



LA COSTUMBRE INDÍGENA VISTA DESDE UN ENFOQUE PROPERSONA EN LAS DECISIONES JUDICIALES MEXICANAS

NATALIA MENDOZA SERVÍN*

Resumen

El presente artículo tiene la finalidad de reflexionar si la costumbre como fuente del derecho en México, puede ser aplicada en razón al principio propersona cuando esta otorgue una protección más amplia frente a la legislación, que ha sido por excelencia la fuente preponderante en los países de tradición civilista.

Se estudia, de forma breve, el concepto de costumbre y sus elementos, el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en la Constitución mexicana, la justicia y tribunales autóctonos, el principio propersona como elemento de interpretación utilizado por los juzgadores y las conclusiones. Para el desarrollo de este artículo el penúltimo tema es el de mayor relevancia.

Palabras clave: fuente del derecho, jerarquía normativa, costumbre, principio propersona.

Abstract

This study aims to make the reader ponder whether custom, as a right source in Mexico may be applied to the pro homine principle only when this provides a more expanded protection compare to the legislation, which has been by far the major source in countries with civil tradition. Here, we briefly study the concept of custom and its elements, the recognition of indigenous communities in the Mexican Constitution, the justice and autochthonous courts, the pro homine principle as an element of interpretation used by judged followed by our conclusion, the next-to-last being the most important topic in this article.

Keywords: *Right source, normative hierarchy, custom, pro homine principle.*

* Licenciada en Derecho de la Universidad de Guadalajara y colaboradora en la Coordinación de Transparencia y Archivo General de la Universidad de Guadalajara, México. Ha participado dentro de diversos proyectos de investigación en el marco del Programa de Investigación Científica y Tecnológica del Pacífico, Academia Mexicana de Ciencias, Programa de Estudiantes Sobresalientes de la Universidad de Guadalajara y el PRO-SNI.

Introducción

La mayoría de los doctrinistas de la ciencia jurídica coinciden en que las fuentes del derecho, entendidas como aquellas de donde emanan las reglas jurídicas de un estado determinado, son la legislación, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y la costumbre. Dependiendo de la tradición de derecho de cada nación, las fuentes antes señaladas tendrán diverso peso al momento de que el juzgador decida resolver alguna controversia de carácter judicial. En la tradición civilista, característica de la mayoría de los países de América Latina, la fuente esencial es, sin lugar a dudas, la legislación.

En el caso particular, el Estado mexicano se ha basado en la pirámide jerárquica kelseniana, no solo para hacer evidente que la fuente de derecho relevante es la legislación, sino para hacer énfasis sobre la existencia de diversos tipos de codificaciones, e incluso, criterios judiciales, con distinto valor e importancia que deberán respetarse y ser tomados en consideración al momento de impartir justicia¹.

Sin embargo, un nuevo paradigma en materia de derechos humanos, nacido a raíz de la sentencia condenatoria emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco versus Estados

Unidos Mexicanos y las reformas constitucionales de 10 de junio 2011, hizo que México, de alguna u otra forma, rompiera con el tradicional esquema de jerarquía normativa, puesto que el artículo 1, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente al año 2014, señala en su texto que: "... 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". Es decir, la Carta Magna y los tratados internacionales en materia de derechos humanos se aplicarán según favorezcan a la protección más amplia de las personas.

El párrafo anteriormente citado pretende que cuando existan varias leyes² —y hay que ser enfáticos en dicha fuente del derecho— en materia de derechos humanos que sean aplicables a un caso concreto, conforme al principio *pro persona*, entendido este en rasgos generales (ya que se hablará de él más específicamente en apartados posteriores) como una forma de interpretación jurídica que implica acudir a la norma más amplia y protectora; se utilizará aquella que le favorezca más al individuo. Sin embargo ¿qué pasaría si alguna fuente del derecho diversa a la de carácter legislativo favoreciera de forma más amplia a una persona a pesar de no encontrarse incluida dentro del supuesto constitucional citado?

1 Dicha jerarquía normativa se encuentra plasmada en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2 Entiéndase la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Lo que se intenta demostrar a continuación es que los derechos humanos requieren un método de interpretación que va más allá de la corriente positivista de ver el derecho. En otros términos, la aplicación de los derechos fundamentales debe abrirse a mayores horizontes que los plasmados en las letras de los diversos ordenamientos jurídicos, incluida la Ley de leyes.

La costumbre

Hay que recordar que la costumbre es entendida, en forma genérica, como “aquel uso implantado de manera prolongada en una colectividad y considerado por los individuos como jurídicamente obligatorio” (Maynez, 1990:61). Sin embargo, la teoría mínima de la costumbre (Celano, 2000:16-17) señala que dicha práctica debe contar con dos elementos fundamentales consistentes en la repetición general, y constante de algún comportamiento³ y que dicho comportamiento, constante y de repetición general, sea considerado por esa sociedad como obligatorio⁴ y vinculante. En otras palabras, se necesita de un elemento objetivo y uno subjetivo para afirmar que existe una costumbre con valor jurídico a grado tal de ser considerado como una fuente del derecho.

En el derecho mexicano, la costumbre constituye una fuente meramente secundaria que solo se utiliza de forma

supletoria en los casos en que expresamente lo determinan las leyes. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal vigente al 2014 que señala: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

Asimismo, el artículo 13 del Código Civil del Estado de Jalisco vigente al año 2014 establece: “La costumbre se debe tomar en consideración para la interpretación de las leyes, de las convenciones o contratos y nunca para sustituirlos”. De lo anterior, se puede apreciar la tajante diferencia jerárquica entre el poderoso imperio de la legislación y la humilde fuerza vinculadora de una costumbre, que es tomada en consideración solo cuando la primera lo autoriza de esa forma; cuando algo escapó del dominio positivista plasmado en las letras jurídicas.

A pesar del fuerte carácter vinculador del derecho codificado, el Estado mexicano en su Constitución, artículo 2, reconoce que la nación es una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas, que basan gran parte de sus acciones y omisiones en lo que denominaríamos como costumbre a la luz de las definiciones antes señaladas.

¿Será entonces relevante que la costumbre como fuente del derecho mexicano, utilizado en gran medida por una parte de su pluricultural nación, deba tener un peso mayor y abandonar ese segundo plano al que se le ha confinado?

3 Elemento exterior denominado “usus”.

4 Elemento interior denominado “opinio iuris ac (seu) necessitatis”.

Reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución mexicana

Como ya se ha señalado, la nación mexicana está considerada como una sociedad pluricultural sustentada por los pueblos indígenas que conservan, ya sea total o parcialmente, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El artículo 2 de la Constitución mexicana vigente al año 2014 señala que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El mismo precepto legal, apartado A, señala que todas las Constituciones y legislaciones locales deberán reconocer los derechos de los indígenas; además, les garantiza su libre determinación y autonomía para su convivencia y organización social, económica, política y cultural. Asimismo, se respeta su sistema normativo para la resolución de conflictos siguiendo los principios constitucionales; decidir su forma de gobierno y sus representantes, hacer que prevalezcan sus lenguas y cultura, conservar y preservar sus tierras y acceder plenamente a la jurisdicción estatal.

Por su parte, en el apartado B, la Ley Fundamental dispone que la Federación, estados y municipios, debe

promover la igualdad de oportunidades para los indígenas y eliminar toda clase de discriminación hacia su persona. De igual forma, dichas autoridades están obligadas a impulsar su desarrollo económico, incrementar sus niveles de escolaridad, crear servicios de salud, mejorar las condiciones de los espacios indígenas, fomentar la incorporación de la mujer, mejorar sus redes de comunicaciones, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable, establecer políticas sociales que protejan a los migrantes indígenas y consultar a estas personas para la realización del Plan Nacional de Desarrollo.

Como se observa, la Carta Fundamental salvaguarda derechos humanos para las personas pertenecientes a los grupos indígenas que, en general, no varían mucho de los derechos fundamentales para las personas que no forman parte de este sector de la población. Sin embargo, dentro de aquellos que sí son diversos es pertinente hacer hincapié en el inciso VIII, del apartado A, que a la letra enuncia:

Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución (...)

De lo anterior se desprende, en primer lugar, que todos los indígenas tienen

derecho a acceder a los tribunales estatales y federales para dirimir las controversias que puedan llegar a suscitarse, y que en todos aquellos procedimientos en los que se involucre una persona perteneciente a un pueblo autóctono se deberán tomar en consideración sus costumbres y tradiciones, siempre respetando lo vertido en la Constitución.

La máxima legislación en México considera necesario, e incluso, fundamental para la garantía de acceso a la justicia por parte de los indígenas, el hecho de que el juzgador tome en consideración las tradiciones, usos, costumbres y, en general, la cultura de la persona perteneciente a determinado pueblo tribal, lo cual es indiscutiblemente significativo para emitir una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria.

Esto se debe a que al entender los motivos del comportamiento de dicho individuo, la o el juez contará con mejores argumentos para emitir sus resoluciones. Sin embargo, dicha disposición normativa es limitativa en materia de derechos humanos, ya que la simple consideración de la cultura y costumbre indígena para la resolución de conflictos no es suficiente. Dicho tema se tratará en apartados posteriores.

Justicia y tribunales indígenas

Como se desprende del apartado anterior, la jurisdicción estatal y la autóctona coexisten y no son excluyentes la una con la otra, ya que, por una parte, se respeta el sistema normativo de las

comunidades indígenas, pero también estas personas tienen en todo momento el derecho de acudir a los tribunales del fuero estatal. El problema radica en que la Carta Magna no especifica en qué casos una persona es sujeta a la jurisdicción estatal y cuándo a la jurisdicción indígena, entendiendo que dentro del conflicto una o ambas partes de la controversia forman parte de dicho sector poblacional.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 en su artículo 34 señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Es así como las legislaturas de los estados y del Distrito Federal deberán regular dicha situación. En algunas entidades federativas la justicia indígena es administrada por los tribunales del Estado y, en otros casos, por las autoridades integrantes de las comunidades, según sus usos y costumbres, o concurrentes.

Por su parte, el artículo 24, fracción IX del Código Federal de Procedimientos Civiles vigente al año 2014 señala: “Tratándose de juicios en los que el demandado sea indígena, será juez competente el del lugar en el que aquel tenga su domicilio; si ambas partes son

indígenas, lo será el juez que ejerza jurisdicción en el domicilio del demandante”. Asimismo, el artículo 222 bis del mismo cuerpo normativo establece:

A fin de garantizarles a los indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los procedimientos en que sean parte, el juez deberá considerar, al momento de dictar la resolución, sus usos, costumbres y especificidades culturales.

Según lo anterior, de alguna u otra forma la jurisdicción estatal es preponderante a la de carácter indígena, al igual que su legislación, ya que el hecho de tomar en consideración los usos y costumbres de una comunidad indígena no equivale a que esta sea obligatoria para el juez al momento en el que dirima la controversia judicial.

El principio propersona como un elemento de interpretación que debe ser utilizado por los juzgadores

El principio propersona fue incluido en nuestro orden jurídico en la ya señalada reforma de 10 de junio de 2011, específicamente, en el artículo primero Constitucional, que es, a grosso modo, un principio de interpretación mediante el cual las autoridades estatales deben llevar a cabo la protección más amplia a las personas del territorio nacional (Cossio, 2012:50).

Dicho principio tiene dos objetivos primordiales. El primero está relacionado con la finalidad de utilizar aquella

norma⁵ que favorezca mejor a la persona u ofrezca una protección más amplia a la misma, e incluso, más especializada según el individuo del que se trate (Castilla, 2011); y el segundo, encontrar la mejor interpretación a favor de los derechos humanos que se pueda desprender de un cuerpo legal particular. A contrario sensu, se puede decir que el principio propersona también tiene el objetivo de limitar aquellas interpretaciones a la ley que pretendan circunscribir algún derecho humano.

Con base en que los derechos humanos por su naturaleza misma requieren de una interpretación mucho más extensa y protectora, es necesario abandonar el arraigado criterio positivista que se ha planteando en nuestro sistema jurídico mexicano para ofrecer a las personas una protección más amplia, que no se rija por las jerarquías normativas tradicionalmente marcadas para transitar por un camino en el cual se garantice que prevalecerá aquella ley o interpretación que favorezca a la protección de los derechos humanos o, en su caso, a limitar aquellas disposiciones que condicionen a los derechos humanos; utilizar la legislación independientemente de que esta sea igual o inferior a aquella que no tutela de mejor forma los derechos fundamentales.

Ahora, si bien es cierto que el principio propersona es poseedor de diversas características que lo han convertido en uno de los sistemas de interpretación de los derechos humanos más

5 Se entiende en este supuesto que existen al menos dos leyes aplicables al caso concreto.

importantes, tanto a nivel nacional como internacional, también es cierto que si no es conocido ni aplicado por los juzgadores de nada sirve tenerlo dentro de nuestra máxima ley.

Para poder darle vida a una herramienta tan trascendente como es el principio propersona en el actual escenario de los derechos humanos, es sustancial que las autoridades estatales, en todos sus niveles y esferas de gobierno, conozcan y sepan aplicar dicho elemento de interpretación de forma tal que con todas aquellas fuentes del derecho que formen parte del *corpus iuris* de los derechos humanos se pueda otorgar, efectivamente, la protección más amplia, o bien, se acoten aquellas disposiciones que pretendan limitar los derechos fundamentales.

Reconocimiento de la costumbre indígena a la luz del principio propersona

Supongamos que X priva de la vida a Y, quien es jefe de familia de algún grupo indígena. El caso de Y es llevado ante los tribunales estatales en materia penal, donde él o la juzgadora determinó que X realizó una acción que se encuentra tipificada como el delito de homicidio dentro del Código Penal de la entidad federativa. La pena impuesta para quien priva de la vida a un individuo es de un determinado número de años en prisión, según establece la codificación. Por consiguiente, X podría ser condenado por el operador jurídico a permanecer determinado

tiempo en una cárcel para pagar el crimen que cometió contra Y.

Sin embargo, la costumbre de la comunidad indígena a la que pertenecía Y⁶ decreta que quien prive de la vida a otro tendrá como sanción mantener a la familia del finado de por vida. La o el encargado de la administración de justicia se encuentra obligado por la Constitución a tomar en consideración los usos y costumbres de las comunidades indígenas al momento de dictar una resolución judicial. Quien imparte justicia en el presente caso, no conoce a cabalidad ni a ciencia cierta las costumbres de la comunidad indígena a la que perteneció la víctima; incluso, le es extraña la cultura, tradiciones, sistema jurídico, político y económico del lugar donde vivió Y.

El operador jurídico tiene que dictar sentencia. Tomando en consideración los usos y costumbres de la comunidad a la que perteneció Y, y vigilando que estas no fueran contrarias al Pacto Federal, el o la juzgadora condena a X a pasar un determinado número de años en prisión, de conformidad con la legislación vigente en materia penal y tomando en consideración la costumbre autóctona.

En el caso hipotético antes descrito, se aprecia que el operador jurídico:

6 Y que es considerada como fuente del derecho al contar con los elementos exterior denominado "usus" e interior denominado "opinio iuris ac (seu) necessitatis".

1. Estudió el asunto jurídico planteado y determinó que alguno de los agentes involucrados era perteneciente a una comunidad indígena.
2. En relación a lo anterior, tomó en consideración los usos y costumbres de la víctima del delito de homicidio.
3. Finalmente, resolvió el caso conforme a la recopilación penal, sin violar la Constitución, ya que analizó la fuente de derecho indígena utilizada por la comunidad de Y, y la hizo armónica con la codificación.

Sin embargo, lo que al parecer no hizo el o la juzgadora fue determinar qué fuente del derecho era más benéfica a las partes –en materia de derechos humanos– a la luz del principio *pro persona*. Si bien es cierto el artículo 1 Constitucional –ya transcrito en algún momento– señala que se debe resolver conforme a la Constitución y los tratados internacionales que contengan derechos humanos, también lo es que la resolución que emitió no es la que más favorece las partes.

Por un lado, a la familia indígena desamparada de nada le sirve tener al homicida tras las rejas, para ellos, dicha determinación resulta a todas luces inútil y muy alejada de la justicia, ya que a falta de la cabeza de dicha familia, los integrantes deberán valerse por su cuenta en una comunidad en la que quizá deban realizar actividades diferentes e importantes que ahora se

verán mermadas, puesto que tendrán que desempeñar las actividades de la víctima del homicidio.

El homicida, por su parte, estará cumpliendo la sanción que imponen las leyes estatales dentro de una prisión que tiene como finalidad readaptar al infractor de nueva cuenta a la sociedad. Lo anterior sin pasar desapercibido el fallido propósito que tienen las cárceles en el mundo, donde se dice, la mayoría está integrada por inocentes que son contaminados por aquellos que son verdaderamente perversos.

Independientemente de los fines u objetivos teóricos que tengan las prisiones, dicha pena no deja de ser una privación a la libertad, que podría ser sustituida por una sanción diversa que constituiría quizá una garantía de satisfacción y no repetición. El infractor cumpliría una pena que tiene, al igual que la prisión, la finalidad de reprimir y reinsertar a la persona dentro de la sociedad, pero con un proceso en el cual no se le priva de su derecho a ser libre.

Queda claro que el homicidio es una acción que debe ser sancionada por el Estado, sin embargo, la forma de hacer justicia pudo haber sido distinta y más benéfica para las personas a quienes afectó la comisión del delito.

Si bien es cierto la cárcel, de algún modo, garantiza que el agresor no vuelva a transgredir los derechos de una determinada sociedad, también lo es que esta determinación no es la más

favorecedora en razón del principio propersona y los derechos fundamentales.

De haberse aplicado la fuente del derecho consuetudinaria indígena, la familia de Y no hubiera quedado desvalida dentro de una comunidad en la que quizá no podía valerse sin una cabeza de familia, y por su parte, el infractor hubiera gozado de su derecho a la libertad y estaría cumpliendo con una sanción de diverso carácter. Es decir, la costumbre indígena favorecía de mejor forma a las partes integrantes de la controversia. Podremos encontrar, entonces, muchos casos en los cuales la costumbre indígena será más favorable a la persona que una fuente del derecho codificable.

El principio propersona, –que es un buen medio de interpretación en materia de derechos humanos de naturaleza flexible– no le importa la jerarquía de las fuentes del derecho, sino que ve en ellas una simple lista de elementos de los cuales los operadores jurídicos pueden hacerse valer para proteger los derechos fundamentales.

Lo anterior no significa que en las controversias judiciales en la que uno de los interesados pertenezca a una comunidad autóctona el o la juzgadora deba olvidar lo plasmado en la legislación, por el contrario, ambas fuentes del derecho deben complementarse y tener como finalidad proteger de forma amplia a las personas.

Conclusiones

El derecho debe ser un instrumento que entre sus fines tenga el objetivo de proteger y salvaguardar los derechos fundamentales.

Los actores jurídicos deben comenzar a ver de otra forma el derecho, deben comprender que este emana no solamente por la voluntad del legislador. El derecho nace también de las personas que integran la sociedad, de su cultura y sus costumbres; el simple hecho de que estas fuentes no emanen de un órgano con facultades para la creación del derecho o que no se encuentren plasmados dentro de las recopilaciones, no significa que este sea inútil o, peor aún, que deje de ser derecho que proteja, justamente, los derechos humanos.

Entender las diversas fuentes del derecho como un conglomerado de instrumentos que pueden ser utilizados a favor de las personas para la protección más amplia de sus derechos humanos y no como una lucha de jerarquías en la cual prevalece aquella que sea plasmada en un cuerpo de derecho escrito, implica un significativo avance en materia de derechos fundamentales.

Tomar en cuenta la costumbre de los pueblos autóctonos dentro de nuestro sistema jurídico, hace que tengamos un concepto más humano de lo que es el derecho, pues involucramos el sentir –incluso con la misma fuerza vinculante del derecho codificado– de un sector poblacional que no debe

sernos indiferente, por el contrario, un sector del cual debemos estar orgullosos y conscientes que sin ellos, quizá nuestra identidad como mexicanos quedaría solo en memorias muertas de nuestra nación.

Integrar la costumbre al orden legal es respetar los derechos humanos de los pueblos tribales, y trae aparejado integrarlos a la comunidad mexicana como país pluricultural que somos, según reconoce nuestra Carta Magna.

La inclusión de la costumbre que contenga derechos humanos o que sea más favorable a la persona dentro de las herramientas y fuentes del derecho para la impartición de justicia, sin duda alguna cumplirá con el ideal de salvaguardar la dignidad de los seres humanos. Una de las mejores formas de integrar a las comunidades indígenas es, precisamente, tomar en cuenta sus fuentes de derecho y no simple y llanamente “tomarlas en consideración” para la resolución de sus problemas jurídicos.

Bibliografía

- Celano, B. (2000). *Dos estudios sobre la costumbre*. México: Editorial Fontamara.
- Código Civil para el Distrito Federal. (Vigente al 2014). Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Disponible en <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>
- Código Civil del Estado de Jalisco. (Vigente al 2014). Congreso del Estado de Jalisco. Disponible en <http://congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Codigos>
- Código Federal de Procedimientos Civiles. (Vigente al 2014). Honorable Congreso de la Unión. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Vigente al 2014). Honorable Congreso de la Unión. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
- Cuevas, J. (2000). *La costumbre jurídica de los pueblos indígenas en la Constitución del Estado de Veracruz, México. De la norma a la praxis*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/4.pdf>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007). Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Maynez, E. (1990). *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa.

Orozco, J. (s.f.) *La costumbre jurídica*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/862/6.pdf>

Rodríguez, E. (2004) *La jurisdicción indígena en el ordenamiento jurídico mexicano*. En *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34. México. Universidad Iberoamericana, A.C. (pp.

141-158). Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=34>

Valdivia, T. (1994). *Costumbre jurídica indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista.

Recibido: 20/11/2014 • **Aceptado:** 20/3/2014