario al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación; prerrogativa consagrada en el artículo 4o. de nuestra Constitución.<sup>58</sup>

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>59</sup> (CEDAW, por sus siglas en inglés) señala la obligación de los Estados para abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad a lo señalado; además que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para modificar o derogar ordenamientos o prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (Comité CEDAW), ha sostenido que esta discriminación de género constituye una forma de violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.<sup>60</sup>

## VIII. Conclusiones

Una vez analizado, tanto el contexto nacional como internacional, referente a los derechos humanos que deben ser tutelados en todo momento por el Estado, sin importar su condición física, económica, intelectual o cualquier otra, y confrontado este marco jurídico con las leyes locales referentes a la regulación de la violencia psicológica o alienación parental, es posible establecer las siguientes conclusiones:

- a) Resulta legalmente incorrecto adoptar una figura carente de todo fundamento científico-jurídico, tal como lo es en el caso de la Alienación Parental, sin ser totalmente aceptada por el área científica a la cual pertenezca.
- b) La falta de definición en la ley de términos asociados con la alienación parental, en este caso específico los de *leve*, *moderada* y *severa*, permite la creación de vacíos jurídicos que propician la vulneración de derechos humanos.
- c) La inadecuada redacción de los términos aplicables a cada caso de violencia psicológica, o alienación leve, moderada o severa, en que pueden ser aplicadas las medidas precautorias o reparatorias, abre la posibilidad de fallar incorrectamente en la solución que dirima un juicio familiar, afectando por ende los derechos humanos de cualquiera de los actores involucrados.

<sup>57</sup> *The leadership council, What is Parental Alienation Syndrome (PAS)?*, consultado el 2 de octubre de 2017, <http://www.leadershipcouncil.org/1/pas/faq.htm>

<sup>58</sup> *Cf., op. cit., supra* nota 2.

<sup>59</sup> Naciones Unidas, Derechos Humanos, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, consultado el 2 de agosto de 2017, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

<sup>60</sup> ONU, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Número 19 "La Violencia contra la Mujer", aprobada por dicho Comité en su resolución HRI/GEN/1//REV.1, durante su XI periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, párr. 6.

- d) La alienación parental propicia la violencia de género al identificar a una de las partes como “el progenitor malo” (generalmente a la madre), a quien en su intento de protección el menor de edad, aunado con una endeble capacitación judicial sobre la violencia psicológica, se le prohíbe tajantemente el contacto con el otro ascendiente, dejándolo solo a merced de un posible generador de violencia o en su caso, cuando se trata del padre como presunto generador de violencia psicológica, violentando su deber de crianza en perjuicio de los hijos e hijas, en razón de su masculinidad.
- e) Al prohibir el ordenamiento civil, el contacto del progenitor violento con el hijo o hija menor de edad, no solo se vulnera su deber de convivencia con los mismos, sino el derecho de los menores de edad al mismo y, por ende, se hace caso omiso al principio universal del interés superior del menor.
- f) Pretender que niños, niñas y adolescentes carecen de suficiente intelecto para actuar en contra de quienes, pudieran ser sus verdaderos protectores, solo demerita su capacidad intelectual y afecta sus derechos como personas.
- g) Debe legislarse con perspectiva de género y respeto a los artículos 1o. y 4o. constitucionales para salvaguardar los derechos humanos de la niñez, erradicando doctrinas infundadas y aceptando que existe la violencia psicológica como medio de afectación en contra de la niñez.

En suma, por las razones antes expuestas resulta totalmente acertada la derogación del artículo 323 Séptimus del Código Civil para la Ciudad de México, y lo supresión del término de alienación parental. Sin embargo, no se descarta que existe dentro de los procesos de separación la violencia psicológica, situación que debe ser inmediatamente detectada por el juzgador y tratada en un marco de respeto a los derechos humanos para todos los integrantes de la familia.

**Recepción:** 17 de octubre de 2017

**Aprobación:** 12 de febrero de 2018

*Comentario jurisprudencial*





## Recomendación General Número 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, sobre la violencia por razón de género contra la mujer

Mónica M. Cruz Espinosa\*

En julio de 2017 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano creado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés),<sup>1</sup> emitió su Recomendación General Número 35 (en adelante RG35) en materia de violencia por razón de género contra la mujer, la cual actualiza la Número 19 (en adelante RG19) que data de 1992.

El Comité de la CEDAW es un órgano técnico integrado por 23 expertas electas por los Estados parte y, como el resto de los órganos creados por tratados,<sup>2</sup> juega un papel importantísimo en el sistema de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, toda vez que tiene a su cargo el impulso y monitoreo del cumplimiento de la Convención, a través –en primera instancia– del examen de los informes periódicos que cada Estado parte rinde sobre las acciones desarrolladas para hacer efectivas las disposiciones de la misma.

Además, el Comité puede recibir y examinar comunicaciones formuladas por personas –individual o colectivamente– cuando consideren que alguno de los Estados parte ha violentado alguno de los derechos consagrados en dicho tratado, lo que da inicio a un procedimiento no jurisdiccional de protección que puede derivar en la formulación de recomendaciones específicas para el Estado parte involucrado a fin de reparar el daño causado y prevenir la repetición de los hechos. Dicha competencia tiene que ser expresamente reconocida por los

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

<sup>1</sup> Adoptada en 1979 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, entró en vigor en septiembre de 1981.

<sup>2</sup> Actualmente existen nueve órganos creados por los tratados de derechos humanos en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas: Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Comité contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés); Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés); Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés); Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), y Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED, por sus siglas en inglés).

Estados parte, mediante la ratificación o adhesión al Protocolo Facultativo de la Convención, adoptado en 1999 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>3</sup>

También puede emitir Recomendaciones Generales, a través de las cuales interpreta y desarrolla el contenido de las disposiciones convencionales, brindando orientación y recomendaciones a los Estados parte para que puedan cumplir adecuadamente sus obligaciones y se avance de esta manera en la consecución del fin y propósito del instrumento. Esta facultad característica de los órganos creados por los tratados se ha convertido en uno de los principales mecanismos a través de los cuales se ha avanzado en el establecimiento del contenido específico de los derechos humanos y en la determinación de las obligaciones estatales concretas que se derivan de ellos, lo que ha convertido a estos instrumentos en una herramienta de tremenda utilidad no solo para los Estados parte en los tratados sino también para todas las personas, instituciones públicas y organizaciones civiles interesadas en promover el conocimiento y exigir el cumplimiento de los derechos humanos.<sup>4</sup>

Es en este marco de actuación en el que se ubica la reciente emisión de la RG35 del Comité CEDAW, la cual retoma la definición de violencia contra las mujeres por razón de género que se incluyó en la RG19, a saber, “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”,<sup>5</sup> la cual constituye una manifestación de la discriminación en contra de las mujeres tal como se define a ésta en el artículo 1 de la Convención y es, por lo tanto, una violación a sus derechos humanos.<sup>6</sup>

Las principales aportaciones de esta nueva RG son —a juicio de quien escribe— tres, en primer lugar, la aseveración de que la prohibición de la violencia de género en contra de las mujeres ha alcanzado ya el rango de norma consuetudinaria internacional; el esclarecimiento de las obligaciones estatales derivadas de la misma; y la formulación de una amplia relación de recomendaciones a fin de que los Estados puedan cumplir con aquéllas.

### **La prohibición de la violencia basada en el género contra las mujeres como norma consuetudinaria**

Respecto a este primer punto, el Comité sostiene que la *opinio iuris* y la práctica subsiguiente de los Estados durante los 25 años que siguieron a la adopción de la RG19 han dado a la prohibición de la violencia de género contra la mujer el carácter de norma consuetudinaria. Al respecto, conviene recordar que a dife-

<sup>3</sup> México ratificó dicho Protocolo Facultativo en 2002.

<sup>4</sup> Kerstin Mechlem, “Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Nashville, vol. 42, núm. 3, mayo de 2009, p. 908.

<sup>5</sup> Comité CEDAW, Recomendación General Número 19 “La violencia contra la mujer”, 1992, párr. 6, disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3731\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf)

<sup>6</sup> Comité CEDAW, Recomendación General Número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General Número 19, 2017, párr. 1, disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCroIUTvL-RFDjh6%2fx1pWAeqJn4T68N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2okE3WtRLrbfzNSeawgN93ZXA RqomEiCHloBw6%2f4bwzc0>

rencia del derecho de los tratados, el cual está ampliamente regulado en diversos tratados internacionales,<sup>7</sup> el proceso de formación de la costumbre internacional no está claramente desarrollado en algún instrumento. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en considerar los dos elementos señalados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como constitutivos de una norma consuetudinaria:<sup>8</sup> a) la reiteración de una práctica por parte de los Estados, y b) la conciencia de que dicha práctica corresponde a derecho, es decir, es obligatoria.<sup>9</sup>

Como prueba de la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* respecto a la prohibición de la violencia de género en contra de las mujeres, el Comité sistematiza de manera breve los siguientes desarrollos:

- Las acciones llevadas a cabo por los Estados parte en materia de armonización legislativa y de políticas públicas a fin de atender diversas manifestaciones de la violencia en razón de género en contra de las mujeres, en particular:<sup>10</sup>
  - El fortalecimiento de los marcos normativos para combatir todas las formas de violencia contra la mujer;
  - Mayor énfasis en las iniciativas para prevenir la violencia contra la mujer;
  - Aumento de la prestación de servicios de apoyo multisectoriales a fin de dar una atención integral a la problemática; y
  - Mejora en la generación de los datos y las pruebas sobre la violencia contra la mujer.
- La práctica de Estados que no son parte de la Convención (Estados Unidos de América, Palau, la República Islámica del Irán, Somalia, el Sudán y Tonga) en la adopción de legislación nacional en materia de violencia contra la mujer; en la formulación de invitaciones a la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias para que realice visitas *in situ*; en la aceptación de recomendaciones en la materia formuladas en el marco del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos; y en la aprobación de resoluciones en este órgano sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- La adopción de documentos multilaterales de naturaleza diversa, declarativos y convencionales, tendentes a la eliminación de la violencia de género en contra de las mujeres: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra

<sup>7</sup> Por citar los principales instrumentos en la materia: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (esta última aún no en vigor).

<sup>8</sup> Véase Manuel Becerra Ramírez, "Notas sobre problemas teóricos de la costumbre internacional", en Manuel Becerra Ramírez *et al.*, coords., *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. México, UNAM, 2008, t. II pp. 176-177, y Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid, Editorial Tecnos, 2009, pp. 136-139.

<sup>9</sup> Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

[...]

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

[...]

<sup>10</sup> En este rubro el Comité retoma el informe del Secretario General sobre el examen y la evaluación de la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, E/CN.6/2015/3, de diciembre de 2014, párrs. 120-139, disponible en <https://undocs.org/es/E/CN.6/2015/3>

la Mujer (1993); la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) y sus exámenes quinquenales; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África (2003); el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (2011); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y contra las Niñas en la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (2013); la Estrategia árabe para combatir la violencia contra la mujer, 2011-2030; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), por citar algunos de los ejemplos más representativos.

- Asimismo, si bien no constituyen una práctica estatal, el Comité también echó mano de los pronunciamientos de otros órganos de tratados (por ejemplo, la Observación General Número 28 del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres), de algunos procedimientos especiales (en particular del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica y del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), y de la jurisprudencia de tribunales internacionales, como elemento auxiliar para la determinación de que la prohibición de la violencia de género en contra de las mujeres es una norma internacional consuetudinaria. Mención específica le mereció al Comité la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras ("Campo Algodonero")* contra México (2009), en la que el Tribunal regional recordó que la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reflejó "una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra la mujer, su relación con la discriminación históricamente sufrida y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla".<sup>11</sup>

En conjunto, los precedentes antes citados no solo constituyen una prueba de una práctica reiterada de los Estados, sino que demuestran también una conciencia compartida de que al actuar de tal manera se está dando cumplimiento a una obligación jurídica. Ahora bien, los efectos de esta conclusión no son menores, pues implican la constitución de una nueva norma de derecho internacional independiente e igualmente vinculante que la convencional a partir de la cual se originó,<sup>12</sup> con la gran diferencia de que la norma consuetudinaria podrá ser exigible a todos los Estados.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 61, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

<sup>12</sup> Nos encontraríamos ante lo que Eduardo Jiménez de Aréchaga ha denominado "efecto constitutivo o generador", haciendo referencia a la formación de una costumbre a partir de la disposición de un tratado, como consecuencia de la práctica posterior de los Estados de conformidad con aquella, de manera constante y uniforme. Véase M. Diez de Velasco, *op. cit.*, *supra* nota 8, pp. 143-147.

<sup>13</sup> Este supuesto se encuentra previsto en el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 [relativos a la generación de derechos y obligaciones para terceros Estados] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal".

De igual manera, al no estar sujeta la norma consuetudinaria a las reglas del derecho de los tratados relativas a la formulación de reservas y denuncia, aquélla sería exigible incluso para los Estados parte que hubieran formulado una reserva a la Convención o que eventualmente llegaran a denunciarla.<sup>14</sup>

Finalmente, es importante considerar que el pronunciamiento del Comité CEDAW respecto al carácter consuetudinario de la prohibición de la violencia de género en contra de las mujeres, no implica una determinación jurídicamente vinculante de que esto sea así, no obstante, es de esperar que la práctica subsecuente y concurrente de los Estados respecto a esta aseveración termine por consolidar el consenso internacional respecto a la existencia de la nueva norma consuetudinaria.

### Las obligaciones derivadas de la prohibición de la violencia de género en contra de las mujeres

Ahora bien, el desarrollo normativo que se expone en la RG35 está lejos aún de significar la eliminación de la violencia basada en el género en contra de las mujeres, y así lo reconoce el propio Comité al señalar que ésta “sigue siendo generalizada en todos los países, con un alto grado de impunidad. Se manifiesta en una serie de formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes, en diversos ámbitos, del privado al público, incluidos entornos tecnológicos, y trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo”.<sup>15</sup>

En concreto, el Comité apunta que en muchos Estados la legislación para enfrentar la violencia de género contra las mujeres no existe, es insuficiente o simplemente no se aplica de manera adecuada,<sup>16</sup> lo que implica un incumplimiento de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad, *de iure* y *de facto*, contenidas en el artículo 2 de la Convención, como ya lo había apuntado en su Recomendación General Número 28.<sup>17</sup>

El caso mexicano no puede ser más ilustrativo de esta paradoja, pues pese a que desde 2007 se emitió la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la que se estableció un Sistema Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, así como el mecanismo de alerta de violencia de género contra las mujeres, el cual consiste en la implementación de un conjunto de acciones gubernamentales de emergencia para enfrentar y erradicar la violencia feminicida<sup>18</sup> en un territorio determinado (res-

<sup>14</sup> M. Diez de Velasco, *op. cit.*, *supra* nota 8, pp. 144-145.

<sup>15</sup> Comité CEDAW, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 7.

<sup>17</sup> Comité CEDAW, Recomendación General Número 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 2010, párr. 10, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement>

<sup>18</sup> La citada Ley General define, en su artículo 21, a la violencia feminicida como “la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”.

pecto al cual se emite la alerta), éstos no han probado ser eficaces en la prevención y combate de este fenómeno.<sup>19</sup>

De 2015 a julio de 2017, se han emitido alertas por violencia de género en contra de mujeres en 90 municipios de 12 entidades federativas, así como medidas especiales para otros 21 municipios, y existen siete solicitudes de alerta pendientes de resolución, relativas a igual número de entidades federativas.<sup>20</sup> Baste señalar que la primera alerta por violencia de género contra las mujeres se emitió (cinco años después de la formulación de la solicitud) respecto a 11 municipios del Estado de México en julio de 2015,<sup>21</sup> y que pese a que la misma ha permanecido vigente por más de dos años, esta entidad federativa continua encabezando la estadística de homicidios en contra de mujeres con el 15.28 % de los casos.<sup>22</sup>

Al respecto, el Comité clarifica que la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para eliminar la violencia de género contra las mujeres es una obligación de carácter inmediato, y que las demoras en su consecución no son justificables bajo ningún supuesto económico, cultural o religioso.<sup>23</sup> Con base en esta interpretación, la declaración formulada por el Estado mexicano al firmar la Convención en 1980, según la cual sus disposiciones serían aplicadas de conformidad con la legislación nacional y la disponibilidad de recursos, aunque no constituyó una reserva en sentido formal, habría quedado completamente desfasada.

Asimismo, como ya se había planteado en la RG19, el Comité explica que los Estados parte pueden incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales como consecuencia de los actos y omisiones de sus agentes, pero también de actores privados.

Respecto a la responsabilidad por actos u omisiones de agentes estatales, el Comité precisa que:<sup>24</sup>

- Incluye las acciones u omisiones de servidores públicos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.
- Que además de garantizar que las leyes, políticas y programas de gobierno no discriminen a las mujeres, los Estados parte deben contar con legislación específica y servicios jurídicos, efectivos y accesibles, para afrontar todas las formas de violencia de género contra las mujeres cometidas por sus agentes, tanto al interior de su territorio como extraterritorialmente.
- Que los Estados deben prevenir tales actos, así como investigarlos, juzgarlos y sancionarlos, además de reparar adecuadamente a las víctimas, teniendo

<sup>19</sup> Al respecto, véase el *Diagnóstico de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como integrante de los grupos de trabajo que dan seguimiento a los procedimientos de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres*, emitido por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en octubre de 2017, el cual está disponible en <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Diagnostico-AVGM.pdf>

<sup>20</sup> Instituto Nacional de las Mujeres, "Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres", información actualizada al 21 de julio de 2017, disponible en <https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/alerta-de-violencia-de-genero-contra-las-mujeres-80739>

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Instituto Nacional de Geografía y Estadística, "Mortalidad. Defunciones por homicidios", datos preliminares correspondientes a enero-diciembre de 2016, disponible en [http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general\\_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=](http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=)

<sup>23</sup> Comité CEDAW, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 21.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrs. 22-23.



en cuenta las las múltiples e interrelacionadas formas de discriminación que puede sufrir una mujer, toda vez que dichas circunstancias provocan que la violencia de género afecte de manera diferenciada a las mujeres.<sup>25</sup>

En materia de responsabilidad por los actos u omisiones de agentes no estatales, el Comité distingue dos supuestos:

- a. Aquéllos que son atribuibles al Estado por tratarse de actos u omisiones realizadas por actores no estatales facultados para ejercer alguna función pública, por ejemplo la prestación de algún servicio público, o bien por haberse realizado siguiendo instrucciones o bajo el control de agentes estatales, tanto al interior del territorio nacional como en el extranjero.<sup>26</sup>
- b. Aquéllos que no son directamente atribuibles al Estado pero respecto a los cuales éste incumple su obligación de actuar diligentemente para prevenir, investigar, enjuiciar castigar y reparar los actos u omisiones de agentes no estatales que constituyen violencia de género en contra de las mujeres, tanto dentro de su territorio como al exterior.<sup>27</sup>

## Las recomendaciones

Finalmente, el Comité formula una serie de recomendaciones en materia de prevención, investigación, enjuiciamiento, castigo y reparación de la violencia de género en contra de las mujeres, respecto a las cuales conviene destacar las siguientes a partir del contexto mexicano, toda vez que si bien se han tipificado las distintas formas de violencia de género contra las mujeres, es innegable que sigue habiendo un largo camino por recorrer a fin de garantizar la protección de las víctimas y su acceso a la justicia y la reparación efectiva.

Contrariamente, en materia de prevención poco se ha avanzado en revertir las causas de fondo de la violencia de género contra las mujeres en México, particularmente las actitudes y prácticas patriarcales y los estereotipos de género, la desigualdad de las mujeres al interior de las familias y las circunstancias que limitan la capacidad de las mujeres para ejercer sus derechos. Por lo tanto, resultan de gran pertinencia las recomendaciones del Comité tendentes a:

- Incorporar contenidos en materia de igualdad de género en los programas educativos de todos los niveles de enseñanza, tanto en el sector público como en el privado.
- Así como la generación de programas de sensibilización y concienciación que promuevan el rechazo de la violencia de género contra las mujeres; la difusión de información sobre los recursos e instancias ante las cuales se pueden denunciar estos actos; el combate a la estigmatización de las víctimas. Dichos programas deben estar dirigidos a la sociedad en general, hombres y mujeres,

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 12.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 24 inciso a).

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 24 inciso b).

pero también a las y los educadores y a todos los servidores públicos involucrados en la atención de estos actos de violencia.

- Medidas encaminadas a garantizar que el espacio público sea seguro y accesible para mujeres y niñas.
- Tomar acciones para fomentar que los medios de comunicación eviten la reproducción de estereotipos de género, así como para que realicen una cobertura adecuada de los casos de violencia de género en contra de las mujeres.
- Implementar la capacitación obligatoria, periódica y efectiva del personal del poder judicial, abogados y abogadas, legisladores, así como agentes encargados de hacer cumplir la ley, incluido personal de salud, en materia de prevención y eliminación de la violencia de género en contra de las mujeres.
- Fomentar la implementación en el sector privado, principalmente el empresarial, de acciones encaminadas a erradicar la violencia de género en contra de las mujeres.

Asimismo, deben mantenerse en constante evaluación todas las medidas destinadas a garantizar la protección de las mujeres denunciantes y testigos de violencia de género antes, durante y después de los procesos judiciales; el acceso efectivo de las víctimas a las instituciones de administración de justicia; la reparación integral y oportuna del daño para las mismas; el registro de información sobre los avances en el combate a la violencia de género contra las mujeres, siempre con la participación activa de las mujeres, de la academia y de organizaciones civiles especializadas en la materia.

### **Comentarios finales**

Toda vez que la violencia de género contra las mujeres sigue siendo un fenómeno presente en todas las sociedades del mundo, si bien con manifestaciones e intensidades diversas, la emisión de la RG35 por parte del Comité CEDAW no solo ha resultado pertinente, sino que era necesaria. Abona no solo en la condena de este tipo de actos postulando que su prohibición es ya una norma consuetudinaria internacional, sino que brinda elementos para exigir a las autoridades nacionales que redoblen sus esfuerzos para erradicarlos, fortaleciendo así el trabajo de las personas, instancias públicas y organizaciones civiles que a nivel nacional están comprometidas con ese objetivo.

El listado de recomendaciones contenidas en este instrumento, brevemente comentadas en este trabajo, constituyen un estándar mínimo conforme al cual se puede verificar si los Estados parte están realizando las acciones necesarias para cumplir el propósito de la Convención y, en su caso, evidenciar y señalar los pendientes o las deficiencias. Por lo tanto, se trata de un instrumento que debe ser estudiado, debatido y –sobre todo– utilizado para incidir en la formulación y evaluación de las políticas públicas, pero, sobre todo, para alcanzar las transformaciones sociales necesarias para que las mujeres puedan efectivamente gozar de una vida libre de violencia.

**Recepción:** 4 de octubre de 2017

**Aprobación:** 23 de octubre de 2017

# Instrucciones a los autores

*Derechos Humanos. México* es una revista académica especializada en derechos humanos, publicada de manera cuatrimestral, que constituye uno de los espacios de difusión de los resultados de la investigación que impulsa la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al tiempo que se encuentra disponible como un espacio de exposición y debate para todo el público interesado en el amplio campo de los derechos humanos. Las páginas de nuestra revista están abiertas a toda la población con el fin de fortalecer la divulgación de la cultura de los derechos humanos.

Con objeto de ofrecer contenidos de actualidad, todas las contribuciones son sometidas a un dictamen en la modalidad “doble ciego” realizado por especialistas, por lo que la persona o personas autoras se comprometen a no someterlos simultáneamente a dictamen en otras publicaciones. La recepción de los artículos no implica la obligación de ser publicados en un número de la revista *Derechos Humanos. México*. En ese sentido, la decisión será exclusivamente de su Comité editorial, con base en los dictámenes elaborados.

Las y los autores de los manuscritos asumen la responsabilidad por el contenido de sus colaboraciones y son quienes garantizan que éstas sean originales e inéditas. Como política para la prevención del plagio, la *Revista Derechos Humanos. México* se reserva el derecho de revisar, mediante el uso de *software* anti-plagio especializado (PLAGIUM), todos los manuscritos enviados a publicación, utilizando los criterios habituales para detectar tales prácticas. En caso de detectar una práctica de plagio, el manuscrito será descartado para su publicación.

La revista solo considerará artículos que sean originales y estén basados en un trabajo de investigación en las áreas disciplinares vinculadas a los derechos humanos. Por lo que no se aceptarán artículos previamente publicados.

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que verifiquen que su remisión cumpla con todos los elementos siguientes. Los trabajos que no cumplan con estas indicaciones, serán devueltos a la autora o autor.

Se recibirán: artículos o traducciones de 25 a 35 cuartillas, ensayos de 10 a 20 cuartillas, comentarios bibliográficos, hemerográficos, jurisprudenciales y cinematográficos que no excedan las 20 cuartillas, así como reseñas de libros no mayores a cinco páginas. Las colaboraciones deben estar capturadas en procesador de palabras (*word*) sin atributos (tabuladores, formato). Los textos deben presentarse en tamaño carta, a doble espacio. En el total de cuartillas deberán estar incluidos: resumen, *abstract*, palabras clave, *keywords*, bibliografía, tablas o cuadros. Se debe incluir una introducción donde se explique la metodología y desarrollo, así como las conclusiones del mismo.

Es necesario incluir el resumen del artículo con no más de 200 palabras en español e inglés, así como una serie de seis palabras clave o descriptores, en español e inglés, del texto a publicar, así como el título del artículo en ambos idiomas.

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de cada autor y no representa el punto de vista de la CNDH. Se autoriza cualquier reproducción parcial o total de los contenidos o imágenes de la publicación, incluido el almacenamiento electrónico, siempre y cuando sea sin fines de lucro o para usos estrictamente académicos, citando invariablemente la fuente sin alteración del contenido y dando los créditos autorales.

Agradecemos su participación, el envío de sus colaboraciones y su confianza en esta revista.

# Instructions for authors

*Derechos Humanos. México* is a quarterly academic journal that specializes in human rights. It provides a forum for the dissemination of research results that is sponsored by the National Human Rights Commission (NHRC) and is open to all interested public for debate and discussion of all human rights-related issues. One of the main goals of this journal is to promote the culture of respect for human rights throughout the population.

In order to provide the readers with high-quality texts on current issues, all submissions to our journal undergo a double-blind peer-review process, and the authors must make a commitment not to submit the same text simultaneously to another peer-reviewed journal. The reception of a material is not a guarantee of its publication on the pages of our journal: the decisions in this regard are made exclusively by the Editorial Committee and are based on the expert opinions provided by specialized peer reviewers.

The manuscript authors assume the responsibility for the contents of their submissions that must be original and unpublished texts. As part of its plagiarism prevention policy, the journal *Revista Derechos Humanos. México* reserves the right to check all submitted texts for signs of plagiarism, using the PLAGIUM software. If one of the standard plagiarism practices is detected, the manuscript in question will be rejected by the journal as unpublishable.

The journal will only consider original works of scholarly research in disciplinary fields linked to the study of human rights. Previously published texts will not be accepted. The authors should ensure that their submissions comply with all of the following guidelines; the manuscripts that do not comply with any of these guidelines will be returned to their authors.

*We accept the following types of submissions:* original articles or translations (25-35 pages), essays (10-20 pages), bibliographic, periodic literature, jurisprudence, and cinema commentaries (up to 20 pages), and book reviews (up to 5 pages). These page limits include the abstract, keywords, bibliography, tables, and figures.

All texts should be presented in Word format, double-spaced, and on letter-sized paper, without tabs and other formatting attributes. They must include: the title (in Spanish and English), an abstract in both languages (up to 200 words), 6 keywords in both languages, and an introduction that mentions research methods, article structure, and its main conclusions.

The authors assume the responsibility for the content of their texts published by the journal; these texts do not reflect the institutional opinions of the NHRC. The authors authorize partial or total reproduction of the text or images that form part of their publications, including its electronic storage, provided that such reproduction and electronic availability have non-profit or academic purposes and that their users fully cite the source of the materials and give appropriate credit to the authors.

We thank you for considering this journal as a venue for publishing your scholarly work.





ISSN: 1870-5448

