

Jurisdicción especial indígena aplicable a adolescentes en conflicto con la ley penal en México*

Special indigenous jurisdiction applicable to adolescents in conflict with criminal law in Mexico

Javier Gómez Cervantes**

RESUMEN

El Código Nacional de Procedimientos Penales, establece la posibilidad de que en determinados casos, los adultos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas que vulneren el orden penal, sean juzgados en un procedimiento especial por las propias autoridades originarias. Por su parte, la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal, ha sido construida con base en principios propios y sobre el particular, la legislación nacional correspondiente no contempla expresamente la posibilidad de su aplicación. Por tales razones, el presente artículo se enfoca en establecer los motivos por los cuáles es necesario que opere en determinados supuestos la jurisdicción especial indígena en tratándose de adolescentes en conflicto con la ley penal, desde una perspectiva de derechos humanos, para lo cual se emplea una metodología de carácter documental.

PALABRAS CLAVE

Derecho indígena, pluriculturalismo, justicia especializada para adolescentes, derechos humanos, justicia restaurativa.

ABSTRACT

The National Code of Criminal Procedures establishes the possibility that in certain cases, adults belonging to indigenous peoples and communities who violate the criminal order, be judged in a special procedure by the original authorities themselves. For its part, justice for adolescents in conflict with criminal law, has been built based on its own principles and on the subject, the corresponding national legislation does not expressly contemplate the possibility of its application. For these reasons, this article focuses on establishing the reasons why it is necessary for the special indigenous jurisdiction to operate in certain cases in the case of adolescents in conflict with criminal law, from a human rights perspective, for which it is used documentary methodology.

KEYWORDS

Indigenous jurisdiction, multiculturalism, specialized justice for adolescents, restorative justice.

*Artículo de investigación postulado el 20 de septiembre de 2022 y aceptado el 28 de febrero de 2023.

**Juez de Impugnación para Adolescentes en el Poder Judicial de Guanajuato, México. (javiergomex@gmail.com),
orcid.org/0000-0002-6404-2096

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

SUMARIO

- 1.- Introducción
- 2.- Pluralismo jurídico
- 3.- Jurisdicción indígena y adolescencia
- 4.- Criterios para la procedencia del fuero indígena
- 5.- Límites a la jurisdicción indígena
- 6.- Justicia indígena y derechos humanos
- 7.- Rasgos comunes entre jurisdicción indígena y justicia para adolescentes
- 8.- A modo de conclusión

1.- INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, es un instrumento jurídico de carácter internacional compuesto por 54 artículos relacionados con derechos civiles, políticos, económicos y sociales, mediante el cual se reconoce a la infancia y adolescencia como sujetos plenos de derechos, en un ámbito de protección integral reforzado por su calidad de personas en desarrollo.

En lo que respecta a los adolescentes en conflicto con la ley penal, el 12 de diciembre de 2005, México adopta a nivel constitucional este enfoque de derechos humanos, al reformarse el artículo 18 de la Carta Magna, con lo que se crea el Sistema de Justicia para Adolescentes, sustentado en un marco jurídico en el que su piedra angular es la prevalencia de su interés superior, entendido como el principio sobre el que debe descansar cualquier actuación de toda autoridad que interviene en la materia y que garantiza que la misma será acorde a sus necesidades y con plena garantía a sus derechos.

100 Dentro de los principios esenciales de este sistema de justicia, aplicable a las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad, se encuentra la observancia del principio de legalidad penal, razón por la cual el adolescente solo puede ser sancionado por conductas delictivas y de ninguna forma por encontrarse en situación de riesgo social, ello, en un marco jurídico en el que permean las garantías del debido proceso y en el que se aplican los principios del sistema acusatorio contemplados en la propia Carta Magna.

También se establece la existencia del principio de especialización de las autoridades que intervienen en la materia, para que en toda actuación se respeten los derechos reforzados de los adolescentes. Tiene vigencia el principio de mínima intervención, por medio del cual se privilegian mecanismos tendientes a

evitar que la persona adolescente tenga contacto con la autoridad ya sea policial, investigadora o judicial, debido a los riesgos que representa su institucionalización, razones por las cuáles se privilegia la justicia restaurativa que ha sido entendida como: “una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes”.¹

Debido a los efectos perniciosos que implica el encierro en las personas, lo que se maximiza respecto a la adolescencia, la privación de la libertad es considerado el último recurso existente en este sistema, en el entendido que solamente debe tener aplicación cuando no sea posible su encausamiento mediante la imposición de medidas no privativas de libertad.

Por las anteriores razones, la justicia para adolescentes, responsabiliza al adolescente que comete alguna conducta delictiva, en un marco de respeto a sus derechos, alejándose de concepciones de carácter netamente retributivo, sino que busca ante todo promover su reintegración social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, lo que significa conducirlo por caminos que le aseguren una función constructiva en la sociedad.

Derivado de lo anterior, el ordenamiento positivo que rige en México respecto a los adolescentes que cometen conductas delictivas es la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, expedida por el Congreso de la Unión, debido a la facultad otorgada al respecto por la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución.

Dicho ordenamiento contiene disposiciones de carácter orgánico, como las relativas a la especialización de los funcionarios que intervienen en el sistema, sin soslayar cuestiones concernientes al derecho sustantivo penal, derecho procesal, derechos humanos, ejecución de medidas, entre otras consideraciones de importancia. En lo no contemplado por dicho ordenamiento, rige una cláusula de supletoriedad, que en los términos del artículo 10 dispone la aplicación de las leyes penales, el Código Nacional, la Ley de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional de Ejecución Penal y la Ley General de Víctimas, siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio del adolescente.

Respecto al tema de la supletoriedad, existen ciertos temas que suscitan amplios debates y posturas encontradas. Por citar un ejemplo, en torno a la aplicación del procedimiento abreviado, que no se encuentra regulado en dicha ley,

¹ Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, 2011. [Consulta 3 de septiembre de 2022], [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

aunque sí en los artículos 201 a 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales y que consiste en la renuncia al juicio oral a cambio de una medida de sanción benéfica al aceptar su responsabilidad en el hecho; hay quienes se decantan por su procedencia, con sustento en que se trata de una garantía para el adolescente,² mientras que otros, niegan tajantemente su aplicación.³

No es el objeto de estudio del presente artículo la adhesión a una u otra postura, además de que entrañaría un particular análisis sobre la naturaleza y alcances del instituto procesal en cuestión, sin embargo, representa una muestra de lo compleja que resulta esta materia, construida con base en derechos humanos y en la que resultan trascendentales los tratados internacionales específicos de la infancia y adolescencia.

Por las anteriores razones, el presente artículo se enfocará en establecer si el procedimiento especial indígena contenido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que no se encuentra expresamente regulado en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, es aplicable específicamente en esta materia, tomando en consideración el trato especializado que se debe dispensar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, desde el derecho internacional de los derechos humanos y las posibles incompatibilidades existentes con respecto al derecho aplicable en los pueblos originarios, ello con base en una metodología de carácter documental.

2. PLURALISMO JURÍDICO

El Estado pluricultural y multilingüe es aquél que propicia las condiciones para que los pueblos indígenas, afrodescendientes y otras poblaciones social y económicamente discriminadas ejerzan plenamente sus derechos, su identidad, su historia, su cultura y su modo organizativo, en beneficio de todos los habitantes y de la construcción de la unidad del Estado.⁴

² Joya Cruz, Lucía, “El procedimiento Abreviado como parte del Sistema de Justicia para Adolescentes” *Revista Kanan*, Núm. 10, Año 7. Septiembre - Diciembre 2021 [Consultada 23 de agosto de 2022], [Disponible en <https://revistas.uvp.mx/index.php/kanan/article/view/127>]

³ Beloff, Mary, et al, “La justicia juvenil y el juicio abreviado” *Diario La Ley*, Año LXXIX, N° 73, Buenos Aires, pp.1-8, el 22 de abril de 2015. [Consultada 23 de agosto de 2022], [Disponible en: <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Mary-Beloff-Juicio-abreviado-y-justicia-juvenil-La-Ley-22.4.2015.pdf>] Desde este enfoque, el derecho penal juvenil tiene una construcción específica, en el entendido de que el adolescente no está en condiciones de formarse un juicio propio que excluya otras opiniones expertas respecto de la aceptación de una negociación, además de que es incompatible con el principio de especialidad y a la finalidad de reintegración social.

⁴ Diccionario panhispánico del español jurídico. [consultada 3 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/estado-pluricultural-y-multiling%C3%BCe>]

Con este enfoque se pretende garantizar la igualdad entre los pueblos indígenas y comunidades equiparables,⁵ en relación con las sociedades estructuradas desde una perspectiva occidental, partiendo de la idea que lejos de tratarse de culturas antagónicas, coexisten en un mismo espacio territorial y estas diferencias por el contrario, enriquecen enormemente a la nación.

La Constitución mexicana en su artículo 2º, reconoce esta configuración pluricultural, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que habitaban en el actual territorio mexicano al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Esta conformación, de 68 pueblos indígenas, cada uno con su propia lengua original, representa una población de 23.2 millones de personas mayores de tres años que se auto identifican como indígenas, lo que equivale a 19.4 % de la población total.⁶

Conforme a dicho dispositivo constitucional, se entiende que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres, por lo que se garantiza el derecho de estas comunidades a la libre determinación y en consecuencia, a la autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural y aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

Ahora bien, por obviedad, los habitantes de las comunidades indígenas, gozan de los derechos humanos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales en la materia ratificados por el Estado mexicano, en los términos del artículo 1º constitucional. Sin embargo, debido a sus condiciones especiales de vulnerabilidad y difícil acceso a la justicia, se debe partir de una salvaguarda reforzada de sus prerrogativas, a tono con disposiciones de carácter internacional concernientes en la materia tales como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes y la Declaración de los Derechos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

De esta manera, es preciso que se respete el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a la igualdad y no discriminación, a la identidad

⁵ Reconocidas en el artículo 2º constitucional apartado B, fracción IX, tratándose de pueblos y comunidades cuyas identidades culturales, al igual que las de los pueblos indígenas, están íntimamente ligadas a sus territorios y los recursos naturales donde habitan.

⁶ INEGI [Consultada 4 de septiembre de 2022], [Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

e integridad cultural, a conservar y preservar su lengua, a la participación y consulta, al desarrollo económico, así como a otras prerrogativas que les son inherentes.

Especial consideración merece la inalienable garantía de los miembros de las comunidades originarias al acceso a la jurisdicción del Estado. Para garantizar este derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Carta Magna, tal como se precisa en la fracción VIII del apartado A) del artículo 2° constitucional.

Por estas razones, en los procesos de carácter penal y por antonomasia en aquellos relativos a la justicia para adolescentes, las personas indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos en todos los actos procesales por defensores que tengan conocimiento de su lengua, dialecto y cultura⁷. Sin embargo, en México existen serias dificultades para que exista un adecuado acceso de los habitantes de pueblos indígenas a la justicia. Ello se debe a los altos niveles de marginalidad económica, política y social prevalecientes en dicho sector de la población y además al hecho de que la jurisdicción ordinaria se aleja de la cultura, valores, tradiciones, educación e identidad de los pueblos originarios.

Por tales razones, la Carta Magna, además del acceso a la jurisdicción ordinaria, reconoce en el artículo 2° Constitucional una jurisdicción especial aplicable a quienes tienen conciencia de su identidad indígena, misma que es administrada por las propias autoridades de cada comunidad, formando un conjunto de disposiciones y procedimientos propios que garantizan a sus integrantes la solución de los conflictos internos. La existencia de esta jurisdicción especial, obedece a la obligación constitucional y convencional que el Estado Mexicano tiene respecto a respetar, proteger y garantizar la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas.

3.- JURISDICCión INDIGENA Y ADOLEScENCIA

104 La jurisdicción especial indígena, tiene una doble vertiente. Por una parte es conceptualizada como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, de forma tal que mediante el ejercicio de la jurisdicción a partir de sus usos y prácticas tradicionales, avanzan en el afianzamiento de sus

⁷En el entendido de que podrá contarse con el auxilio de un traductor o intérprete asignado por la autoridad correspondiente o designado por la propia persona adolescente, como lo establece el artículo 41 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

autoridades internas, en el auto-reconocimiento y en la recuperación de sus espacios de expresión colectiva, pero también, significa la existencia de derechos especiales de los habitantes de dichas etnias,⁸ que se derivan de la pertenencia a un determinado grupo étnico, para acceder a la justicia en términos de su propia cosmovisión, concepto que se entiende como el conjunto de creencias, valores y sistemas de conocimiento que articulan la vida social.

De esta forma, en los términos del artículo 2° constitucional apartado A fracción II, en México se reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, aunque para ello es requisito indispensable que tales procedimientos se sujeten a los principios generales de la Constitución y se respeten las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres, lo que no siempre sucede en las comunidades indígenas.

Específicamente en lo que respecta a la materia penal, el Convenio 169 de la OIT en su artículo 9.1, establece que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Siguiendo estos lineamientos, el artículo 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece 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 propongan resolver el conflicto, se declarará la extinción de la acción penal.

No obstante, la jurisdicción indígena no es homogénea y los procedimientos y sanciones impuestas varían de una comunidad a otra. Precisamente por tales razones, debe existir la validación de la jurisdicción especial indígena en cada caso que se presente, lo que significa el reconocimiento por parte de las autoridades judiciales centrales respecto que el orden jurídico interno que rige en dicha población o comunidad, se encuentra en sincronía con las garantías

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 532-03, [Consultada 5 de septiembre de 2022] [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm#:~:text=%E2%80%9CLas%20autoridades%20de%20los%20pueblos,y%20leyes%20de%20la%20rep%C3%BAblica>].

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

individuales y los derechos humanos, pues de lo contrario el asunto debe ser competencia de la jurisdicción ordinaria.

Cabe destacar que en México, en términos generales, no se han implementado los procedimientos de validación de la jurisdicción indígena, como lo exige el artículo 2° constitucional apartado A) fracción II de la Constitución, en el sentido de que éstos deben estar contenidos en una ley, aspecto que resaltó la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su visita a México en noviembre de 2017, en donde destacó entre otras cuestiones la necesidad de que se establezcan tales mecanismos.⁹

Como notable excepción a lo anterior, tenemos la reforma a la Constitución del Estado de Oaxaca en 2015 y la creación al año siguiente, de la Sala de Justicia Indígena, que tiene competencia para constatar que en los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias, se hayan respetado los principios y derechos humanos tutelados en la Constitución Federal, los tratados internacionales y la Constitución del Estado, a fin de validarlas u ordenar una resolución distinta, asegurándose además mediante esta vía los derechos de las comunidades indígenas como parte de su autonomía y desarrollo.

Se trata de un procedimiento que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado acorde a los requisitos que al respecto exige el artículo 2° constitucional.¹⁰ Sin embargo, es preciso que se adopte una legislación nacional en materia de justicia indígena, en la cual se provea la existencia de estos mecanismos de validación jurisdiccional por parte de todos los poderes judiciales locales, a efecto de que se determine por parte de éstos si el procedimiento indígena se ajusta a los derechos fundamentales para así dar cumplimiento a los postulados del artículo 2° de la Constitución mexicana.¹¹

De esta forma, en el campo del derecho penal, una persona indígena eventualmente estará sujeto a dos jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, coexistencia que supone en algunos casos, un verdadero conflicto entre ambas, debiéndose tomar en cuenta el principio de diversidad étnica que supone ser juzgado por su comunidad, precisamente con base en su sistema normativo y por otro lado

⁹ Organización de Naciones Unidas, informe A/HRC/39/17/Add.2, [Consulta 3 de agosto de 2022]. [Disponible en https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf]

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Amparo directo en revisión 6/2018, fundamentos jurídicos 71 a 84. [Consulta 10 de febrero de 2022]. [Disponible en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf]

¹¹ Al respecto algunos Estados de la República Mexicana han adoptado leyes en torno al particular como la Ley de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí, Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo, Ley de Justicia Indígena del Estado de Michoacán de Ocampo y la Ley de Justicia Indígena del Estado de Aguascalientes.

el interés de la justicia ordinaria en ciertos casos, con los inconvenientes que representa el acceso a la justicia para este sector de la población.

¿Cuál de los dos sistemas es aplicable?

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este tipo de controversias se resuelven bajo el principio de maximización de la autonomía indígena o de mínimas restricciones a su autonomía, que trasciende a todo el orden jurídico nacional y que se traduce en que los sistemas normativos de los pueblos indígenas prevalecen sobre las normas legales ordinarias, siempre y cuando concurren ciertos elementos y no se esté en uno de los supuestos en los cuales tiene límites la jurisdicción especial indígena.¹² Por el contrario, debe prevalecer la jurisdicción ordinaria cuando se proteja directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.¹³

Sin duda alguna, lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se convierte en un referente indiscutible para sustentar que en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal que pertenezcan a un pueblo o comunidad indígena, es procedente el fuero indígena, siempre y cuando el caso revista ciertas características y no se encuentre en los supuestos que limitan dicha jurisdicción, dado que dicha resolución trasciende a todo el orden jurídico nacional, sin distinción de materias o ámbitos de aplicación.

Tan armónica resulta la relación entre la justicia indígena y la especializada en adolescentes en conflicto con la ley penal, que el Comité de los Derechos del Niño, organismo de expertos de la Organización de Naciones Unidas, encargado entre otras cuestiones de interpretar el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha establecido en su Observación General número 24, que las formas de justicia indígena, basadas en el derecho consuetudinario pueden incluso ser más accesibles que los mecanismos oficiales en lo concerniente a la justicia juvenil.

Ello se establece en los puntos 102, 103 y 104 de dicho instrumento jurídico, en el que también se destaca que estos mecanismos ofrecen de manera rápida y barata respuestas a los adolescentes infractores, adaptadas además a sus necesidades culturales, lo que además puede coadyuvar a que se genere un mayor respeto hacia las comunidades indígenas por parte de la sociedad.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Amparo directo en revisión 6/2018, fundamento jurídico 46. [Consulta 5 de septiembre de 2022], [Disponible en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf]

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T523-97. [Consultada 5 de septiembre de 2022], [disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm#>]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

Incluso, se establece la necesidad de que los sistemas de justicia especializados de la jurisdicción ordinaria presten atención a los sistemas de solución de conflictos propios de la jurisdicción indígena, para adoptar prácticas que enriquezcan dichos sistemas, lo que significaría un verdadero aprendizaje, aunque establece que estos mecanismos deben ajustarse al derecho constitucional y a las garantías jurídicas y procesales.

4. CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DEL FUERO INDÍGENA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo en Revisión 6/2018, después de hacer un análisis sobre la procedencia del fuero indígena, se decantó sobre los criterios a tener en cuenta para determinar que un caso corresponde a esta jurisdicción especial, tratándose de los factores personal, territorial, objetivo e institucional y por lo tanto, dichos criterios serían aplicables en la justicia para adolescente.

Respecto al factor personal, existe necesidad de constatar si la persona a quien se le atribuye el hecho delictivo pertenece o no a una comunidad indígena y si todos los involucrados pertenecen a la misma, en el entendido de que cuando un sujeto involucrado no sea indígena, dicho elemento será evaluado por el juez, acerca de si dicha persona conoce lo básico de la cultura originaria y si desea someterse a dicha jurisdicción.

En cuanto al ámbito territorial, se trata del espacio donde la comunidad indígena ejerce su autoridad, pero dicho concepto no se circunscribe exclusivamente a la acepción geográfica, sino que debe considerarse también como el ámbito donde ejerce su cultura, en el entendido que un hecho ocurrido fuera de esos límites territoriales puede ser competencia del fuero indígena, por ejemplo cuando ambas partes son miembros de la misma comunidad.

Dentro del factor objetivo, se estimó que cuando el bien jurídico afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, la competencia se surtiría en favor de ésta, dado que si pertenece a la cultura del Estado central, se aplicará la justicia ordinaria, en el entendido de que cuando pertenezca a ambos, habrá que analizar el caso concreto y analizar cuál de las dos jurisdicciones proporciona una mayor restauración al conflicto.

Finalmente en cuanto al valor institucional, para validar la jurisdicción indígena, es necesario que dentro de dicha comunidad existan usos y costumbres, un derecho consuetudinario y la existencia de autoridades respectivas.

5.- LÍMITES A LA JURISDICCION INDIGENA

No obstante que se reúnan los factores mencionados con antelación para la procedencia de la justicia indígena, habrá casos en los que necesariamente la competencia del asunto será propio de la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT establece que se trata de los supuestos en los cuáles, la jurisdicción indígena sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este mismo tenor se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fundamento jurídico 46 del Amparo Directo 6/2018.

Sin embargo, es preciso analizar con cuidado dicha restricción.

Lo anterior, porque no puede exigirse que sistema de juzgamiento indígena satisfaga todos los derechos humanos contenidos en la Constitución y los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos tal como se concibe en occidente, pues ello significaría analizar el tema bajo una interpretación monocultural; de ser así, la jurisdicción indígena quedaría vacía de contenido y no resultaría aplicable prácticamente en ningún caso.

Como lo precisa Emiliano Borja,¹⁴ en la cultura de los pueblos originarios, los valores individuales se supeditan en favor de los intereses del grupo, por tanto, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en los pueblos originarios, “...no se conciben fuera del origen étnico, de la representación de la cultura indígena, de la imagen del grupo de procedencia...” Precisa dicho autor que tales conceptos así como el significado del debido proceso requieren ser analizados bajo una lectura diferente a como los conocemos, siendo necesario que se consideren otros componentes supraindividuales de notable importancia.

En estos mismos términos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado, en el Amparo Directo en Revisión 6/2018, que sobre este particular debe prevalecer una interpretación culturalmente sensible e incluyente. Ello significa que dicha interpretación debe ser cercana a las características específicas de la cultura involucrada, por lo cual habrá que atender al contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y sus particularidades culturales.¹⁵

¹⁴ Borja Jiménez, Emiliano, “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos” Revista *Nuevo Foro Penal* No. 73 - Julio-diciembre de 2009, p. 14. [Consultada 3 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3822976.pdf>]

¹⁵ Tesis 1a, CCXCIX/2018, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p.337, del siguiente rubro: “INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL. ALCANCE DE LAS PROTECCIONES DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 2° CONSTITUCIONAL.

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

De esta forma, para sostener que el juzgamiento efectuado por una comunidad indígena es compatible con los derechos humanos, debe cumplir con las mínimas restricciones imaginables a la luz del texto constitucional, en el sentido de que el proceso no resulte intolerable por atentar contra los bienes más precisos del hombre, es decir el derecho a la vida, prohibición de esclavitud, prohibición de tortura, así como la legalidad en el procedimiento y en los delitos y las penas, conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena,¹⁶ elementos que serán brevemente analizados a continuación.

6.- JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS

Dentro de las características que les son inherentes a la mayoría de los sistemas indígenas, destaca el regirse bajo un sistema de derecho consuetudinario, tratándose de un conjunto de creencias, costumbres y prácticas ancestrales de carácter obligatorio que son compartidas por todos los miembros de la comunidad y que rigen su modo de vida y forman parte central del mismo, en el entendido que en la mayoría de los casos, este conjunto de reglas se transmiten oralmente de una generación a otra, sin perjuicio de que también existan comunidades indígenas que contemplen derecho escrito como sucede con el Reglamento Comunal y el Bando de Policía y Buen Gobierno de la comunidad de Suchixtlahuaca, Oaxaca.¹⁷

6.1 Principio de legalidad en los delitos y las penas

Uno de los pilares fundamentales del derecho penal en la cultura occidental, lo constituye el principio de legalidad, también aplicable a la justicia para adolescentes, que es concebido como aquél que exige que las conductas delictivas estén previstas de antemano en una ley previa, estricta y escrita, convirtiéndose en un mecanismo de garantía indispensable para que la sociedad tenga conocimiento previo acerca de cuáles son las conductas prohibidas.

110

Este principio, al igual que otros, no puede asumirse en el contexto indígena en la misma forma que en la cultura occidental, respecto a la exigencia de una previsión normativa codificada emanada de un parlamento que establezca los tipos penales y las sanciones. De manera que adquiere importancia el

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96. [Consultada 13 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>]

¹⁷ . Cordero Aguilar Luis Enrique y Martínez Víctor, "Introducción", en *Jurisdicción Indígena, entre la Asamblea y la Corte*, Oaxaca, Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2021, p 14.

significado de hecho y sanción que siguen las reglas consuetudinarias establecidas con anterioridad a la perpetración del hecho, de tal forma que la consecuencia a determinada actuación delictiva sea previsible para cualquier miembro de la comunidad indígena.¹⁸

Como lo señala María Luisa Soriano,¹⁹ este principio se colma en este tipo de sistemas porque aún y cuando el derecho indígena generalmente no es escrito, las normas y las penas que acompañan a su vulneración, transmitidas generacionalmente, son respetadas de la misma manera que en la cultura occidental.

Al respecto, autores como Stavenhagen,²⁰ dan cuenta de esta previsibilidad, al señalar que en términos generales, dentro de las sociedades en las que rige el derecho consuetudinario, existen normas generales de comportamiento público, mantenimiento del orden interno, una definición de derechos y obligaciones de sus miembros, definición y tipificación de delitos, distinguiéndose entre aquellos que son contrarios a las personas o a la comunidad, sanción de los comportamientos delictivos, resolución de conflictos y definición de cargos y funciones de la autoridad.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana,²¹ ha establecido que este principio se satisface cuando exista la interiorización de la prohibición en la persona sometida a proceso, no obstante que la etnia que ejerce jurisdicción no cuente con una ley escrita.

6.2 Legalidad del proceso

El requisito de debido proceso, aplicable por antonomasia a la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal, debe también analizarse en materia de derecho indígena, desde una perspectiva pluricultural, como lo ha destacado la Sala de Justicia Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca; por tales razones, no necesariamente debe ser análogo a los

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96.

¹⁹ Soriano González, María Luisa, "El Derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina" *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm 16, julio 2012, p. 206. [Consultada 11 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15232>]

²⁰ Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina" en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista de Derechos Humanos, México, 1990, p. 31.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96. En donde se establece que el conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explicaba por tratarse de una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

requerimientos del derecho positivo, sino deben ser tomados en cuenta de conformidad con su cosmovisión, bajo el contexto de un pluralismo jurídico y multiculturalismo, reconocido constitucional y convencionalmente.²²

En el caso de la jurisdicción indígena, el debido proceso implica, que la forma como se lleve a cabo el juzgamiento, debe respetar las reglas mínimas de dicho instituto. La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que estas garantías mínimas se componen del principio de juez natural, presunción de inocencia, el derecho de defensa, la prohibición de responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad individual, así como el principio de *non bis in idem* y la no obligatoriedad de la segunda instancia.²³

6.2.1 Juez natural

Una de los aspectos por los cuáles se pudiera establecer que la justicia para adolescentes estaría exenta de ser sometida al procedimiento especial indígena lo constituye precisamente que en esta materia son autoridades especializadas en procuración y administración de justicia las competentes para el conocimiento de los asuntos, así como en la defensa de los adolescentes en conflicto con la ley penal, debido al conocimiento de los derechos y garantías especiales de que goza este sector de la población, para efecto de que se le brinde un trato adecuado a sus necesidades.

Sin embargo, no se puede soslayar que en las comunidades indígenas no se cuenta con jueces profesionales de carrera, ni defensores ni fiscales, sino que la decisión sobre la existencia del hecho delictivo, la responsabilidad y la sanción correspondiente es emitida por la autoridad comunitaria correspondiente, como se hace constar con el relato de una persona integrante de una comunidad indígena: “nosotros no necesitamos abogados, fiscales jueces y otras autoridades, en nuestras comunidades existen dirigentes electos por nuestros propios comuneros, son personas sabias que dan consejos sanos y saludables para dar una solución al conflicto.”²⁴

²² Criterio disponible en la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 6/2018, pp. 12- 14.

²³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-510/20, [Consultada 13 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-510-20.htm>]

²⁴ Burbano Martínez, Jaqueline y Albán Gallo, Eduardo, “Las Reformas a la Justicia indígena en Ecuador a partir del caso “La Concha”, en la provincia de Cotopaxi. [Consultada 14 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16963/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.M.%20Per%20Burbano%20Mart%C3%ADnez%2C%20Jacqueline.pdf>]

Como lo expone Stavenhagen,²⁵ a diferencia de las sociedades occidentales, en los pueblos tribales, el derecho no constituye una esfera distinta de la sociedad y por lo tanto no se cuenta generalmente con un aparato administrativo ni con especialistas encargados de operar el derecho.

Por estas razones, la garantía del juez natural, se surte en la jurisdicción indígena, porque la circunstancia de que en este contexto no existan jueces profesionales, sino una autoridad ancestral, tratándose de la Sindicatura, la Alcaldía, el Cabildo o el Comisariado de Bienes Comunales, colmaría tal requisito, en el entendido de que otros órganos o autoridades públicas diversos a los jueces pueden ejercer funciones jurisdiccionales.²⁶

6.2.2 *El principio de especialización*

Este principio establecido en el artículo 40.3 del Convención sobre los derechos del Niño, establece la existencia de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales. Sin embargo, la inexistencia de esta garantía en la jurisdicción indígena no se podría convertir en un obstáculo para su procedencia, tomando en cuenta que la misma es exigible únicamente a la esfera estatal, más no a las autoridades originarias, en las que como se ha precisado, no existe una división competencial por materias para el conocimiento de los asuntos y por tanto un perfil específico para el juzgamiento de ciertos casos.

En el entendido que de ser juzgado por las normas y procedimientos de su propia comunidad implicaría una mucho mayor posibilidad de que el adolescente pueda asumir una función constructiva a la sociedad a la que pertenece, contrario al hecho de serle aplicado un procedimiento perteneciente a una cultura ajena, en donde muchas veces las actuaciones, el lenguaje e incluso los cargos que se le imputan no resultan del todo comprensibles, máxime que su derecho a la información es un presupuesto para asegurar su derecho de participación en el proceso, parte esencial de sus prerrogativas.

²⁵ Stavenhagen, Rodolfo, *op cit*, p. 30.

²⁶ Cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1 se ha referido al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, ésta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, como se estimó por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional vs. Perú de 31 de enero de 2001, fundamento jurídico 71. [Consultada 12 de septiembre de 2022], [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_esp.pdf]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

6.2.3 Derecho de defensa y presunción de inocencia

En la misma tesitura, debe decirse que en el derecho indígena no existen defensores, sino que, este papel lo realizan los familiares del procesado o algún miembro de la comunidad. Lo trascendente es que el procesado esté en capacidad de prever la forma como se lleva a cabo el ritual y el derecho de defensa se actualiza porque la persona sospechosa de haber cometido un delito puede contra argumentar, preguntar, presentar testigos, y tener personas que hablen por él o aleguen en su favor.²⁷ En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional de Colombia, al precisar los alcances del derecho de defensa, tratándose del derecho del procesado a intervenir en el curso del proceso en defensa de sus intereses, a conocer y controvertir los cargos en su contra, así como aportar las pruebas que considere pertinentes, controvirtiendo las que aporte su contraparte.²⁸

La presunción de inocencia tiene su fundamento en que la responsabilidad debe ser demostrada mediante “los elementos materiales probatorios que las autoridades indígenas consideren relevantes y suficientes” y por tanto, no son admisibles decisiones arbitrarias, adoptadas “sin un mínimo respaldo en evidencias que acreditan la responsabilidad individual.”²⁹

En la mayoría de los casos el proceso es oral y público, cercano a la comunidad y en su mayoría resuelto por órganos colegiados, como lo precisa Luis Enrique Cordero.³⁰ Precisamente en estos términos se encuentra estructurado el proceso penal acusatorio, lejano a la metodología escrita y secreta del proceso inquisitivo, de acuerdo a los lineamientos del artículo 20 constitucional, cuyas reglas también rigen básicamente para la justicia juvenil.

6.2.4 *Non bis in idem*

El principio de *non bis in idem*, establecido en el primer párrafo del artículo 23 constitucional, es una garantía inherente a todo ciudadano que implica que no debe ser perseguido o sancionado dos veces por el mismo hecho punible, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, de tal suerte que si la persona ha
114 sido sancionada por el derecho indígena, no podrá ser sancionada posteriormente por la justicia ordinaria o a la inversa.

²⁷ Padilla, Guillermo, “La Historia de Chico, sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena” en *Hacia Sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008, p. 171.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510/20.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-523/12

³⁰ Cordero Aguilar, Luis Enrique, “La Sala de Justicia Indígena y el Juicio de Derecho Indígena” en *Jurisdicción Indígena, entre la Asamblea y la Corte*, Oaxaca, Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2021, p 28.

Precisamente por tales razones, el artículo 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que en los casos tramitados bajo la jurisdicción ordinaria en los que se decreta posteriormente la procedencia del fuero indígena, se declarará extinta la correspondiente acción penal. Sin embargo, es preciso analizar con sumo cuidado si en el caso concreto se actualizan los extremos de este instituto, dado que puede originar un intento de aplicación engañosa, por ejemplo en un caso de extradición.³¹

6.2.5 Segunda instancia

El proceso propio de la comunidad originaria para determinar la responsabilidad penal de una persona, puede en algunos casos ser de única instancia y en otros de doble instancia.³²

Es menester destacar el caso del Tribunal Superior Indígena del Tolima, en Colombia, que fue creado por las comunidades indígenas de dicha región con la finalidad de servir como un tribunal de apelación respecto de las decisiones de las comunidades indígenas, además de coordinar la derivación de casos al sistema judicial estatal, convirtiéndose en un verdadero referente en la región.

6.3 Prohibición de tortura

Las sanciones aplicables en el derecho indígena varían de una comunidad a otra. Sin embargo, como lo expone Regalado,³³ estas son similares en todos los países y consisten generalmente en multas, devolución de los objetos robados, indemnizaciones, ejercicios físicos, pago de los daños a través del trabajo comunal, baño con agua fría, trabajos en las comunidades, pérdida de sus derechos comunales, expulsión de la comunidad, castigo con ortiga, fuste, látigo o pencazos.

Desde la perspectiva occidental los castigos corporales se encuentran tajantemente prohibidos. Como lo establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de un joven de quince años sometido a castigos corporales en la Isla de Man por haber agredido y provocado lesiones a un alumno mayor en su escuela. El joven debió sacarse los pantalones y la ropa interior e inclinarse sobre una mesa. Luego, mientras dos agentes de policía lo sostenían, un tercero

³¹ Sala de Casación Penal de la Suprema Corte de Justicia de Colombia, Sentencia CP177-2021 [Consultada 12 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/CP177-2021.pdf>]

³² Cordero Aguilar, Luis Enrique, “La Sala de Justicia...” *op cit.* p.28

³³ Regalado, José Antonio. “De las sanciones y las penas en la justicia indígena” en *Elementos y técnicas para el pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012, pp 100-101.

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

le pegó tres veces con una vara, estimándose que este tipo de prácticas son atentatorias de derechos fundamentales.³⁴

En contraste, en el derecho consuetudinario indígena, este tipo de sanciones muchas veces son permitidas, aunque lejos de pretender dañar a individuo, representan una forma de control social que guardan proporcionalidad con el hecho cometido.³⁵ En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dispuesto que la práctica del fuste y del destierro utilizados en el contexto indígena, no se utilizaron en un caso analizado como un castigo degradante, sino como un medio que ayuda al individuo a recobrar su espacio en la comunidad, validándose ambas sanciones, aunque no menos cierto es que se trata de un supuesto relativo a una persona adulta y no menor de edad.³⁶

Sin embargo, en el contexto de las personas menores de edad el destierro o cualquier castigo físico resulta inadmisibles. La Observación General número 8 del Comité de los Derechos del Niño, es enfática en cuanto a la prohibición de este tipo de sanciones en torno a niños, niñas y adolescentes, razones por las cuáles nos pronunciamos en el sentido de que cuando la comunidad indígena permita este tipo de prácticas en adolescentes, el caso se derive a la jurisdicción especializada ordinaria, precisándose la necesidad de que las comunidades indígenas provean respecto a otro tipo de medidas, tales como los trabajos comunitarios.

6.4.- Limitaciones a la jurisdicción indígena en el Código Nacional de Procedimientos Penales, ¿aplicables a adolescentes?

Otra limitante para que proceda la justicia indígena en los asuntos de carácter penal, es relativa a aquellos supuestos en que se afecte el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer.

Estas limitaciones encuadran dentro de violaciones a derechos humanos, a efecto de evitar una revictimización de este sector poblacional o incluso que se les criminalice por el mismo acto del que fueron receptoras, ya que el ámbito comunitario puede producir un sistema de múltiples estructuras de opresión que

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Tyrer contra Reino Unido, [Consulta 11 de septiembre de 2022] [Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]})]

³⁵ Regalado, *op. cit.* P. 104

³⁶ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T 523/97, en donde se estima que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles, debiéndose analizar por tanto el caso concreto e incluso el contexto socio-político en el que se practica, de acuerdo a criterios tales como el umbral de gravedad y de apreciación relativa en torno a la sanción, dado que los elementos que brinda el caso, pueden actualizar tortura o pena inhumana y en otros contextos no.

potencia las desventajas, exclusiones y desigualdades que convierte a las mujeres en “las más violentadas entre las violentadas”,³⁷ máxime que existe dentro de dicho contexto un gran desconocimiento de las autoridades sobre leyes y derechos de protección a la mujer.³⁸

De manera que, el sistema consuetudinario correspondiente debe garantizar la protección necesaria a los menores de edad o a las mujeres, en el entendido de que en caso contrario existirá una derivación a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, otra limitante para la procedencia del fuero indígena en materia de derecho penal de adultos, lo constituye el hecho de que se trate de delitos contemplados con medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, mismos que serían competencia de la justicia ordinaria, lo que tiene su razón de ser en la nocividad social de ciertas conductas cuya solución no debe ser propia del fuero indígena. Al respecto Emiliano Borja nos ilustra que algunas comunidades mayas de Guatemala incluso son las que precisamente delegan la jurisdicción a los tribunales ordinarios en caso de muertes, violaciones o secuestros.³⁹

Sin embargo, respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, no existe la figura del internamiento preventivo oficioso. El interés superior del adolescente relacionado con el principio de maximización de la autonomía indígena, que implican el ser juzgado por la propia comunidad a la que pertenece y a la que se reintegrará, con la preservación de sus vínculos familiares y comunitarios, podrían ser considerados incluso para que las excepciones señaladas fueran matizadas conforme a los principios de la justicia juvenil.

Se propone entonces que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes provea una disposición específica en torno a la derivación hacia la jurisdicción indígena, tal como sucede con el artículo 156 de la ley 1098 de 2006 de Colombia, que dispone su procedencia cuando el delito sea cometido en el ámbito de su comunidad, en el entendido que el artículo 157 de dicho ordenamiento, dispone que cuando se trate de un delito cometido fuera de este ámbito indígena, serán sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, si no quieren retornar a sus comunidades de origen.

³⁷ Bonfil Sánchez, Paloma, coord. *Violencia de Género Contra Mujeres en Zonas Indígenas en México*. P. 6. [consultada 27 de agosto de 2022] [Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/348121/Violencia_de_Genero_Contra_Mujeres_en_Zonas_Indigenas_en_Mexico.pdf] En dicho estudio se establece que el 59% de las mujeres indígenas ha experimentado algún tipo de violencia emocional, física, sexual, económica, patrimonial o discriminación laboral.

³⁸ *Ibidem* p. 77

³⁹ Borja Jiménez Emiliano, *op cit.* p. 20.

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

7.- RASGOS COMUNES ENTRE JURISDICCión INDÍGENA Y JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

7.1 *La prisión como ultima ratio*

Dentro de las características que son inherentes a la generalidad de los sistemas de justicia originarios, podemos encontrar similitudes con la justicia penal juvenil en aspectos de suma relevancia. Si en ésta, la privación de la libertad es considerada el último recurso existente, aplicable tan solo cuando otras medidas no sean suficientes, en su carácter de *ultima ratio*, como lo establece el artículo 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, dados los efectos perniciosos del encierro, en la justicia originaria, tenemos que la privación de la libertad tampoco es la primera opción.

La idea que subyace en la costumbre indígena es que el encarcelamiento es el camino menos deseable para incidir en la conflictividad, ya que existe un amplio catálogo de respuestas alternativas a las que puede acudir. ⁴⁰ De esta forma, el encarcelamiento supone un agravio para el sujeto, ya que se le aleja de la comunidad, se le convierte en peor persona y socialmente desarraigada, ⁴¹ siendo precisamente las críticas que genera dicho instituto por parte de un sector de la dogmática penal en el mundo occidental.

Y es que el fin de la pena en el derecho penal indígena, es reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad y que admita su error, buscando que quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa y por esta razón se rechazan aquellas penas que implican la “desnaturalización ambiental del sujeto” que lo separan del entorno natural en el que se desarrolla. ⁴² Precisamente se trata del enfoque propio del sistema penal juvenil, esto es educar, formar al adolescente y reconducirlo para que asuma una función constructiva en la sociedad, mediante su reintegración social y familiar.

No obstante, existen supuestos de imposición de la pena privativa de libertad en el derecho indígena. ⁴³ Ramiro Ávila, da cuenta que se trata de una medida excepcional, cuya administración generalmente es comunitaria y en todo

⁴⁰ Ozafrain, Lisardo, “Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera ultima ratio” *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*. Año 13, núm. 46, 2016. [Consultada 16 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4000>]

⁴¹ Soriano González María Luisa, *op cit*, p. 205.

⁴² Borja Jiménez, Emiliano, *op cit*. p. 18.

⁴³ La Sentencia T-239 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana ilustra acerca de un caso en el que la persona indígena fue juzgada por la autoridad originaria en la que se le impuso la pena privativa de libertad, con la idea de que fuera cumplida en un establecimiento penitenciario, confirmandose dicha medida, dado que la comunidad no contaba con la infraestructura para que se cumpliera la sanción. [Consultada 15 de septiembre de 2022], [Disponible

caso se produce en el domicilio de un miembro de la comunidad.⁴⁴ Por tales razones, el artículo 10.1 del Convenio 169 de la OIT, dispone que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

7.2 Una visión restaurativa

A diferencia de la cultura occidental, que en tratándose de adultos en conflicto con la ley penal tiene una tendencia marcadamente retributiva, la justicia indígena no trata de castigar, sino de reestablecer la armonía, dado que: “Los sabios escuchan e interpretan a los ancestros a través de sus signos y mensajes de la naturaleza de una manera imparcial. Esa escucha busca el equilibrio permanente”.⁴⁵

Precisamente Stavenhagen,⁴⁶ señala que en los países occidentales la justicia busca castigar a la persona culpable, mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, papel que desempeña la propia autoridad, misma que en ocasiones puede ser ejercida por un consejo de ancianos. En ello coincide Dlestikova,⁴⁷ al señalar que en este tipo de jurisdicción se busca conocer las causas del mismo para resolverlo adecuadamente y ayudar a las partes de la controversia y a la comunidad, de tal suerte que no se busca el castigo sino recuperar la armonía comunal perdida.

Precisamente en estos términos, la justicia restaurativa, aplicable en el sistema de Justicia para Adolescentes a raíz de la reforma al artículo 18 constitucional en el año 2005 y en el sistema penal de adultos de acuerdo al artículo 17 constitucional desde la reforma al sistema de justicia penal de 2008, tiene sus orígenes en la solución de los conflictos de antiguas etnias. Como lo precisa Teresa María del Val, el antecedente más remoto de los mediadores lo encontramos

en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-239-02.htm#:~:text=%E2%80%9C1.,ordinaria%20cuando%20lo%20considere%20necesario.>]

⁴⁴ Ávila Santamaría, Ramiro, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”, Quito Ecuador, 2003; Universidad Andina Simón Bolívar. [Consultada 24 de agosto de 2022]. [Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>]

⁴⁵ Gutiérrez Quevedo, Marcela, “Presunción de Inocencia y relativismo Cultural” *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal, 2019.

⁴⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *op cit.* p. 41.

⁴⁷ Dlestikova, Teresa, “Encuentros entre las justicias indígena y restaurativa en Colombia” *Revista Novum jus*, número 4, enero julio 2020, pp. 4-40. [Consulta 15 de septiembre de 2022] [Disponible https://www.researchgate.net/publication/340290463_Encuentros_entre_las_Justicia_Indigena_y_Restaurativa_en_Colombia]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

en los esquimales, quienes descendían de los mongoles, quienes en su organización contaban con chamanes, cuyas funciones eran esencialmente intervenir en los litigios mediante el diálogo para dirimir controversias.⁴⁸

La misma autora, hace referencia a que los indios mapuches solucionan sus diferencias en un enfoque más compositivo que punitivo, porque según su cultura, el conflicto destruye la armonía del todo y es necesario que se logre el equilibrio de la comunidad para lograr una buena convivencia en paz, en lo que coincide Yazzie, al señalar que los métodos tradicionales de justicia de aborígenes del Pacífico Sur, Noruega, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Bolivia y Sudáfrica son primordialmente procesos de paz.⁴⁹

Precisamente en el ámbito de la justicia ordinaria, la justicia restaurativa es conceptualizada como una forma alterna de entender y afrontar los conflictos y el delito, involucrando en la solución de la controversia no solamente al imputado y a la víctima sino también a la propia comunidad, con lo que se procura la reparación del daño y además el restablecimiento de la relaciones humanas y sociales afectadas, siendo éste precisamente el enfoque de la justicia juvenil.

Así, dentro de los mecanismos de justicia restaurativa propios del sistema juvenil tenemos además de la reunión entre víctima y adolescente, la denominada junta restaurativa y el modelo de círculos restaurativos, los cuáles guardan una gran similitud con las formas ancestrales de resolución de los conflictos, porque en ambos mecanismos la comunidad también participa y se involucra directamente en este proceso, proponiendo opciones para resolver el conflicto, de acuerdo a los artículos 90 a 92 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, tal como sucede en la justicia originaria.

8.- A MODO DE CONCLUSIÓN

El hecho de que seamos una nación pluricultural, en la que convergen distintos sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico, no debería llevarnos a considerar que se trata de culturas que forman parte de dos polos opuestos e

⁴⁸ Del Val, Teresa, María, "Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad" Ponencia del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal, facultad de Derecho de Burgos, España. [Consulta 23 de agosto de 2022], [Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ODwavHPcHE4J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063046.pdf&cd=1&hl=es-419&ct=-cInk&gl=mx>]

⁴⁹ Yazzie, Robert, "Navajo peacemaking: implications for adjudication-based systems of justice", *Contemporary Justice Review*, 1998, pp 123-3, citado por McCold, Paul, "La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias". *Revista Delito y Sociedad*, número 35 año 22, 2013, pp. 9-44.

irreconciliables, sino que contrariamente, ello abona a la riqueza cultural y jurídica de México.

La jurisdicción especial indígena ha sido reconocida por la Constitución y ello ha sido refrendado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que ha desarrollado criterios para determinar su procedencia, tratándose de los ámbitos personal, territorial, objetivo e institucional, así como sus excepciones, esto es cuando se violen derechos humanos, sin embargo el correspondiente análisis debe ser abordado desde una perspectiva intercultural y no mediante una concepción propia del derecho en la cultura occidental.

Precisamente debido a que cada pueblo originario tiene su propio sistema normativo, es preciso que éste sea validado en cada caso por los tribunales nacionales, a efecto de que se establezca su compatibilidad con derechos fundamentales, llamando la atención que respecto a esta exigencia constitucional no se hayan establecido legalmente los mecanismos de validación respectivos, salvo notorias excepciones como es el caso del Estado de Oaxaca, cuyo poder judicial cuenta con una Sala de Justicia Indígena encargada resolver este tipo de cuestiones, razón por la cual se propone la adopción de una legislación nacional en materia de justicia indígena, en la cual se provea la existencia de estos mecanismos de validación jurisdiccional por parte de todos los poderes judiciales locales.

En lo que respecta a los adolescentes en conflicto con la ley penal, a pesar de que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, no contenga una disposición expresa que faculte la aplicación de la jurisdicción indígena, nada impediría su procedencia, siempre que se den determinados requisitos, a tono con el principio de maximización de la autonomía indígena, en el entendido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que este principio es aplicable a todas las materias, además de que el Comité de los Derechos del Niño expresamente alienta su procedencia.

No obstante, se propone que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, provea un dispositivo en el cuál se establezca expresamente la procedencia de la jurisdicción indígena, reconsiderándose para tales efectos los casos de excepción establecidos en el artículo 420 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a efecto de que se ajusten al adolescente indígena y se establezcan las limitaciones pertinentes relacionadas a los derechos humanos, con la finalidad de que pueda llevarse a cabo una adecuada reinserción social y familiar acorde a su propia cultura.

La confluencia de sistemas jurídicos en un mismo espacio territorial, implica un factor de aprendizaje recíproco, respecto a la mejor forma de resolver los

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

conflictos que surgen, razones por las cuáles los sistemas normativos indígenas son un referente indiscutible para el mejoramiento de la jurisdicción ordinaria, principalmente en lo que respecta a los procesos restaurativos y a la reducción de la privación de la libertad.

Por otra parte, las culturas ancestrales pudieran realizar un proceso de reflexión sobre un mayor respeto a los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de delito y además, emprender un camino que lleve a la no utilización de sanciones corporales atentatorias de los derechos del adolescente, para lo cual es necesario que el Estado emprenda las vías adecuadas para que se lleve a cabo un diálogo jurídico intercultural de mayores alcances al existente en la actualidad.

REFERENCIAS:

- Ávila Santamaría, Ramiro, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”, Quito Ecuador, 2003; Universidad Andina Simón Bolívar. [Consultada 24 de agosto de 2022]. [Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>]
- Beloff, Mary, et al, “La justicia juvenil y el juicio abreviado” *Diario La Ley*, Año LXXIX, N° 73, Buenos Aires, pp.1-8, el 22 de abril de 2015. [Consultada 23 de agosto de 2022], [Disponible en: <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Mary-Beloff-Juicio-abreviado-y-justicia-juvenil-La-Ley-22.4.2015.pdf>]
- Bonfil Sánchez, Paloma, coord. *Violencia de Género Contra Mujeres en Zonas Indígenas en México*. [consultada 27 de agosto de 2022] [Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/348121/Violencia_de_G_nero_Contra_Mujeres_en_Zonas_Indigenas_en_Mexico.pdf]
- Borja Jiménez, Emiliano, “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos” *Revista Nuevo Foro Penal* No. 73 - Julio-diciembre de 2009, [Consultada 3 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3822976.pdf>]
- Burbano Martínez, Jaqueline y Albán Gallo, Eduardo, “Las Reformas a la Justicia indígena en Ecuador a partir del caso “La Concha”, en la provincia de Cotopaxi. [Consultada 14 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16963/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.M.%20Per%20Burbano%20Mart%C3%ADnez%2C%20Jacqueline.pdf>]
- Cordero Aguilar, Luis Enrique, “La Sala de Justicia Indígena y el Juicio de Derecho Indígena” en *Jurisdicción Indígena, entre la Asamblea y la Corte*, Oaxaca, Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2021.
- Cordero Aguilar Luis Enrique y Martínez Víctor, “Introducción”, en *Jurisdicción Indígena, entre la Asamblea y la Corte*, Oaxaca, Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2021.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96. [Consultada 13 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>]
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523-97. [Consultada 5 de septiembre de 2022], [disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm#>]
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-239 de 2002 [Consultada 15 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-239->
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 532-03, [Consultada 5 de septiembre de 2022] [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm#:~:text=%E2%80%9CLas%20autoridades%20de%20los%20pueblos,y%20leyes%20de%20la%20rep%C3%BAblica>].
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510/20, [Consultada 13 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-510-20.htm>]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional vs. Perú de 31 de enero de 2001, fundamento jurídico 71. [Consultada 12 de septiembre de 2022], [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_esp.pdf]
- Diccionario panhispánico del español jurídico. [consultada 3 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/estado-pluricultural-y-multiling%C3%BCe>]
- Del Val, Teresa, María, “Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad” Ponencia del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal, facultad de Derecho de Burgos, España. [Consulta 23 de agosto de 2022], [Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ODwavHPcHE4J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063046.pdf&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>]
- Dlestikova, Teresa, “Encuentros entre las justicias indígena y restaurativa en Colombia” *Revista Novum jus*, número 4, enero julio 2020, pp. 4-40. [Consulta 15 de septiembre de 2022] [Disponible https://www.researchgate.net/publication/340290463_Encuentros_entre_las_Justicia_Indigena_y_Restaurativa_en_Colombia]
- Gutiérrez Quevedo, Marcela, “Presunción de Inocencia y relativismo Cultural” *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal, 2019.
- INEGI [Consultada 4 de septiembre de 2022], [Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf]
- Joya Cruz, Lucía, “El procedimiento Abreviado como parte del Sistema de Justicia para Adolescentes” *Revista Kanan*, Núm. 10 , Año 7. Septiembre - Diciembre 2021 [Consultada 23 de agosto de 2022], [Disponible en <https://revistas.uvp.mx/index.php/kanan/article/view/127>]

JAVIER GÓMEZ CERVANTES

- Organización de Naciones Unidas, informe A/HRC/39/17/Add.2, [Consulta 3 de agosto de 2022]. [Disponible en https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf]
- Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, 2011. [Consulta 3 de septiembre de 2022], [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf]
- Ozafrain, Lisardo, “Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera ultima ratio” *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*. Año 13, núm. 46, 2016. [Consultada 16 de septiembre de 2022], [Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4000>]
- Padilla, Guillermo, “La Historia de Chico, sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena” en *Hacia Sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008.
- Regalado, José Antonio. “De las sanciones y las penas en la justicia indígena” en *Elementos y técnicas para el pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Konrad –Adenauer-Stiftung, 2012
- Sala de Casación Penal de la Suprema Corte de Justicia de Colombia, Sentencia CP177-2021 de la, [Consultada 12 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/CP177-2021.pdf>]
- Soriano González, María Luisa, “El Derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm 16, julio 2012, p. 206. [Consultada 11 de septiembre de 2022], [Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15232>]
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6/2018, fundamento jurídico 46. [Consulta 5 de septiembre de 2022], [Disponible en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf]
- Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina” en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista de Derechos Humanos, México, 1990.
- Tesis 1a, CCXCIX/2018, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p.337, del siguiente rubro: “INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL. ALCANCE DE LAS PROTECCIONES DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 2º CONSTITUCIONAL
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Tyrer contra Reino Unido, [Consulta 11 de septiembre de 2022] [Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57587%22%7D>]
- Yazzie, Robert, “Navajo peacemaking: implications for adjudication-based systems of justice”, *Contemporary Justice Review*, 1998, pp 123–3, citado por McCold, Paul, “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias”. *Revista Delito y Sociedad*, número 35 año 22, 2013.