

## LAS PERICIALES ANTROPOLÓGICAS, UNA HERRAMIENTA PARA LA HERMENÉUTICA INTERCULTURAL Y LA JUSTICIA PLURAL. REFLEXIÓN A PARTIR DEL CASO DE MÉXICO

Cécile Lachenal

A partir de los años 1990, una “nueva ola” de constitucionalismo se ha venido extendiendo sobre el continente latinoamericano, cuando los Estados deciden incorporar en sus textos constitucionales y legales el reconocimiento de los sistemas normativos y de las formas de justicia existentes en las sociedades indígenas que habitan sus territorios nacionales. Esta juridicización de las políticas indígenas de los Estados nacionales plantea el reto de la construcción de una justicia plural que tome en cuenta la diversidad cultural, sea ésta entendida en sus aspectos estrictamente culturales (lengua, costumbres), o bien en sus aspectos normativos (sistemas normativos, costumbres jurídicas, derechos consuetudinarios). Así, este fenómeno de juridicización se acompaña de un movimiento paralelo, el de la judicialización de las políticas indígenas, hecho que ha venido a significar un verdadero y profundo cambio paradigmático del Estado de derecho hacia la sociedad de derechos<sup>1</sup>. En este nuevo contexto, en el cual las exigencias indígenas están expresas, con ciertos límites, en términos de derechos, el juez se vuelve actor central del sistema político y jurídico, desplazando la figura tradicional del legislador y debiendo dejar su tradicional rol de Júpiter para adoptar la compleja vestimenta de Hermes<sup>2</sup>. Es decir, el juez ya no es la “boca de la ley” como lo concebían Montesquieu y el normativismo positivo, ni tampoco es el juez social concebido por la escuela

---

1 Lachenal, Cécile, (2007). *Coutume indigène et État de droit au Mexique. Une étude à partir du cas de l'État de Oaxaca*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Paris 3-Sorbonne Nouvelle.

2 Estos modelos de jueces –Júpiter y Hermes– están tomados de François Ost en Ost, François, (1993). *Jupiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y derecho*, Doxa (14).

### Hacia sistemas jurídicos plurales

sociológica realista norteamericana en la que triunfa lo particular sobre la generalidad de la ley. La figura de Hermes es muy interesante porque evoca un juez traductor, un juez mediador entre la dimensión interna del derecho y su dimensión externa. Esto significa que los jueces tienen la difícil tarea de mediar entre la sociedad y el derecho, y, por consecuencia, de imaginar, interpretar las normas, y construir una nueva hermenéutica a partir de un derecho que se parece más a una red de normas que a la tradicional pirámide kelseniana.

Sin embargo, el espacio de la construcción de la verdad legal está relativamente hermético a las ciencias sociales<sup>3</sup>. Y si, por lo general, cualquier funcionario puede aceptar su desconocimiento sobre temas como la medicina, los tiempos requeridos para asegurar el cultivo de hongos, o la crianza de animales de corral, es difícil en cambio que acepte que una manifestación cultural, por su carácter no material, sea un hecho complejo que se tenga que interpretar a la luz de una forma diferente de concebir la realidad, de relacionarse con su entorno físico o de entender formas de organizarse y relacionarse en grupo.

A pesar de estas resistencias, algunas disciplinas sociales ya forman parte de las herramientas utilizadas en los procesos judiciales. Citemos como ejemplos a la antropología física, empleada para la medicina forense; a la lingüística, para las cuestiones de traducción e interpretación; y a la antropología jurídica, utilizada cada vez más para los análisis de sistemas normativos indígenas.

En primer lugar, vamos a presentar los diferentes tipos de pruebas periciales antropológicas que resultan útiles en los procesos judiciales que involucran a personas y/o pueblos indígenas, y posteriormente tocaremos la cuestión del valor del peritaje antropológico.

## Formas y contenidos del peritaje antropológico

Consideramos que las periciales que resultan de interés e utilidad en los procesos judiciales que involucran a personas o pueblos indígenas son de dos tipos: la pericial cultural y la pericial jurídico-antropológica,

---

3 Con la excepción reciente de la psicología y la psiquiatría, que son las únicas ciencias humanas que han podido alcanzar cierta aceptación gracias a que sus conocimientos se valoran a partir de cánones de aprendizaje hegemónicos y universales. Para una crítica de la relación psiquiatría-derecho, ver Foucault, Michel, 1978. *Moi, Pierre Rivière*, Paris, Seuil.

que generalmente son subsumidas bajo el nombre de pericial antropológica. ¿Por qué distinguir estas dos periciales?

El peritaje cultural representa una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite ver, desde la perspectiva cultural del defendido, los hechos y las valoraciones que se hacen de ellos.

El peritaje jurídico-antropológico se constituye en la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el cual los sistemas normativos indígenas difieran del derecho nacional; es decir, que no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio.

Sin embargo, cabe advertir que no todos los indígenas involucrados en procesos judiciales requieren de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, ya que no todos los litigios están relacionados con una circunstancia cultural o una circunstancia normada o institucionalizada por la comunidad. Por ejemplo, un delito contra la salud que implique tráfico comercial de drogas no responde a ninguna práctica propia y normada de la comunidad, sino que, por el contrario, lo más probable es que también en el ámbito comunitario esté prohibida esa conducta. En cambio, cuando el uso de psicotrópicos está relacionado con un evento ceremonial, ritual o curativo, debe considerarse el componente cultural. No se está afirmando aquí que se deba hacer una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho debe contemplar la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo permitido y lo prohibido.

Como ya se ha mencionado, el tipo de peritaje que el defensor solicita debe ser definido en función del caso defendido, así como de la estrategia de defensa que decida implementar el defensor.

### ***A. El peritaje cultural***

El antropólogo, dentro de sus opiniones, debe explicar puntualmente los contextos culturales por los que un indígena porta un arma de fuego, o recolecta huevos de tortuga o caza iguanas. Son situaciones que

Hacia sistemas jurídicos plurales

desde el punto de vista legal, están calificadas como ilícitas, por poner en peligro el bien jurídico tutelado (sociedad, recursos naturales, etc.), pero que desde la cosmovisión indígena responden a una razón elemental de supervivencia y a formas sociales históricamente usuales y funcionales para asegurar la vida del grupo. En todo caso, el perito no sólo debe de contar con conocimientos del caso judicial, sino también con capacidad de visión interpretativa, para que puede realizar el ejercicio de plantear la aplicación de la ley de una cultura a otra, es decir, para que pueda hacer entendibles, para los actores del sistema judicial positivista, los sistemas que norman las conductas en una comunidad indígena y su interrelación con las personas indígenas indiciadas en el proceso judicial.

En otras palabras, el objeto de un peritaje cultural<sup>4</sup> es fundamentar, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, “la costumbre”<sup>5</sup>, traducir de manera comparada las explicaciones de una cultura a otra, y aclarar cuáles son las situaciones que se derivan dentro de una comunidad por el cumplimiento o incumplimiento en función del colectivo. El perito debe estar consciente de que aun cuando su trabajo se elabore a partir de una metodología objetiva y con principios éticos, el sujeto sometido a proceso está siendo juzgado en un procedimiento regido por parámetros que no son propios de su cultura y que el documento de peritaje es parte de ese sistema, por lo que en ocasiones es preciso decidir si es pertinente que el especialista sea quien emita la opinión o si pudiera ser un perito práctico (autoridad de la comunidad o integrante de la misma), que quizás podría tener mayores elementos para hablar sobre las formas específicas de organización o de resolución de conflictos.

El peritaje cultural de ninguna manera debe presentarse como un conglomerado de datos etnográficos sobre la cultura general del implicado, ni tampoco sobre cuestiones de comportamiento personal, ya que no es la cultura (como producto social) la que está en *tela de juicio*. Deberá versar más bien sobre las situaciones específicas y las argumentaciones deben ser claras y directas. Para conseguirlo, es necesario contar con un cuerpo de preguntas que fijen cuál es el motivo de la investigación y la situación particular que se desea esclarecer.

4 Dicho peritaje es conocido como peritaje antropológico.

5 Que es el conjunto de conceptos de tipo normativo cuyo cumplimiento implica una obligación o prescripción para quien la debe realizar y que tiene una aceptación más o menos amplia en la comunidad.

Inmerso en este tipo de opiniones está el peritaje de identidad, mediante el cual se pide al antropólogo acreditar la identidad o reconocer si alguien puede o no ser considerado indígena. Este tipo de preguntas implica adentrarse en un conflicto ético: primero, porque presupone una nueva forma de discriminación, y en segundo término porque aun cuando se pueda tener la capacidad teórica para determinar y dar un sí o un no como respuesta, esto implicaría casi establecer un fenotipo indígena y uno no indígena. El peritaje en este sentido podría ser pertinente si existiera duda de su pertenencia a un pueblo indígena, después de que un individuo se declarara como perteneciente a una u otra cultura. Pero la realidad nos dice que la mayoría de este tipo de peritajes es resultado de una interpretación errónea, por parte de los funcionarios de la administración pública, acerca del papel que cumple la antropología en función de los derechos indígenas. En realidad, el objetivo no es definir la pertenencia (identidad) sino más bien aportar una explicación de una actitud del acusado a partir de la comprensión de la cultura de su colectivo.

Otro error frecuente es argumentar a partir de consideraciones acerca de la identidad indígena como resultado del aislamiento geográfico, de la situación económica precaria o del nivel educativo del acusado. Estas situaciones no deben formalizarse, en primer lugar, porque las ciencias sociales han mostrado que la identidad es algo más complejo que una serie de características objetivas atribuidas, generalmente por agentes externos, a dicha cultura/identidad, y en segundo lugar, porque entre los derechos ya reconocidos a los pueblos indígenas, a partir del Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para Pueblos Indígenas y Tribales, se considera que el criterio fundamental de la definición de la identidad es la autoadscripción (y su corolario, el reconocimiento de la pertenencia del individuo por parte de su comunidad), así como la supervivencia de la cultura, y las formas de organización social, política, económica y jurídica del indígena.

Llevar a cabo esta labor y llegar a su consideración a partir de criterios culturales no es de ningún modo tarea fácil, ya que el sistema nacional positivista está sostenido por siglos de etnocentrismo y de una valoración evolucionista que permea la conciencia del colectivo. Por lo tanto, a largo plazo, el peritaje busca coadyuvar en la transformación de los paradigmas que actualmente existen, en la sociedad en general y en los medios judiciales en particular, para valorar las culturas.

### *Hacia sistemas jurídicos plurales*

El peritaje cultural es útil para los casos que involucran comportamientos del acusado que no pueden ser relacionados con el sistema normativo de la comunidad indígena a la cual pertenece, pero que sí pueden ser explicados por el contexto cultural en el cual el acto se desarrolla, por ejemplo, los asesinatos cometidos por motivo de brujería, o de venganza, o ciertos casos de posesión de estupefacientes. En estos casos, el peritaje cultural permite dar cuenta de la diferencia cultural para explicar la conducta del acusado, de una manera equiparable a un peritaje psicométrico, que da cuenta del estado psicológico en el cual actuó el acusado. Estos peritajes sirven entonces para entender las circunstancias de hecho en las cuales sucedió la conducta inculpada, y permiten estructurar una estrategia de defensa basada en la imputabilidad, es decir en el elemento de la culpabilidad. Se puede entonces buscar la exclusión del delito sobre la base del artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal, o de la fracción VIII, inciso b), o la fracción IX.

La utilidad de un peritaje cultural en un juicio penal permite revelar la “verdad real” de los hechos pues atiende al significado cultural de los hechos y a su valoración diferenciada.

### ***B. El peritaje jurídico-antropológico***

El peritaje jurídico-antropológico sirve al defensor como herramienta para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece. Es decir, este peritaje permite efectuar un salto cualitativo en la argumentación de defensa del indígena procesado: de combatir la culpabilidad se pasa ahora a combatir la antijuridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado sino en la conducta en sí misma. La estrategia de defensa se enfoca entonces sobre las causas de justificación para la exclusión del delito (Artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, o artículo 14 del Código Penal del Estado de Oaxaca).

En esta perspectiva, el peritaje jurídico-antropológico se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas<sup>6</sup> al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las re-

---

<sup>6</sup> Reconocido por el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

laciones sociales de las comunidades indígenas. Del mismo modo, este tipo de peritaje se constituye en un instrumento de traducción de un lenguaje al otro, o de una lógica cultural a otra: del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia, al lenguaje especializado del juez y a la lógica jurídica del derecho positivo.

### *1. Razón de ser del peritaje jurídico-antropológico*

En las comunidades indígenas, como en todas las sociedades, lo jurídico o normativo corresponde a un sistema propio de representaciones, valores y principios, que dan su cohesión al grupo social del cual emanan, y le permiten crear instrumentos para regular sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

Si en las sociedades con Estado, lo normativo se desarrolló como un sistema autónomo y autorreferido, en el cual las reglas están concebidas de manera abstracta y se expresan por escrito, en las comunidades indígenas lo jurídico o lo normativo no se constituyó como un sistema separado o abstraído de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, sino que está incrustado en ellas. Esto no debe ser interpretado como una ausencia de normas ni como una forma de arbitrariedad. Es solamente que las sociedades indígenas eligieron expresar lo jurídico de una forma distinta a la occidental. Así, al contrario del derecho positivo, que puede estar consignado en códigos, leyes y ordenamientos escritos, lo jurídico de las comunidades indígenas se expresa de manera oral y casuística.

Por otro lado, lo normativo, entendido como las formas propias de cualquier sociedad de organizarse a través de instituciones legítimas, regularse y resolver sus conflictos, se ha preservado y desarrollado en las comunidades indígenas en un espacio más o menos amplio, producto de las relaciones asimétricas de poder y de las formas corporativas de integración de las comunidades indígenas al Estado mexicano.

El peritaje jurídico antropológico se constituye así en una herramienta fundamental para entender el carácter jurídico de ciertos discursos y prácticas culturales de las comunidades indígenas. En el sistema del derecho positivo, para conocer una norma, para saber qué conducta está permitida, prohibida o es obligatoria, se recurre al Código Penal y a otros ordenamientos escritos que definen tipos penales especiales.

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

En cambio, para conocer lo jurídico de las comunidades indígenas, es decir sus sistemas normativos internos, el dictamen jurídico antropológico se constituye en la herramienta necesaria para conocer las normas, las instituciones, los procedimientos, las sanciones, en fin, lo que está prohibido, lo que está permitido y lo que es obligatorio y quién está facultado para exigir la observancia de estas conductas en la comunidad estudiada.

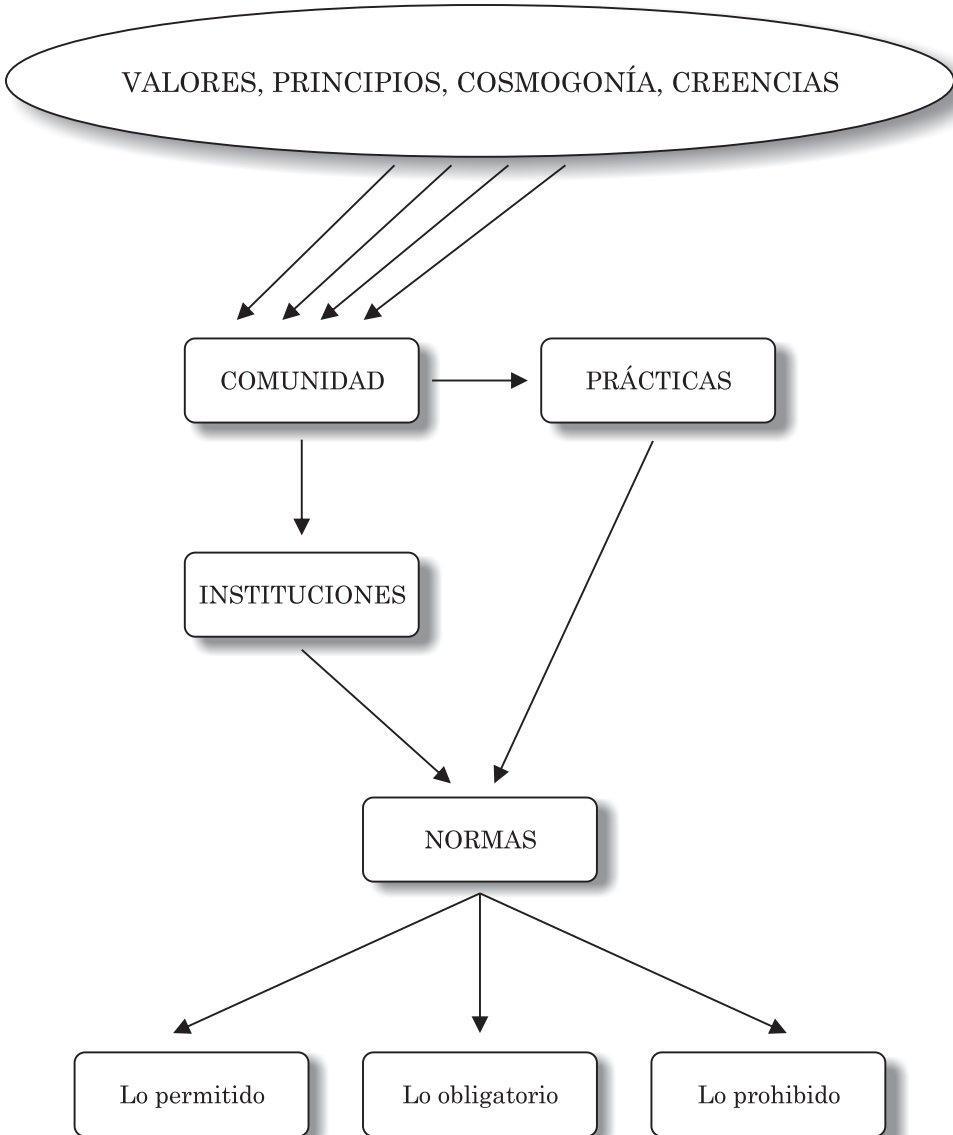
Si entendemos que el sistema normativo es un conjunto de instituciones, procedimientos y normas, el objetivo del dictamen jurídico antropológico es conocer la licitud, o ilicitud, de una conducta, de acuerdo con el sistema normativo en cuestión, que puede ser diferente del derecho positivo. Para tal efecto se deben considerar tres elementos que nos permitirán establecer y comprobar la existencia y vigencia de un sistema normativo interno en una comunidad:

- a. La existencia de instituciones y autoridades legítimas en el interior de la comunidad, es decir, la existencia de una estructura político-jurídica que tenga por función organizar las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales en su esfera de competencia. Estas instituciones son legítimas porque son electas, o en su caso nombradas, por los miembros de la comunidad, según un proceso propio y conocido de la comunidad (que incluso goza de reconocimiento constitucional y legal).
- b. La existencia de varios tipos de procedimientos, de carácter público (es decir conocidos por los miembros de la comunidad), oral y flexible, para regular las actividades internas de la comunidad y para resolver los conflictos que se presentan en su ámbito, incluso para sancionar a los infractores del orden social.
- c. La existencia de normas que, aunque no tengan una formulación escrita y estricta, tienen cierto grado de generalidad y de abstracción, lo que permite que sean enunciadas e inculcadas, ante y entre la comunidad, por la respectiva estructura político-jurídica y por los grupos familiares, y que sean exigibles y aplicables cuando surjan distintos casos de índole similar.

El esquema siguiente permite mostrar que si bien las normas internas de las comunidades indígenas no son explicitadas de la misma manera que en el sistema positivo nacional, sí reúnen los elementos que definen una normatividad e integran un sistema normativo.



## CULTURA



### Hacia sistemas jurídicos plurales

Los valores, principios, creencias y cosmogonía son los elementos que conforman la cultura del grupo indígena, su forma de concebirse; ellos le dan un sentido, o razón de ser, al pueblo. Esta cultura se “aterriza” en la comunidad y da lugar así a prácticas e instituciones propias. Algunas prácticas, por su carácter reiterado (costumbres) y adecuado a las situaciones en las cuales se dan, se vuelven normas de comportamiento, que definen las conductas permitidas, obligatorias o prohibidas, y son las que las autoridades de la comunidad van a hacer respetar. Las normas comunitarias surgen también de decisiones de las autoridades de la comunidad frente a situaciones y conflictos nuevos.

Este conjunto de instituciones/autoridades, normas y procedimientos, que conforma el sistema normativo indígena, se encuentra, como todos los sistemas normativos, sustentado por la finalidad de permitir la reproducción social y cultural de la comunidad.

## 2. La antropología jurídica como metodología para la elaboración del peritaje jurídico-antropológico

Desde hace varios siglos, en México, al igual que en los demás países de América Latina, la cultura jurídica está dominada de forma amplia, aunque no exclusiva, por el sistema escrito. En cambio, la mayor parte de las sociedades indígenas experimentan formas de comunicación —que incluyen sus formas de hacer justicia y de resolver los conflictos— fundadas sobre la oralidad<sup>7</sup>. Ésta oralidad se expresa tanto en el plano estrictamente jurídico (las normas y los modelos son inculcados a través de discursos), como en el plano judicial (los conflictos son resueltos a través de la discusión y de la palabra, es decir del discurso).

El carácter oral de lo jurídico en las comunidades indígenas representa un desafío para la documentación del sistema normativo indígena.

Para acercarse de manera más completa al fenómeno jurídico, el antropólogo jurídico debe combinar varios métodos, como el análisis institucional y la observación de las conductas en la sociedad estudiada. El análisis institucional se preocupa por las formas manifiestas y explícitas de las relaciones sociales y jurídicas. Este método permite mostrar

---

7 También fue el caso del antiguo derecho romano, cuyo adagio afirmaba “*Taurorum cornua funes, verba ligant homine*,” (“Se liga a los toros por los cuernos, a los hombres por la palabra”), en Rouland, Norbert. *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, p. 167.

cuáles son las instituciones que existen en la comunidad y qué funciones cumplen. Sin embargo, este análisis puede llevar a resultados parciales para el estudio de sociedades donde predomina lo oral y las formas casuísticas de resolver los conflictos. Por ello es necesario combinar dicho análisis con la observación de los comportamientos que sostienen, junto con las representaciones, el derecho en las sociedades indígenas.

Todas las sociedades, cada una a su manera, dividen los hechos sociales entre lo justo y lo injusto a través de procesos de juridicización; lo hacen de manera explícita en los discursos y de manera implícita en los comportamientos, con lo cual definen una frontera entre las conductas que cada sociedad admite y las que rechaza y las situaciones en que lo hace. Es entonces necesario tomar en cuenta tres factores:

- Primero, la visión de lo justo e injusto depende del lugar que ocupan grupos e individuos en la jerarquía social. Se necesita entonces determinar la jerarquía de grupos, poderes y valores.
- En segundo lugar, el derecho concierne sólo a los hechos sociales que los diversos grupos sociales consideran como esenciales para la reproducción de la vida social en los planos biológico, ecológico e ideológico.
- En tercer lugar, se debe observar los comportamientos jurídicos, situarlos en relación con los discursos y representaciones, y precisar sus modalidades de interacción.

De esta manera, la descripción de los comportamientos permite una mejor interpretación de las instituciones.

A partir de estos elementos, el antropólogo jurídico se dedica a explicitar el sistema normativo de una comunidad indígena, traduciéndolo de la lógica nativa a la lógica cultural con que el jurista occidental categoriza “lo jurídico”.

## **Valor del peritaje**

La necesidad de los peritajes, tanto el cultural como el jurídico-antropológico, surge del reconocimiento constitucional de la validez de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas para resolver sus conflictos internos (en México, artículo 2º de la Constitución Política, apartado A, fracción II), así como del derecho a

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

que sean tomados en cuenta estos sistemas normativos en los procesos judiciales en los cuales estén involucrados indígenas (artículo 2º de la Constitución Política de México, apartado A, fracción VIII).

### *A. Naturaleza jurídica del peritaje*

De manera general, el peritaje y los peritos (las personas que realizan los peritajes) están contemplados en los códigos de procedimientos penales, en las secciones relacionadas con los medios de prueba<sup>8</sup>; es decir, el peritaje está contemplado como un medio de prueba. Dentro del universo de peritajes que pueden ser solicitados en un proceso judicial no existe un número ni un tipo de temas preciso; así, las posibilidades son amplias, casi tanto como los quehaceres o especialidades humanas existentes.

El peritaje se desarrolla a solicitud de los diferentes actores de un juicio, bien sea el implicado, el defensor, el ministerio público o el juez. Desde un punto de vista técnico, el objetivo de los peritajes de cualquier especialidad es proporcionar una explicación de un fenómeno cuyo entendimiento es clave para el proceso pero que requiere de una competencia técnica particular. El peritaje busca robustecer o clasificar cuestiones técnico-científicas, o desentrañar dudas y contradicciones de alguna rama del conocimiento.

En la teoría de la prueba, el peritaje está clasificado como medio de prueba complementario o accesorio, junto con el careo, la confrontación, la inspección y la reconstrucción del hecho o la conducta, para distinguirlo de los medios fundamentales o básicos, como son las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de los terceros llamados testigos. El peritaje es diferente de un testimonio, ya que al perito se le pide un criterio, una apreciación, y no un relato, como sí se hace con los testigos. En realidad, el perito es un auxiliar de los órganos de justicia; dentro de la relación procesal no es posible ubicarlo en el mismo plano de los sujetos autores de la trilogía de los actos esenciales del proceso (acusación, defensa y decisión): él es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnico-científicos materia del proceso.

---

<sup>8</sup> En México, la cuestión de los peritos y de los peritajes está contemplada en el Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) sobre la prueba, capítulo IV, artículos 220 a 239.

El peritaje en los asuntos que involucran a personas indígenas es indispensable, dado que, por lo regular, la conducta o los hechos considerados delictuosos, o las circunstancias en que se llevaron a cabo, exigen medios científicos para su explicación y comprobación, para poder así establecer la tipicidad o atipicidad o cualquier otro aspecto relacionado con el delito y su probable autor.

### ***B. Valoración del peritaje***

En el caso de México, la valoración del peritaje está señalada en el CFPP, en el artículo 288: “Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso”. Además, el derecho a que se tome en cuenta la diferencia cultural (reconocido por el artículo 2° constitucional) obliga al juez a valorar peritajes que refieren a la diferencia cultural respecto a sistemas normativos, especificidades culturales, costumbres, etc.

En el CPP de Oaxaca no existe referencia explícita a la valoración del peritaje. Sin embargo el artículo 354 señala:

*El valor judicial de las pruebas queda sujeto a la apreciación que de ellas hagan los tribunales, quienes, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las aportaciones en autos, hasta el grado de poder considerar que prueban plenamente la existencia de los hechos y circunstancias que son materia del proceso.*

No obstante, más allá del valor normativo de la prueba pericial, el juez debe considerar que aquella tiene dos funciones primordiales en los procesos judiciales en los cuales están involucrados indígenas: la técnica, que ayuda a verificar hechos o circunstancias, y la orientadora, que le permite formarse opiniones sobre esos hechos y circunstancias. Aunque el juez goza de libertad suficiente para valorar el dictamen pericial, ello no es sinónimo de arbitrariedad sino de valoración, lo que implica un razonamiento suficiente para justificar por qué se acepta o se rechaza el dictamen. El artículo 290 del CFPP lo precisa al afirmar: “Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba”. Esta aseveración permite responder a una crítica frecuentemente dirigida

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

al peritaje, y en especial al peritaje antropológico, consistente en cuestionar el papel del perito en el sentido de que él mismo estaría creando el derecho de los pueblos indígenas. Esta reflexión es válida desde un punto de vista teórico, y de hecho se articula con las reflexiones más generales sobre el papel de los observadores sociales en las sociedades que estudian y con el carácter del lenguaje científico. Sin embargo, nos parece que en la perspectiva pragmática que nos ocupa, esta cuestión desaparece precisamente por efecto del contenido del artículo 290 del CFPP, que deja a consideración de los jueces la valoración de la prueba pericial. Esto significa que el peritaje antropológico, sea cultural o jurídico-antropológico, no puede sustituir el trabajo hermenéutico de los jueces; sólo se constituye como un elemento de explicación, cuya fuerza probatoria, en la teoría de la prueba que rige el proceso penal en México, depende de la interpretación que de ello quiera hacer el juez.

Es precisamente dentro de este trabajo de interpretación donde encontramos al “juez Hermes”, al mediador que debe construir la verdad legal a partir de una pluralidad de normas que ya no conforman la sencilla pirámide bajo la cual se representaba al derecho en el paradigma de la modernidad jurídica, sino que forman una red compleja, entrelazada, de normas provenientes de diferentes fuentes, sean de los pueblos indígenas o del sistema internacional de derecho. En verdad, la pluralidad jurídica y la interculturalidad son características del paradigma del posmodernismo, que exigen una nueva hermenéutica basada en el diálogo intercultural; de ahí que el peritaje antropológico constituya una herramienta imprescindible para desarrollar las nuevas capacidades hermenéuticas interculturales que se necesitan de parte de los operadores de justicia.



Este trabajo forma parte del siguiente libro:

Huber, Rudolf *et al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.