



La otra reforma constitucional. Una visión del derecho indígena ¹

The other constitutional reform. A vision of indigenous law

Luis Eusebio Alberto Avendaño González ² y Jorge Serrano Ceballos ³

Resumen

La reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos de junio de 2011 proyectó una visión integradora de los derechos humanos, a partir del reconocimiento de un derecho internacional y regional cada vez más necesario de respetarse y fortalecerse. Por ello, el presente estudio reconoce que la norma constitucional mexicana contiene en la práctica supuestos normativos opuestos entre sí, circunstancia que implica prever a un mismo nivel constitucional una contradicción. Es propósito del presente estudio 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; aplicando dichos conceptos al entorno local en el municipio de Amealco de Bonfil del Estado de Querétaro.

Palabras clave: Derecho indígena, usos y costumbres, igualdad.

Abstract

The Mexican constitutional reform on human rights of June 2011, projected an integrating vision of human rights, from the recognition of an international and regional right increasingly necessary to be respected and strengthened. For this reason, the present study recognizes that the Mexican constitutional norm, in practice, contains opposing normative assumptions, a circumstance that implies a contradiction at the same constitutional level. It is the purpose of the present study to demonstrate that the Mexican constitution in its context, requires integrating an internal coherence taking as reference the principle of equality in the definition and recognition of indigenous law based on the uses and customs and positive law; applying these concepts to the local environment in the municipality of Amealco de Bonfil of the State of Querétaro.

Key words: Indigenous law, uses and customs, equality.

¹ Fecha de recepción: 06/04/2018. Fecha de aceptación: 07/07/2018.

² Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro-México. Miembro del sistema nacional de investigadores, nivel I de CONACyT. Correo electrónico: luis.avendano@hotmail.com

³ Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro-México. Correo electrónico: licjorgeserrano@hotmail.com



I. Consideraciones generales

En México, el derecho indígena relativo a sus usos y costumbres constituye el reconocimiento de derechos calificados como históricos dentro del derecho positivo constitucional (Gómez, 2014, p.231). Circunstancia que incluye colocar a un mismo nivel normativo y a su vez nivel teórico-jurídico, derecho histórico y positivo formal. Por lo cual las contradicciones que la aplicación de tales sistemas conlleva, constituyen en la práctica una antinomia no solo como norma-regla sino también como valor

Por ello, tal derecho debe ser estudiado no como un 'Estado paralelo' al Estado positivo nacional; sino como un sistema inserto en el orden constitucional, fundamentando coincidencias y contradicciones a partir del principio de *igualdad* en términos del liberalismo jurídico.

A las consideraciones anteriores, cabe señalar que en la reforma constitucional de junio de 2011 nuestro país se sujetó al control de convencionalidad como parámetro de eficacia en materia de derechos humanos, a partir tanto de la positivación como de la interpretación convencional y constitucional; circunstancia que supone hallarnos en presencia de un canon 'internacionalista', donde el parámetro de validez de tales derechos lo otorguen no solo 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 (Avendaño, 2014, p. 123).

Así, el objeto del presente estudio lo constituye ambas hipótesis, es decir, tanto la descripción del fenómeno de *supranacionalidad* como del de *intranacionalidad*, a partir de la cual la Constitución federal mexicana deba ser abordada como norma-principio, y en donde su interpretación y ubicación conceptual represente no solo un tratamiento como norma-regla sino particularmente como valor.

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

II. Hacia la construcción de un marco teórico relativo al Derecho Indígena en México

El derecho es un fenómeno complejo, producto de la cultura, la práctica social, la actividad económica y la política. También responde como lenguaje y como discurso a una realidad jurídica, a un sin número de paradigmas, interpretaciones y aplicaciones que en la práctica no resultan homogéneas, y que imponen una distinción fundamental: una cosa es el discurso sobre el derecho —o sobre la norma—, y otra cosa 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, p. 349) 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, p. 1). Hoy particularmente el profesor Atienza, describe que el derecho es ante todo argumentación (Atienza, 2005, p. 67).



Así 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’, ‘costumbre jurídica indígena’ o de los ‘usos y costumbres’. Es decir sin una univocidad en cuanto al concepto, constituye el reconocimiento de derechos calificados como *históricos dentro del derecho positivo*. Circunstancia que incluye a su vez colocar a un mismo nivel normativo y a su vez teórico-jurídico, derecho histórico y positivo formal.

En México, los acontecimientos sociales y políticos que precedieron a la reforma constitucional federal fueron diversos, entre los que destaca el del 1º de enero de 1994 donde surge el movimiento indígena denominado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) como oposición al inicio de vigencia del Tratado de Libre comercio con Estados Unidos y Canadá (TLCAN). A lo anterior se sumó en el año 2000 el cambio de régimen político que significó la llegada a la Presidencia de la República del Partido Acción Nacional (PAN) y la interrupción en el poder de más de 70 años del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y generando una incipiente democracia (Avendaño, 2017, p. 42).

Todo lo anterior influyó para que el 14 de agosto de 2001 se modifique el artículo 2º, confiriendo con ello el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural mexicana y nos ubique en la órbita del *multiculturalismo*. A decir el artículo dispone:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

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 etnolingüísticos 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 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p. 2).

A partir de los hechos y disposiciones normativas constitucionales, se deducen dos consideraciones, la primera en sentido axiológico y la segunda en sentido social. En primera instancia, el modelo propuesto por Dworkin dispone que la definición e interpretación de la Constitución se encuentra estrechamente conectada con 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 más bien, y cada vez más, de una *reconstrucción peculiar por parte de los intérpretes*. Por lo cual, el sistema jurídico mexicano se impregna crucialmente en el hecho de que los problemas de definición e interpretación constitucional, son, en lo más profundo, problemas de principios morales (Dworkin, 2009 p. 51), 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’, ‘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 instancia, 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, en contradicción con algunas minorías que se perciben así 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. 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, p. 63).

La noción liberal de Estado-Nación planteada en la reforma constitucional, modificó sustancialmente el contenido de los derechos protegidos constitucionalmente, 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, políticos, entre otros. Consecuentemente, sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales que hacen referencia a la igualdad y a la prohibición de 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, crisis que en el fenómeno indígena mexicano presenta en ocasiones una ausencia a veces total de normas, así como también a la confusión práctica en cuanto al reconocimiento y aplicación de su sistema normativo. Razón por la cual, derecho y realidad deben asociarse para que la solución de controversias sea la suma tanto del principio de legalidad como del principio de legitimidad, modulando al caso mexicano la idea positivista del derecho. Así, realidad-derecho también tiene que ver con la historicidad y el respeto de éste, por lo que el derecho indígena puede contener los siguientes elementos para su definición:

- a) Un conjunto de normas y reglas que se construyen y se reconocen dentro de la etnia, 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 de 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.

Por ello, es posible afirmar que el concepto de derecho indígena, ejerce un tratamiento ‘occidental’ en cuanto a su definición y aplicación, constituyendo verdaderos y reales ‘sistemas jurídicos indígenas’, a efecto de que los mismos no sean degradados a la simple categoría de *costumbres*.

III. Dos casos paradigmáticos en el municipio de Amealco de Bonfil, Querétaro

Hablar 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, ello 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 para la solución de los conflictos no solo la ley, sino de igual forma principios, a partir de los cuales, debe reconocerse un estándar que debe ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Los casos paradigmáticos propuestos a estudio se desarrollan en uno de los municipios del estado de Querétaro, su capital es la ciudad de Querétaro y se ubica a 200 km al noroeste de la Ciudad de México. Querétaro limita al norte con el estado de San Luis Potosí, al oeste con Guanajuato, al este con Hidalgo, al sureste con el de México y al suroeste con Michoacán (INEGI, 1999, p. 3).

Particularmente el municipio de Amealco de Bonfil, se localiza al extremo sur del estado. Limita al noreste con el municipio de San Juan del Río al noroeste y con Huimilpan, y con el Estado de México al sureste y Michoacán al suroeste. Mide 682 km cuadrados. Su cabecera está a 20° 11' 12" Norte y 100° 08' 41" Oeste. En términos del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática la población total del Municipio



es de 62,197 habitantes, de los cuales 29,842 son hombres y 32,355 son mujeres. En el municipio existen 34 comunidades de origen Otomí, ahora Ñañhú (INEGI, 2001, p. 15).

En el caso que nos ocupa, se desarrollan dos hipótesis. Por una parte el sistema normativo del derecho indígena de usos y costumbres, y por el otro, el sistema positivo reconocido constitucionalmente a todos los nacionales, aplicados a un mismo sujeto de reconocimiento: mujeres indígenas.

a) Alberta Alcántara y Teresa González

En fecha 30 de junio de 2006, el Agente del Ministerio Público Federal en el Municipio de San Juan del Río, Querétaro, determinó ante un juez federal 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.

De los hechos se desprende que en el lugar había un tianguis de venta de discos apócrifos. En uno de los puestos los agentes habrían encontrado droga y habrían intentado detener a los probables responsables y trasladarlos a la autoridad competente, pero los locatarios -Alberta Alcántara, Teresa González Cornelio- lo habrían impedido cerrándoles el paso. En el mismo acto, entre 80 y 100 personas los habrían llevado hacia una base de policía municipal, lugar en el que habrían permanecido privados de su libertad por dos horas. Algunos testimonios hicieron ver que los comerciantes se habrían opuesto a la actividad de los agentes, exigiéndoles se identificaran y presentaran la orden que los autorizaba para la diligencia que llevaban a cabo.

Por estos hechos el 4 de julio de 2006 el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Querétaro bajo la causa 48/2006/IV, libró 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. Las inconformes, interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron remitidos al Tribunal Unitario del 22º. Circuito en el Estado de Querétaro.

En sesión pública de 17 de marzo de 2010, los ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte, determinaron ejercer de oficio la facultad de atracción 33/2010-00 para conocer dicho recurso de apelación 2/2010. La resolución a dicho recurso se verificó el 28 de abril de 2010. Misma que de forma unánime los cinco ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte, decidieron absolver lisa y llanamente a Teresa González y Alberta Alcántara, al votar el proyecto de resolución de la ministra ponente a partir del argumento de que a las procesadas se les habría vulnerado los derechos humanos de debido proceso así como los de identidad propios de su autodeterminación indígena (SCJN, 2010, p. 53).

b) Macedonia Blas. Lideresa de la organización otomí Yax Kin

En agosto de 2003, en una comunidad del Municipio de Amealco de Bonfil, Qro., dos mujeres, madre e hija, agredieron y humillaron públicamente a Macedonia Blas, lideresa de la organización otomí Yax Kin de 40 años de edad, por considerar que había incurrido en adulterio, específicamente con el marido de una de las agresoras. Cabe señalar que la sanción a que fue sometida Macedonia Blas, se encuentra reconocida como una práctica común dentro de la comunidad amealcense, quienes lo califican como un 'castigo justo' en contra de quienes incurran en actos social y moralmente identificados como reprochables de los usos y costumbres de dicha comunidad.

En la descripción de los hechos, la víctima fue golpeada en el rostro y de manera reiterada fue jalada de sus trenzas, además de untarle en la vagina una pasta elaborada a base de diversos chiles, causándole daños



irreversibles. La ofendida es lideresa de la organización otomí Yax Kin, que a su vez participa en proyectos productivos para las mujeres de Amealco.

El juez único municipal de Amealco de Bonfil dentro de la causa 23/2003, encontró elementos suficientes para responsabilizar penalmente por los delitos de lesiones y violación equiparada a las dos mujeres agresoras en contra de la lideresa de la organización otomí Yax Kin, por lo que fueron sentenciadas a dos años de prisión, el pago de una multa, la reparación del daño y a realizar trabajos en beneficio a favor de la comunidad (TSJ, 2003, p. 70).

c) *Hipótesis de aplicación normativa relativas al sistema normativo indígena y al sistema positivo*

En los casos propuestos a estudio, existe coincidencia en cuanto al sujeto de aplicación del derecho: mujeres indígenas. Es de mencionar que en ambos casos referimos supuestos jurídicamente diferentes en cuanto al tratamiento jurídico, el primero relativo a Alberta Alcántara y Teresa González, a quienes se inició una denuncia penal —derecho positivo—, respecto al delito de privación ilegal de la libertad en contra de militares y respecto al cual por virtud de 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.

IV. 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 ha explicado bajo la idea del neoconstitucionalismo (Atienza, 2001, p. 309). En esta idea podemos identificar la teoría de la argumentación jurídica y moral con Robert Alexy, la garantista 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.

4.1. Principios fundamentales de la reforma constitucional en México

Aunque para muchos países el tránsito hacia la integración global en materia de Derechos Humanos significa un estado en consolidación, en nuestro país nació con la reforma constitucional 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, en 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 de 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 a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Avendaño, 2014, p. 250).

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

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 2.- 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** favoreciendo 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 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917 p. 1).

Así, 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, tales como el pro homine y el pro libertatis se constituyó la denominación de '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, lo importante para el presente estudio radica en el hecho de que la reforma transita del control concentrado a



uno que posibilite el 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.

4.2. 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 es 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 ordenes jurídicos en el Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. En 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 ordenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla (Bustillos, 2010, p. 117).

El sistema federal tiene por 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, p. 92), 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.

4.3. El sistema 'de los usos y costumbres' mexicano

En el mismo contexto, hemos de señalar que el pluralismo jurídico puede entenderse por lo menos en dos sentidos. En primer lugar, se puede entender 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', es decir, 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

La otra reforma constitucional. Una visión del derecho indígena.

Luis Eusebio Alberto Avendaño González y Jorge Serrano Ceballos



- 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.
- 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 Organización Internacional del Trabajo Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, disponen entre otras cosas:

“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” (OIT, 1990, p.p. 8-9).

De lo anterior, se desprende por parte del Estado nacional el reconocimiento la diversidad étnica y cultural, así como el pluralismo jurídico en el que destaca el sistema jurídico indígena. 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 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” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p. 2).

Como se podrá observar, el dispositivo ejerce un desacuerdo con el límite impuesto a los sistemas normativos indígenas, 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 dispones que dichas normas deberán ser validadas por las autoridades correspondientes, terminado 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 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 involucrados. 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 ambas normas 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—; 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.

V. Conclusiones

La reforma en materia de derechos humanos en México, no solo dio apertura a una dimensión internacional de protección, sino que resaltó de igual forma el reconocimiento a una categoría jurídica diferente con respecto al derecho indígena, el cual goza de los principios de autonomía para auto determinarse y gobernarse. Así, el reconocimiento de los sistemas del derecho indígena dentro del sistema jurídico constituyen en la práctica, dos lógicas que se contraponen ya que sustenta diferentes principios jurídicos, por lo cual, estamos frente a una contradicción que puede ser insalvable o totalmente integradora.

Al enunciar la otra reforma constitucional, denuncio y establezco que la constitución misma debe garantizar a partir de una coherencia teórica y el principio de igualdad una constitución moral y de principios, en donde los conflictos deben reconocerse y solucionarse en la misma proporción. Dicho tratamiento moral de la Constitución y el principio de igualdad con diferencias, son el eje a partir del cual se reconoce la autonomía para reconocer y sancionar supuestos propios de conformidad a sus usos y costumbres. Lo cual permite dimensionar la coexistencia de dos órdenes constitucionales insertos en el estado nacional mexicano.

VI. Bibliografía

Atienza Manuel, (2001). El sentido del Derecho, Barcelona, España: Ariel.

Atienza, Manuel, (2005). Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, México: UNAM.



Avendaño González, Luis, (2017). Interpretación e ideología constitucional. Una propuesta de estudio a las decisiones en México, Revista Temas Socio Jurídicos, No. 72, Vol. 36, p. 39-58. ISSN 0120-8578. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Avendaño González, Luis, (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: UAQ.

Avendaño González, Luis, (2014). La internacionalización de los derechos fundamentales y la reconfiguración del principio de supremacía constitucional a la luz de la reciente reforma constitucional en México. México: UNAM.

Bustillos, Julio, (2010). Federalismo judicial a través del amparo. Relación entre las jurisdicciones federal y local a través del instrumento protector de los derechos fundamentales, México: UNAM.

Carbonell Miguel, (2004). Derechos sociales y derechos de las minorías, México: Porrúa-UNAM.

Cárdenas Gracia Jaime, (2006). La argumentación como derecho, México: UNAM.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Courtis Christian (Ed.) (2006). Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Madrid, España: Trotta.

Dworkin, Ronald. (2009). Los derechos en serio, Madrid, España: Ariel Derecho.

Gómez, Magdalena, (2014). Derecho indígena y constitucionalidad en Esteban Krotz, Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, España: Anthropos.

Hamilton, Madison y Jay, (1987). El Federalista, México: Fondo de Cultura Económica.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI (1999). Recuperado de: http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/espanol/sistemas/aee00/info/qro/c22_01.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI (2001). Recuperado de: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/municipios/cuad_est/2001/qro/ame/702825932374_1.pdf

Kymlicka, Will, et. al., (2003). Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente, México: UNAM.

Organización Internacional del Trabajo OIT (1990). Recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación CJN. Recuperado de https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/ALBERTA_ALCANTARA_JUAN_y_TERESA_GONZALEZ_CORNELIO_RA_2_2010%281%29.pdf

Tribunal Superior de Justicia en Querétaro (2003). Informe de labores.