

Usos y costumbres en las comunidades indígenas bajo la teoría del Neoconstitucionalismo *

Luis Eusebio Alberto Avendaño González

Resumen

En la teoría jurídica contemporánea, la configuración constitucional estructura la plataforma para la garantía de los derechos y libertades. Así, la norma constitucional mexicana, contiene supuestos jurídicos que resultan en la práctica excluyentes entre sí, circunstancia que implica prever a un mismo nivel constitucional una contradicción, lo cual trae consigo un sincretismo metodológico, constitucional e incluso teórico. Es finalidad del presente trabajo no solo el denunciar la contradicción, sino demostrar que la constitución mexicana en su contexto, requiere integrar una coherencia interna tomando como referencia el principio de igualdad en la definición y reconocimiento del derecho indígena basado en los usos y costumbres y el derecho positivo, así como describir el pluralismo jurídico nacional, aplicados ambos conceptos a dos casos paradigmáticos en el Municipio de Amealco de Bonfil, en Querétaro: Macedonia Blas y Alberta Alcántara y Teresa González.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, usos y costumbres, sistema jurídico, pueblos indígenas.

Traditional mores and customs in indigenous communities according to Neoconstitutionalist theory*

Abstract

In contemporary legal theory the constitution forms the structure or platform for the guarantee of rights and freedoms. Thus the Mexican constitutional standard contains legal assumptions that result in practice in excluding each other, and in certain situations contradict each other and bring a methodological, constitutional and even theoretical syncretism. It is the aim of the present work not only to expose these contradictions, but also to demonstrate that the Mexican constitution in its context requires integrating an internal coherence by taking as a reference the principle of equality in the definition and recognition of customs-based indigenous law and positive law, as well as to describe the national legal pluralism and how both concepts applied to two paradigmatic cases in the municipality of Amealco de Bonfil, in Queretaro: Macedonia Blas and Alberta Alcántara and Teresa González.

Key words: neo-constitutionalism, mores and customs, legal system, indigenous peoples.

Consideraciones generales

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, ha supuesto como fenómeno globalizador un movimiento doble: por una parte, hacia la internacionalización en la reducción del tiempo y espacio; por otra, un resurgimiento de los localismos y una revitalización de los "discursos identitarios", ya sea a raíz religiosa, cultural, étnica o nacional (Carbonell, 2004).

* La investigación propuesta es resultado parcial del proyecto de investigación denominado *Derechos fundamentales y constitución. El paradigma de la igualdad y dogmática constitucional en México*. La investigación no cuenta con financiamiento y constituye una investigación concluida.

* Doctor en Derecho y profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1 del Conacyt
luis.avendano@hotmail.com.

En nuestro país, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 generó la sujeción al pacto de convencionalidad y el incremento del apartado de derechos fundamentales, no sólo como una positivación sino como una verdadera ampliación a través de la interpretación constitucional. Tal circunstancia supone hallarnos en presencia de un canon “internacionalista”, donde el parámetro de validez de los derechos fundamentales otorguen no sólo el fenómeno nacional, sino también las normas y criterios de interpretación emanados de sentencias, opiniones consultivas e informes de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos.

Así, el objeto del presente estudio lo constituyen ambas hipótesis, es decir, tanto la descripción del fenómeno de *supranacionalidad* como del de *intranacionalidad*, a partir de las cuales la Constitución Federal Mexicana deba ser abordada como norma-principio, donde su interpretación y ubicación conceptual represente no sólo un tratamiento como norma-regla sino particularmente como valor. Denunciando así, que las contradicciones constitucionales son de origen conflictos de valor.

En nuestro país, los usos y costumbres indígenas constituyen el reconocimiento de derechos calificados como *históricos dentro del derecho positivo constitucional*. Circunstancia que incluye colocar en un mismo nivel normativo y teórico-jurídico, el derecho histórico. Por lo cual, las contradicciones que la aplicación de tales sistemas conllevan, constituyen una antinomia no sólo como norma-regla sino como valor.

Lo anterior, es reconocer que el derecho indígena basado en los usos y costumbres debe ser estudiado no como un “Estado paralelo” al constitucional mexicano, o un “Estado de excepción permanente” reconocido y validado por el Estado nacional, sino como un sistema inserto en el constitucional, fundamento coincidencias y contradicciones en el principio de *igualdad* en términos del liberalismo jurídico.

Las hipótesis por desarrollar en el presente trabajo, consisten, por un lado, en distinguir cuál es el reconocimiento jurídico constitucional con que cuenta el sistema indígena de los usos y costumbres, el impacto de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en la modulación y la eficacia de dicho sistema,

así como generar elementos para la aproximación a un concepto. La metodología consiste en aplicar el modelo de Dworkin al fenómeno nacional en la definición de un sistema normativo no excluyente sino complementario al positivo constitucional.

Hacia la construcción de un marco teórico de los usos y costumbres en México

El derecho es un fenómeno complejo, producto de la cultura, la práctica social, la actividad económica y la política. El mismo también responde como lenguaje y como discurso a una realidad jurídica, a un sinnúmero de paradigmas, interpretaciones y aplicaciones que en la práctica no resultan homogéneas que imponen una distinción fundamental: una cosa es el discurso sobre el derecho –o sobre la norma–, y otra el discurso del derecho –o de la norma–. Así, podemos deducir que las teorías y doctrinas jurídicas históricas y contemporáneas que construyen la ideología jurídica (Courtis, 2006) son las siguientes: Kelsen identificó al derecho como un conjunto de normas y ordenamientos cargados de validez; Hart, como un haz de reglas primarias y secundarias, para Dworkin es una combinación de reglas, principios y directrices interpretativas a la luz de “una sola respuesta correcta” e identidad de casos fáciles y difíciles (Cárdenas, 2006). Atienza (2005) describe que el derecho es ante todo argumentación.

Por lo anterior, el estudio y conceptualización del derecho indígena ha sido también objeto de estudio desde diversos enfoques, entre los que destaca el planteamiento del llamado “derecho consuetudinario indígena”, o la “costumbre jurídica indígena” o de los “usos y costumbres”. Es decir, sin una unicidad en cuanto al concepto, constituye el reconocimiento de derechos calificados como *históricos dentro del derecho positivo* entendido éste como el que se encuentra en la Carta Fundamental. Circunstancia que incluye a su vez colocar a un mismo nivel normativo y teórico-jurídico, el derecho histórico y positivo formal.

En México, la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001, dispuso en su artículo II, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural mexicana, la cual nos ubica en la órbita del *multiculturalismo*. A decir el artículo dispone:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS QUE REFORMA LA DE
5 DE FEBRERO DE 1857

Título Primero
Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 20. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. 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.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolinguísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

De lo anterior deduzco dos consideraciones: la primera, en sentido axiológico, y la segunda, en sentido social. En primera instancia, el *modelo neoconstitucionalista* dispone que la definición e interpretación de la Constitución se encuentra estrechamente conectada en la forma de concebirla, es decir, la metodología y las correspondientes exigencias interpretativas no dependen de una configuración neutra, objetiva y verdadera de la Constitución, sino que cada vez más obedecen a una *reconstrucción peculiar por parte de los intérpretes*. Por lo cual, el sistema jurídico mexicano se impregna crucialmente de los problemas de definición e interpretación constitucional, como los más profundos problemas de principios morales (Dworkin, 2009), no de hechos legales o estrategias como el enfoque profesional sugiere. De ese modo, es comprensible que se hable de la Constitución Mexicana desde una perspectiva axiológica. Es decir, los problemas de interpretación constitucional son problemas de principios morales. Razón por la cual el estudio, definición e interpretación del denominado “derecho consuetudinario indígena”, o la “costumbre jurídica” o de los “usos y costumbres” debe ser a partir de la interpretación moral de la Constitución y del principio de la igualdad con diferencias.

En segunda, el modelo adoptado por nuestro país a diferencia del resto de los países latinoamericanos, nos obliga a describir la contradicción de origen en el reconocimiento y construcción de un concepto del Estado-nación como único e indivisible –por lo que habría que preguntarse si dichos modelos son de construcción o de deconstrucción nacional–, en contradicción con algunas minorías que se perciben a sí mismas como “naciones atrapadas” y se conducen de acuerdo con líneas nacionalistas para obtener o recuperar derechos de autogobierno. En donde tales nacionalismos “de las minorías” entran en conflicto

directamente con el nacionalismo de "Estado-nación", dado que este último pretende promover una identidad nacional común en todo el Estado y de las políticas de construcción nacional. Así, las tesis que soportan que la identidad nacional se haya producido a costa, o incluso en contra, de las identidades indígenas son las descritas por Charles Taylor y John Rawls. Sin embargo para los efectos del presente estudio seguiré el pensamiento de Will Kymlicka, en cuanto considera posible combinar los derechos de las minorías con los principios básicos de libertad individual y justicia social –dentro de un Estado constitucional-. Su punto de partida es que a miembros de grupos diferentes se les otorguen derechos diferentes (Kymlicka, 2003).

A lo anterior, la reforma constitucional modificó sustancialmente el contenido de los derechos protegidos con ella, incluido el de igualdad, el cual es un principio adjetivo que se define y actualiza progresivamente a través del tiempo y a la luz de una multiplicidad de factores sociales, culturales, económicos y políticos, entre otros. Consecuentemente, sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se ampliaron significativamente con el contenido de los tratados internacionales que hacen referencia a la igualdad y a la prohibición de la discriminación; además debe de efectuarse el escrutinio de constitucionalidad correspondiente teniendo como ámbito material de validez a la Constitución y a los diferentes tratados ratificados por México.

Por último, constitución, teoría y reforma coinciden en denunciar una crisis de derecho, la cual radica entre otras cosas en su distanciamiento con la realidad social, y que en el fenómeno indígena presenta la ausencia parcial y a veces total de normas, y confusión en cuanto al reconocimiento y aplicación de su sistema normativo. Razón por la cual, derecho y realidad deben asociarse a que la validez debe ser la suma del principio de legalidad y de legitimidad, modulando en el caso mexicano la idea positivista del derecho. Así, realidad-derecho, también tienen que ver con la historicidad de éste, por lo que el derecho indígena puede contener los siguientes elementos para su definición:

a) Que es un conjunto de normas y reglas que se construyen y se reconocen dentro de la et-

nia, comunidad o pueblo indio;
b) Que deben establecer configuraciones relativas su forma de gobierno, creación, y organización;
c) Que existan atribuciones de competencias de los órganos de autogobierno;
d) Que se garantice a los pueblos indígenas el pleno acceso a sus derechos fundamentales –nacionales e internacionales– reconocidos en diversos instrumentos jurídicos; y
e) Que se establezca el reconocimiento y respeto al conjunto de normas jurídicas en que se basan los pueblos indígenas para la administración de justicia en el interior de sus comunidades.

A las consideraciones anteriores, es necesario incluir el concepto de derecho indígena a la luz de la reforma constitucional, en donde los derechos humanos –nacionales e internacionales–, ejercen un tratamiento "occidental" en cuanto a su definición y aplicación, y donde los derechos indígenas constituyan verdaderos y reales "sistemas jurídicos indígenas" que no sean degradados a la simple categoría de costumbres.

Dos casos paradigmáticos en el municipio de Amealco de Bonfil, Qro.

Harlar de los casos fáciles y difíciles en términos de Dworkin, supone distinguir que la solución de los problemas jurídicos han de resolverse de forma específica, es decir, cuando hablamos de casos fáciles, implica que el juzgador ha de resolver un problema sencillamente subsumiendo el caso a la hipótesis normativa específica, tratándose de los casos difíciles implica a su vez que el juzgador habrá de invocar no sólo la ley, sino los principios, a partir de los cuales deberá reconocerse un estándar, no precisamente que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de equidad o de alguna otra dimensión moral.

Para efectos de la presente investigación, el estado de Querétaro se ubica en el centro de México, su capital es la ciudad de Santiago de Querétaro. Se localiza a 200 km del noroeste de la ciudad de Méxi-

co; al norte limita con el estado de San Luis Potosí, al oeste con Guanajuato, al este con Hidalgo, al sureste con el Estado de México y al suroeste con Michoacán.

El municipio de Amealco de Bonfil, donde se fundamenta el estudio, se localiza al extremo sur del estado. Limita al noreste con el municipio de San Juan del Río, al noroeste con Huimilpan, al sureste con el Estado de México y al suroeste con Michoacán, con una superficie de 682 km cuadrados. Su cabecera está a 20°11'12" Norte y 100°08'41" Oeste. Con datos del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) la población total del municipio es de 62 197 habitantes, de los cuales 29 842 son hombres y 32 355 son mujeres; además existen 34 comunidades de origen otomí, denominadas actualmente ñaňhús.

En este trabajo propongo dos casos paradigmáticos acontecidos en el municipio de Amealco de Bonfil, en donde destacan dos formas diferentes de aplicación normativa. Por una parte el sistema normativo de los usos y costumbres, y por el otro, el sistema positivo reconocido constitucionalmente, aplicado a un mismo sujeto de reconocimiento: mujeres indígenas amealcenses.

Alberta Alcántara y Teresa González. Facultad de atracción 33/2010-00. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Con fecha 30 de junio de 2006, el agente del Ministerio Público Federal en el municipio de San Juan del Río, Qro., consignó una averiguación previa por medio de la cual ejerció acción penal en contra de Alberta Alcántara, Teresa González Cornelio y otras personas, por considerarlas responsables del delito de privación ilegal de la libertad en contra de servidores públicos –secuestro-. Además, en el caso de Alberta Alcántara, se sumaba también el de delitos contra la salud –cocaína– en su modalidad de distribución.

En ese sitio había un tianguis de discos “pirata” y otros productos. En uno de los puestos los agentes habrían encontrado cocaína e intentaban trasladarla, pero los locatarios lo impidieron y les cerraron el paso. Entre 80 y 100 personas los llevaron a una base de la policía municipal en donde permanecieron privados de su libertad por dos horas. Existen testimonios de que algunos comerciantes se opusieron a la actividad de los agentes y les exigieron identificarse

y presentar la orden que los autorizaba para realizar esta diligencia.

Ante estos sucesos, el 4 de julio de 2006 el Juez Cuarto de Distrito en el estado de Querétaro, bajo la causa 48/2006/IV, libró una orden de aprehensión en contra de las acusadas, y el 19 de febrero de 2010 dictó sentencia definitiva resolviendo que eran penalmente responsables de los delitos citados. La pena que impuso el juez fue de 20 años de prisión y una multa.

Alberta Alcántara y Teresa González Cornelio, inconformes con la resolución, interpusieron recursos de apelación, mismos que fueron admitidos y se ordenó la remisión del proceso penal al Tribunal Unitario del 22º Circuito en el estado de Querétaro. En sesión pública del 17 de marzo de 2010, cuatro de los ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte, determinaron ejercer de oficio, la facultad de atracción para conocer dicho recurso de apelación.

Esta resolución se verificó el 28 de abril de 2010, y en forma unánime los cinco ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte, resolvieron absolver lisa y llanamente a Teresa González y Alberta Alcántara, al votar el proyecto de resolución de la ministra Olga Sánchez Cordero.

Macedonia Blas, líderesa de la organización otomí Yax Kin y “castigada” por adulterio en el municipio de Amealco de Bonfil, Qro.

En agosto de 2003, en una comunidad del municipio de Amealco de Bonfil, Qro., dos mujeres, madre a hija, agredieron a Macedonia Blas, de 40 años de edad, quien es líderesa de la organización otomí Yax Kin, y participa en proyectos productivos para las mujeres de Amealco. A esta persona la humillaron públicamente por considerar que había incurrido en adulterio, específicamente con el marido de quien la acusa. La golpearon en el rostro y de manera reiterada le jalaron las trenzas; además le untaron en la vagina una pasta elaborada a base de diversos chiles, causándole daños irreversibles.

Cabe señalar que este tipo de “castigo” a que fue sometida Macedonia Blas, está reconocido dentro de esa comunidad y es aplicable a quien incurra en este delito identificado como adulterio.

El juez único municipal de Amealco de Bonfil, Gabriel Gerson Perrusquia, encontró elementos su-

ficientes para responsabilizar a las dos mujeres por haber agredido –violación equiparada– a la lideresa de la organización otomí Yax Kin, por lo que fueron sentenciadas a dos años de prisión, se les pidió el pago de una multa, la reparación del daño y realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

Consideraciones generales

En estos casos propuestos a estudio, se trata de un mismo sujeto-activo respecto a la aplicación del derecho: mujeres amealcenses. Sin embargo, cabe señalar que en ambos casos hablamos de supuestos jurídicamente diferentes pero coincidentes, el primero, relativo a Alberta Alcántara y Teresa González, a quienes se inició una denuncia penal –derecho positivo–, con relación al delito de privación ilegal de la libertad en contra de militares y en virtud de la resolución a cargo de la Suprema Corte de Justicia, se determinó la no responsabilidad de las imputadas dadas las violaciones al procedimiento en su calidad de indígenas (principio de autodeterminación constitucional). En el segundo caso, Macedonia Blas, es objeto de una violación equiparada, dado el “castigo” que de conformidad al sistema de usos y costumbres se practica por la propia comunidad indígena amealcenses, y respecto de la cual se invoca derecho positivo ordinario, para establecer una responsabilidad penal más allá que la decretada por la propia comunidad.

A partir de ello, es que denuncio las contradicciones normativas respecto al derecho histórico y al derecho positivo, reconocidos ambos en la Constitución Federal.

El Sistema Jurídico Nacional a partir de la Reforma Constitucional

Actualmente el estudio teórico del sistema jurídico en general, y de la norma fundamental mexicana en lo particular, se explica bajo la idea del neoconstitucionalismo (Atienza, 2001). En esta idea, podemos identificar la teoría de la argumentación jurídica y moral con Robert Alexy, la garantía de Ferrajoli, Dworkin frente al utilitarismo, Peces-Barba en el estudio de los derechos fundamentales y la dogmática jurídica de Zagrebelsky. Es decir, aunque disgregadas son en conjunto la expresión de la nueva ideología jurídica que convergen en imponer a la Constitución como un orden jurídico total.

Principios fundamentales de la reforma constitucional en México

Aunque para muchos países el tránsito hacia la integración global en materia de derechos humanos (DH) significa un estado en consolidación, en nuestro país nació con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la cual prescribe como *cambios sustantivos* el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. En el mismo sentido la reforma describe una serie de *cambios sustantivos*, tales como el otorgamiento a rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la ampliación de la hipótesis de no discriminación, educación, asilo y refugiados, política exterior y sistemas penales. Los *cambios operativos*, a su vez, permiten incidir procesalmente para hacer efectivos los derechos humanos ante los operadores jurídicos, tales como la interpretación conforme a la Constitución, el principio *pro persona*, la garantía de previa audiencia en materia de extranjeros, el desplazamiento de la Facultad de Investigación asignada a la Corte por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Avendaño, 2014).

Así, la reforma quedó representada en el artículo 1º Constitucional que dispone textualmente:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REFORMA LA DE
5 DE FEBRERO DE 1857
Título Primero
Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favo-

reciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Mediante la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales de la Constitución mexicana, las resoluciones, jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así como diversos principios hermenéuticos, como el *pro homine* y el *pro libertatis*, constituyeron el “bloque de constitucionalidad”. Tal denominación tiene por objeto reconfigurar el principio de supremacía constitucional del “paleopositivista estado nacional” para quedar como sigue: *a) Se mantiene al artículo 133 de la Constitución Federal como un sistema de fuentes del derecho, en el que ya se incluye a los tratados internacionales, eliminando divisiones y subdivisiones jerárquicas con respecto a su jerarquía; b) Se reconoce la autonomía del derecho internacional y de los tratados como fuentes no producidas por el ordenamiento local; c) Se reconoce la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos que establecen pisos mínimos de protección, y son, por tanto, susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido de su aplicación más favorable a las personas, que además, pueden integrarse en sus contenidos mediante un sistema de reenvíos hacia otros ordenamientos; y d) Se busca la tendencia a la identificación del contenido esencial de los derechos humanos, función que realizan de manera especial las cortes o tribunales de constitucionalidad. Este contenido se encuentra integrado no sólo por las previsiones constitucionales, sino por los elementos normativos provenientes de la norma convencional y los criterios jurisprudenciales de los organismos a cargo de su interpretación, especialmente de los tribunales internacionales.*

Por último, si bien nos permite observar la reconfiguración del principio de supremacía constitucional, la importancia para el presente estudio radica en

el hecho de que la reforma transita del control concentrado a otro que posibilite que los jueces ordinarios puedan analizar la conformidad de una ley con la Constitución, o los tratados internacionales que formen parte del plexo constitucional formando con ello un control difuso de la constitucionalidad, convirtiendo así a los jueces locales en guardianes de la constitucionalidad en general.

El sistema de competencias en el Estado constitucional mexicano

En nuestro país, históricamente la teoría del derecho constitucional se ha producido legitimando jurídica y socialmente a partir del fenómeno federal. Ejemplo de lo anterior, el criterio formulado en la Controversia constitucional 14/2001 relativa al municipio de Pachuca de Soto de Hidalgo de fecha 7 de julio de 2005, que dispone la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el Constitucional. Con relación al último, establece en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla (Bustillos, 2010).

El sistema federal tiene como características fundamentales, el reparto o división de competencias entre la federación y las entidades, la nulidad de aquellas leyes que fueran en contra del texto constitucional y, como piedra angular del federalismo, la competencia de los tribunales judiciales para declarar la nulidad de los actos contrarios al reparto constitucional de competencias (Hamilton, 1987), así la Constitución Federal divide el ejercicio de la soberanía nacional entre la federación y los estados de la república. Según el artículo 41 de la misma, corresponde a la federación el ejercicio de la soberanía exterior y a las entidades federativas el ejercicio de la soberanía interior.

El sistema “de los usos y costumbres” mexicano. Un sistema de “diferente” en el Estado mexicano

En este mismo contexto, hemos de señalar que el pluralismo jurídico puede entenderse por lo menos en dos sentidos. En primer lugar, se puede concebir

que las fuentes del derecho no se reducen únicamente a la ley, es decir, a las normas emanadas de los órganos estatales sino que también se genera derecho a través de las costumbres, de los principios o de los acuerdos entre los particulares. En segundo lugar, la idea del pluralismo jurídico supone también que además del derecho estatal –con su pluralidad de fuentes–, existen otros sistemas que conviven con él y que a veces lo desplazan. Lo cual plantea una idea de “realidad legal”, o sea, el reconocimiento y validez de diversas normas jurídicas alternas al derecho estatal como lo representa el propio derecho indígena, con todo lo que ello implica: normas jurídicas propias, policía comunitaria, la presencia de autoridades indígenas, entre otros. De este modo se habla de un “derecho consuetudinario indígena”, o la “costumbre jurídica indígena” o de los “usos y costumbres dentro del sistema jurídico mexicano cuando la forma de autogobierno practicada por muchos municipios de población indígena establecen normas que regulan la vida de la comunidad.

Así pues, la Constitución incorpora un pluralismo jurídico acorde con la concepción de una nación diversa y plural étnica y culturalmente. De este modo México, distingue tres órdenes normativos que confluyen fácticamente:

1. El sistema jurídico nacional, que comprende por un lado, la Constitución Federal y la legislación nacional general, aplicable a todos los nacionales por tener tal cualidad, y
2. Por otro lado, el de los sistemas jurídicos indígenas, creados alrededor de sus cosmovisiones, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social. Sistemas jurídicos a los que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les reconoce jurisdicción legal. Ejemplo de ello la jurisprudencia: “Derechos de los indígenas. Los establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser ampliados por las legislaturas locales dentro del marco de aquella”.
3. Por último, y en atención al reconocimiento de los tratados internacionales

aplicables al sistema nacional por virtud de la reforma de 10 de junio de 2011, los acuerdos del Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que disponen:

8.2: “Dichos pueblos (indígenas) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

9.1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

De lo anterior, se desprende el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y el pluralismo jurídico a cargo del Estado nacional mexicano, entre ellos los sistemas jurídicos indígenas. Sin embargo, en un modelo de derecho positivo como el nuestro reconocer y otorgar el carácter jurídico a los sistemas normativos indígenas resulta una cuestión muy difícil de aceptar, particularmente, para los administradores de justicia que seguido incurren en actos que violentan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y el artículo 2º constitucional o enunciativos como la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A esto habría que agregar la dificultad que existe para determinar qué derecho debe prevalecer, en caso de oposición de las normas estatales con los sistemas jurídicos indígenas y qué autoridades son las que deben de resolver las controversias que se susciten en caso de conflicto de las normas estatales con las indígenas. En efecto, la fracción II del artículo 2º constitucional dispone:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Como se podrá observar, el dispositivo es contradictorio, la primera parte del precepto faculta a las autoridades indígenas para aplicar sus sistemas normativos en la solución de sus conflictos internos, enseguida limita este derecho cuando establece que dichas normas no deben ser contrarias a los principios generales de la Constitución. Es decir, una interpretación literal de este artículo haría nugatorio los derechos indígenas fundamentales reconocidos; más aún, cuando de inmediato se dispone que dichas normas deberán ser validadas por las autoridades correspondientes, –terminando con ello el derecho de la autonomía que se pretende reconocer a cargo de los pueblos indígenas–. Así, la propuesta es resolver estas contradicciones adoptando una posición que respete los parámetros valorativos de cada derecho, anteponiendo entre ambos sistemas normativos valores tales como: el derecho a la vida y a la integridad personal o física, en donde los pueblos indígenas puedan y deban contar con las facultades necesarias para aplicar sus sistemas jurídicos. Contradicciones que deben ser resueltas mediante una interpretación moral de la Constitución, fundamentada en principios y de forma específica por el principio de igualdad, preservando las diferencias entre las partes.

Con el fin de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia de acuerdo a sus procedimientos y sistemas jurídicos, se hace necesario la adecuación de ciertas instituciones y la creación de otras, sobre todo judiciales, que conozcan sobre los conflictos de normas de orígenes culturales diversos. En este proceso es de suma importancia la participación de los pueblos interesados. A partir del cual deben crearse autoridades paralelas a los agentes del Ministerio Público, en jueces Indígenas o un Tribunal Indígena Especializado que conozca de los recursos de apelación.

Lo anterior confirma la tesis de Dworkin, en el sentido de que ambas normas sobre derecho histórico y derecho positivo, a partir de la cual toda resolución debe fundamentarse en una justificación moral fuerte sobre la idea de que todo individuo –y sistema normativo– es acreedor a un igual trato y respeto, que se debe proyectar sobre aspectos sustantivos relevantes como la tolerancia, el respeto a los derechos individuales y la redistribución de recursos y que concibe al Derecho como el proceso social por excelencia para su consecución. Visión que permite entender las notas características que Dworkin predica del fenómeno jurídico como una empresa de relevancia moral objetiva, que pretende la articulación de la libertad y la igualdad en un orden constitucional justo y que va a suponer la centralidad de la interpretación jurídica frente a la de los protocolos formales de validez; la prevalencia de la adjudicación judicial frente a la actividad legislativa y la prioridad de la protección de derechos individuales frente al orden jurídico y sus objetivos colectivos.

Conclusiones

El Estado mexicano reconoce una categoría jurídica diferente con respecto a los pueblos y comunidades indígenas. La cual a su vez goza de una autonomía para autogobernarse. Así, el reconocimiento de los sistemas de los “usos y costumbres” dentro del sistema jurídico, constituyen en la práctica dos lógicas que se contraponen ya que sustenta diferentes principios jurídicos –los valores se jerarquizan de diferente manera–, por lo cual estamos frente a una contradicción que puede ser insalvable o totalmente integradora.

La reforma constitucional en México nos ha insertado en un paradigma relativo a la internacionalización de los derechos humanos. Razón por la cual el modelo del neoconstitucionalismo concibe una constitución moral y de principios, en donde los conflictos deben reconocerse y solucionarse en la misma proporción. Tratamiento moral de la Constitución y el principio de igualdad con diferencias, a partir del cual se reconoce la autonomía para reconocer y sanctionar de conformidad a sus usos y costumbres.

Bibliografía

- Atienza, M. 2001. *El sentido del Derecho*, Barcelona, España: Ariel.
- Atienza, M. 2005. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Avendaño G., L. 2014. *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Una revisión al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de Justicia en México*. Universidad Autónoma de Querétaro.
- Bustillos, J. 2010. Federalismo judicial a través del amparo. Relación entre las jurisdicciones federal y locales a través del instrumento protector de los derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. (2004). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas G., J. 2006. *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Courtis, C. (Ed.). 2006. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Edit. Trotta. Madrid, España.
- Dworkin, R. 2009. *Los derechos en serio*, Madrid, España. Ariel Derecho.
- Hamilton, Madison y Jay. 1987. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. México.
- Kymlicka W. et al. 2003. *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*. Universidad Nacional Autónoma de México.