



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverall

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA

CAÑAVERAL, Jacobo Mérida¹

RESUMO: O conhecimento antropológico é um meio de prova necessário, pois permite ao juiz determinar se a diferença cultural é uma condição de esclarecimento no processo de análise e resolução de um conflito. O precedente fornece uma luz legal ao juiz ou magistrado no momento da emissão de uma resolução judicial. Por esse motivo, é importante comentar sobre os problemas ou antinomias enfrentados pelo antropólogo ou testemunha especialista e pelo juiz ou magistrado no momento de esclarecer os fatos de um caso específico, no qual é necessário conhecimento especializado de alguma ciência ou conhecimento específico para conceder justiça, neste caso Antropologia, através do teste de especialista.

Palavras-chave: perícia; antinomias; evidência judicial; processo; teste de especialista

ABSTRACT Anthropological expertise is a necessary means of proof since it allows the judge to determine whether cultural difference is a condition of clarification in the process of analysis and resolution of a conflict. The foregoing gives a legal light to the judge or magistrate at the time of issuing a judicial resolution. For this reason, it is important to comment on the problems or antinomies faced by the anthropologist or expert witness and the judge or magistrate at the time of clarifying the facts of a specific case, in which specialized knowledge of some specific science or knowledge is required to impart justice, in this case Anthropology, through the expert test.

Keyword: expertise; antinomies; judicial evidence; process; expert tes.

1INTRODUCCIÓN

En este trabajo se comentarán los problemas o antinomias que enfrenta el antropólogo o perito y el juez o magistrado para esclarecer los

¹ Es miembro del Sistema Estatal de Investigadores del estado de Chiapas. Maestro en Derecho Público. Doctor en Estudios Regionales por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Ha ejercido la profesión de abogado como Juez, Magistrado Regional y coordina la Clínica de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNACH. Actualmente se desempeña como director de la Facultad de Derecho de la UNACH.

hechos de un caso concreto, en el cual se requieren conocimientos especializados de alguna ciencia o conocimiento específico para impartir justicia, en este caso la Antropología², a través de la prueba experticial.

Esta actividad se desarrolla en el marco del proceso judicial y las “formalidades” de la prueba pericial en torno a una serie de hechos disputados o caso concreto. En ese marco es evidente que tenemos dos enfoques disciplinares diversos: por un lado un enfoque formal y normativo dirigido a un juez que tiene la obligación de resolver en Derecho el asunto en litigio; por el otro, un enfoque que busca abstraer el comportamiento humano en todas sus facetas con flexibilidad conceptual y metodológica para lograr la explicación de fenómenos tan disimiles como la ecología, económica o el feminismo, es evidente que ambos enfoques se encuentran en el marco del proceso judicial para complementarse, subsidiarse o comunicarse en aras de la impartición de justicia, en ese sentido se debe lograr un mínimo dialogo disciplinario.

Para ello explicaré qué entiendo por diálogo disciplinario en el contexto del proceso judicial, que se debe realizar a pesar de la distancia conceptual, metodológica y tradicional que existen entre ambas disciplinas. A estas distancias o diferencias les denomino antinomias.

Por último, debo señalar que este diálogo entre Antropología y Derecho se desarrolla a partir de dos conceptos básicos como es el proceso judicial y la prueba experticial o pericial. En el caso del proceso judicial es el contexto donde la comunicación y las antinomias se presentan, en el primero, nutren la convicción³ del juez y por ende la impartición de justicia, en el otro caso, el juez desestima la prueba pericial no logrando el reconocimiento del

² La Antropología es una ciencia que designa el estudio del hombre en general, su objeto de estudio ha variado desde su creación según la terminología. Hoy en día por la amplitud de los estudios antropológicos por lo regular existen una diversidad que abarca la urbana, económica, ecológica, feminista entre otras, aunque la clasificación clásica es física, social y cultural. Auge, Marc y Colleyn, Jean Paul, Que es la antropología, Paidós Buenos Aires, Argentina, 2006, pags. 15-17.

³ Según Briseño Sierra se puede entender a la convicción o convencimiento como la inclinación del ánimo hacia una afirmación inverificable, esto es, la creación de una regla del caso que permita resolver el conflicto, sin embargo, en opinión del autor citado, esta inclinación del sujeto, en este caso del juez, resulta inverificable en medida del propio sistema legal que regula las pruebas, si es un sistema libre o tasado. Briseño Sierra, Humberto, Derecho Procesal Vol. 2, Oxford, México D.F., Primera edición, 1999, Pág. 1252-1255.

enfoque antropológico en el caso concreto a resolver. De igual manera, la prueba pericial o experticial, es un medio de prueba que se debe ajustar a las reglas del ofrecimiento, preparación, desahogo y valoración de la prueba pericial. Estos estrechos conceptos deben utilizarlos tanto el antropólogo como el juez para lograr una exitosa impartición de justicia.

2 EL PROCESO JUDICIAL

El concepto de proceso no es propio del Derecho, sino que en varias disciplinas se utiliza para hacer referencia a la serie de etapas o momentos que deben realizarse para llegar a un fin, esta serie de actos están unidos de forma lógica y veraz que permite no solo obtener un producto, sino que además revisar la seriación de los mismos. Por ello se habla de proceso quirúrgico en medicina o proceso final o derivado según sea el caso. En ese sentido, el proceso judicial es aquel que se realiza ante un órgano del Estado para solicitar la actividad del mismo en la protección del derecho o castigo de un crimen.

La idea tradicional de juicio es aquella que lo define como la disputa entre dos o más ciudadanos sobre la persecución del derecho o castigo de un crimen, que termina con la sentencia o declaración del juez, la cual, en caso de ser condenatoria se lleva a efecto (PALLARES, p. 464). Esta definición es de carácter descriptivo y señala los elementos que debe contener un juicio, en este caso, lo que nos interesa es que en el concepto de disputa, litigio o pleito es donde se inserta la necesidad de presentar pruebas para lograr que el juez decida cual versión es la válida.

Para Gómez Lara el proceso es un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo (GÓMEZ LARA, 1981, p. 121). Esta definición aborda la naturaleza de los actos procesales que son de origen público, esto es, que si bien es cierto existen actos de las partes y de terceros, la relación en que se desarrollan es de subordinación a una autoridad, en este caso el poder judicial o juez; es de advertirse que la idea es la aplicación de una ley general o norma jurídica, esto es importante señalar,

que la intención es perseguir un derecho o el castigo de un crimen, esto se realiza según lo manifiesta Piero Calamandrei (1997, p. 68-69), no de forma automática sino mediante una providencia jurisdiccional, esto es, una sentencia. Para el ilustre procesalista italiano la actividad judicial es exacerbada por las partes y terceros mediante los diversos actos, entre estos últimos lógicamente se encuentran los medios de prueba que se presentan ante el juez.

En esa providencia jurisdiccional o sentencia es donde se expresa la convicción del juez, para ello hay que señalar que esta resolución judicial contiene dos aspectos: interno y externo. Este último es la forma del documento, el cual, no es trascendente para este trabajo⁴, en el otro es donde ocurre la llamada convicción o juicio del juez, es en ella donde se realiza el procedimiento decisorio o de juzgar lo presentado en el proceso.

De lo anterior se puede concluir, que en esta seriación de actos de las partes y de los terceros, solicitan un acto de autoridad del Estado, esto es, un acto jurisdiccional. Este acto judicial, providencia, resolución o sentencia, es el que resuelve la cuestión de mérito del proceso: alguien es inocente o no, se debe resarcir un monto pecuniario a una persona por daños o perjuicios o no, entre otros. De esta manera la resolución está sustentada en la convicción del juez o juicio que se logra por el discernimiento o juzgar que realiza el juez para ordenar, valorar, ponderar e interpretar el Derecho y los hechos expuestos en el proceso, todo esto tiene sentido por la llamada relación procesal (CHIOVENDA, 1997, p. 19-20) que no solo une a las partes, sino que los obliga a cumplir la decisión del juez.

Por ello es importante señalar que el juez llega hasta este momento mediante las diversas argumentaciones, narrativas y probanzas de las partes y terceros, entre este cumulo de posibilidades se encuentra la presentación de la prueba experticial o pericial para hacer llegar cuestiones o experticia necesaria para entender mejor los hechos que se le proponen.

⁴ Hay que tomar en cuenta que normalmente la sentencia judicial se divide en proemio, considerando, resultando y puntos finales.

3 LA PRUEBA EXPERTICIAL

La necesidad de probar el dicho de las partes en un proceso judicial está fuera de toda duda, sino fuera así, se tendría que decidir con el dicho e interés de una sola persona siendo el juez más que un juzgador un verdadero adivino. Para ello, el Derecho Procesal ha instituido toda una serie de medios de prueba, entre los que se encuentran la confesional, testimonial, documental o la pericial o experticia.

Para Carnelutti (1997, p. 404-410), el caso de las pruebas críticas como resulta ser la prueba experticial, es necesaria para confirmar su convicción en la *res iudicanda* a través del juicio de un tercero, en este caso de un perito o experto. A diferencia de las pruebas históricas que traen al juez conocimiento pasado como los testigos y acusado mediante la prueba confesional, la prueba crítica tiene como presupuesto la insuficiencia técnica del juez o de la parte que la propone. Esto es así, debido a que de manera natural la realidad observada por el juez no le aporta dato alguno que permita utilizarlo en el procedimiento decisorio, esto es, no cuenta con la experiencia natural, lo que obliga hacerlo a través de la prueba pericial, para llevarle la experiencia necesaria en la definición de los hechos, a esto se le llama experimento que se define a partir de la relación que emite el consultor o perito.

En ese sentido hay que diferenciar entre medio de prueba, el documento o instrumento que permite probar, y prueba que es la motivación o consecuencia que logra la convicción del juez, en ese sentido, habrá medios de prueba que no necesariamente prueban el dicho de la parte que lo propone, es decir no son pruebas. Partiendo de ello la prueba pericial se puede clasificar en una probanza legal, crítica, personal, constituyente, indirecta, judicial, que puede ser de cargo o descargo según lo aporte el acusador o acusado (BRISEÑO SIERRA, 1999, p. 1294), siendo el medio de prueba el perito o consultor o el documento que presenta según sea el caso.

Se considera prueba pericial aquella mediante la cual un tercero designado por el tribunal en razón de sus conocimientos artísticos, científicos o prácticos, ajenos al saber común y jurídico del magistrado, le informa acerca de los hechos percibidos o deducidos, sus efectos, sus causas y el juicio que

estos le merecen, para que sobre tales bases pueda formar su convicción acerca de ellos (KIELMANOVICH, s/f, p. 555).

Para Mateos Alarcón (1979, p. 183-184), se trata del dictamen de las personas versadas en una ciencia, en un arte, en un oficio con el objeto de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no puede ser demostrada ni apreciada sino por conocimientos científicos o técnicos; o bien un medio de descubrir la verdad de un hecho, y la forma especial de su demostración deducida de los fenómenos visibles de él o de sus efectos. Para este autor se puede evidenciar tres puntos de la prueba experticial, la rinde una persona versada que con ello supera al juez para entender el fenómeno que se le presenta para resolver, sin embargo, no por eso, esta obligado o vinculado a la opinión del experto; es evidente que existe una necesidad fáctica del conocimiento científico o técnico para lograr una correcta impartición de justicia y se encuentra supeditada a la idea del experimento o experiencia que le preceda al perito o consultor. Es evidente que lo anterior sucede con el peritaje antropológico, donde se reúnen estos tres puntos, esto es, se requiere de una persona versada, existe una exigencia fáctica del conocimiento técnico o científico del antropólogo y por último, la actividad propia del profesionalista origina el experimento o experiencia en tratar cuestiones sobre cultura, social o física vinculada al estudio del hombre.

Para Israel Herrera (2010, p. 25-26), la pericia antropológica es una prueba judicial con finalidad variada que hace un análisis de los usos, costumbres y tradiciones de la persona en referencia a un grupo minoritario, indígena, étnico entre otros. Se debe señalar que el peritaje antropológico no solo se circunscribe a la antropología cultural o etnología sino también a la de corte física y social, por ello, las solicitudes de estos peritajes son de amplio espectro.

¿Por qué el juez desestima la opinión del antropólogo emitida en el peritaje? Si es un profesional versado en esos temas e incluso más que el juez, por esta razón en ocasiones se habla de soberbia por parte del juzgador cuando no toma en cuenta estas opiniones. A mi parecer no es solo el simple juzgar con el cumulo de probanzas lo que impide esta comunicación, se debe

a que en ambas ciencias existen diferentes enfoques disciplinares que reduce el dialogo disciplinar.

4 EL DIÁLOGO DISCIPLINARIO

La disciplina es el conocimiento parcial y delimitado de la realidad, que es fundamentado por sistemas, conceptos, categorías y métodos específicos que originan la aprehensión y explicación de determinados fenómenos y bajo cierto enfoque. La disciplina se convierte en científica cuando el conocimiento o los métodos utilizados para generarlo, se consideran científicos o al menos existe acuerdo para ello. En ese orden de ideas, la ciencia jurídica y la Antropología son disciplinas científicas: el objeto de estudio refiere a las normas y al estudio del hombre en general; utilizan una serie de conceptos, categorías y sistemas (persona, derecho subjetivo, derecho objetivo, obligación, sistema jurídico entre otros), y aplican métodos aceptados como científicos (deductivo e inductivo) para generar conocimientos.

Según Rolando Tamayo y Salmorán (1996, p. 272-273), la denominación ciencia del derecho alude a dos objetos: a) Una actividad de estudio, análisis, investigación o descripción de algo denominado Derecho y b) Un Conjunto de enunciados, resultado de la actividad anteriormente citada, que versan sobre algo denominado Derecho. El objeto b), sería la disciplina científica denominada Ciencia del Derecho, que puede definirse como el conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundado del Derecho por sus causas (VILLORO TORANZO, 1993, p. 141). La ciencia del derecho es *racional, objetiva, abstracta y crítica* (1990, p. 39-40). La ciencia del derecho es una disciplina científica que deberá generar conocimientos, preponderando su particular método y categorías del conjunto de normas jurídicas.

El conocimiento disciplinar busca la preeminencia de determinado enfoque de la realidad, siendo esta característica que origina el riesgo de aislamiento o de niveles absolutistas. Esto sucede en el Derecho. En la ciencia jurídica el Principio de completitud, implica que todos los entuertos deben ser resueltos por el sistema jurídico, pero ¿todos los sistemas legales son absolutos? Es evidente que no, dudo de la omnipresencia del legislador. Lo

mismo sucede con otras disciplinas, sino veamos las pretensiones de otras ciencias como la sociología o las matemáticas. A pesar de estas consecuencias negativas, no creo se pueda prescindir del enfoque disciplinario, debido a que abordan de manera particular un aspecto de la realidad, en este caso social, por ello, el cúmulo de conocimientos en esas disciplinas resulta necesario para entender el fenómeno social, ya sea el hombre o las normas jurídicas.

Sin embargo, estos dos enfoques o disciplinas deben complementarse o al menos trabajar en equipo⁵ en el ámbito del proceso judicial, para lograr una indubitable impartición de justicia, esta necesidad de colaboración en el juicio es a lo que denomino "diálogo disciplinario". Esta idea se logra cuando el antropólogo o perito entiende la necesidad del juez y éste asume su responsabilidad para impartir justicia, ambos buscan esclarecer o darle sentido a los hechos del caso concreto, es decir, la verdad.

El concepto de verdad es polémico ya que en el Derecho se habla de una verdad, la única que vale, que es la verdad jurídica o aquella que se define en el ámbito de las pruebas o que reproducen una parte de la realidad en las condiciones del juzgado. Cuando para la generalidad de la ciencia la única verdad es la histórica, es decir, la que sucedió, o bien, la que es evidente ante los sentidos del hombre.

El dialogo no es al grado de lograr un proceso multidisciplinario, interdisciplinario o transdisciplinario, tampoco se refiere a un proceso de complementación del conocimiento jurídico es decir, cuestiones de interpretación de las normas jurídicas o valoración de pruebas, más tiene que ver con el concepto de información judicial definido por un caso concreto, sobre todo en el aspecto de lograr la convicción del juez al momento de fallar un asunto, es decir, dictar una resolución judicial que condena o absuelva a una persona de determina prestación.

Sin embargo, el diálogo es complicado y en varias ocasiones no llega a darse en los ámbitos del proceso judicial, en mi opinión esto sucede porque

⁵ Este trabajo disciplinario en equipos se define según la profundidad del mismo, cuando los enfoques solo se complementan se habla de trabajo multidisciplinario; cuando los enfoques se intercambian conceptos, categorías o métodos es trabajo interdisciplinario, y cuando logran crear nuevos espacios de reflexión se denominan transdisciplinarios.

tanto los antropólogos como los jueces no superan las antinomias o contradicciones del enfoque disciplinar, del caso concreto y de los propios intereses de las partes.

5 LAS ANTINOMIAS

La Filosofía utiliza el término antinomia desde la Grecia Clásica que significa contradicción en la ley. De igual manera los escolásticos y Kant utilizan este concepto en la creación de sus sistemas filosóficos. El Derecho aplica el concepto de antinomia cuando existen dos normas califican en diverso sentido una misma conducta, o bien, cuando un hecho posee dos o más consecuencias normativas en sentido contrario (GUASTINI, p 437-438).

En este trabajo, el concepto de antinomia se sustenta en la idea de contradicción entre dos disciplinas – Antropología y Derecho- que requieren el diálogo para lograr una efectiva impartición de justicia. La antinomia es una condición que impide o al menos dificulta el diálogo entre Derecho y Antropología, en mi opinión existen tres formas de antinomias: a) Disciplinar, es decir, que surgen por los métodos y formas de concebir la realidad; b) Del caso concreto, esto es, de los hechos que se buscan esclarecer, y c) Del proceso judicial en sí o las normas que lo regulan.

Antinomias disciplinares. Existen métodos y conceptos que pueden enrarecer o al menos disminuir el proceso de diálogo entre Derecho y Antropología, me refiero aquellas que desde el ámbito particular de cada ciencia son comúnmente aceptadas, en la ciencia jurídica pueden resultar las siguientes: el conocimiento ideológico del Derecho, el concepto de verdad jurídica y la falta de conocimiento sobre la veracidad de los métodos cualitativos de investigación.

El conocimiento ideológico del Derecho⁶ resulta en muchos casos con problemas de entendimiento de lo justo y sobre todo de las categorías,

⁶ La ideología es un nivel de conocimiento que no resulta necesariamente científico, de tintes absolutistas la ideología resulta de una concepción parcial del mundo y en muchas ocasiones apriorístico. En el caso del Derecho nos encontramos frecuentemente con conocimiento ideológico sobre todo cuando se busca entender a la justicia como un fin del Derecho.

conceptos y métodos de la Antropología, lo mismo sucede cuando esta desprecia los conceptos formales de la Ciencia Jurídica. En el caso de los métodos de investigación antropológicos, los más complicados para la labor judicial resultan ser los cualitativos, debido a que el concepto de verdad en ellos está basado en técnicas subjetivas, que en el caso del juez requieren ser contrastados.

Mención aparte en las antinomias que nos ocupa es la idea o concepto de verdad, que en este caso es una construcción científica disciplinar que las ciencias elaboran en atención al objeto de estudio que investigan, en el caso de la Antropología es el hombre como ser cultural y el Derecho la conducta del hombre regulada por normas jurídicas. Ambos objetos de estudio tienen puntos de contacto, sin embargo, se distancia por las diversas tradiciones científicas que existen y que definen la actitud de sus cultores.

Antinomias del caso concreto. En este punto me refiero a la relevancia de los hechos a estudio, lo que los abogados denominan la litis del asunto. La litis es la contradicción que se origina al momento de encontrarse las teorías del caso de ambas partes, en el derecho penal víctima-acusado-ministerio público, pruebas y comportamientos procesales. Debe decirse que la litis alcanza también puntos de hechos e interpretaciones judiciales, es decir, que las pruebas experticiales no solo deben ser opiniones fundadas y motivadas en datos verificables, sino que deben incidir en estos puntos controversiales. Este caso es trascendental para que un peritaje tenga efectos en la sentencia del juez, se contesten las preguntas necesarias y suficientes, así también realizarse las preguntas adecuadas. Si un peritaje no retoma los puntos controversiales, por más que se encuentre debidamente fundado o en palabras claras y sencillas no servirá para la convicción del juez.

Lo anterior indica el motivo, que pueden ser varios, cuando los jueces no utilizan o desvalorizan un peritaje antropológico, el resultado de lo anterior es que no se logra impartir justicia tomando en cuenta el conocimiento cultural.

Antinomias del proceso judicial en sí. Existen en el proceso judicial formalidades y actos que pueden generar confusión o distorsión en el diálogo disciplinario entre Derecho y Antropología, estos son el ofrecimiento,

preparación, desahogo y valoración probatoria, la relación de la prueba experticial con las otras pruebas que existen en el sumario, la comunicación directa con el juez y los intereses de las partes.

Las formalidades en el proceso judicial garantizan un mínimo de certeza y seguridad jurídica para las partes o intereses que confluyen en él, la falta de su cumplimiento no garantiza alcanzar el fin propuesto, que resulta ser la convicción del juez. En el caso del ofrecimiento y preparación de la prueba sin duda resulta trascendental para exponer de buena manera los hechos litigiosos, en el caso del desahogo es el momento donde ya interviene el perito aportando el conocimiento disciplinar antropológico, por último, que resulta ser el momento más descuidado por las partes y el experto, es el momento de la valoración de la prueba en sí misma y el cumulo probatorio, en este caso, la eficacia de la prueba se encuentra en función de las demás pruebas, al ejercicio prudente que realiza el juez de ponderar y valorar, por ello, el juez se le debe asumir como “perito de peritos”; al definir el alcance y profundidad de la pericia.

De igual manera, recibe trato de antinomia la falta de comunicación con el juez, funcionarios judiciales y entre las partes. En el caso de los dos primeros resulta la consecución del fin de la prueba pericial, ya que el objeto no es lograr la exposición detallada, informada y profunda de la opinión del perito, sino lograr la convicción del juez mediante la disipación de las dudas del mismo sobre los hechos litigiosos; en el caso de las partes, está definida por las estrategias legales mediante las cuales interactúan para exponer sus intereses.

6 CONCLUSIÓN

En principio se considera que la prueba experticial es una forma de mejorar el conocimiento judicial en un caso concreto donde se considera necesario resolver dudas sobre algún aspecto físico, social y cultural del hombre o comunidades humanas. En ese sentido, es importante mencionar que estos aspectos se encuentran regulados por dos elementos procesales

que son considerados por la ciencia jurídica: el proceso judicial y la prueba experticial.

El proceso judicial es el contexto donde se desarrollan todas estas instituciones procesales, formalidades y conceptos judiciales, que su cumplimiento generan certeza y seguridad en la impartición de justicia, en la adquisición y pérdidas de derechos e imposición de obligaciones. En el caso de la prueba experticial no se aleja del desarrollo de las instituciones procesales, en el cual, deben cumplirse ciertos requisitos y presupuestos para lograr asegurar el objetivo o finalidad, que es lograr la convicción del juez.

En este caso, se acuñan dos conceptos que tratan de explicar la complejidad de la relación entre antropólogo-juez y juez-antropólogo en el marco del proceso y la prueba experticial: dialogo y antinomia disciplinar. En el primer caso se abordaron los motivos que hacen necesario el dialogo disciplinar, debido al enfoque particular con respecto a conceptos, categorías y métodos diferentes, en el ámbito de la Antropología y la Ciencia Jurídica. En el caso de las antinomias, el concepto se extrajo de la filosofía que indica las contradicciones normativas a partir de un elemento normativo o factico común, esta idea se extrapoló a las diferencias disciplinares, siendo el elemento común el proceso judicial y la institución de las pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

AUGE, Marc y Colleyn, Jean Paul, *Que es la antropología*, Paidós Buenos Aires, Argentina, 2006.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal Vol. 2*, Oxford, México D.F., Primera edición, 1999.

CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Harla, México D.F., Primera edición, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, México D.F., Primera edición, 1997.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, UNAM, México D.F., Primera edición, 1981.

GUASTINI, Ricardo, *Antinomias y lagunas*, en Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México D.F., número 29.

ISRAEL HERRERA, José, *Peritaje antropológico*, Sus realidades e imaginarios como prueba judicial federal, Manejo Cultural A.C., México D.F., Primera edición, 2010.

KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires s/f.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Las pruebas en materia civil*, mercantil y federal, Cárdenas editor y distribuidor, México D.F., Segunda edición, 1979.

MÉRIDA CAÑAVERAL, Jacobo, *El concepto de Derecho Indígena*, PJECh, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, Primera edición, 2010.

OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del Derecho*, Editorial Duero, Primera Edición, México D.F., 1990.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México D.F.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del Derecho*, Editorial Themis, Primera reimpresión, México D.F., 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, Décima Edición, México D.F., 1993.