



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL
DERECHO INDÍGENA ACTUAL
EN MÉXICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
CYNTHIA GALICIA MENDOZA



ASESOR: ARTURO BERUMEN CAMPOS



CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, JULIO DE 2005

m 247248



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM
P R E S E N T E .

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Cynthia Galicia Mendoza
FECHA: 29 / Agosto / 05
FIRMA: [Firma]

La C. Cynthia Galicia Mendoza, con número de cuenta 92156694, elaboró en este Seminario bajo la dirección de la Mtro. Arturo Berumen Campos, el trabajo de investigación intitulado: "ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL DERECHO INDIGENA ACTUAL EN MÉXICO". La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

Cd. Universitaria, 8 de agosto de 2005

MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Agradecimientos

A mi amada madre
A mi abuela en donde se encuentre

A mis hermanas, Leslie, Gusa, Serena, Jac y Uri

A mis adorados sobrinos, Julian, Andrés, Jadita y Odette

A mi amado compañero

A mis queridos amigos de la facultad,
Fabito, Fer, Lilina, Paulina, Fabiola y Anisa

A mis amigos del TUDH
Claudi, Julio, Citlali, David y Mario

A mis amigos de la CED
Carlos Frausto, Gastón, Nayelli, Analilia, Francisco, Marco,
Rodolfo, Daniel, Alejandra y Sergio,

A mis amigos de ahora y compañeros de proyecto siempre Za Vi Nos
Anaviet, Ricardo, José Luis, Arturo, Dolores, Jesús y Karla

A mis queridas amigas
Lorenita y Luciana

A mi director de tesis, Arturo Berumen, por su infinita paciencia
y amistad

A mis maestros
A la Universidad Nacional Autónoma de México
A la facultad de derecho
Al seminario de Filosofía del derecho por todo su apoyo
A los pueblos indígenas de México y a sus defensores

Introducción

Esta tesis tiene como objetivo demostrar que la teoría de la argumentación puede ser utilizada como un instrumento de medición de la racionalidad de las decisiones que se toman en lo jurídico.

Por ejemplo, en los ámbitos prelegislativo, legislativo y postlegislativo se toman diversas decisiones. Para calificarlas sin ser arbitrarios, la teoría de la argumentación jurídica ha elaborado esquemas para analizar las razones, las posibles soluciones de un problema, y revisar los valores que se están ponderando en la toma de la decisión.

Concretamente desde la teoría de la argumentación jurídica revisaré las razones dadas por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia de una controversia constitucional promovida por un municipio indígena en contra de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas de fecha 14 de agosto del año 2001 y si dichas justificaciones son razonablemente justas y si provienen de un razonamiento formal o de un razonamiento no formal o práctico.

Para realizar un análisis completo y conocer los objetivos de quien promueve la controversia constitucional (en éste caso un municipio indígena) asumiré que la construcción de cada uno depende del contexto en el que se puede desarrollar. Los objetivos pueden sufrir cambios derivados de la necesidad de adaptarse.

Los integrantes de los órganos del poder público tienen influencias educacionales, sociales, históricas, y culturales; que pueden ser determinantes en el momento de tomar las decisiones, conocerlas es útil para plantear la solución más probable, lo cual analizaré en los capítulos 1 y 2.

En el capítulo 3 estudiaré las teorías de Perelman, Toulmin, MacCormick, Atienza, Alexy, Gonzalo Rodríguez y Arturo Berumen, con una parte de cada una de éstas realizaré un ejercicio de construcción de un modelo de argumentación y de análisis de los argumentos.

Aplicar el modelo a una decisión jurídica, es un ejercicio de revisión de la teoría del derecho, en donde lo normativo, lo axiológico y lo político, son materia del análisis, que pretende calificar las decisiones de razonables o justas, o irracionales e injustas, que será el tema del capítulo 4.

Los órganos encargados de la impartición de justicia deben visualizar los métodos para alcanzarla, por lo pronto la argumentación jurídica sostiene que una decisión es injusta cuando no está correctamente justificada.

Es posible que en el futuro cuando se plantee un problema, las premisas sean argumentadas correctamente justificándolas, dando razones a nuestras justificaciones, aportando incluso las razones contrarias, probando nuestros hechos, respaldando nuestras fundamentaciones en la normatividad vigente o en los valores que persigue la rama del derecho en que planteamos nuestra pretensión. El fin es evitar que nos respondan con aserciones dogmáticas.

Quizá la argumentación jurídica nos acerque en el futuro a la justicia tan anhelada por todos y en especial por los pueblos indígenas.

Cynthia Galicia Mendoza

2005.

Índice

Introducción	
Índice	1

Capítulo 1

Antecedentes de la argumentación jurídica de los derechos de los pueblos indígenas en México

1.1 Antecedentes	4
1.1.1. Época prehispánica	4
1.1.2. La época de la colonia	7
1.1.3. La época de la independencia	10
1.1.4. La época revolucionaria	19
1.1.5. La época posrevolucionaria	21
1.1.5.1. El enfoque culturalista	26
1.1.5.2. El enfoque clasista	26
1.1.5.3. El enfoque colonialista	26
1.1.6. Oscar Correa	28
1.1.6.1. La teoría general del derecho y el derecho indígena	29
1.1.6.2. Pluralismo jurídico	30
1.1.6.3. Cultura jurídica y pluralismo jurídico	31
1.1.6.4. Pluralismo jurídico y teoría general del derecho	33
1.2. Los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo de la (OIT)	33
1.2.1. El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo	34
1.2.2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	34
1.3. La lucha por el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas	36

Capítulo 2

El surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y la nueva argumentación

2.1. El surgimiento del EZLN, y la nueva argumentación	40
2.1.1. El primero de enero de 1994	40
2.1.2. Aportaciones del Ejército Zapatista de Liberación Nacional	42
2.1.3. Recuento histórico del Ejército Zapatista de Liberación Nacional	43
2.1.4. Ley para el Diálogo la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas	45
2.2. Acuerdos del Gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional sobre derecho y cultura indígena (formalizado el 16 de febrero de 1996)	47
2.2.1. Documento 1. Pronunciamiento conjunto que el Gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional enviarán a las instancias de debate y decisión nacional	49
2.2.2. Documento 2. Propuestas conjuntas que el Gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al punto 1.4 de las reglas de procedimiento	50
2.2.3. Compromisos para Chiapas del Gobierno del Estado y federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Correspondientes al punto 1.3. de las reglas de procedimientos.	53
Documento 3.1	53

2.2.4. Acciones y medidas para Chiapas. Compromisos y propuestas conjuntas de los Gobiernos del Estado y federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Documento 3.2.....	54
2.3. La ley elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación.....	54
2.3.1. Observaciones del gobierno federal a la ley de la comisión de concordia y pacificación.....	56
2.4. Dictamen del Senado de la República, LVII Legislatura.....	57
2.5. La reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas.....	64
2.6. La nueva forma de argumentar del Ejército Zapatista de Liberación Nacional.....	64

Capítulo 3

Argumentar jurídicamente

3.1. Antecedentes.....	66
3.2. El Tratado de la argumentación de Ch. Perelman.....	67
3.2.1. El orador y su auditorio.....	67
3.2.2. El auditorio como construcción del orador.....	68
3.2.3. El auditorio universal.....	68
3.2.4. Los lugares.....	69
3.2.5. Figuras retóricas y argumentación.....	70
3.2.6. Contradicción e incompatibilidad.....	70
3.2.7. Procedimientos que permiten evitar una incompatibilidad.....	71
3.2.8. La regla de justicia.....	72
3.2.9. Argumentos de reciprocidad.....	72
3.2.10. Argumentos de transitividad.....	73
3.2.11. El argumento pragmático.....	73
3.2.12. El fin y los medios.....	73
3.2.13. La argumentación por el ejemplo.....	74
3.2.14. La argumentación por analogía.....	75
3.2.15. La disociación de las nociones.....	76
3.2.16. Interacción y fuerza de los argumentos.....	77
3.3. La teoría de la argumentación de Toulmin.....	78
3.3.1. ¿Qué significa argumentar?.....	79
3.3.2. El modelo simple de análisis de los argumentos.....	80
3.3.3. Tipos de argumentos.....	81
3.3.4. Tipos de falacias.....	82
3.3.5. La argumentación jurídica.....	83
3.4. Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick.....	84
3.4.1. La justificación deductiva.....	85
3.4.2. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles.....	85
3.4.3. La justificación en los casos difíciles. El requisito de universalidad.....	85
3.4.4. Consistencia y coherencia.....	86
3.4.5. Los argumentos consecuencialistas.....	87
3.5. Manuel Atienza.....	89
3.5.1. Las funciones de la argumentación jurídica.....	90
3.6. Robert Alexy.....	91
3.6.1. La argumentación jurídica.....	94
3.6.2. La delimitación de la tópic.....	96

3.7. Gonzalo Rodríguez Mourullo.....	97
3.8. Arturo Berumen Campos.....	100
3.8.1. La argumentación dialéctica jurídica.....	101

Capítulo 4

Análisis argumentativo de una controversias constitucional promovida por los pueblos indígenas en contra de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas.

4.1. Los medios de impugnación de la Constitución.....	103
4.1.1. Las controversias constitucionales.....	104
4.2. Resumen de los argumentos de los pueblos indígenas.....	104
4.3. Análisis argumentativo de una controversia constitucional en materia de derechos y cultura indígena.....	113
4.3.1. Perelman.....	115
4.3.2. Toulmin.....	119
4.3.3. Rodríguez.....	123
4.3.4. MacCormick.....	126
4.3.5. Atienza.....	128
4.3.6. Alexy.....	129
4.3.7. Berumen.....	130
Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	144
Anexos.....	152

Capítulo 1

Antecedentes de la argumentación jurídica de los derechos de los pueblos indígenas en la historia de México.

1.1. Antecedentes

Se pueden distinguir en la historia de México tres tipos de discurso y argumentación, la de los gobernantes (Estado o quien ejerce el poder), la de los gobernados (sociedad mestiza y pueblos indígenas), y la de los estudiosos del tema (investigadores y luchadores sociales).

Guillermo Bonfil decía que los indios, indígenas, pueblos indígenas, (nombres usados indistintamente para nombrar a los habitantes originarios de los territorios de la nación mexicana) fueron creados cuando llegaron los españoles, antes no había indios, sino diferentes culturas, es decir diferentes grupos étnicos. No es lo mismo un huichol que un tzotzil, ni un totonaca que un yaqui, son distintos; pero la situación colonial, homogenizó a todos; para la teoría, están al mismo nivel cultural y eso es absolutamente falso.¹

1.1.1. Época prehispánica

La argumentación jurídica en la época prehispánica era muy simple, todo se decía, las normas estaban claras para todos; algunas se dictaban para quedar plasmadas en los códigos y muchas otras se transmitían de generación en generación oralmente; algunas de ellas se conocen en nuestra época a través de los códigos prehispánicos que han sobrevivido en el tiempo, otras se siguen practicando en las comunidades indígenas.

Los usos y costumbres actuales son aquéllas normas con las transformaciones propias del transcurso del tiempo, el mestizaje que sufre la propia norma, de esta forma depende de la contaminación externa de las comunidades y de la pérdida de la identidad de las mismas el nivel de pureza de esas normas, es decir el núcleo social "pueblo-indígena" evolucionó como cualquier conjunto social y los usos y costumbres con él.

En la época en que los habitantes originarios de nuestro territorio se paseaban tranquilos y desnudos por las anchas avenidas de Tenochtitlán, léase época prehispánica, la oralidad era la base de su sistema jurídico prehispánico, es decir la argumentación, así lo imponían los reyes

¹ Nació en la Ciudad de México en 1935. Es etnólogo por la Escuela Nacional de Antropología y Doctor en Antropología por la UNAM fue director del Instituto Nacional de Antropología e Historia, Nota Sacada de, RULFO Juan, (et, al) *30 ANIVERSARIO DEL INI*, Ed, INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA, México 1971. p 53

todos tenían derecho a decir su derecho, a ser escuchados, todos incluso aquellos pueblos que fueran sometidos por otros ya fuera colectivamente o unipersonalmente.²

Por ejemplo, en el reino de Texcoco el hecho de que el gobierno fuese monárquico no impedía que el rey estuviese enterado de todos los asuntos en su territorio.

Todo aquel que fuese a tratar un asunto, de cualquier índole, ya sea respecto a un delito o una propiedad, tenía que acudir a presentar su negocio oralmente ante el rey que se ayudaba de jueces y consejeros; en donde las partes siempre tenían la oportunidad de responder a las acusaciones y podían recurrir, los jueces servían *no solo para la decisión y conclusión de las causas, había diferencia entre los jueces, existían jueces mayores y jueces menores. Los mayores oían de causas graves y que pertenecían a la determinación del rey, los segundos oían las no tan graves consideradas livianas, cada diez días había junta con el rey y todo lo que en esta junta se trataba había de quedar escrito por un escribano, que lo asentaba con sus caracteres y pinturas, pintaba a las personas que entre sí trataban pleito, los testigos, cosas sobre que se trataba, las razones de las partes y sentencia de los jueces. Todo lo cual iba tan claro e inteligible que ni hacía dificultad entenderlo y saberlo. Cabe señalar que para los pueblos lejanos era el mismo procedimiento.*³

El reino de Texcoco abarcaba lo que ahora se considerarían varios pueblos o comunidades indígenas, pero la norma era aplicada igual para todos sin excepción. Incluso se dice que el número de jueces permitía al rey conocer la grandeza de su reino, pero lo más importante es que el sistema era tan claro que no había duda de lo que se decía.

El hecho de que la población no fuese homogénea no significaba mucho en ese entonces debido a que en su devenir histórico existía gran facilidad para que se mezclaran las razas, sin que esto ocasionara un gran choque cultural o social.

Por lo tanto la argumentación era solo aquella que a cada uno convenía. Cada quien argumentaba su propio derecho, no importaba el número de habitantes, este sistema permitía a todos ser oídos en juicio, en su propio lenguaje. Los estratos sociales así como usos y costumbres, y el poblado al que se pertenecía se tomaban en consideración al emitir los juicios.

² DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia de la Conquista de la Nueva España*. 16ª Edición. ED. Porrúa, S.A. México DF. 1994.

³ FRAY JUAN DE TORQUEMADA, *Monarquía Indiana*, Libro XI, Cáp. XXV, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, Pág. 123-127.

Hasta aquí la pregunta básica es, ¿si la justicia oral era la base de la normatividad prehispánica, entonces lo que se decía y resultaba más razonable en todas las instancias y hasta el rey era lo justo?, es decir ¿quien tenía los mejores argumentos era quien tenía el derecho o la razón?. Además si los sentenciados no estaban de acuerdo podían apelar hasta llegar a ser escuchados por el mismísimo rey, quien castigaba a los jueces que no dictaban sentencias justas según lo que oía.

¿Qué importancia o qué valor moral tenía para estos pueblos la verdad?, ¿qué podía ser lo verdadero si entre ellos tenían distintos usos, costumbres, cosmogonía?, ¿por qué la guerra era justa?, después de todo las normas que se le imponían a un pueblo conquistado por otro eran inmediatamente aceptadas, y todos, hasta los conquistados tenían derecho a defenderse incluso ante el rey, éste consideraba que solo extendía su territorio y convertía en su propio pueblo a los conquistados, lo que se decía y convenía más era lo justo. Las costumbres rituales eran una forma de comunicarse, digamos que en un punto de la batalla, el vencedor llegaba a un acuerdo sobre su nuevo derecho sobre el territorio y todo aquello que contenía.

Los españoles se encontraron con pueblos en los que se acostumbraba defenderse no solo con las armas, sino también con las palabras, pueblos que sabían quienes eran sus enemigos y como peleaban, pueblos para los que la palabra o lo que se decía tenía el valor de lo justo.

En la historia antigua, los pueblos que ahora se reconocen como etnias existentes, no figuran en la mayoría de los libros; solo se escribe sobre unos cuantos pueblos muchos de los cuales no sobrevivieron, para contar su propia historia, o luchar por ella.

El historiador Miguel León Portilla afirmó, que desde antes de la llegada de los españoles hubo diversos conflictos que podrían considerarse como conflictos inter-étnicos.⁴

Pensemos tan solo en el expansionismo mexica que trajo consigo el sojuzgamiento de numerosas etnias de lengua y cultura totonaca, otomí, amatlatzincas, mixtecas, zapotecas y otras. Al ocurrir el choque de la conquista, los mexicas y los otros grupos experimentaron una más violenta y radical confrontación cuya principal consecuencia fue la de quedar sometidos a un poder hasta entonces desconocido; el de la corona española. La conquista dio lugar a la promulgación de un gran conjunto de disposiciones legales. La nueva situación fue causa de que

⁴ Nació en la Ciudad de México en 1926. Maestro en artes y doctor en filosofía. Fue director del Instituto Indigenista Interamericano (1960-1966), y director del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM (1973). Es miembro de las academias mexicanas de la Lengua y de la Historia y de El Colegio de México. Nota Sacada de, RULFO Juan, op. cit. p. 35.

todas esas etnias indígenas se convirtieran básicamente en el grupo dominado. Esto no implica suponer un sometimiento estático que tuvo gran importancia para la integración interna de las etnias, derivado principalmente del permanente contacto entre indígenas y españoles.

Así una nueva realidad, quizás la más significativa de las que entonces se produjeron, fue la aparición de un mestizaje biológico y cultural, cada vez más extendido. A diferencia de lo que ocurrió en otros contextos coloniales.

1.1.2. La época de la colonia

En esta época claramente tendría que haber argumentación jurídica puesto que había un Estado que necesitaba justificaciones.

Con el descubrimiento de América, se inició la discusión acerca de la justicia, o injusticia de la conquista, existieron dos posiciones siempre e invariablemente, la búsqueda de estas justificaciones tenía razones principalmente éticas.

1. La primera posición correspondían a un grupo de autores que argumentaban que era justa la extensión de la jurisdicción del Papa y de sus valores propios de occidente, por ser este el representante de Jesucristo.

Y su segundo argumento consistía en la jurisdicción universal del emperador, y en que los indígenas habitantes de las poblaciones descubiertas eran bárbaros, pecadores, infieles, y viciosos, se les pedía pacíficamente que se convirtieran a la fe católica y si no querían se consideraba justo declararles la guerra, por negarse a la fe católica.⁵

Los autores de ésta posición se apoyaban principalmente en la antigua opinión del cardenal-arzobispo de Ostia, canonista del siglo XII, que escribió lo que en derecho canónico se llamaba “la suma áurea”. Fue Palacios Rubio, consejero de los reyes católicos, quien aplicó la tesis al caso de las indias seguido por algunos virreyes y frailes.

2. La segunda posición no creía justa la extensión de la jurisdicción europea más allá de sus límites occidentales y afirmaba la calidad humana (razón) de los indios y sus derechos, a pesar de su condición de gentiles.

⁵ ZAVALA, Silvio A. *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América.*, 3ra Edición. Ed, Porrúa S.A. México DF. 1988. p.43

Estos autores negaron el poder temporal del papado sobre los infieles; tampoco aceptaron la supuesta jurisdicción universal del emperador, separando a los invasores de tierras europeas de los habitantes de América, aduciendo que el derecho natural amparaba a las personas y bienes de los gentiles y que solo la infidelidad, no es causa suficiente para el despojo.⁶

Desacreditando de ésta manera los argumentos de la posición anterior pero metiéndose en un problema moral y jurídico difícil de resolver. Esta argumentación no era tampoco moderna provenía de distintos pasajes de Inocencio IV, Papa y canonista del siglo XIII así como de Santo Tomás de Aquino.

Para la corona española el problema era político, así que buscó las justificaciones que le permitiesen la conquista de las nuevas tierras obteniendo el reconocimiento de las dos posiciones por medio de las Bulas Alejandrinas, en donde el Papa Alejandro VI le otorgaba el derecho de conquista sobre las tierras descubiertas y por descubrir, adicionalmente a esto y tomando en consideración la opinión de sus juristas, la corona española compró las propiedades y lo asentó por escrito dando a cambio una pensión de por vida a los otros reyes que tuviesen derechos de conquista.

Gines de Sepúlveda, afirmó de modo categórico que la barbarie de los indios y su deber como siervos por natura, era sujetarse a los europeos más cultos conforme a la doctrina de Aristóteles, esto por que según sus creencias el indio era incapaz de asumir el gobierno.

Fray Bartolomé de las Casas afirmaba que los indios tenían sus propios pueblos, sus reyes a quienes respetaban y seguían, así como leyes que obedecían, tenían ciudades y vida social que era justa para ellos decía.⁷

La naturaleza del indio fue otra discusión básica al principio la corona no estaba segura que posición respaldar, así que permitió que se llevaran indios de la Nueva España a tierras europeas. Estos se ganaron el respeto de los reyes quienes mandaron a un grupo de teólogos y consejeros a que verificaran la condición de los indios, mismos que resolvieron, que los indios en términos generales eran libres y por lo que no podían ser vendidos, con excepción de los habidos en justa guerra.

⁶ Zavala, op.cit. p.67

⁷ Idem. p. 75

Fray Antonio de Montesinos, y Fray Bartolomé de las Casas frailes dominicos fueron los que expusieron al rey Carlos V el problema de los excesos y los maltratos a los indios por los colonizadores españoles. Las reflexiones presentadas al rey eran tan simples como las siguientes, ¿éstos no son hombres? ¿con éstos no se deben cumplir los preceptos de la caridad y la justicia? ¿éstos no tenían sus tierras propias y sus señores y señoríos? ¿éstos humanos nos han ofendido en algo?

En la audiencia conocida como de Coruña, Carlos V, determinó en general que los indios debían ser libres, tratados como tales, y traídos a la fe por la vía de Cristo únicamente.

Así la influencia de las ideas cristianas fue determinante y en el Libro VI de la Recopilación de las leyes de indias, quedó plasmada la idea de que los indios eran sujetos de razón y voluntad.

Esta concepción condicionó la forma de expansión en el Nuevo Mundo. La religión admitía que se debía dominar políticamente, para que la iglesia pudiera cumplir su deber se respetaría la voluntad del infiel en el momento posterior a la conversión y es que ningún autor dudaba de la necesidad de implantar la fe en Cristo, lo que se disputaba eran los medios temporales para lograr la evangelización.⁸

La corona procuró regular la penetración pero cuidándose de respetar los fines católicos de evangelización, la idea medieval del poderoso amparando al débil, acompañada de los conceptos cristianos como el de caridad, lo permitieron.

A la corona le interesaba no generar conflictos ni pleitos entre indios ya que éstas batallas le parecían incomprensibles, así que en las “leyes nuevas de 1542” se ordenó que las audiencias que se concedieran a los indios, se determinaran de acuerdo a sus usos y costumbres cuidando que fuesen justos. Incluso aceptaban a los caciques indios que a su vez fuesen aceptados por los indios, tolerando los tributos si estos no eran excesivos, basándose en la antigüedad del derecho, y en que no se llegara a la tiranía.

Más tarde la corona negociaría con los caciques ordenando se poblara la tierra nueva de manera que existiese una distribución de las huestes, evidentemente la consecuencia de poblar implicaba una nueva organización social y jurídicamente estable. Esto para los indios implicaba

⁸Zavala. op.cit. p 205.

una dominación económica, usando los poblados como centros de la economía indiana, afectando la tierra y posiciones de los antiguos pobladores y de los que vivían en los alrededores.⁹

Las formas jurídicas medievales de *derecho público*, que autorizaban dentro del Estado, entidades organizadas con cierta autonomía explican el estatuto de los indios dominados.

Cuando Humboldt visitó Nueva España al final de la colonización, según el aún se advertía que los indios formaban como una nación aparte; privilegiada en derecho y vejada por todos e incomunicada de los españoles y mestizos por las leyes. Los caciques aún tenían la jefatura nominal de sus pueblos, pero eran trabajadores del campo como los indios comunes.¹⁰

A finales de la época de la colonia en 1810, después de tres siglos de convivencia, según apreciaciones estadísticas de don Francisco Navarro y Noriega, había en la Nueva España 3,678,281 indios; 1,338,706 individuos de razas mixtas y solamente 1,097,928 europeos y españoles americanos, en esta época existían aproximadamente dentro del grupo indígena un total estadístico de 50 etnias, cada una con su propia lengua, cultura y organización social.

1.1.3. La época de la independencia

En principio, la política nacionalista de los gobernantes implicaba dictar leyes y ordenamientos jurídicos tendientes a la homogenización del país. Para efectos de mejor entendimiento las normas eran específicas pues los indígenas tenían diferencias específicas, mientras el sistema nacionalista buscaba el individualismo, los indígenas tendían a colectivizar.

Las imposiciones estatales solo lograron que los pueblos indígenas reivindicaran aun más sus valores colectivos. Podríamos poner el ejemplo de las festividades; el nuevo congreso del país fijaba las fechas en que la nación debía estar de fiesta, esa era su tarea y lo que se tuvo fue una mezcla de lo colonial con el nacionalismo. Los gobernantes fueron lo suficientemente minuciosos como para que éstas fiestas rigieran al territorio nacional.

Por otra parte el federalismo mexicano, buscó fundir una enorme diversidad de elementos disgregados y dotarles de una conciencia nacional. Para ello implantó una división política que desconoció los territorios ocupados por las etnias, así como sus regímenes jurídicos consuetudinarios y, reconociendo la autonomía de las antiguas provincias, las convirtió en Estados.

⁹ Idem p 206.

¹⁰ Zavala, op.cit. p 134 .

La nacionalidad brotaba de un acto formal en que el Estado determinaba las características del individuo con independencia absoluta de la identidad racial, lingüística o cultural. El objetivo uniformador del Estado moderno, concebido como “resultado de la voluntad concertada de individuos autónomos, implicaba por fuerza la subordinación de las comunidades a un unido poder central y a un mismo orden jurídico”.¹¹

El Estado no concebía sino la idea de individuos (ciudadanos) en su suelo, cuyo conjunto fue llamado nación, consecuentemente, en la medida en que el Estado solo contemplaba la existencia de ciudadanos, las etnias indígenas quedaron excluidas como tales del proceso de conducción nacional. Hubo congresistas que obviamente hablaron de los pobres indígenas y de las condiciones en las que vivían, algunos legisladores congruentes con los acuerdos de Iguala propusieron diversas disposiciones sobre los derechos de los indígenas, sin embargo el acuerdo que emanó de ello fue conocido como “bando de Iturbide” publicado en Puebla el 6 de agosto de 1821, y seguía sugiriendo la necesaria igualdad ante la ley. También se trató de repartirles tierras y de traducir textos para que entendieran el proyecto nacional.

Existían en el México independiente dos preocupaciones fundamentales para los pueblos indígenas; la primera era la imposición de nuevas contribuciones fiscales. Durante la época de la colonia estaban exentos de algunas contribuciones, “al acceder los indios a la condición de ciudadanos no solo entraban en disfrute de los derechos a ella, inherentes también debían atender al cumplimiento de nuevos deberes entre los que figuraba el pago de los diversos impuestos”.¹²

La segunda preocupación que tenían los indígenas consistía en el miedo a verse alistados en las filas del ejército. Los indígenas consideraban ésta la más cruel de las calamidades que podía ocurrir a sus hijos, por eso cada que había un censo, los indígenas escondían a sus hijos para no pagar contribuciones, y para que no los obligaran a entrar al servicio militar, que llegó a ser considerado como la obligación que tendía a desaparecer a comunidades enteras de indígenas por llevarse a los más jóvenes a pelear por la nación.

La moral, y la vida como soldado terminaba por completo con la cultura indígena.

Durante la época que siguió a la proclamación de la independencia proliferaron las rebeliones indígenas, algunas de las cuales llegaron a adquirir dimensiones inquietantes. En la

¹¹ FERRER Muñoz Manuel, *Los pueblos indios y el parteaguas de la Independencia de México*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 2, Ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p.65.

¹² Fray Juan de Torquemada...op.cit p 72

prensa se hablaba acerca de la actitud observada por los yaquis que desconocían a las autoridades y habían constituido su propio gobierno bajo la dirección de José María Cajeme.

Después de la persecución del ejército, se tomó la determinación de que la paz duradera solo se garantizaría con la extinción de las tribus, por lo que los trataron de exterminar. Alrededor de 2000 lograron escapar y éstos fueron los que siguieron con las armas en la mano hostilizando a las fuerzas del gobierno y cometiendo las mayores y más terribles depravaciones. A principios de 1896 quedaban escasamente ochocientos rebeldes, dispersos por las montañas, sin elementos de guerra, sin víveres, y cercados por las tropas federales.

Además de otros motivos de descontento relacionados con problemas de tierras y de aguas, regulación del mercado laboral y defensa de la propia identidad, habría que añadir la amenaza que supuso para los intereses indígenas el proceso de municipalización iniciado en 1812-1813 y proseguido a partir de 1821. Entre las consecuencias de la expansión del nuevo régimen que había dispuesto la erección en municipio de las entidades de población que reunieran al menos mil habitantes, varias saltan a la vista entre ellas. A) se agudizaron los pleitos entre comuneros e indios, los comuneros ricos vieron en el cambio de coyuntura la oportunidad para emanciparse de la comuna, B) quedó tácitamente abolida la autonomía de las repúblicas y otorgado a los mestizos el control de muchos municipios; C) muchos pueblos que habían disfrutado de gobiernos autónomos pasaron a convertirse en agencias municipales de otros y resultaron perjudicadas las regiones de hábitat más disperso.

El caso de Oaxaca resulta paradigmático de éste último efecto tan contraproducente para las comunidades indígenas, de los ciento treinta y tres municipios constituidos en este Estado al año de implantarse la nueva organización municipal, solo diecisiete correspondían a la Mixteca, que agrupaba a más de la cuarta parte de la población de Oaxaca.

Las soluciones que se arbitaban hablan por sí mismas de la carencia de sensibilidad con que se afrontaban los problemas de los pueblos indígenas, pues si de una parte se recomendaba la necesidad de sacar al indio del envilecimiento e indefensión en que había sido sepultado, de otra se contemplaba su extinción, tal y como había sido ejecutada en Estados Unidos.

La idea de igualdad no estaba precisamente mal intencionada, se puede decir que se creía que las diferencias que la colonia concedía a los indígenas los ponía en un grado de protección mayor; la demanda de igualdad implicaba una demanda de justicia. Las bases del Plan de Iguala, donde se garantizaba la protección de varios derechos individuales, entre ellos la igualdad de

oportunidades para todos los ciudadanos, sin distinción alguna, de los europeos, africanos, ni indios, (artículo 12), y el respeto y protección a las personas y propiedades (artículo 13), pretendiendo proteger a las comunidades indígenas.¹³

En conformidad con ese compromiso, el mismo día de la instalación del primer constituyente mexicano se enunció con toda solemnidad: el congreso soberano declara la igualdad de derechos civiles de todos los habitantes libres del imperio, sea el que quiere su origen en las cuatro partes del mundo.

Pocas fechas después, un diputado propuso una añadidura que perseguía una aplicación más práctica del principio igualitario formulado en el anterior decreto y respondía al convencimiento de que la legislación había de ser uniforme para todos los mexicanos: “la igualdad se entenderá ante la ley y los ciudadanos no tendrán otra distinción que la que les proporcione su mérito, virtudes sociales y utilidad a la patria; para que de ésta suerte se haga la ley perceptible, aun al ínfimo del pueblo”.¹⁴ Por supuesto hubo quien dijo que el plan de Igualdad se refería a derechos civiles y no a derechos políticos.¹⁵

La orden emitida por el congreso de fecha 17 de septiembre de 1822, planteó dificultades para su ejecución que fueron manifestadas a la Junta Nacional Instituyente por el gobernador del arzobispado de México, dando la clasificación de los ciudadanos por su origen en registros y documentos públicos o privados. Se exceptuaron de esa norma las regulaciones sobre pago de aranceles en los juzgados.¹⁶

Velasco Del Toro constituyente de la época, calificó la proclamada igualdad de funesta para el indígena, pues desde el punto de vista jurídico el indio dejó de existir y con él, el sistema comunal pasó a considerarse fuera de la ley por especial y privativo, o sea, contrario a la igualdad y opuesto al concepto liberal de propiedad privada.

Ledesma Uribe acentuó también la antítesis entre la tutelar legislación indiana y la igualitaria liberal, así mientras el indio fue protegido con una legislación verdaderamente eficaz en la época colonial, nuestras leyes del siglo pasado tan pronto pudieron formalmente separarse y hasta contradecir esa tradición española buscaron equiparar al indio con el resto de la población.

¹³ Ferrer. op. cit., p.77

¹⁴ Fray Juan de Torquemada, op. cit., pag 88

¹⁵ Ferrer. op. cit. p.72

¹⁶ Idem. p.85

Franco Gabriel Hernández otro constituyente, crítica de error liberal lo sucedido, al predicar la igualdad en una sociedad desigual y no arbitrar cauces viables para un acceso igualitario a los centros de toma de decisiones, no hizo sino afirmar la desigualdad. Desde entonces se estableció la igualdad en un nivel de discurso, más no en una práctica política y social concreta.

Ponciano Arriaga, decía *¿cómo se puede racionalmente concebir ni esperar, que tales infelices salgan alguna vez por las vías legales de la esfera de colonos abiertos y se conviertan por las mágicas palabras de una ley escrita, en ciudadanos libres, que conozcan y defiendan la dignidad e importancia de sus derechos?*.

Por ejemplo, en la huasteca existían diversos conflictos territoriales, pero los gobiernos indios seguían existiendo y se planteaban los problemas territoriales de dos maneras. *El primero* relacionado con los problemas entre cabeceras y pueblos sujetos: los últimos sostuvieron durante el período colonial la necesidad de separarse de las primeras y, al mismo tiempo, de erigirse como tales. Lo que traería consigo que las nuevas cabeceras exigieran a sus respectivos barrios, ahora convertidos en sujetos, las cargas que antes eran debidas a la cabecera. Los intentos de separación de pueblos pueden ser tomados como una causa de lo que se ha denominado “tensión territorial”. El gobierno indio por lo general defendió al común de naturales frente a los malos tratos y abusos de autoridades civiles y eclesiásticas, recolectaba el dinero para pagar las composiciones de los pueblos, y organizaba el trabajo colectivo (faenas) de los barrios y pueblos sujetos en la cabecera.

Los cargos que ejercían los miembros del cabildo eran prácticamente los mismos para todas las cabeceras indias; existían pequeñas diferencias entre una y otra, pero todas las jerarquías abarcaban los cargos formales introducidos por los españoles y algunos cargos menores que tenían probablemente una base prehispánica.

A los nuevos funcionarios étnicos se les entregaba un bastón (vara de mando), representaba la autoridad dentro del pueblo, los españoles llegaban a cobrar por la entrega de las varas.

Además de las composiciones y de las invasiones, los indígenas también utilizaron los juzgados y las leyes españolas para defender sus territorios. En algunas ocasiones los litigios estaban vinculados a otros problemas.

Es importante insistir en que gran parte de la paz rural que pudo haberse roto fácilmente por problemas de tierra se debió a la mediación del Estado entre los propietarios privados y los pueblos indios.

Lo anterior permitió que los miembros de tales pueblos, en muchos casos, lograran ganar el control sobre la aplicación de leyes en el nivel regional. La fuerza de los comuneros se reflejó en ocasiones en el conflicto que se dio entre la cabecera política no india (ayuntamiento) y los pueblos indios y sus sujetos, o entre los funcionarios locales no indígenas y la autoridad del gobierno indígena.¹⁷

La mayoría de los pensadores mexicanos de mediados del siglo XIX vieron a la población indígena como fuera de la nación, esa nueva entidad política formulada tras la independencia de España. Personajes tan destacados como José María Luis Mora, Lorenzo de Zavala, Mariano Otero o Guillermo Prieto compartieron esa misma perspectiva. Por consiguiente, ellos y un sector amplio de opinión dentro de las élites argumentaron en favor de la inmigración europea, para aumentar esa parte de la población capaz de pensar en términos de una nación mexicana que tenía un territorio e identidad específicos.

Entre 1824 y 1884, aparecieron varios esquemas para blanquear y mejorar la raza, sin que ninguno de ellos alcanzara éxito alguno en México. El indio sólo podría ganar acceso a la nación por medio de la educación cívica, convirtiéndose efectivamente en un ciudadano de la república y adquiriendo, por consiguiente, los derechos y deberes civiles.¹⁸

El experimento liberal de mediados del siglo XIX no representó una conspiración calculada en contra de la población indígena, sino un proyecto bien intencionado de cambiar radicalmente la cultura del país.¹⁹

Durante el segundo imperio se creó, en 1865 “la junta protectora de las clases menesterosas”, un comité gubernamental establecido para recibir las denuncias de parte de pueblos de indios sobre sus usurpaciones de tierras por los hacendados, u otros abusos. El presidente de la junta fue un indio de estirpe noble, Faustino Chimalpopoca. La posición paternalista del indigenismo de ésta junta ha dado origen a una diversidad de opiniones.

Los pueblos durante la independencia y luego durante el resto del siglo XIX, defendieron no solamente su posición como poseedores de tierras, sino también sus cultos y costumbres religiosas y, en el caso de pueblos que se identificaban como de indígenas, su identidad etnolingüística (como constantemente ocurrió en el Estado de Oaxaca, por ejemplo, y resistieron

¹⁷ Fray Juan de Torquemada, op. cit. p. 142.

¹⁸ HERNÁNDEZ Sánchez, Barba Mario, *Formación de las Naciones Iberoamericanas (SIGLO XIX)*, 1ª Edición. Ed, Biblioteca Iberoamericana Rei México, México DF. 1990, p 20.

¹⁹ Idem. p 27

el reclutamiento forzado y el pago de las imposiciones directas, como la capacitación de los años cuarenta.

Sin embargo, los pueblos aprendieron mucho de su experiencia en la guerra de independencia a juicio de Ortiz Escamilla, la experiencia política aprendida por los pueblos durante la guerra de independencia quedó plasmada en la conciencia de las generaciones que los sucedieron. Cada vez que fue necesario, tomaron las armas con fines políticos.

Las constituciones del siglo XIX abandonaron la herencia de las distinciones de castas a favor del nuevo concepto de ciudadano. La Constitución gaditana de 1812 dio el primer paso, estableció un sistema político liberal basado en la doctrina de la soberanía del pueblo, el gobierno representativo y la igualdad ante la ley. En este sistema, el proceso electoral llegó a ser fundamental para el cambio de mando y para la renovación de personal.

Los constituyentes intentaron abrir las instituciones políticas. De ésta manera, el ayuntamiento fue constitucionalizado por medio del proceso electoral y los pueblos indios fueron implicados en esa tarea. Antonio Annino, vió en este cambio político radical una oportunidad aprovechada por los pueblos de indios para sacar beneficios del incremento en el número de los ayuntamientos.

Sobre el artículo 10 de la Constitución de Cádiz, Annino argumentaba que la Constitución otorgó a las comunidades de los pueblos, la libertad de transformarse en ayuntamientos electivos. En pocos años surgieron centenas de municipios en los Andes y en Mesoamérica que destruyeron el orden colonial, aún antes de las independencias se apoderaron de importantes funciones del Estado. La primera experiencia electoral desencadenó un incontenible y masivo proceso de transferencia de poderes del Estado a las comunidades locales, en particular a los pueblos, llevan así a su extremo la desintegración del espacio político virreinal.²⁰

La Constitución de 1857 como los demás textos fundamentales mexicanos del siglo XIX exceptuando el de 1824 excluyó la menor alusión a los pueblos indios. Las peculiaridades indígenas, hasta el extremo de que voces como indio, indígena o etnia brillaron por su ausencia. La única referencia a los indios que encontramos no muy profunda por cierto es la contenida en la fracción 1ª del artículo 111 donde, al enunciarse los límites para la acción de los Estados se trata de celebrar alianza, o tratado de coalición de pueblos.²¹

²⁰ Ferrer. op cit. p.87

²¹ Idem. p.89

En la práctica se impuso el criterio de ahorrar distingo y de equiparar a los indígenas con los restantes ciudadanos. La ideología liberal triunfante con la reforma impedía otra consideración que no fuese la estrictamente igualitaria, de modo inevitable quedó postergado el diálogo sobre el reconocimiento de un hecho diferencial indígena.

Mas estridentes, en cambio, eran los tonos con que algunos diputados del congreso clamaron en favor del papel dirigente de los portadores de sangre europea; como el peleado por Gamboa, que representaba a Oaxaca en el constituyente, cuando se debatía la atracción de mano de obra extranjera que, a su parecer, representaba la mejor solución para acabar con la guerra de castas en el predominio de los indígenas.

El congresista Arriaga desenmascaró el temor de muchos legisladores de conceder a los indios, intervención en los procesos electorales: diciendo que era un ridículo perjuicio puesto que unos meses antes habían tomado parte en la designación de los diputados de ese congreso.

La igualdad ante la ley otorgada a los indígenas como resultado de la independencia no los benefició, los obligó a participar como individuos en una lucha para la cual no estaban preparados. Sin embargo, los indígenas se refugiaron tras de sus comunidades tradicionales, indestructibles, teniendo como base la propiedad colectiva de la tierra. Sin embargo las leyes de desamortización, queriendo dar un carácter general a la medida adoptada para lograr la circulación y el fraccionamiento de las propiedades de la iglesia, las hizo extensivas a todas las propiedades de comunidad, aun a las tierras comunales de los pueblos indígenas.

La Constitución de 1857 cometió el error de no rectificar estas leyes que las entidades federativas reglamentaron y ejecutaron de acuerdo con los intereses de sus clases dirigentes. La división en propiedad individual de los fondos legales, los ejidos de los primeros habitantes y de las tierras de repartimiento se llevó a cabo con ritmo diferente, incluso en las diversas regiones de una misma entidad, el indígena, ya sin autoridades locales legalmente capacitadas para su defensa y dirección al poco tiempo de haber recibido su propiedad individual, sin capacidad administrativa, sin preparación técnica como no fuera para los rutinarios cultivos, sin capital para trabajarlas, fue fácil víctima de los hacendados vecinos y de los mestizos ansiosos de tierras, bajo la complaciente e interesada protección de las autoridades políticas y judiciales.

Después del despojo de las tierras de los indígenas y aun de los campesinos mestizos; solamente quedaron propiedades comunales indivisas o parcelas individuales en poder de

indígenas, en las regiones que por falta de vías de comunicación o lejanía de los mercados no presentaban aliciente para las otras clases sociales.

La independencia de Estados Unidos, y la revolución Francesa fundaron las bases argumentativas de los teóricos de la época de la independencia, entendiendo que éstas proporcionarían a México los medios para conseguir estabilidad política, progreso intelectual y crecimiento económico.

Valores del positivismo, que también fue considerado como una doctrina filosófica capaz de verificar la definitiva independencia ideológica y la solución de todos los problemas nacionales. Esto originó una adaptación de la doctrina, no tanto a la realidad, sino a los intereses de la clase política y en consecuencia, una considerable diversidad en su aplicación y en los objetivos. Este proceso fue asumido como solución para la anarquía y originó la dictadura progresista de Porfirio Díaz,

De este modo, los gobiernos personalistas y fuertes pudieron ejercer su función con apoyo de los grupos minoritarios oligárquicos, en la medida en que los intereses económicos sociales y políticos de éstos grupos quedasen garantizados en las leyes. También podía apoyarse el dictador en un pueblo absolutamente carente de educación política y de escasa formación cívica, que admitía, espontáneamente, una especie de tutelaje paternalista bajo la directa inspiración de la ideología positivista impuesta por Gabino Barreda en 1867, con la “ley de educación” que habría el periodo de la república restaurada.

Los hombres del porfiriato pertenecieron a otra generación con ideas complejas de las que formaron la “Constitución liberal de 1857”; positivistas como Justo Sierra, Emilio Rabasa, y Francisco Bulnes criticaron la Constitución liberal. Muchos sectores sociales mexicanos se opusieron al liberalismo por el descrédito en que cayó al no saber garantizar el orden público después del fusilamiento de Maximiliano.

La ficticia paz de Porfirio Díaz (1876-1910), reelegido presidente siete veces consecutivas proporcionó la posibilidad de que la nación se reconcentrase en sí misma, abriendo las grandes polémicas de la problemática nacional. Los capitales extranjeros entraron con fuerza, se otorgaron concesiones para la construcción de ferrocarriles y otras obras públicas, así como para la explotación minera. La ley del timbre aumentó los ingresos del Estado. Se fundaron bancos, aumentó el crédito exterior y se codificó con intensidad.

El ejército fue reorganizado y se creó una importante red de seguridad pública, basada en sendos cuerpos de policía rural y urbana y se dio un considerable impulso a la educación, creándose las escuelas normales de Agricultura, Bellas Artes y Conservatorios de Música, Justo Sierra fue el promotor de la reapertura de la universidad como centro supremo de la cultura mexicana. Durante la larga dictadura de Porfirio Díaz, “el tirano honrado”, como lo llamaban los positivistas para justificar sus reelecciones constantes, se gestó un nacionalismo revolucionario mexicano, constituido por dos componentes que confluyeron en la revolución del siglo XX; el ideológico representado por el enfrenamiento de la filosofía antipositivista a la corriente que había dado sentido a la dictadura porfirista, y el político, que se centraba en la oposición de Francisco I. Madero a la continuidad reelectoral de Porfirio. Las formulaciones caudillistas presentan, en otros casos, tendencias distintas a las de progresismo inclinándose hacia planteamientos liberales.

La suposición del positivismo partió del “ateneo de la juventud” fundado en 1909, entre cuyos componentes figuraban humanistas de la talla de Pedro Henríquez Ureña y Alfonso Reyes y filósofos como Vasconcelos y Caso, muy pronto destacados como los maestros y pensadores de la nación. La superación del positivismo la hicieron leyendo a los pensadores que habían sido repudiados por aquel movimiento.²²

1.1.4. La época revolucionaria

“La historia de las revoluciones es para nosotros, por encima de todo, la historia de la irrupción violenta de las masas en el gobierno de sus propios destinos”²³

Según Adolfo Gilly, la revolución mexicana tuvo una principal consigna que fue su motor central, la revolución sería desde su punto de vista una gigantesca guerra campesina por la tierra. Me sorprende que en la referencia a la lucha por la tierra, y la clasificación posterior por parte de los historiadores se desprende que sólo en libros especializados se hable de la masa indígena.

Dice Gilly, la base de masas de los tres principales ejércitos revolucionarios: el de Obregón, el de Villa y el de Zapata, la constituyó el campesino insurgente.

El obregonismo era un desgajamiento del Estado (como lo era en su conjunto el carrancismo), que tenía su base material y de continuidad histórica con el pasado en el aparato del

²² Hernández. op cit. p.18

²³ GILLY Adolfo, (at el), *Interpretación de la Revolución Mexicana*, Artículo, *La guerra de clases en la revolución mexicana. (Revolución permanente y auto-organización de las masas)*, Ed, Nueva Imagen, México 1987, p.22-23

Estado de Sonora; y que aspiraba a transformar al Estado nacional, reorganizándole a su imagen y semejanza (imagen, que dicho sea de paso fue transformándose ella misma y tomando forma en el fragor de los diez años revolucionarios).

El villismo, cuya base de campesinos trabajadores se nutría de una región donde estaban mucho más desarrolladas que en el centro y en el sur las relaciones salariales y capitalistas en el campo, tampoco enfrentaba programáticamente en sus objetivos últimos al Estado. Quería la tierra, la justicia, pero no las imaginaban fuera del marco de las relaciones capitalistas de producción que habían ido creciendo durante toda la época de Porfirio Díaz. Aunque Villa y Madero proponían objetivos diferentes, el maderismo de Villa no era una argucia, sino la expresión del sometimiento ideológico del campesinado a la dirección de una fracción de la burguesía y en consecuencia, a su Estado.

El zapatismo no se planteaba, obviamente, la cuestión del Estado ni se proponía construir otro diferente. Pero en su rechazo de todas las fracciones de la burguesía, en su voluntad de autonomía irreductible, se colocaba fuera del Estado. Su forma de organización no se desprendía o se desgajaba de éste; tenía otras raíces. Quien está fuera del Estado, si al mismo tiempo decide alzar las armas, se coloca automáticamente contra el Estado.

Para Héctor Aguilar Camín la revolución mexicana fue una ruptura en el desarrollo del capitalismo mexicano, por lo que había que desmitificar el proceso revolucionario buscando sus resultados y su sentido preciso, así como destacar la importancia de las experiencias populares. Para él existieron dos revoluciones con diferencias objetivas, con distintos métodos de lucha e ideología, así como por la extracción o clase social de las figuras más representativas de los movimientos.²⁴

Estas revoluciones eran: *la revolución con dirección burguesa*; que pretendía resolver la crisis de acumulación capitalista en los marcos del sistema, con un proyecto burgués, perseguía la reconstrucción del Estado burgués, que tuvo como dirigentes a gente con experiencia política y que logró captar a sectores urbanos medios, el maderismo, el carranzismo, y el obregonismo formarían parte de esta revolución. *La revolución popular agraria*; cuyo antecedente es el magonismo, con un radicalismo pequeñoburgués apoyado en cierta base obrera y en menor medida campesina, su máxima expresión sería el agrarismo zapatista, que representó los intereses

²⁴ COLMENARES Ismael M, GALLO Miguel Ángel, GONZÁLEZ G, Francisco, HERNÁNDEZ N. Luis, (Recopilación), *Cien años de Lucha de Clases en México, (Lecciones de Historia de México 1876-1976)*, Ed, Ediciones Quinto Sol, S.A. México, p 136

de una gran masa de campesinos desposeídos, y con menos claridad programática pero con mayor contundencia militar participó en este campo la “división del norte” con Pancho Villa. según Aguilar Camín, ninguna de éstas se planteó con claridad la cuestión básica del Estado, la destrucción de éste y su sustitución por uno que representara los intereses populares.

Todas las posiciones quedaron plasmadas en los distintos programas de cada una de las facciones o grupos revolucionarios. La argumentación de la época está en esos documentos donde plasmaban sus planes políticos, entre los que anotaremos, el “programa del partido liberal”, el “plan de San Luis Potosí”, el “plan de Ayala”, el “pacto de la embajada”, el “manifiesto a la nación de Emiliano Zapata”, el “plan de Guadalupe”, la “ley de 6 de enero de 1915”, el “manifiesto del comité revolucionario de la casa del obrero mundial”, el “decreto antiobrero de Carranza”, y la “ley general agraria de Francisco Villa”.

¿Por qué de pronto todo se revolvió?, ¿por qué los que se sentaron finalmente en la silla presidencial fueron unos y no otros?, y ¿por qué se rompieron los pactos?. Todo eso tiene una explicación sencilla: sólo aquéllos que jugaron la lucha política correcta y que se plantearon como objetivo el nuevo Estado, participaron en el proceso de creación e instauración del mismo, la estrategia política funcionó por encima de la social, o la de las armas.

1.1.5. La época posrevolucionaria

“Toca hoy a los revolucionarios de México empuñar el mazo y ceñir el mandil del forjador para hacer que surja del yunque milagroso la nueva patria hecha de hierro y de bronce confundidos”

El término cultura significa, como ya dijimos el conjunto de manifestaciones materiales e intelectuales que distinguen y diferencian entre sí a las agrupaciones humanas, pero nunca connota la calidad específica de dichas manifestaciones²⁵

La época posrevolucionaria fue institucional, pues todos buscaban la paz social, y esto se concebía dándole al Estado un aparato burocrático sobre el cual sustentarse. Por eso los teóricos y fundadores de las nuevas instituciones buscaban darle forma al Estado, cada problema fue resuelto fundamentalmente creando instituciones que analizaran y aplicaran medidas para resolver el problema.

²⁵RULFO Juan, op.cit. p. 114. Notas sacadas del Programa de la Dirección de Antropología y poblaciones Regionales de la República que realizó para el instituto nacional indigenista

La revolución tenía un compromiso ético con un sector revolucionario que incluiría sus demandas, de esta forma los problemas se trataban de resolver sobre todo en la búsqueda de una nueva nación, que ésta vez no tuviese contradicciones internas tan fuertes procurando afianzar los lazos de la nueva nación.

En esta época crecieron grandes pensadores mexicanos, muchos de ellos incluso dedicaron su vida entera a tratar de entender los problemas que aquejaban al México de la época posrevolucionaria. Existieron entonces dos formas de hacerlo, haciendo dogmática de las instituciones, o formando parte de las mismas, ya sea como funcionarios públicos ya sea como investigadores o educadores. Entre estos pensadores se encuentran como fundamentales en la teoría de los derechos indígenas: Manuel Gamio, Moisés Sáenz, Narciso Bassols, Vicente Lombardo Toledano, Lázaro Cárdenas, Miguel Othon de Mendizábal, Julio de la Fuente, Alfonso Caso, Gonzalo Aguirre Beltrán.

En 1978 el Instituto Nacional Indigenista (INI), realizó una recopilación del pensamiento de estos autores como justificación a las políticas que el Estado habría ejecutado en los últimos treinta años, de ahí realizaremos una recopilación de argumentos.

En ésta época se consolidaron los conceptos de lo que hoy llamamos los derechos de los pueblos indígenas en México.

El grupo de teóricos denominado “integracionistas” (que para efectos es relativamente lo mismo que los nacionalistas) sostenía que era necesario forjar una patria uniforme, los constituyentes revolucionarios debían de apresurar el proceso de integración de los pueblos indígenas, y cuidar que fuera definitiva, había dos grupos para Manuel Gamio, el grupo mestizo era mayoritario y el de los verdaderos mexicanos, pues éstos conocían la historia de México, y los indígenas no, no eran del pueblo mexicano pues tenían historia propia.²⁶

Moisés Sáenz,²⁷ pensaba que educar a los indígenas y darles la cultura mexicana, los ayudaría a ser parte de la nación; Miguel Othon de Mendizábal, pensaba que la obligación de

²⁶ Manuel Gamio, Nació y murió en la Ciudad de México (1883-1960) Antropólogo. Verdadero iniciador del moderno indigenismo en México y en el Continente. En 1917 organizó la Dirección de Antropología., de 1918 a 1921 llevó a cabo la primera investigación integral entre la población del Valle de Teotihuacán. Fue subsecretario de Educación Pública y director del Instituto Indigenista Interamericano. Entre sus principales obras pueden mencionarse. Forjando Patria, hacia un México Nuevo y Consideraciones sobre el problema indígena. (Nota Sacada de), RULFO Juan, op.cit p. 225

²⁷ Nació en Monterrey, Nuevo León, en 1888, y murió en Lima Perú, en 1941. Estudió la carrera de maestro y después curso estudios de especialización en estados Unidos y Europa. Fue oficial mayor y subsecretario de Educación Pública: presidente del comité de Investigaciones Indígenas: organizador del Primer Congreso Indigenista Interamericano fundador de la Casa del Estudiante Indígena y organizador y propagador de las escuelas rurales y de

mejorar el nivel de vida era del gobierno y que éste debía esforzarse por integrar a los indígenas a la nación.²⁸

Estos teóricos observaron el sentido colectivo de las comunidades indígenas, se dieron cuenta que tenían historia propia, vestido propio, cultura propia, pero esto lo veían como una amenaza, por supuesto habían vivido un siglo de insurgencia indígena.

El primer mestizo que se planteó la autonomía fue Narciso Bassols, consideraba que debían de establecerse sistemas autóctonos, por que los indígenas ya eran núcleos sociales perfectamente organizados y con sus propias reglas de convivencia por lo cual era necesario hacer una concatenación de esos sistemas con los sistemas nacionales, donde ambos pudieran subsistir.²⁹

Estaban los que observaban a los indígenas desde el punto de vista *económico*, como Vicente Lombardo Toledano que decía, que los indígenas debían tomar conciencia de clase.³⁰

Para el expresidente Cárdenas, era necesario que los indígenas tuvieran reconocidos sus derechos como ciudadanos y también como trabajadores, y como parte de la economía mexicana puesto que eran la base del turismo en México. Este elaboró un programa de emancipación del indio que lo asimilaba a un proletario, pero que pudiera conservar su grandeza pretérita su reciedumbre espiritual, su idioma, costumbres, y tradiciones.

A Alfonso Caso Andrade se le conoce como el padre de *los indigenistas*, una corriente política, consistente en colocar a las comunidades indígenas bajo la protección del Estado hasta lograr la igualdad; esto traducido como política consistiría en las decisiones del gobierno por medio de convenios internacionales, de actos legislativos y administrativos que tuviesen por

las misiones culturales. Autor entre otros títulos de Carapau. Bosquejo de una experiencia (1936) y México integro. (Nota Sacada de), RULFO Juan, op cit. p 222.

²⁸ Nació y murió en la ciudad de México (1890-1943) Educador y antropólogo. Fue director del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional y del Museo Nacional, asesor del Departamento de Asuntos Indígenas. Siempre mantuvo como una de sus preocupaciones fundamentales procurar el mejoramiento de los indígenas, De entre su vasta bibliografía, se pueden mencionar los siguientes títulos; *Ensayos sobre las civilizaciones aborígenes americanas, La Cronología nahoa, y el problema agrario de México.* (Nota Sacada de), RULFO Juan, op cit. p 145

²⁹ Nació en Tenango del Valle, México, en 1897, y murió en la Ciudad de México en 1959. Curso estudios de Derecho en la Universidad Nacional. En la misma Universidad fue Director de la Facultad de Derecho y fundador de la Escuela Nacional de Economía Redactor de la Ley agraria de 1927. Fue ministro de Educación de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público en diferentes etapas de su vida. (Nota Sacada de), RULFO Juan, op. cit. p 232

³⁰ Nació en Tezuitlan, Puebla en 1897 y murió en la ciudad de México en 1968. Estudio Derecho y se desempeñó en la cátedra, la administración pública, el periodismo y la vida sindical y política. Fue defensor y exponente de la filosofía socialista. Entre sus obras figuran. *La Batalla de las ideas en México. Geografía de las lenguas de la sierra de Puebla y el llano del sureste.* En el libro *El problema del indio se recopilan sus obras.* (Nota Sacada de) RULFO Juan, op. cit. p 235

objeto la integración de las comunidades indígenas en la vida económica social y política de la nación.³¹

“Se trata entonces de una aculturación planificada por el gobierno mexicano, para llevar a las comunidades indígenas los elementos culturales que se consideran con un valor positivo, para sustituir los elementos culturales que se consideran negativos en las propias comunidades indígenas.”³²

La corriente *indigenista* consideraba que los indígenas tenían capacidades iguales a los demás seres humanos pero éstos no sólo eran individuos, sino que solo existían en tanto miembros de una comunidad.

Entre las costumbres que consideraban debían eliminarse enumeraban: la de sembrar maíz en zonas empinadas, la tala de árboles para adquirir raquílicas cosechas, la de considerar que las enfermedades se creaban mágicamente y que mágicamente desaparecerían así como el aferramiento a usar sólo su lengua, que no les permitía relacionarse económicamente, concluían que en México la política hacia los indígenas, debía basarse en la antropología social. La institución que la ejecutaría era el INI y consistía en no usar métodos coercitivos, se trataba de invitar y demostrar por medio del ejemplo a los indígenas, que les convenía la transformación de sus elementos inútiles, y que era para provecho suyo no de los que desarrollaban la política.

El opositor de la postura indigenista Gonzalo Aguirre Beltrán, creador de la teoría que denominaba de la *integración regional*, consideraba que lo urbano modificaba la cultura de las comunidades, decía que el indigenismo no habría podido entender y por lo tanto superar los conceptos de comunidad autosuficiente y auto contenida, por lo que su desarrollo dependía en cierta medida de su relación económica con los mestizos. El separar las regiones indígenas y las regiones mestizas generaba desde su punto de vista, discriminación y obstaculizaba la verdadera integración regional por poner en un estatus legal superior a la otra, y separado no solo de la región sino de todo el resto de la población nacional.³³

³¹ Nació y murió en la ciudad de México (1896-1970) Abogado por la Escuela Nacional de Jurisprudencia y Arqueólogo por la de Altos estudios, Director del Insitito Nacional de antropología e Historia, Rector de la Universidad Autonomia de México y director fundador del Instituto Nacional Indigenista entre otros cargos. Autor de 300 obras, entre las cuales sobresalen las siguientes. *La religión de los aztecas*, *Trece obras maestras de arqueología mexicana*, *El pueblo del sol* y *Los calendarios hispánicos*. (Nota Sacada de), RULFO Juan, op.cit. p 237.

³² Gilly. op. cit, p 111

³³ Nació en Tlacotalpan Veracruz, en 1908. Estudio medicina y posteriormente Antropología. Ha sido director del Centro Coordinador Tzetzal-Tzotzil, director del Instituto Indigenista Interamericano y del Propio Instituto Nacional Indigenista. Así como subsecretario de Cultura Popular y Educación Extraescolar de la SEP. Entre sus obras mas

"En 1938 Lucio Mendieta y Núñez en su presentación del plan sexenal argumentaba, *Entre los componentes étnicos de nuestra población no existe coordinaciones fundamentales, de tal manera, que el problema que ofrece es nada menos que el problema de la formación de la nacionalidad mexicana.*"

Para que un pueblo determinado constituya realmente una nación de acuerdo a las ideas modernas sobre el concepto de nacionalidad, es indispensable que se encuentre vigorosamente definido por elementos culturales propios, comunes a todos sus componentes y esté unido, además por un pasado histórico igualmente común, de tal modo que en resumen por su cultura y por su historia, se sienta diferente de los otros pueblos

Sería imposible demostrar que grupos indígenas como los tarahumaras, los coras, los huicholes, los yaquis, los mayas, y los lacandones entre otros han vivido, sentido y comprendido la historia de México, esos grupos étnicos, aislados geográficamente del resto del país por falta de comunicaciones rápidas y por circunstancias físicas de los territorios que habitan y separados aun más por su estado de cultura no pueden reconocer el pasado histórico de los grupos dirigentes del país como su propio pasado.³⁴

Así la nación mexicana estaba constituida por la población criolla, mestiza, algunos europeos y los indígenas que quedaban. Entonces México no era ni es un Estado nacional, sino un Estado dentro del que viven numerosas y diferentes naciones como son cada uno de los grupos indígenas que por su lengua, su religión su arte, su propio pasado, constituyen cada uno una verdadera nación.³⁵

El discurso oficial planteaba una relación directa de la multiculturalidad de México con el problema económico que existía en la época, ya que este problema tenía que ver con la falta de integración de México como nación.

Después de 1968 y con el surgimiento de un nuevo pensamiento revolucionario nuevas posturas que tomaban como base las anteriormente expuestas comenzaron a surgir. Entre los autores de esa época retomamos el pensamiento de Rodolfo Stavenhagen, Andres a Fabregas Puig, Natalio Hernández Hernández, Lourdes Arispe, Guillermo Bonfil Batalla, Arturo Warman, Juan Rulfo, Federico Campbell y Miguel León Portilla

sobresalientes se encuentran. *Formas de gobierno Indígena, El proceso de aculturación y el desarrollo de la comunidad.* (Nota Sacada de), RULFO Juan, op.cit. p.239.

³⁴ MENDEIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Valor Económico y Social de las Razas Indígenas de México*, Ed, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.p.22.34.

³⁵ Idem. p. 25.

Rodolfo Stavenhagen organizó los términos de la discusión; decía que los principales conceptos utilizados habían sido los de cultura, clase, comunidad, etnia y colonialismo interno, y ellos habrían dado lugar a enfoques diversos.

1.1.5.1 El enfoque culturalista

El enfoque culturalista subraya los rasgos culturales de los grupos indígenas tales como la lengua, el vestido, las costumbres y las instituciones sociales comunitarias y los contrasta con la cultura dominante o mestiza, (también llamada nacional). La incorporación o integración de los indígenas a los moldes de la cultura nacional, debe basarse en el fomento de una sola cultura homogénea, la mestiza.

Una vez superado el escollo de las diferencias culturales, las comunidades indígenas podrán salir rápidamente del atraso económico en que se encuentran.

1.1.5.2. El enfoque clasista

El enfoque clasista reconoce que la base fundamental de la pobreza de las comunidades indígenas se encuentra en la explotación económica a la que han estado sujetas desde hace siglos. Su explotación, dada por su situación de clase, con respecto a los medios de producción, es más aguda debido a las características culturales que los definen como indígenas.

Consideraban a las culturas indígenas como un obstáculo a la integración clasista de la sociedad. Proponen como solución al atraso y la pobreza de las comunidades indígenas, la pronta proletarianización de los campesinos indígenas, es decir, el rompimiento de sus vínculos culturales con su comunidad y su incorporación plena y llana a las filas del proletariado nacional y de sus luchas.

1.1.5.3. El enfoque colonialista

Una variante del enfoque clasista es la que afirma que la existencia de más de cincuenta grupos lingüísticos indígenas en el país representa la supervivencia en la formación social mexicana de un modo de producción precapitalista, que se encuentra sin embargo articulado y subordinado al modo de producción capitalista dominante.

Esta situación es el resultado histórico del proceso de conquista y colonización, y la persistencia de las comunidades indígenas, asociada a la supervivencia de un modo de

producción pre-capitalista, ambos subordinados al modo de producción capitalista y a la cultura nacional dominantes, se conocen como *colonialismo interno*.

Esta corriente hace la distinción de dos conceptos que considera fundamentales en el análisis de las sociedades indígenas, los conceptos de *etnia y clase*. Según ella México es y ha sido siempre un país pluricultural, junto con las culturas de origen prehispánico existe la cultura dominante de origen español, así como los vestigios de culturas africanas de la época de la esclavitud y las culturas de los grupos inmigrantes más recientes. Sin duda, aparte de la cultura dominante, las que más importancia tienen desde el punto de vista histórico, social y demográfico, son las diversas culturas étnicas de los grupos indígenas. Un grupo étnico se caracteriza por tener una lengua propia y por compartir un conjunto de valores, tradiciones costumbres que se encuentran involucrados en una red mas o menos sólida y permanente de relaciones sociales (familiares, económicas, políticas, y religiosas). A veces se fortalece con rasgos biológicos o raciales reales o supuestos, pero este no siempre es el caso.

Los grupos indígenas de México son portadores históricos de culturas étnicas bien definidas. Estas no han permanecido estáticas. Algunos de sus elementos (principalmente la lengua) puede ser que sean de origen prehispánico, la existencia objetiva de estas culturas étnicas no reside en su mayor o menor acercamiento a estos orígenes, sino al grado de identidad que son capaces de proporcionar a sus miembros y a su capacidad para normar el comportamiento y las relaciones sociales de éstos en el seno de estructuras comunitarias dadas.

Enfatizar la clase y descuidar la cultura es tan unilateral como enfatizar la cultura y descuidar la clase. La toma de conciencia clasista y la toma de conciencia étnica son dos procesos paralelos y ligados entre si dialécticamente, es decir, se influyen recíprocamente.

Para Andrés A Fabregas Puig, el indio ya estaba incorporado al sistema económico bajo ciertas condiciones y en desventajas; los indígenas eran el sector mas explotado de la nación. Refería "los indígenas si son unas etnias pero también una clase, son parte de la clase del trabajo". Las etnias son prácticas históricas concretas, hechas por hombres concretos, y crean sus lenguas, sus religiones sus concepciones del mundo, sus visiones, reconocer que son etnias diferentes, entra en contradicción con el proyecto político de un Estado homogéneo nacional de una sola lengua y una sola cultura.

Para Arturo Warman, la solución del problema indígena se fue especializando poco a poco ya no correspondía a la nación como conjunto enfrentar el problema de sus minorías esto

correspondería a organismos particulares y hasta a profesiones especializadas, eso era indigenismo, pero había diversidad de culturas dispersas lo que llevó al pluralismo pero la declaración pluralista ha sido ligada claramente a su prerrequisito, la autodeterminación como acto político. Para esto Guillermo Bonfil Batalla consideraba que la política indigenista debía ser formulada y llevada a cabo por los indios, bajo su control y responsabilidad para la participación del indio, más o menos así se dio la discusión, y aún más Lourdes Arispe decía que en el culto al progreso y a la integración nacional no estaba contemplando el problema mundial de acumulación de capital y el intercambio comercial, actualmente se diría globalización.

Guillermo Bonfil indica que la única salida objetiva, es la creación de la nación pluriétnica; o sea el reconocimiento de un hecho real; es decir ésta nación es pluriétnica y el problema radica en que todas las políticas que se han hecho hasta ahora son precisamente para desmembrar la pluriétnicidad nacional.

Por último incluiremos a un teórico que en la actualidad busca soluciones al problema del Estado y sus contradicciones internas desde la teoría general del derecho.

1.1.6. Oscar Correas

Para Oscar Correas el derecho indígena es un fenómeno del pluralismo jurídico, que ha sido teorizado por la sociología jurídica.³⁶

El derecho indígena, entendido éste como el conjunto de normas que tienen eficacia en comunidades que han sobrevivido a la opresión del Estado moderno, es un fenómeno que los sociólogos del derecho denominan “pluralismo jurídico” es decir un caso en que coexisten dos o más sistemas normativos en un mismo territorio. La teoría general del derecho ¿tiene algo que decir al respecto?³⁷

Según Correas, la teoría general del derecho no es contradictoria con el reconocimiento de los derechos indígenas, plantea que una norma es válida cuando es eficaz. El problema entonces radica en que el Estado encargado de reconocer la eficacia depende para esto de sus funcionarios públicos, que son los que toman las resoluciones respecto a la aplicación de una norma, el paso

³⁶ Mexicano de origen argentino, está radicado en México desde 1976, actualmente adscrito al Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México. En *la Crítica del Derecho Moderno* (Esbozo); *Crítica de la Ideología Jurídica*; *Introducción a la Sociología Jurídica*, *Teoría del Derecho*; *Metodología Jurídica I y II*; *Acerca de los Derechos Humanos*, en Fontamara y Ediciones Coyoacán. Es Director de la colección *Derecho sociedad de esta última casa editora* y de la *Revista Crítica Jurídica*.

³⁷ CORREAS, Oscar, *Pluralismo Jurídico Alternatividad y Derecho Indígena*, Ed. Fontamara, México 2003, p. 11.

difícil es que dichos funcionarios reconozcan la validez de la norma.³⁸ Considera el autor que la ciencia jurídica *"es parte constitutiva y sine qua non del ejercicio del poder."*³⁹

Oscar Correas considera que el papel de la sociología es básico para actualizar las normas del derecho indígena. *"El derecho es un fenómeno del lenguaje, tanto como "fenómeno" pueda ser el lenguaje. Conviene definirlo como discurso⁴⁰ prescriptivo autorizado,⁴¹ que organiza y por ello legitima la violencia⁴² y que es reconocido como tal."*

1.1.6.1. La teoría general del derecho y el derecho indígena

Según Correas las normas desde la teoría general del derecho, son construcciones lingüísticas, que describen deónticamente una conducta; el derecho es un discurso que amenaza, con cualquier forma de coerción ideológica incluido el uso de la fuerza.

Ahora bien no cualquier discurso normativo que amenaza con la violencia es jurídico, el emisor del discurso debe estar autorizado para su emisión, para que sea jurídico.

"Por una parte, los juristas encontramos normas al interpretar esos textos. Eso es lo que nos sirve para ejercer nuestra profesión. Pero por otra parte, en un texto existen otros mensajes, que llamaremos "sentido ideológico del derecho", que no tienen utilidad para los juristas, por que con ellos no resolvemos casos, sin embargo tienen una gran utilidad para quien ejerce el poder, por que tales ideologías construyen la conciencia del dominado."⁴³

Para Correas los funcionarios se empeñan en que solo las normas producidas por estos sean las normas válidas, el positivismo sostiene que las normas son válidas si son eficaces.

Por lo que el problema del positivismo se concentra según Correas en dos cuestiones, ¿cuánta eficacia se requiere para que una norma sea válida? y ¿quién es el que considera o deja de considerar la validez de la norma?, la respuesta se puede construir desde la sociología y de la hegemonía.

Un científico del derecho reconoce una norma jurídica, porque reconoce como eficaz el sistema al que pertenece. Distingue aquí entre juristas internos que se ven coaccionados por su

³⁸ Para los efectos del trabajo elaborado por Oscar Correas este entiende por derecho indígena, el conjunto de las normas efectivas en comunidades indígenas. Correas. op. cit. p. 13

³⁹ Correas. op. cit. p.24

⁴⁰ Idem p.13. Por discurso debe entenderse ideología formalizada en algún lenguaje.

⁴¹ Correas. op.cit. p.15: El discurso del derecho, al crear a los funcionarios autoriza su discurso como jurídico. Es decir, lo que el derecho cumple es la tarea de hacer que el discurso del funcionario sea legitimado como "debido", legitimando la sanción que corresponderá al desobediente.

⁴² Idem. p. 14. Por "violencia" debe entenderse no sólo el ejercicio de la fuerza sobre el cuerpo de alguien, sino todas las formas de compulsión que son socialmente temidas.

⁴³ Idem. p.18

acción como funcionarios públicos o por la sanción que estos ejercen sobre estos, y los externos como los antropólogos que tienen como objeto de observación a todos los elementos que constituyen la eficacia del sistema. El problema es la coexistencia de varios sistemas jurídicos.

El problema del pluralismo jurídico radica de manera principal en que los funcionarios del sistema hegemónico cambien su visión del mundo jurídico, lo cual pareciera es una cuestión de educación, que según Correas nace en las facultades de derecho y que desde el punto de vista de la sociología jurídica tienen que ver con que los sistemas jurídicos hegemónicos que resisten mal la competencia de otros sistemas aún cuando estos sean mucho más débiles.

I.1.6.2. Pluralismo jurídico

Por pluralismo jurídico Correas entiende; “el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Esto implica que las normas tienen diversas reglas de reconocimiento.

Los discursos acerca del derecho son lo que Correas llama la ideología jurídica, discurso no del derecho mismo sino acerca del derecho; la ideología se enseña desde las facultades de derecho en donde se pueden identificar referencias a la norma fundante, como la supremacía constitucional, la soberanía, los ideales de la democracia.

“La democracia es el derecho fundamental de todos los pueblos indígenas y no indígenas, sin democracia no puede haber ni libertad ni justicia ni dignidad, y sin dignidad no hay nada.”⁴⁴

Correas adopta la posición de que la “crítica jurídica”, en especial la crítica de la ideología jurídica debe favorecer a los grupos más desfavorecidos sobre todo luego de haber descubierto la pluralidad jurídica, y partiendo de esto haber denunciado la falsedad de la unidad del derecho y del Estado.

“Para la teoría crítica del derecho, para la crítica jurídica, para la sociología del derecho fundada en las dos primeras, no debe haber ningún inconveniente en aceptar que el pluralismo jurídico implica el pluralismo estatal. Y quienes defienden lo contrario en realidad defienden el Estado hegemónico, precisamente el de los explotadores de esa sociedad injusta.”⁴⁵

⁴⁴ EZLN, *Documentos y Comunicados 1, 1º de enero: 1 de agosto de 1994*, Colección Problemas de México, Ed, Fra, 8 de agosto de 1994, p. 12.

⁴⁵ Correas op.cit p. 63

El pluralismo jurídico es como la perspectiva desde donde se pueden observar la lucha entre sistemas que se enfrentan por ser sostenidos por grupos y clases antagonicos.

Para el grupo hegemónico, el grupo que obedece normas alternativas a las suyas esta violando el sistema al desobedecerlas y por tanto debe ser sancionado. Para la crítica jurídica no hay tal violación hay pluralismo, la crítica entonces habla del sistema hegemónico que puede decirse democrático, como un sistema político antidemocrático. Esto por la posible contradicción no resuelta; entre democracia y sistemas jurídicos alternativos.

1.1.6.3. Cultura jurídica y pluralismo jurídico

Correas retomando lo dicho por Kelsen, parte de la idea de que las normas *son válidas si son eficaces y son eficaces, cuando son fácticamente acatadas y aplicadas.*⁴⁶

Para constituirse como grupo hegemónico es necesario que las normas dictadas por un grupo sean efectivas pues esas normas son legitimadas por quien ejerce el poder.

La ciencia jurídica no se toma tanto en cuenta por que existen dos actos lingüísticos principales uno sucede cuando los funcionarios aplican la norma dictada por su superior esto le otorga la efectividad. (Por ejemplo csto sucede cuando un juez tiene por válida una norma y la usa para fundar una sentencia) Los actos de obediencia le otorgan efectividad a la norma.

Cuando la norma es observada como valida por el teórico del derecho produce un segundo acto lingüístico por que la observa eficaz.

El sistema hegemónico en su afán de conservación del poder, desarrolla una labor educadora, la teoría general del derecho que se enseña en las facultades de derecho en México es que las normas valen porque se dictan conforme con la Constitución.

Si nos enseñaran en la facultad de derecho que las normas son válidas por que son efectivas, no nos costaría tanto trabajo asumir al sistema indígena como válido en determinados territorios del país.

Las teorías de interpretación jurídica suponen que existe solo un Estado y que el produce un solo sistema jurídico, esto es contradictorio cuando al leer un texto identificamos que ahí hay una norma por lo que en ese momento estamos reconociendo que existe un Estado que la creo.

Las normas jurídicas indígenas pierden la batalla frente a los sistemas hegemónicos porque los jueces y muchas veces los abogados son producto del sistema dominante, aun cuando según la

⁴⁶Correas. op.cit. pp, 70. HANS, Kelsen, *Teoria pura del derecho*, México, Ed, UNAM, 1986, p. 24.

teoría general del derecho, las normas son válidas, los funcionarios no las reconocen como tales, por que están para brindar eficacia al sistema dominante. No podrían estos declarar válida una norma por que esto querría decir que esa norma debe aplicarse.

Es así que el sistema jurídico mexicano, centra la discusión, en lo clásico, se reconoce el derecho como válido siempre que no atente contra el orden jurídico dominante; que no atente contra el neo liberalismo, o contra el sistema capitalista.

El sistema jurídico ha generado la ideología de que tiene la capacidad de reconocer a sistemas normativos anteriores al Estado reconociente.

“Casi con seguridad habrá un sector mayoritario de juristas “estatistas monistas”, que propondrán la clásica fórmula que consiste en aceptar la costumbre siempre que no atente contra el orden jurídico dominante, agreguemos nosotros. Conforme con ésta ideología, la ley deberá decir que se aplicarán las costumbres indígenas siempre y cuando no atente contra el orden reconociente. Se trata obviamente, de una trampa. Que “no atente” contra el derecho quiere decir que no se admitirán normas que promuevan conductas diversas a las que exige el Estado dominante. Y si no se acepta eso, en realidad por más que lo diga la Constitución resulta que se negará otra vez el pluralismo jurídico.”⁴⁷

Finalmente diremos que según Correas la aplicación del derecho indígena no depende por tanto de la teoría general del derecho, ni de la propia Constitución, sino de la cultura jurídica introyectada en la facultad de derecho.

Es necesario reasignarle importancia a la Teoría General del Derecho, en la práctica del derecho, el litigio, o la labor legislativa con el fin de enganchar la teoría con la práctica interpretativa del derecho.

1.1.6.4. Pluralismo jurídico y teoría general del derecho

“Respecto de la muerte de un zapatista “...El Ejército Zapatista de Liberación Nacional, a diferencia del mal gobierno, no realiza detenciones arbitrarias. El CCRI-CG del EZLN ha turnado el caso al tribunal de justicia zapatista para que se realice una investigación a fondo y se deslinde responsabilidad el o los ejecutores de este crimen. No se tomará ninguna acción judicial zapatista hasta tener resultados verdaderos de la investigación en curso.”⁴⁸

⁴⁷ Idem p.82

⁴⁸ EZLN, *Documentos y Comunicados 1, 1º de enero 1 de agosto de 1994*, op cit p 220.

Por teoría general del derecho se quiere designar una disciplina que tienen por objeto construir los conceptos necesarios para estudiar eso que la propia teoría denomina derecho. Los conceptos de esta teoría, serían utilizados por una ciencia que describe normas y que denominada o bien ciencia jurídica, o bien dogmática jurídica.

Según Correas la teoría general del derecho, se niega al diálogo con otras ciencias, y es apologeta del Estado moderno, limitando su desarrollo, es una observadora del fenómeno del poder, y de su ejercicio a través de la normatividad.

Correas considera que es un fetichismo ideológico que muchos teóricos del derecho piensen que lo social es no jurídico y por lo tanto no objeto de su teoría o de su ciencia.

Es importante entonces que la teoría general del derecho, contraste sus resultados con la otras realidades normativas, que se observan desde el punto de vista por ejemplo de la Sociología, en especial la jurídica, pero también por la antropología y la historia del derecho.

Cuando quien use el derecho lo use basado en una teoría general del derecho, que se autoreconozca como productora de la dogmática jurídica y no como una simple observadora entonces dice Correas se aceptarán con facilidad y se enseñara en las escuelas de derecho a observar desde otras perspectivas que pueden ayudar a visualizar los antropólogos o los sociólogos del derecho.

El pluralismo jurídico planteado por Correas sugiere que pensemos en términos de fuerzas y sistemas normativos en constante lucha y transformación, es decir en términos de sistemas hegemónicos y subordinados.

1.2. Los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo en adelante (OIT), es un órgano multilateral encargado de regular los derechos y acceso a la justicia laboral de los trabajadores, su composición tripartita la hace un órgano de cimientos sociales profundos, al converger en él trabajadores, patrones y los Estados miembros.

Desde su formación en 1919 el trabajo rural es una de sus principales preocupaciones así como las poblaciones que realizan el trabajo y las condiciones bajo las que lo realizan.

La OIT busca la justicia social de dos formas por medio de convenios y por medio de la emisión de recomendaciones, la OIT ha desarrollado todo un sistema de control de la aplicación

de los Convenios por parte de los Estados ratificantes y tiene un procedimiento para investigar las denuncias de violaciones de los derechos.⁴⁹

1.2.1. El convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo

Ha sido una preocupación de la OIT generar condiciones de trabajo especiales para los grupos de seres humanos distintos a los otros que así lo requieran, a este respecto ha elaborado diversos tratados sobre campesinos y protección rural y en 1957, se adoptó el convenio 107 refiriéndose a poblaciones indígenas y tribales, este fue el primer convenio que obligó y vinculó a los Estados al respeto y tratamiento de los problemas indígenas de los países ratificantes. Este convenio fue criticado por los defensores de los pueblos indígenas, que consideraron que su contenido seguía las tendencias del paternalismo y el integracionismo, sobre todo en el uso del concepto de igualdad de derechos ante la ley. Pero al reconocer a las poblaciones indígenas como poblaciones, introdujo la noción del derecho colectivo a la tierra, el derecho a la educación en lengua materna, además de reconocer el derecho consuetudinario de las poblaciones como forma de solución de los conflictos, México ratificó el convenio y si verificamos los planes de desarrollo y las políticas aplicadas en la época podemos verificar que efectivamente se contemplo como base de las políticas que derivaron en una mala aplicación.

1.2.2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Conforme fue evolucionando el concepto de pueblos indígenas en latinoamérica y con el nuevo surgimiento de teóricos que consideraban el enfoque integracionista como algo negativo para las poblaciones indígenas esto se reflejó en la revisión del convenio 107.

Se decía que lo que debía de cambiar era la filosofía y la política de aplicación del convenio y dejar lo que se consideraban avances, de ésta forma la oficina internacional del trabajo elaboró un proyecto de convenio que fue puesto a discusión en la conferencia número 76^o, en donde se aprobó el nuevo convenio con el número 169 en una sesión celebrada el día 27 de junio de 1989, éste convenio fue ratificado por México y se publicó el 3 de agosto de 1990 en el Diario oficial de la federación.

⁴⁹ GÓMEZ, Magdalena, *Lectura Comentada del Convenio 169 de la OIT*, Serie Derechos Indígenas, Ed. INI, México, 1990, p. 11.

Como consecuencia de la ratificación, los Estados miembros se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el convenio. Existe un procedimiento de renuncia, diez años después de ratificado el convenio.

El convenio 169 se consideró durante mucho tiempo el único referente internacional de derechos de los pueblos indígenas. Fue considerado por la ONU como un instrumento de derechos humanos, pero la OIT decidió no tomar posición respecto al tema de la autodeterminación de los pueblos, y no prevé ninguna participación de los mismos pueblos indígenas en el control de su aplicación.

Ian Chambers, director de la oficina de la OIT para América Central y Panamá considera:

“La relevancia del convenio reside en primer lugar, en que el reconocimiento y la protección de ciertos derechos fundamentales de los pueblos indígenas es una preocupación legítima de la comunidad internacional. En segundo lugar, que existe un marco de referencia internacionalmente convenido en cuanto a las normas mínimas que los gobiernos tienen que respetar y aplicar en el tratamiento hacia los pueblos indígenas que les atañen⁵⁰”

La comisión de expertos de la OIT que se encargan de revisar el cumplimiento del convenio comentó el contenido del Artículo 4to constitucional, concluyendo que el gobierno de México argumentaba que la Constitución se estaba adaptando al convenio, pero a su vez decía que no le quedaba claro la disposición que decía que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Pues no entendía en que beneficiaba esta anotación a estas poblaciones y que en todo caso esperaría la ley reglamentaria del artículo 4º; hubo otras recomendaciones hasta llegar a más de cien, el argumento de la comisión revisora es que todas eran políticas y que quería que hiciera de su conocimiento las aplicaciones.

⁵⁰ GÓMEZ, Magdalena, *Derecho Indígena* 1ra Edición 1997. Ed. INI y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A. C, México DF. 1997. p. 125

Algunas organizaciones que se encargan de defender derechos humanos, han luchado por la aplicación de este convenio, invocándolo, en los juicios ordinarios en donde están involucrados indígenas, y llevando sus asuntos hasta esta instancia internacional, consiguiendo incluso una recomendación al gobierno mexicano. Pero el mayor problema con el que se han enfrentado es el desconocimiento del ordenamiento.

Por otra parte, organizaciones indígenas presentaron un documento dirigido a la OIT, expresando los derechos que debieron incorporarse a la Constitución mexicana y no se incorporaron a la reforma, ante esta situación este organismo manifestó, que no consideraba que se incluyera a los pueblos indígenas en los diversos medios de representación, como dictaba el convenio.

Por otra parte los organismos especializados de la Organización de Naciones Unidas, se manifestaron: al respecto en el año de 1995; el Comité para la Eliminación de la discriminación Racial expresó su inquietud por los informes acerca de grandes conflictos en el Estado de Chiapas que afectan en particular a algunas poblaciones indígenas en México.

Por su parte la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías (Subcomisión para la protección y promoción de los derechos humanos) dando cuenta de que "los desarrollos en la situación de los derechos humanos en México se están volviendo cada vez más preocupantes", particularmente en lo que se refiere a las poblaciones indígenas por lo que solicitó a las autoridades mexicanas buscaran mecanismos para combatir la impunidad de las graves violaciones a derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas, y retomar el camino del diálogo con los pueblos indígenas.

1.3. La lucha por el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas

En 1940 en Pátzcuaro Michoacán tuvo lugar el primer congreso indigenista interamericano, en el se postuló el derecho al uso y conservación de las lenguas y culturas vernáculas y el reconocimiento a la dignidad de los pueblos indígenas.⁵¹

De estos postulados surgió el hoy extinto Instituto Nacional Indigenista (INI). Hubo quien se opuso teóricamente a la postura paternalista del INI, pues no conseguía integrar a los indígenas

⁵¹ GÓMEZ, Magdalena, (et. al), *Memoria del Seminario Internacional realizado en el Auditorio "Fray Bernardino de Sahún" del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México del 26 al 30 de mayo de 1997*, Ed, INI, p35.

y creó en cambio un control operativo de los pueblos indígenas que habitaban en México, además usándolos como capital político.

En todo el país existían grupos que luchaban contra el ya corrupto Estado mexicano, estudiantes se vieron obligados a huir a las cañadas u otros lo hicieron como una forma de lucha convencida, se aliaron con los indígenas y realizaron indefinidas protestas, en forma de movimientos desde civiles hasta guerrilleros por todo el país.

Estos grupos empujaron desde las propias comunidades indígenas reformas al sistema político mexicano y en particular constitucionales. En 1992 se reformó el artículo 4º constitucional, reconociendo el carácter pluricultural de la nación. Pero los pueblos indígenas no fueron reconocidos como sujetos de derecho público y colectivo, sino como objetos de la tutela y protección del Estado, por supuesto que esto no sirvió para calmar las demandas indígenas que parecían ser paralelas a las de la sociedad civil.

El nacimiento de los sectores creó las nuevas hegemonías que acompañarían a los impulsores de los sistemas nacionales.

El elemento común al movimiento político contemporáneo de los pueblos indios es que la propuesta básica de su estrategia liberadora es la autonomía como la expresión esencial de su derecho a la libre determinación. El término de libre determinación implica que determinado sujeto socio étnico, considerado como pueblo, puede, en todo momento, decidir su propio destino en el marco de un Estado-nación, o que el desarrollo de sus procesos políticos internos pueden llevarlo a la conformación de una entidad de naturaleza nacional que, en algún momento, opte por la autodeterminación lo que significa en el sentido estricto, el establecimiento de su propio Estado nacional, situación que se presenta de manera recurrente en Europa. En América Latina, la libre determinación en prácticamente todos los casos se expresa en términos de autonomía de manera implícita o explícita.

La autonomía no sólo no va en contra de la unidad nacional, tampoco constituye un problema de unidad nacional, (como sostuvo hasta el final de su gobierno Carlos Salinas de Gortari), sino por el contrario, es la mejor forma de resolver problemas, que de continuar profundizándose podrían llevar efectivamente al separatismo.

Si los Estados nacionales actuales no reconocen y estimulan el derecho a la libre determinación de los pueblos indios, puede ocurrir que esos pueblos opten por ejercerlo con o sin

ese reconocimiento. De esta manera, la autonomía forma parte integral de un proyecto democrático de Estado y fortalece la unidad nacional.

La autonomía, además es una solución que toma en cuenta diferencias reales en la sociedad nacional. En consecuencia, se presenta como una política compensatoria de desigualdades históricas y actuales.

Es necesario reconocer que existen grupos en el interior del pueblo nación que sufren formas preferenciales y específicas de explotación y discriminación. En consecuencia la autonomía debe ir acompañada de una voluntad política dispuesta a promover el desarrollo equitativo de componentes esenciales del pueblo- nación.

Por eso, la autonomía debe ser apoyada activamente por el Estado, no se trata solamente de reconocer derechos sobre tierras o gobiernos locales, sino que se trata también de establecer fondos nacionales para desarrollar las etno-regiones con servicios públicos, programas económicos, salud, educación, vivienda, etcétera. No tiene ningún interés el considerar a la autonomía como una especie de museo vivo o folklorismos indígenas. Una política de apoyo a la autonomía de los pueblos indios permitiría que las desigualdades históricas, acumuladas de generación en generación puedan desaparecer con el tiempo.

La autonomía es la delegación de competencias mutuamente acordadas entre sujetos políticos como su nombre lo implica, la autonomía no es una renuncia a la soberanía estatal o nacional, sino una distribución de atribuciones y funciones que pueden ser complementarias, exclusivas o restrictivas de poderes federales, estatales, regionales y municipales.

El establecimiento de la autonomía no puede ser entendido como una cuestión meramente administrativa o una mera declaración de principios políticos de respeto a las diferencias especialmente en los aspectos culturales. Si así fuese, se estaría incurriendo en el reduccionismo culturalista que ha caracterizado al indigenismo desde su surgimiento. La autonomía supone una posición de poder político sin la cual los procesos autónomaticos derivaran en nuevas formas de dependencia y paternalismo.

La autonomía, básicamente, es una propuesta de carácter político relacionada estrechamente con el problema del gobierno en todos los niveles de la jurisdicción del Estado.⁵²

⁵² LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el neoliberalismo*, 1ª. Edición, Ed. Universidad Iberoamericana, Plaza y Valdez S. A de C. V., México D. F. 1995, p.i, ii.

Los temas de debate nacional normalmente se ven reflejados en las legislaciones nacionales, el siguiente cuadro de reformas a las constituciones nacionales, refleja esta situación. (ANEXO I)

Isidro Olvera Jiménez al realizar un análisis de las reformas a las constituciones estatales, distingue los textos reformados y los divide en dos:

1. Aquellos que reconocen la composición pluricultural de la entidad y establecen líneas generales de atención hacia los pueblos indígenas. Entre los que podemos ubicar a Querétaro , Hidalgo, San Luis Potosí Sonora, Jalisco, Durango, Estado de México, Michoacán,
2. Aquellas que además de reconocer el carácter pluricultural de la entidad han avanzado con algunas limitaciones; en e reconocimiento de derechos específicos a los pueblos indígenas, entre los que podemos ubicar a Chiapas, donde ser reconoce el derecho de las comunidades para elegir a sus autoridades tradicionales de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones, así como para resolver controversias entre indígenas conforme a sus valores culturales.⁵³

Las reformas constitucionales eran una demanda de los pueblos indígenas pero las reformas sucedidas hasta ahora no han cumplido con lo demandado.

⁵³ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, (et. al) *Constitución y Derechos Indígenas.*, (Ponencia) OLVERA, Jiménez, Isidro, *Constituciones Estatales y Derechos Indígenas*, 1ª. Edición, Ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, p.166.

Capítulo 2

El Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y la nueva argumentación

2.1. El surgimiento del EZLN y la nueva argumentación

El discurso indígena se fue perfeccionando después de los años cincuentas y hasta antes del surgimiento del ejército zapatista de liberación nacional en adelante EZLN, principalmente en los congresos nacionales indígenas en adelante (CNI), los miembros del instituto nacional indigenista en adelante (INI) realizaban un esfuerzo para conceptuar la autodeterminación, la autonomía, y en general se enlistaban los presupuestos que debía asumir el Estado para cumplir con la demanda indígena.

El movimiento organizado por el EZLN es un movimiento que se define así mismo desde su surgimiento, este movimiento se auto representa y es en su propia voz que se detallan sus demandas y por lo tanto su discurso.

En este capítulo analizaremos el discurso del EZLN, los analistas, y actores políticos del movimiento indígena nacional actual.

“Los comunicados del EZLN, son el llamado ancestral, el lenguaje terrestre y primordial, que le da hoy un toque moderno a las nuevas maneras y a las nuevas propuestas de la política. Refleja una particular combinación de discurso radical, teñido a menudo de un sentimiento rulfiano ante la muerte, con un tono de frescura antisolemne que rompe con todas las referencias anteriores de la izquierda estatista o fundamentalista.”⁵⁴

2.1.1. El primero de enero de 1994

El primero de enero de 1994 fue el día en que el EZLN se levantó en armas en el Estado de Chiapas y ocupó siete municipios, San Cristóbal de las Casas, Las Margaritas, Ocosingo, Oxchuc, Huixtán y Chana, ⁵⁵ en esta misma fecha se hizo pública la primera “*Declaración de la Selva Lacandona*”, declarando la guerra al gobierno mexicano y al entonces presidente Carlos Salinas de Gortari. ⁵⁶

⁵⁴ EZLN, *Documentos y Comunicados 1, 1º de enero/ 1 de agosto de 1994*. op.cit, p. 12

⁵⁵ LA JORNADA, *Zapatistas, Crónica de una rebelión*, Ed, Demos, Desarrollo de Medios, SA de CV y Canal 6 de Julio, México, 2003. p.12

⁵⁶ Idem. p.25, El EZLN es un movimiento guerrillero mexicano evolucionado es la prueba que la política es discurso, las guerrillas también evolucionan, y han ido evolucionado en distintas formas de organización política, de

El primero de enero de 2004 el EZLN, cumplió 20 años de existencia y 10 de estar en la vida pública internacional. Según la revista "Proceso Edición Especial No. 13", entre la documentación que la Secretaría de la Defensa Nacional envió recientemente al Archivo General de la Nación, se mencionan tres operaciones realizadas en 1974, relacionadas con las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional, la aprehensión de Napoleón Glockner de Monterrey N. L., la Operación Nepantla Estado de México y la Operación Diamante, Tabasco-Chiapas.⁵⁷

El EZLN, argumentaba su posición, en contra del neoliberalismo, en contra de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y en contra del régimen priista.

Su pliego de demandas era idealista; pedían justicia, libertad, democracia, garantías individuales, dignidad, entre otras demandas. Se dijeron representantes de los indígenas habitantes de los Altos de Chiapas, construyeron su discurso desde los medios de comunicación, convocando a una sociedad civil, que en ese momento se encontraba desorganizada.

Desde sus inicios y desde sus primeros discursos el levantamiento en armas del EZLN, fue un movimiento constitucionalista, es por eso que muchos juristas participaron en el debate.

El discurso del EZLN, está permeado por las ideologías del derecho y del constitucionalismo.

"Pero nosotros HOY DECIMOS BASTA!.....

Para evitarlo y como nuestra última esperanza, después de haber intentado todo por poner en práctica la legalidad basada en nuestra Carta Magna, recurrimos a ella, nuestra Constitución, para aplicar el Artículo 39 constitucional que a la letra dice:

.....

.....

Conforme a esta declaración de guerra pedimos a los otros Poderes de la Nación se aboquen a restaurar la legalidad y la estabilidad de la nación deponiendo al dictador.

.....

Nuestra lucha se apega al derecho constitucional y es abanderada por la justicia y la igualdad."⁵⁸

organización de discurso, de organización de bases. El EZLN tiene un lenguaje político totalmente novedoso que proviene de las mismas estructuras formales del tjalabal.

⁵⁷ LA JORNADA, op. cit. p. 43.

⁵⁸ EZLN, Documentos y Comunicados I, 1º de enero/ 1 de agosto de 1994. op.cit. p. 34.

El EZLN manifestó que era necesario renovar el pacto social entre los mexicanos, propuso volver a la Constitución de 1917, es decir al texto original surgido del constituyente de Querétaro.

Amparándose en la tutela del artículo 39 constitucional, mismo que reconoce el derecho que tiene el pueblo para mediante el ejercicio de la soberanía popular, modificar el gobierno.

“ART. 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene, en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.”⁵⁹

La intervención de la sociedad civil fue de manera principal como mediadora del conflicto, haciendo cercos de paz, brindando ayuda humanitaria, argumentando a favor del diálogo, de la conciliación y de la paz.

El EZLN reconstituyó la forma de pensar la política en México agregando a ésta la cosmovisión indígena, y fomentando justo la argumentación y el diálogo como una forma de ejercicio político válido.

El EZLN desde la primera declaración de la selva lacandona se asumió como portavoz del pueblo, “...este plan del pueblo mexicano que lucha por trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación independencia, libertad democracia, justicia y paz”.⁶⁰

Sus discursos fueron dirigidos al pueblo, los organismos internacionales como la Cruz Roja Internacional, la sociedad civil, los partidos políticos, los periodistas, los miembros del ejército y uno de sus llamados más importantes fué a los otros pueblos indígenas.

Para mantener la seguridad y el orden el EZLN, instituyó las leyes que se debían obedecer mientras durara el conflicto, las leyes se harían obedecer con la fuerza moral, política y militar de su organización revolucionaria.

Entre éstas leyes se encontraban la de impuestos de guerra, la de derechos y obligaciones de los pueblos en lucha, la de derechos y obligaciones de las fuerzas armadas revolucionarias, la agraria revolucionaria, la revolucionaria de las mujeres, la de reforma urbana, la del trabajo, la de industria y comercio, la de seguridad social y de justicia.

⁵⁹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed: Porrúa, 2002.

⁶⁰EZLN, *Documentos y Comunicados 1, 1º de enero: 1 de agosto de 1994*. op.cit, p. 35.

2.1.2. Aportaciones del Ejército Zapatista de Liberación Nacional

Entre las principales aportaciones del EZLN en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas se encuentran:

1. La revaloración de los derechos de los pueblos indígenas, no sólo en México sino en todo el continente americano.⁶¹
2. El haber organizado los primeros encuentros internacionales, en los que se hacían llamados a la organización contra la globalización irracional.⁶²
3. En 10 años el EZLN evolucionó a los pueblos indígenas en los campos educativo, literario, político, económico y de protección de los derechos y territorios en diversas regiones de México.
4. Su lucha está basada en procesos de comunicación pacíficos, comunicados de prensa, declaraciones solemnes, acciones simbólicas.
5. Tiene como movimiento indígena la capacidad de incidir en la agenda nacional, e inclusive en la internacional.
6. Su lucha ha transitado hasta un momento en el que su responsabilidad actual es la creación de espacios autónomos multiculturales, revalorando la democracia como medio de ejercicio del poder. (Consolidación en los hechos de unos 30 municipios autónomos).
7. Afirman su identidad, replegados sobre si mismos, aferrados a menudo en forma violenta, a míticas identidades homogéneas.

2.1.3. Recuento histórico del ejército zapatista de liberación nacional.

1. El EZLN, declara la guerra al gobierno mexicano y durante 12 días libra combate armado contra este, tras la intervención de la sociedad civil organizada, el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari emite la "ley de amnistía".⁶³

⁶¹ MONTEMAYOR, Carlos, Artículo, *El despuntar del Alba*, Revista, Proceso, Edición Especial 13, Enero de 2004, p. 12-14.

⁶² Ibidem. "Bernard, Dutherne trata de realizar un balance sobre la rebelión, sobre la aportación de los zapatistas a la historia, según el mismo son los catalizadores de la democratización en Chiapas y en México, artesanos de la caída del partido que monopolizaba el poder de los años veinte, motores de la constitución de un movimiento indígena nacional, y posiblemente latinoamericano, afirmativo, masivo y democrático, pioneros de una nueva era internacional, plural, llamada altermundista", (Nota sacada de Revista), Proceso, Edición Especial 13,

⁶³ LA JORNADA, op.cit. p 29.

2. El expresidente de México Ernesto Zedillo, libra órdenes de aprehensión contra el comandante del EZLN, después de diversas protestas de la sociedad civil, el congreso de la unión aprueba la “ley para el diálogo la conciliación y la paz digna en chiapas”.
3. Se realiza un encuentro entre el EZLN y el gobierno federal; la comisión de concordia y pacificación (COCOPA) creada por la ley para el diálogo, y la comisión de intermediación (CONAI), en el ejido de San Miguel, municipio de Ocosingo. El 22 de abril se inicia el diálogo formal entre el gobierno federal y el EZLN en San Andrés Sacamch de los pobres, el EZLN, realiza sobre los derechos indígenas una consulta nacional y convoca a la sociedad civil a organizar un movimiento político no partidario independiente y pacífico.
4. El 16 de febrero de 1996 el EZLN y el gobierno federal firman “los acuerdos sobre derechos y cultura indígena” mejor conocidos como Acuerdos de San Andrés, por su falta de cumplimiento meses después la COCOPA, elabora una propuesta de reformas constitucionales con el fin de generar consenso entre las partes en conflicto, pero el gobierno federal no acepta la propuesta ni cumplir lo pactado en los Acuerdos de San Andrés, esto rompe el diálogo con el EZLN.
5. En esta época hay diversos ataques militares a las comunidades zapatistas, y se fortalece a grupos paramilitares, mueren asesinados indígenas alzados, el EZLN, propone consultar a los pueblos indígenas sobre la aceptación de la ley propuesta por la COCOPA. El EZLN, participa con una representación en el primer congreso nacional indígena, (CNI).⁶⁴
6. Toma posesión Vicente Fox, paralelamente los zapatistas se presentan a dialogar con el congreso que escucha sus demandas de aprobación de la ley elaborada por la comisión de concordia y pacificación; sin embargo el congreso aprueba un dictamen de reformas constitucionales elaborado por el senado de la república que según los zapatistas no cumple con sus expectativas.
7. El EZLN anuncia que en el ejercicio y práctica de sus derechos conocerán el fondo de sus demandas y crea “Los Caracoles”, comunidades indígenas que se rigen por los acuerdos de San Andrés, cuya forma de autogobernarse se llaman “juntas de gobierno”.

⁶⁴ FUENTES Morúa, Jorge, *Chiapas Historia Coyuntura y Estrategia*, Ed, SITUAM en Huelga, México 2000, “El gobierno de Ernesto Zedillo desarrollo con calma sus nuevas formas de ejercicio del poder a las que la sociedad civil denominó en los manuales de contrainsurgencia, guerra de baja intensidad, que consistió en la formación y entrenamiento de paramilitares que ejecutarían acciones tan violentas como las mantazas de Acteal, 1997 y El Bosque 1998, casi siempre protegidas por fuerzas militares o policíacas ordinarias.”

El EZLN, vió en el apoyo de la sociedad civil una fortaleza de transformación de las estructuras nacionales y de las formas de ejercicio del poder, formó focos zapatistas a lo largo de todo el país (frente zapatista de liberación nacional), y se unió al movimiento indígena que se organizaba de manera paralela en el congreso nacional indígena.

Para 1995 el poder de convocatoria del EZLN a través de su discurso era inmenso, sus comunicados eran una bomba comercial, el extremo contrario fue cuando esos comunicados dejaron de ser accesibles para la parte de la sociedad mexicana no literata, y que quedaba al margen de las metáforas de Alicia a través del espejo.

2.1.4. Ley para el diálogo la conciliación y la paz digna en Chiapas

El 10 de marzo de 1995 Ernesto Zedillo Ponce de León entonces presidente de la república expidió el decreto que contenía la “ley para el diálogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas”, dicha ley presuponia el diálogo y las bases para que se llevara a cabo.

“Art. 1º. Esta ley tiene por objeto establecer las base jurídicas que propicien el diálogo y la conciliación para alcanzar a través de un acuerdo de concordia y pacificación, la solución justa, digna y duradera al conflicto armado iniciado el 1º de enero de 1994 en el Estado de Chiapas.”

.....⁶⁵

Esta ley reconoce al EZLN como el grupo de personas que se identifica como un organización de ciudadanos mexicanos, mayoritariamente indígenas, que se inconformó por diversas causas y se involucró en un conflicto armado en Chiapas.

El artículo segundo de esta misma ley determina el objeto del acuerdo de concordia y pacificación que consiste en establecer las bases que permitan: I. Asegurar la paz justa, digna y duradera en el Estado de Chiapas, dentro del pleno respeto al Estado de derecho; II. Atender las causas que originaron el conflicto y promover soluciones consensuadas a diversas demandas de carácter político, social, cultural y económico dentro del Estado de derechos y a través de las vías institucionales; III. Propiciar que los integrantes del EZLN participen en el ejercicio de la política dentro de los cauces pacíficos que ofrece el Estado de derecho, con respeto absoluto a su dignidad y garantías de ciudadanos mexicanos; IV. Conciliar las demandas e intereses legítimos de los diversos sectores de la sociedad chiapaneca; V. Promover el bienestar social y el desarrollo

⁶⁵ Ley para el Diálogo, la conciliación y la PAZ digna en Chiapas, Publicada, 10 de marzo de 1995.

económico sustentable en Chiapas; y VI. Proponer los lineamientos para la amnistía que como consecuencia del proceso de diálogo y conciliación concederá en su caso el Congreso de la Unión por los hechos relacionados con el conflicto en el Estado de Chiapas, iniciando a partir del 1° de enero de 1994.⁶⁶

En este acuerdo y conforme al artículo 3°, intervendrán los representantes del gobierno federal y del EZLN con la participación que corresponda de la comisión de concordia y pacificación (COCOPA), que se instalará con miembros del congreso de la unión los tres días siguientes de entrada en vigor de esta ley.⁶⁷

La ley para el diálogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas estableció que durante los 30 días naturales siguientes a la publicación de la misma se suspenderán la persecución investigación, procedimientos integrados y que se garantizaría la seguridad de los miembros del EZLN para que transitaran de manera libre durante el diálogo; prohibía la portación de armas, se establecía una agenda conjunta y el lugar para celebrar los diálogos.

Como condición para el inicio del diálogo el EZLN pidió se le reconociera como fuerza beligerante, el cese al fuego de ambas partes en todo el territorio en beligerancia, el retiro de las tropas federales de todas las comunidades con pleno respeto a los derechos humanos de la población rural y en base a las condiciones anteriores, formación de una Comisión nacional de intermediación (CONAI).

“Como es de todos conocido, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se encuentra en franca disposición a un diálogo justo y verdadero. Este diálogo se realiza dentro de una zona en conflicto, lo que implica riesgos de provocaciones que pueden impedirlo. También es posible que los delegados de una y otra parte puedan sufrir atentados contra su libertad y su vida. Con el fin de reducir los riesgos de que esto ocurra fue necesario recurrir a personas honestas y verdaderas para pedirles que nos ayudaran formando en torno al lugar del diálogo un cinturón de seguridad “o “cinturón de paz”⁶⁸

El diálogo tuvo dos etapas, inicialmente se llegaría a una serie de acuerdos, pero no definitivos, se suspendería el diálogo, los miembros del EZLN regresarían a sus comunidades a consultar, y retomarían el diálogo con la respuesta definitiva de sus bases.

⁶⁶Idem Artículo 2.

⁶⁷Idem. Artículo 3, y Artículo 3° transitorio.

⁶⁸LA JORNADA., A las ONG's, 22 de febrero, op.cit. p. 161

Las reformas legales eran el centro de la discusión en las mesas del diálogo, las demandas de reformas constitucionales parecían ser la consigna de los representantes del EZLN.

“Las leyes constitucionales no han sido cumplidas de parte de los que gobiernan el país; en cambio a nosotros los indígenas y campesinos nos hacen pagar hasta el más pequeño error y echan sobre nosotros todo el peso de una ley que nosotros no hicimos y que los que la hicieron son los primeros en violar.”⁶⁹

La comisión de concordia y pacificación (COCOPA), convocó a las partes en conflicto para iniciar los diálogos de paz que se realizaron fundamentalmente en San Andrés Larrainzar, Chiapas.

La comisión propuso la realización de seis mesas de discusión. 1) Derechos y cultura indígena, 2) Democracia y justicia, 3) Bienestar y desarrollo; 4) Derechos de la mujer en Chiapas; 5) Conciliación entre los diversos sectores de la sociedad chiapaneca; 6) Participación política y social del EZLN. Sólo llegó a término la discusión correspondiente a la mesa número uno.

El movimiento indígena nacional no tenía claro hacia donde se debía avanzar en los acuerdos, aún cuando estaba invitado a las mesas de diálogo.

Este debía ponerse de acuerdo, en sus pretensiones. La línea política se basaba en tomar como referencia el convenio 169 de la OIT y el principio de no contradicción constitucional. Lo que conocemos como “acuerdos de San Andrés” son el resultado de la plenaria resolutive del tema 1 sobre derechos y cultura Indígenas.

2.2. Acuerdos del gobierno federal y el ejercito zapatista de liberación nacional sobre derechos y cultura indígena. (Formalizados el 16 de Febrero de 1996)

En primera instancia los “*acuerdos de San Andrés*”, contienen un acuerdo respecto de los documentos que se firmarían, en este documento se establece que las partes son; A) El gobierno federal, a través de su delegación, se manifiesta la aceptación de todos los acuerdos y documentos que se firmarann; B) El EZLN, a través de su delegación, manifiesta su aceptación de dichos documentos. Pero como parte de los compromisos que se derivaron de la consulta que el EZLN realizó hace diversas manifestaciones, C) Se manifiesta que en todo momento se tratara de conservar el diálogo, D) Las partes harán llegar a diversas instancias los documentos firmados; E)

⁶⁹ EZLN, *Documentos y Comunicados 1, 1º de enero/ 1 de agosto de 1994*. op.cit, p. 57. Pliego de demandas, 3 de marzo, 1994.

Este documento y su contenido serán enviados también a las instancias. En este documento podemos observar que los acuerdos no refieren a los pueblos indígenas sino al EZLN.⁷⁰

El EZLN, insiste en señalar las cuestiones que se derivaron de la consulta que realizó entre sus bases, sobre la mesa 1 del diálogo, las consideraciones se resumen a continuación.

1. Señala la falta de solución al grave problema agrario nacional, la necesidad de reformar el artículo 27 constitucional.
2. Refiriéndose al desarrollo sustentable señala, que es necesaria una política de verdadera sustentabilidad, que preserve las tierras, los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas y que medie el desarrollo evaluando sus costos sociales.
3. Refiriéndose a la mujer indígena señala que por la triple opresión que sufren las mujeres indígenas; como mujeres, como indígenas y como pobres, es necesaria la construcción de una nueva sociedad y una nueva cultura que incluya a todas y todos los mexicanos.
4. El EZLN considera necesario que en cada caso, se expliciten los tiempos y plazos en que los acuerdos deben ser llevados a la práctica.
5. Respecto de las garantías de acceso a la justicia, se anota la necesidad de intérpretes en todos los juicios y procesos que se sigan contra indígenas que estos tengan la aprobación del procesado y que conozcan el idioma y la cultura indígena.
6. Que se legisle para proteger los derechos de los migrantes, indígenas y no indígenas, dentro y fuera de las fronteras nacionales.
7. Los municipios deben de tener mayores recursos para su mejor infraestructura y servicios.
8. Respecto a los medios de comunicación es necesario que se garantice el acceso a información veraz oportuna y suficiente sobre las actividades del gobierno. Así como acceso de los indígenas a los medios de comunicación.

⁷⁰ INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA, *Acuerdos del Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional sobre Derecho y Cultura Indígena*, (Formalizados el 16 de Febrero de 1996), México 1995. "Finaliza, con la nota que dice, el presente y los tres documentos que lo acompañan, quedan debidamente formalizados como acuerdos en los términos de las Reglas de Procedimiento y de la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, y se integran como tales al Acuerdo de Concordia y Pacificación con Justicia y Dignidad. Cuenta con las firmas de los representantes del EZLN, del Gobierno Federal, del Gobierno del Estado de Chiapas.

2.2.1. Documento 1, Pronunciamiento conjunto que el gobierno federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional

De la discusión del tema de derechos y cultura indígena, se acuerda el pronunciamiento conjunto que el gobierno federal y el EZLN, enviarían a las instancias de debate y decisión nacional, este pronunciamiento, contiene los principios y fundamentos necesarios para la construcción de un pacto social integrador de una nueva relación entre los pueblos indígenas, la sociedad y el Estado.

Se acuerda partir del reconocimiento de la subordinación, desigualdad y discriminación que ha determinado la situación estructural de pobreza, explotación y exclusión política, y la confirmación de persistencia de los pueblos frente a un orden jurídico cuyo ideal ha sido la homogenización y asimilación cultural.

Además buscar formas para garantizar la participación de los pueblos indígenas para que sean actores de las decisiones que afectan su vida, en general establecer una nueva relación con los pueblos indígenas derivada de un esfuerzo de integración nacional y de respeto, superando la tesis del integracionismo cultural para reconocer a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho en atención a su origen histórico, a sus demandas, a la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, en particular con el convenio 169 de la OIT.

Establece también el compromiso del gobierno federal de reconocer los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución general reconocimiento que permitirá el ejercicio de la libre determinación, debe reformar el sistema de representación política actual de manera que se permita a los pueblos participar a través del reconocimiento de sus instituciones y practicas propias se acuerda que el gobierno debe garantizar el acceso pleno a la justicia, respetando las especificidades culturales de los sistemas normativos internos, debe promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, asegurar su educación, capacitación, garantizar la satisfacción de necesidades básicas, impulsar la producción, el empleo y proteger a los indígenas migrantes.⁷¹

⁷¹ Idem. p. 11. Reproduciendo la definición de "pueblos indígenas contenida en el Convenio 169 de la OIT, art 1 incisos b y c, aceptado por el Estado mexicano. "los pueblos indígenas son los que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización y del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que se a su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Como parte de este acuerdo el Estado en su nueva relación con los pueblos indígenas debe normarse por principios que son las normas que posibilitarían el llegar al cumplimiento de los acuerdos firmados entre las partes, es a través de la definición de estos principios que se considera posible el diálogo entre las partes.⁷²

- 1) **Pluralismo.** El trato entre los pueblos y culturas que forman la sociedad mexicana ha de basarse en el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental, fomentar la cultura de la diversidad, en un marco de unidad nacional.
- 2) **Sustentabilidad.** Es indispensable y urgente asegurar la perduración de la naturaleza y la cultura en los territorios que ocupan y utilizan de alguna manera los pueblos indígenas.
- 3) **Libre determinación.** Implica respetar sus identidades culturales formas de organización social, su capacidad para determinar su propio desarrollo, en tanto se respeten el interés nacional y público, los gobiernos respetaran las decisiones de los pueblos y comunidades indígenas, en su organización, formas de representación y sus estrategias de uso de recursos naturales.

El gobierno se compromete a reformar los artículos 4to, 115 y otros artículos como el 27, de la Constitución y los Estados deben incorporar reformas de conformidad con la nueva Constitución.

Hasta aquí el más grande consenso que se puede observar es la necesidad de crear un nuevo marco jurídico.

2.2.2. Documento 2. Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al punto 1.4 de las reglas de procedimientos.

El documento 2, enmarca el compromiso de enviar a las instancias de debate y decisión nacional, (Congreso de la unión y Congresos de los Estados) las propuestas de reforma y puntos de partida.

Para lograr una nueva relación con los pueblos indígenas en los ámbitos político, social, cultural y económico, de renovarse el pacto social; éste debe basarse en el principio de la

⁷² Idem p 14. "Acuerdos del Gobierno [Federal y el Ejército Zapatista de liberación Nacional sobre derecho y cultura indígena, "Pronunciamento Conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán alas instancias de debate y decisión nacional. Documento 1, Contexto de la nueva relación 1.

pluralidad, a través de reconocer en la Constitución los derechos de los pueblos indios y en particular el de la autonomía y libre determinación, partiendo del principio de igualdad ante la ley.⁷³

Respecto al municipio se propone, un modelo que permita la participación indígena y las incorpore al ayuntamiento.

Se propone a los poderes legislativos establecer en la ley las características de la libre determinación y los niveles de autonomía, tomando en cuenta que esto implica:

- a) **Territorio.** Todo pueblo indígena se asienta en un territorio que cubre la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.
- b) **Ámbito de aplicación.** La jurisdicción es el ámbito espacial, material y personal de vigencia y validez en que los pueblos indígenas aplican sus derechos.
- c) **Competencias.** Se necesita configurar una atribución concurrente con las instancias de gobierno federal, estatal y municipal, así como una distribución de competencias políticas, administrativas, económicas, sociales, culturales, educativas, judiciales, de manejo de recursos y protección de la naturaleza.
- d) **Autodesarrollo.** Son las propias comunidades y pueblos indígenas quienes deben determinar sus proyectos y programas de desarrollo. Por eso, se estima pertinente incorporar en las legislaciones local y federal los mecanismos idóneos que propicien la participación de los pueblos indígenas en la planeación del desarrollo en todos los niveles; en forma tal que ésta se diseñe tomando en consideración sus aspiraciones, necesidades y prioridades.
- e) **Participación en los órganos de representación nacional y estatal.** Ha de asegurarse la participación y representación política local y nacional de los pueblos indígenas en el

⁷³ *Idem.* p 15. Dicho marco jurídico ha de edificarse a partir de reconocer la libre determinación de los pueblos indígenas, que son los que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la imposición del régimen colonial, mantienen identidades propias, conciencia de las mismas y voluntad de preservarlas, a partir de sus características culturales, sociales, políticas y económicas, propias y diferenciadas. Estos atributos le dan el carácter de pueblos y como tales se constituyen en sujetos de derecho a la libre determinación. Acuerdos de San Andrés Documento 1.

La **autonomía** es la expresión concreta del ejercicio del derecho a la libre determinación, expresada como un marco que se conforma como parte del Estado nacional. Los pueblos indígenas podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. Dentro del nuevo marco constitucional de autonomía se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que la hagan valer, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, conforme a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. El ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas contribuirá a la unidad y democratización de la vida nacional y fortalecerá la soberanía del país. Acuerdos de San Andrés Documento 2.

ámbito legislativo y los niveles de gobierno, respetando sus diversas características socioculturales, a fin de construir un nuevo federalismo.

Para determinar los niveles de aplicación de la autonomía es necesario que se considere la relación con el ejercicio de derechos, a) derecho a organizarse social, cultural, política y económicamente de acuerdo a sus decisiones, b) reconocimiento de sus sistemas normativos, c) acceder a la jurisdicción del Estado, d) acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, e) promover el desarrollo de sus diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural, f) interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia g) concertar esfuerzos de coordinación y unión con otros pueblos en proyectos de desarrollo y en la defensa de sus intereses, h) designar a sus representantes en todos los niveles, i) promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones tanto políticas como sociales, económicas, religiosas y culturales.

Se considera que para ampliar la participación y representación en política, es necesario el fortalecimiento de los municipios, a través de nuevas figuras de representación política adecuadas a las comunidades y pueblos indígenas que permitan la participación de éstos en los procesos electorales sin la necesidad de afiliarse en los partidos políticos. Permitir adecuar los sistemas municipales a las propuestas de los pueblos desde el asentamiento hasta el nombre. Garantizar el acceso pleno a la justicia. Promover el conocimiento y respeto a la cultura indígena, se debe respetar el quehacer educativo de los pueblos indígenas, garantizar la satisfacción de necesidades básicas, garantizar la producción y el empleo, aceptando los sistemas productivos de los pueblos indígenas, garantizar protección a los migrantes, y participar en los medios de comunicación.⁷⁴

En este documento se agregan los principios que deben normar la relación de los pueblos indígenas con el Estado, agregando algunos no contenidos en el documento 1, el de consulta y acuerdo, el de fortalecimiento del sistema federal y descentralización democrática.

El EZLN, subestimaba la labor de los representantes del Estado pues el municipio para la fecha del diálogo era un órgano autónomo únicamente administrativamente, contando con

⁷⁴ Idem. p 16. El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado mexicano, con reconocimiento y respeto a sus propios sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto de los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca a las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos, entendiéndose por eso los conflictos de convivencia interna de los pueblos y comunidades, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, entendiéndose por esto los conflictos de convivencia interna de los pueblos y comunidades, que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado. Acuerdos de San Andrés. Documento 2.

recursos mínimos, recordemos que fue hasta 1999, que se estableció la facultad de los municipios de cobrar el impuesto predial, por otra parte este órgano actualmente sostiene principalmente al partido que estaba en el poder en aquella época, quedando al margen el EZLN, incluso en su discurso de las diversas luchas de las entidades federativas por recursos, autonomía, actualmente el tema se discute en la Comisión Nacional Hacendaria.

2.2.3. Compromisos para Chiapas del gobierno del Estado y federal y el EZLN, correspondientes al punto 1.3. De las reglas de procedimientos. Documento 3.1

Este acuerdo refiere que los derechos indígenas que se reconocerán en la Constitución general de la república deberán hacerse explícitos también en la Constitución del Estado de Chiapas, en toda su amplitud política, económica, social y cultural.

Refiere que *“deberán quedar claras las características de la libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones diversas y legítimas de los pueblos indígenas.”* Para alcanzar las aspiraciones, *“es necesario que se modifiquen los artículo 4º, 3º, 29, 58, 59, 60 de la Constitución de Chiapas.”*⁷⁵

Para garantizar el acceso pleno a la justicia de los pueblos indígenas es necesario reformar los artículos 10, 11, 48 y 56 de la Constitución de Chiapas. Para promover el derecho de los pueblos a iniciar leyes o decretos es necesario reformar el artículo 27 de la Constitución de Chiapas. Respecto a la educación es necesario reformar el artículo 4 de la Constitución de Chiapas.

Además de la Constitución es necesario que el gobierno del Estado de Chiapas se comprometa a efectuar reformas al código civil, el código penal, la ley orgánica del poder judicial, la ley orgánica municipal y el código electoral, ordenamientos del Estado de Chiapas. Así mismo se creara una ley de justicia y desarrollo agrario que contemple el contenido del convenio 169 de pueblos indígenas y tribales.

Es decir la mayor aspiración del EZLN, reflejada en este documento era la de reformas a la legislación estatal.

⁷⁵ Idem, p 22

2.2.4. Acciones y medidas para Chiapas. Compromisos y propuestas conjuntas de los gobiernos del Estado y federal y el EZLN. Documento 3.2

Este compromiso versa sobre cuatro aspectos fundamentales; participación y representación política, garantías de acceso a la justicia; situación de derechos y cultura de la mujer indígena, acceso a los medios de comunicación, educación y cultura, instituciones de fomento, desarrollo y difusión de las culturas indígenas.

Los logros de los acuerdos de San Andrés pueden resumirse así. 1) Propuesta para reformar los artículos constitucionales 4 y 115; 2) Discusión del tema de la libre determinación como ejercicio de las autonomías indígenas; 3) Reconocimiento del carácter nacional y no sólo Chiapaneco de la problemática indígena, 4) Reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas como entidades de derecho público.

Se reinició el diálogo correspondiente a la mesa 2 Democracia y justicia. La mesa quedó prácticamente suspendida en abril de 1996, sin una explicación clara la representación gubernamental rompió el diálogo.

2.3. La ley elaborada por la comisión de concordia y pacificación

La comisión de concordia y pacificación, propuso que tomaría en sus manos la redacción de la iniciativa para la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena a partir de lo contenido en los acuerdos de San Andrés, también argumentó que para emprender tan compleja tarea requeriría al EZLN, al movimiento indígena, y al gobierno federal para que aceptaran su propuesta sin generar complicaciones.

Las dos partes aceptaron otorgar su confianza a la comisión de concordia y pacificación, por ello esta comisión propuso el 29 de noviembre de 1996 la redacción de lo que desde entonces se conoce como la "iniciativa de reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena de la comisión de concordia y pacificación", el EZLN y el movimiento indígena aceptaron dicho texto, no así el gobierno pues pidió al EZLN que le concediera algunos días mas para exponer su consentimiento.

2.3.1. Observaciones del gobierno federal a la ley de la Comisión de concordia y pacificación

Las primeras observaciones que el gobierno hizo a la ley de la comisión de concordia y pacificación; de fecha 20 de diciembre de 1996, fueron muy cuestionadas, y el dos de febrero de 1998 el gobierno realiza nuevas observaciones.

En las observaciones de febrero de 1998, el gobierno señala a grandes rasgos que la iniciativa de la COCOPA se aparta del texto de los acuerdos de San Andrés Larrainzar, en los siguientes cuatro puntos fundamentales:

1. Sobre los términos en que establece la libre determinación de los pueblos indígenas.
2. Respecto de los niveles de gobierno (federal, estatal, y municipal y en particular en relación con la estructura del gobierno municipal que establece el artículo 115 de la Constitución federal.
3. Crea un régimen de excepciones que no estatuyen los acuerdos de San Andrés Larrainzar en las siguientes materias:
 - a) Modalidades de la tenencia de la tierra previstas en el artículo 27 constitucional.
 - b) El régimen federal de medios de comunicación previsto en el artículo 73 constitucional, y
 - c) Planes y programas educativos contrarios a lo dispuesto en el artículo 3º constitucional.
4. Determina un régimen concurrente entre la federación, Estados y municipios en materia indígena diferente a como lo hacen los Acuerdos de San Andrés Larrainzar.

Estas cuatro observaciones resultaron de la comparación que hizo el gobierno federal, de los Acuerdos de San Andrés y el texto propuesto de la comisión de concordia y pacificación.

⁷⁶(ANEXO 2)

El proceso electoral correspondiente a la sucesión presidencial efectuada en el año 2000, motivó a los contendientes principales a ocuparse de la problemática indígena. El candidato del

⁷⁶ PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, *Hacia la paz*, Artículo. Observaciones que presenta el Gobierno a la Iniciativa de la Comisión de Concordia y Pacificación, sobre Derechos y Cultura Indígena, del 29 de noviembre de 1996.

partido Acción Nacional, Vicente Fox, afirmó reiteradamente que “resolvería el problema de Chiapas en quince minutos”.⁷⁷

En diciembre del año 2000 Fox, envió a la cámara de senadores la iniciativa de reforma constitucional originalmente desarrollada por la comisión de concordia y pacificación.

Después de discutirlo el senado elaboró un dictamen en el que no incluyó el reconocimiento de las comunidades como entidades de derecho público restringiéndolas a meras entidades de interés público, retomando las observaciones hechas por el gobierno federal en el año de 1996.

El 25 de Abril de 2001 el senado de la república aprobó el dictamen elaborado sobre el proyecto de decreto en materia indígena modificando sustancialmente la iniciativa de la COCOPA. El dictamen aprobado se envió a la cámara de diputados para su discusión y el 28 de abril lo aprobó en sus términos.

Días después de emitido el dictamen por el senado de la república, el Congreso nacional indígena, y diversas organizaciones indígenas y sociales, así como organismos públicos federales y estatales manifestaron su preocupación sobre el dictamen aprobado, argumentando que el mismo no correspondía a las demandas de los pueblos indígenas, y no reflejaba la esencia ni el espíritu de los acuerdos de San Andrés.⁷⁸

2.4. Dictamen del senado de la república. LVIII legislatura

El Artículo 135 constitucional establece que para un proceso de reforma constitucional es necesario que el dictamen proveniente del congreso de la unión sea aprobado por la mayoría de

⁷⁷ , Nota publicada el 20 de abril de 2000, Hasta el 1 de diciembre de 2000, las diversas fuerzas militares y policíacas gubernamentales ocupaban 655 puntos geográficos en Chiapas, de este total, 259 correspondían al Ejército Federal. El EZLN demanda el retiro y cierre de siete de estas 259 posiciones como condición para reanudar el proceso de pacificación: Los municipios son, Amador Hernández, en este caso, además, debería anularse el decreto expropiatorio dictado por el ex-presidente Ernesto Zedillo, Guadalupe Tepeyac, Río Euseba (cerca del Aguascalientes de La Realidad), Jolnacho (cerca del Aguascalientes de Oventik), Roberto Barrios (cerca del Aguascalientes de ese lugar), La Garrucha (cerca del Aguascalientes de ese lugar), Cuxuljá (cerca de la comunidad de Moisés Gandhi). Vicente Fox ordenó ya el retiro de los campamentos militares en los 7 puntos que exigía el EZLN. Sin embargo, el campamento de La Garrucha fue trasladado a Patihuitz, según denunciaron autoridades del municipio Francisco Gómez. Fox anunció también la creación de «centros para el desarrollo de las comunidades indígenas», manejados por instancias del gobierno federal, en Guadalupe Tepeyac y Río Euseba. El Ejército federal se retiró de estos dos últimos campamentos el día 20 de abril. Sin embargo, algunos de sus terrenos permanecen en manos del gobierno federal y no han sido devueltos a sus comunidades.

⁷⁸ ESPINOSA Saucedo Guadalupe. (et. al). *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México*, Ed, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, México Diciembre de 2001.

las legislaturas estatales; el cumplimiento de esta normatividad significó que por primera vez en la historia legislativa contemporánea ocurrió polarización entre congresos de la unión.⁷⁹

Las comisiones de puntos constitucionales y de asuntos indígenas elaboraron de conformidad con el procedimiento que establece el artículo 72, inciso a) de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y después consiguieron la aprobación de un decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1º; se reforma el artículo 2º; se deroga el párrafo primero del artículo 4º; y se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos este dictamen fue el final de un largo camino de diálogo político que culminó con movimientos civiles opositores al dictamen, pero muchos legisladores estuvieron convencidos de que el dictamen aseguraba el bienestar de los pueblos indios y la estabilidad nacional.⁸⁰

De acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional el dictamen fue turnado de inmediato a las legislaturas de los Estados; fue rechazado en los Congresos Estatales de Baja California Sur, Chiapas, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas. Entidades federativas que concentran el mayor porcentaje de población indígena. El 18 de julio de 2001 la comisión permanente del congreso de la unión realizó el cómputo de votos de las legislaturas locales, declaró que la minuta fue aprobada por 16 congresos que son la mayoría más uno de los que integran la federación mexicana y por tanto el proceso de reforma quedaba consumado. El 14 de agosto el presidente de la república publicó dicha reforma en el "diario oficial de la federación y entró en vigor a partir del día siguiente.

2.5. La reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas

La reforma no tocó en lo medular los artículos 4to y 115 constitucionales; en vez de reconocer a la comunidad indígena como entidad de derecho público, la redujo a simple entidad de interés público. Conceptos que implican derechos y obligaciones. Al reducir a la comunidad

⁷⁹ FUENTES, Morrúa, Jorge, (Coordinador), *Chia-paz 7 años: recuento balance y perspectivas*, Ed, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, México, 2000. p.25

⁸⁰ ORTEGA, MARTÍNEZ, Jesús, (Coordinador del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en el Senado de la República) *CD. Información sobre asuntos Indígenas Chiapas*, Dictamen del Senado de la República LVIII, legislatura, *Respecto a la reforma en materia de derechos y cultura indígena, exposición de motivos*. Ed, Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática LVIII, Legislatura, enero de 2001.

indígena a entidad de interés público, la despojaron de capacidad, de facultades para tener ingerencia en los procesos de planificación, en cambio de haber prevalecido la conceptualización de la comunidad indígena como entidad de derecho público, ésta tendría la facultad de intervenir en lo procesos de planeación, como decidir sobre sus recursos naturales y sobre sus eventuales ventajas geográficas, así como para litigar de forma directa reclamar acciones para asegurar el pago por daños ecológicos y ambientales. Además el fortalecimiento municipal de las poblaciones indígenas podría constituir un ejemplo para el resto de los municipios del país tan urgidos de la vigencia del artículo 115 Constitucional.⁸¹

DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 1º, 2º, 4º, 18 Y 115 DE LA CONSTITUCIÓN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.⁸²

ARTICULO 1º

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

ARTICULO 2º

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 quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas 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.

⁸¹ ESPINOSA Saucedo. op.cit p.38

⁸²Diario Oficial de la Federación, Martes 14 de agosto de 2001, "DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 1º, 2º, 4º, 18 Y 115 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS".

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.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfruta preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquéllos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. 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. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones

públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas, mejorar las condiciones de salud de las mujeres, apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales, y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

El artículo 2º de la Constitución federal comienza diciendo que “la nación mexicana es única e indivisible”. Tanto el texto como el lugar en que se ubica muestran prejuicios, para todos los mexicanos es claro que la nación mexicana es única e indivisible y los pueblos indígenas no han propuesto fraccionarla y no lo hacen los derechos que se le reconocen. La novedad es la prohibición de la discriminación, expresando “queda prohibida toda discriminación motivada...” lo primero que de ésta norma se desprende es que no se refiere sólo a indígenas, sino a cualquier persona que se encuentre en el territorio mexicano, para que éstas conductas sean consideradas contrarias a la ley, deben tener como elemento subjetivo el propósito de atentar contra la dignidad humana, o bien anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Es en este mismo artículo donde se refiere a los pueblos indígenas, como sujetos titulares de derechos junto con las comunidades en que se organizan, los individuos que las integran y aun cualquier comunidad que se asemeje a ellas. Por otra parte se establece la composición de la nación mexicana, en ésta fracción no se define lo que hay que entender como pueblos indígenas, lo que si queda claro es que la libre determinación sólo puede ejercerse como autonomía.⁸³

La primera referencia a los derechos de los pueblos indígenas se encuentra en el párrafo primero del inciso A, del artículo 2º referente a los derechos autonómicos, entre los que se encuentran los que pueden ejercer por ellos mismos de acuerdo a su propia cosmovisión, con diversos grados de posibilidad de ejercicio, en cuanto a sus formas de organización social, en cuanto a la administración de justicia, para la elección de autoridades comunitarias a través de

⁸³ LÓPEZ Bárcenas, Francisco, *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México, Artículo, Reforma Constitucional y Derechos Indígenas en México entre el Consenso y la ilegitimidad*. Ed, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, Diciembre de 2001, México 2001.p 56.

usos y costumbres, derechos lingüísticos y culturales, obligación de conservar y mejorar el hábitat y sus tierras, uso y disfrute preferente de los recursos naturales.⁸⁴

En el terreno de lo jurídico bien se puede afirmar que en la reforma constitucional existe una suerte de simulación legislativa, por que si bien reconoce la existencia de los pueblos indígenas, remite su reconocimiento como sujetos de derecho a las constituciones y leyes de las entidades federativas, lo cual genera diversos problemas en la medida en que cada uno de ellos legisle de diferente manera y reconozca distintos derechos, cada uno con distinto alcance.⁸⁵

Algo similar sucede con el derecho a la libre determinación expresada en autonomía y otros derechos que tendrán el alcance que las legislaturas de los Estados donde se ubiquen, decidan, lo que tendrá como efecto que existan diversos grados de reconocimiento de los derechos indígenas, como hasta ahora sucede. Una limitación que ya se vislumbra es que no se les podrán reconocer derechos en materias reservadas a la federación, como recursos naturales y modos de comunicación.

También existen derechos cuyos titulares no son sólo los pueblos indígenas sino los mexicanos en general, aunque se quieran hacer pasar por indígenas.

En lugar de derechos se establecen líneas programáticas inaccesibles para los pueblos indígenas. La conclusión sigue siendo un catalogo de derechos pendientes.⁸⁶

DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 1º, 2º, 4º, 18 Y 115 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"

ARTICULO 4º

(Se deroga el párrafo primero)

ARTICULO 18

.....

.....

.....

.....

.....

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros

⁸⁴ Idem p. 53

⁸⁵ Idem. p. 42

⁸⁶ Idem. p. 83

penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.
<p>ARTÍCULO 115</p> <p>Fracción III</p> <p>Último párrafo</p> <p>Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.</p>
<p>ARTÍCULOS TRANSITORIOS</p> <p>ARTÍCULO PRIMERO. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.</p> <p>ARTÍCULO SEGUNDO. Al entrar en vigor estas reformas, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones a las leyes federales y constituciones locales que procedan y reglamenten lo aquí estipulado.</p> <p>ARTÍCULO TERCERO. Para establecer la demarcación territorial de los distritos uninominales deberá tomarse en consideración, cuando sea factible, la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de propiciar su participación política.</p> <p>ARTÍCULO CUARTO. El titular del Poder Ejecutivo federal dispondrá que el texto íntegro de la exposición de motivos y del cuerpo normativo del presente decreto, se traduzca a las lenguas de los pueblos indígenas del país y ordenará su difusión en sus comunidades.</p>

Refiriéndose a la reforma Constitucional Diego Valades anota que en la interacción entre política y derecho no cabe argumentar que el derecho entorpece la política, vieja tesis conservadora, ni que la política domina al derecho, sistemática posición del pragmatismo. En una sociedad democrática, política y derecho son indisociables. La norma determina la forma política y el ejercicio político actualiza la hipótesis jurídica. La expresión más elevada de esa realidad la encontramos en la Constitución. La autonomía puede estar referida a entes jurídicos de naturaleza pública en cuyo caso a veces incluso se habla de autogobierno; pero también se admite autonomía de los entes colectivos y por supuesto la autonomía de la voluntad de los individuos. Esas tres formas de la autonomía pública, social y privada, resultan de la vigencia de un orden jurídico superior que las regula, como decisión del poder soberano a través de la Constitución.⁸⁷

⁸⁷ GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto (Coordinador), *Constitución y derechos indígenas*, VALADÉS, Diego, Discurso leído en Ciudad Universitaria, en el aniversario de Benito Juárez de 2001, *Los Derechos de los Indígenas y la Renovación Constitucional en México*. Ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.

Para Luis Villoro, el reconocimiento del pluralismo cultural en la Constitución, fundamenta al pueblo indígena como nuevo sujeto de derechos al interior del Estado, de esta manera, el derecho a la libre determinación, y como expresión de esta la autonomía indígena, debe entenderse como, "status jurídico pactado entre el gobierno y los pueblos".⁸⁸

José Roldán Xopa señala que la integración del derecho indígena al derecho nacional podría darse en el ámbito municipal, lo cual no produciría una relación entre sistemas jurídicos diferentes, sino una mezcla de ambos:

"Si bien, el empleo del dualismo "indígena" y "no indígena" tiene como utilidad señalar los rasgos genéricos de dos órdenes normativos de diversa proveniencia, la juridificación del primero (su conversión a derecho positivo) tiene también como consecuencia su conformación como parcela del derecho nacional. No obstante su diversidad (su carácter consuetudinario, su énfasis comunitario, etc), la recepción legal y constitucional que del mismo se hace desencadena un proceso de ubicación en el sistema de fuentes del derecho mexicano cuya base común de validez es la Constitución. Se verifica, pues, más que un proceso de pluralismo jurídico, una vía de mestizaje jurídico, en el que el dualismo tiende a disolverse."⁸⁹

En el capítulo cuarto de esta tesis trataremos de incluir de manera profunda la argumentación doctrinaria ya que nos es útil en el análisis de los argumentos derivados del recurso jurídico que se analiza en ese capítulo.

Los pueblos indígenas manifestaron su oposición, a la reforma constitucional, de diversas formas tanto políticas como legales.

Los defensores de los derechos de los pueblos indígenas, refirieron que la reforma no obedecía al sistema de fuentes del derecho tradicional, aduciendo que "existen dos tipos de fuentes del derecho: las fuentes reales y las fuentes formales", para ellos las fuentes reales fueron pasadas por alto, ya que "la forma en que los legisladores aprobaron la reforma constitucional sobre derechos y cultura indígena demostró una vez más que los funcionarios elegidos para representar a la sociedad mexicana realizan sus funciones en defensa de intereses meramente

⁸⁸Idem. Citado en la introducción.

⁸⁹Idem

políticos”, sin atender las exigencias de la sociedad es decir haciendo caso omiso de la realidad social. Ignorando a su vez los principios generales del derecho cuyo objetivo es crear leyes que establezcan el orden jurídico de la sociedad y permitan una mejor convivencia entre sus habitantes sin excepción.⁹⁰

2.6. La nueva forma de argumentar del EZLN

“A menudo nos intriga el silencio del EZLN, particularmente después de las reformas constitucionales. Para el mundo occidental lo que no aparece en los medios no existe, y para las culturas indígenas lo que aparece en los medios muy posiblemente no sea cierto. Tenemos una idea de realidad diferente. No creo que ellos deban estar hablando a todas horas a propósito de un imaginario diálogo sin sentido. Cuando ellos han hablado el país no ha oído”.⁹¹

Las juntas de buen gobierno son un ejemplo gráfico de las demandas zapatistas, éstas dan origen y organización a las comunidades donde las decisiones se toman de manera autónoma en todos los ámbitos.

Los ámbitos de estas decisiones autónomas son muy vastos. Un punto básico es el ordenamiento laboral solidario no remunerado conocido como fajina, tequio o trabajo comunitario. Los integrantes de la comunidad están obligados a cooperar con trabajo en la construcción de edificios, puentes, caminos represas o instalaciones diversas que beneficien a la comunidad directamente.

En época de siembra o de cosecha, el trabajo comunitario asume diversas modalidades por parajes, zonas o familias, siempre a partir de la reciprocidad. Una institución social como ésta ha sido esencial para la subsistencia de numerosas comunidades que no podrían contratar mano de obra. En ésta misma dinámica comunitaria se insertan otros elementos que norman los prestamos de grano, alimentos, ganado o herramientas, en un orden de reciprocidad y de reposición de lo prestado sin usura.⁹²

⁹⁰ Zúñiga Balderas, op.cit. p 25, *El Proceso Legislativo en México y la Reforma Constitucional sobre derechos y Cultura Indígena*.

⁹¹ LÓPEZ Bárcenas. op.cit p. 38

⁹² LÓPEZ Bárcenas. op.cit. p 33.

Las autoridades comunitarias constituyen un ejemplo destacado de las instituciones políticas autónomas de muchos pueblos indígenas.

Las autoridades van asumiendo distintos niveles de responsabilidad social en festividades religiosas, en la organización de servicios comida, invitaciones a la comarca, músicos, procesiones, danzar, orden. Las funciones civiles y las religiosas van probando la capacidad de cada uno de los miembros de la comunidad y ayudan a resolver los ascensos en función de la capacidad demostrada.⁹³

Los cargos no son remunerados ni representan beneficios económicos. La asamblea comunitaria o los consejos de ancianos van determinando los procedimientos y nombramientos que aseguren la continuidad y la seguridad de la comunidad. Las juntas de buen gobierno⁹⁴ del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, son una forma de ejercicio autónomo de las que no están reconocidas por la Constitución mexicana, son la práctica de usos y costumbres de unos derechos de facto que revolucionan la forma de concebir lo jurídico de lo que no lo es.⁹⁵

⁹³ LA JORNADA, *Zapatistas, Crónica de una rebelión*. op.cit. p 21

⁹⁴ LA JORNADA, *Zapatistas, Crónica de una rebelión*. op.cit. p 23

⁹⁵ Idem

Capítulo 3

Argumentar jurídicamente

3.1. Antecedentes

En esta parte de la investigación abordaremos la teoría de la argumentación jurídica, cuestión que lograremos retomando a los diversos autores que han colaborado con sus puntos de vista en la formación de una teoría, que por supuesto aún se encuentra en formación.

Para algunos autores la argumentación es el último fruto de la retórica, estos autores, afirman que la retórica en alguna parte de la historia de la filosofía no tuvo el mismo éxito y reconocimiento, sobre todo en la época en que era válido aquello que se podía contrastar con la realidad. De esta forma la retórica perdió valor durante el siglo XVII y se dice que hasta el siglo XIX.

Las sociedades como formas de organización social, eran unidades en las que la persuasión se convertía en algo que otorgaba poder; por otro lado la retórica tenía un elemento que no le permitía resurgir, puesto que lo persuasivo es su característica principal tendría que amoldarse a criterios estrictamente científicos, la lógica formal, demostrativa arroja hacia lo irracional el contenido de las ciencias sociales, que con la ética, se resiste a una formalización.

La retórica ha sido sinónimo de artificio, de insinceridad, de decadencia, para algunos políticos desde los socráticos se convirtió en simple ornamento.

Actualmente los filósofos son quienes la rescatan y plantean que es o puede ser el medio para sacar a la filosofía de su impasse, y darle dimensiones interdisciplinarias, es justo en la ciencia jurídica donde vislumbran a la argumentación como un instrumento puesto en práctica, pero que carece de una metodología determinada.

El interés excepcional que los filósofos atribuyen últimamente a los problemas del lenguaje, el hecho de que la lingüística es considerada como ciencia humana global, la rehabilitación de la sofística, la insistencia con que se proclama el alcance reducido de la lógica formal, el surgimiento de lógicas no formales, preparan la rehabilitación de la retórica, al tiempo que su reintegración en la problemática filosófica.⁹⁶

Pero la rehabilitación de la retórica no debe olvidarse de la conexión entre retórica y ética planteada por Platón. Conexión de vital importancia en un mundo de medios de comunicación

⁹⁶ CH PERELMAN y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación, La nueva retórica*, Traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca románica hispánica, Editorial Gredos Madrid. 1989, p.11.

cada vez más poderosos, una forma de monopolizar la violencia, de crear ideologías, y un instrumento del mercado. Cada vez más omnipresente. Estos y otros muchos riesgos del mundo actual exigen que la rehabilitación de la retórica sea filosófica, incluyendo su sentido humanista y ético.

Al principio de los años cincuenta comienza la rehabilitación de la retórica, Perelman, Viehweg y otros, van creando una fecunda disciplina conocida como nueva retórica o teoría de la argumentación.

3.2. El Tratado de la argumentación de Ch. Perelman

El redescubrimiento por Perelman de la retórica arranca de su primer ensayo sobre la justicia, en el que constata que no se pueden explicar las reglas de justicia, ni las normas jurídicas o morales en términos de lógica formal, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad.

Para Perelman la nueva retórica es la teoría de la argumentación, complementaria de la teoría de la demostración, objeto de la lógica formal. Mientras la ciencia se basa en la razón teórica, con sus categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo, la retórica, la dialéctica y la filosofía se basan en la razón práctica, con sus categorías de lo verosímil y la decisión razonable y su método argumentativo, justificativo. La razón teórica se supedita a la razón práctica, por que la noción de justicia alumbrada por ésta, es la base del principio de contradicción, supuesto fundamental de aquella.⁹⁷

Perelman establece relaciones interdisciplinarias, sobre bases nuevas, entre diversas ciencias humanas y la filosófica; margina lo que la retórica tuvo de estética y teoría de la ornamentación (delectare) retórica, no entra en la preocupaciones de la nueva retórica, sino tangencialmente en la aristotélica.⁹⁸

3.2.1. El orador y su auditorio

Para Perelman al empezar toda sociedad contiene en su organización social elementos que facilitan y organizan el contacto intelectual.

⁹⁷ Idem, p.35

⁹⁸ Idem, p.35

La calidad del orador es lo que le posibilita ser escuchado. Otra condición sería la pertenencia a determinado grupo social, por ejemplo un obrero que defiende su fuente de trabajo, desde el punto de vista de los otros obreros estaría autorizado para hablar sobre las condiciones de trabajo, el menos autorizado sería el que sirve a otros intereses como el burgués. Perelman llama al primero el “portavoz”.

El orador desea que los demás se adhieran a sus argumentos, que se sientan implicados de una u otra manera en ellos.

“Por esta razón nos parece preferible definir al auditorio, desde el punto de vista retórico, como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación.”⁹⁹

El problema que se presenta cuando no se puede conocer al auditorio quizá ciencias como la antropología o la sociología podrían ayudar en este camino.

3.2.2. El auditorio como construcción del orador

“Para quien argumenta el auditorio es una construcción más o menos sistematizada”.¹⁰⁰

Lo que nos posibilita la argumentación es una noción clara y realista del auditorio al que nos dirigimos, sobre todo para que el auditorio no se sienta subestimado, es decir no sienta que tenemos la intención de persuadirlo, en cuyo caso existiría el riesgo de que se considerara nuestro contrario. “*El conocimiento por parte del orador, de aquellos cuya adhesión piensa obtener es pues una condición previa a toda argumentación eficaz*” en este orden de ideas los auditorios adoptan una personalidad, deliberan, juzgan o solo disfrutan.

Por otra parte los auditorios están influidos, conocer los medios capaces de influir en ellos es muy importante, el auditorio esta condicionado, o se le puede incluso condicionar por diversos medios: música, iluminación, tono demagógico, decorado, control teatral. El orador debe comprender finalmente que el público no es el mismo al principio que al final de la argumentación.

3.2.3. El auditorio universal

El orador en la medida en que se adapta a las opiniones de los oyentes, se expone a que sus tesis no sean aplicables a ese auditorio en concreto, identificar a quien le están destinados los argumentos es muy importante.

⁹⁹Idem p.53.

¹⁰⁰Idem.p. 55

Lo que se debe buscar según Perelman es el acuerdo del auditorio, esta unidad y universalidad solo pueden estar en la mente del orador, y que no es una cuestión de hecho sino de derecho, todos aquellos que piensan que los hechos objetivos son suficientemente válidos se adherirían a ellos, “toda creencia objetiva según este autor es válida para todos los hombres, y por lo tanto para todos los auditorios”.¹⁰¹

El auditorio universal supone que los hombres que tienen la misma preparación, y formación, reflexionan en el mismo sentido y adoptarían las mismas conclusiones.

Cuando nos situamos en el campo de la moral el auditorio al que acudimos para buscar el acuerdo sería aquel que coincide con nosotros respecto a nuestras ideas.

La adhesión no solo se obtiene de la superioridad dialéctica del orador, el que cede lo hace por que ahora también comparte una razón, se ha inclinado ante la evidencia.

En los casos en los que la actitud del auditorio está regulada por las instituciones podemos conocer de antemano sus intenciones.

“En el procedimiento judicial, sabemos que el abogado de cada parte tiende menos a aclarar que a desarrollar argumentos a favor de una tesis.”¹⁰²

La elección de un determinado oyente esta determinado por los objetivos que se fija el orador, elige al oyente único por sus funciones, esta posición es la que menos compromete al orador, y la que menos revela lo que piensa de el.

3.2.4. Los lugares

En la búsqueda de la adhesión del auditorio, encontramos a los lugares: de lo que se trata es de incluir en la fundamentación de nuestros razonamientos valores o jerarquías que se sabe logran adhesión, estas se relacionan con los valores que queremos exaltar, y que Perelman opone a los tópicos, estos “lugares” son un arsenal indispensable de quien desea persuadir.

“Solo llamaremos lugares a las premisas de carácter general que permiten fundamentar los valores y las jerarquías y que Aristóteles estudia entre los lugares del accidente. Dichos lugares constituyen las premisas más generales, sobreentendidas con frecuencia, que intervienen para justificar la mayoría de nuestras elecciones.”¹⁰³

¹⁰¹ Idem. p. 145

¹⁰² Idem. p.145

¹⁰³ Idem. p.144

Cuando se elige hablar de un lugar cualquiera que este sea o fuere, se le pedirá al interlocutor que lo justifique, los lugares pueden ser de la cantidad, la cualidad, el orden, lo existente, la esencia, la persona.

Los lugares de la cantidad por ejemplo, son todos aquellos que se pueden valorizar como eternos, pues permanecerán en el tiempo, se refiere por ejemplo a la frecuencia, que sería siempre.

3.2.5. Figuras retóricas y argumentación

Existen ciertos modos de expresión que salen de lo normal, su estudio según Perelman se incluiría en los tratados sobre retórica en el pasado, estas figuras contribuían a crear un estilo artificial de hablar, un estilo florido. Y que planteaban el problema entre el pensamiento y sus diversas formas de expresión.

El problema planteado se refiere de manera principal a como el empleo de ciertas figuras determinadas se explica por las necesidades de la argumentación. Se refiere a las formas que alejándose de las formas ordinarias de expresión atraen la atención.

“Consideramos argumentativa una figura si, al generar un cambio de perspectiva, su empleo es normal en comparación con la nueva situación sugerida. Por el contrario, si el discurso no provoca la adhesión del oyente a esta forma argumentativa, se percibirá la figura como un ornato, una figura de estilo, la cual podrá suscitar la admiración pero en el plano estético como testimonio de la originalidad del orador.”¹⁰⁴

3.2.6. Contradicción e incompatibilidad

Poner en un mismo sistema de argumentos una propuesta que más adelante es negada, haciendo obvia una contradicción, convierte al sistema en un sistema incoherente, y por consiguiente inutilizable.

La argumentación cuasi lógica se sirve de contradicciones, trata de mostrar que un sistema no es inutilizable, y que no es una contradicción lo que se genera entre una afirmación y una negación sino que se puede tratar de una incompatibilidad, el sistema puede contener, otro sistema contradictorio, pero de hecho ese segundo sistema debe ser un sistema más flexible, que el que se contradice.

¹⁰⁴Perelman. op.cit. p.268

Un ultimatum crea una incompatibilidad entre el rechazo a ceder y el mantenimiento de la paz, el pertenecer a un grupo y a su vez a otro grupo contrario.

La incompatibilidad en los sistemas siempre esta relacionada con circunstancias contingentes, acontecimientos particulares.

3.2.7. Procedimientos que permiten evitar una incompatibilidad

La incompatibilidad es muy probable que surja de una regla en el sistema, la regla establece un valor, que está como se dijo oponiéndose a otro contrario a la regla, el renunciarla normalmente generaría nuevas incompatibilidades.

La forma de superar esta incompatibilidad según Perelman es recurrir a técnicas que requieren compromiso.

Una doctrina jurídica o ética se propone resolver, si no todos los casos de aplicación al menos el mayor número de los que podría tener que ocuparse, en la práctica ésta es una postura lógica: que se opone a la práctica, que es la que resuelve los problemas conforme se van presentando, esta postura es de quienes quieren adaptarse a la circunstancia y a la experiencia futura. Existe una tercera actitud, la actitud diplomática.

Al no desear al menos en un momento dado y en circunstancias determinadas, oponerse a una regla o resolver de una forma u otra el conflicto nacido de la incompatibilidad entre dos reglas que pueden aplicarse a un situación particular, se inventan procedimientos para impedir que aparezca la incompatibilidad, o para dejar para un momento más oportuno las decisiones que se van a adoptar.¹⁰⁵ Es por eso relevante el papel de la ficción que es la técnica capaz de evitar una contradicción.

“La ficción es un procedimiento que consiste en un fingimiento, admitido por las partes, la conveniencia o el sistema social, que deja comportarse y especialmente, de razonar, como si ciertos hechos se hubieran producido o no, contrariamente a la realidad. Cuando el fingimiento es unilateral estamos ante una mentira.”¹⁰⁶

La diplomacia puede ser enfermiza dice Perelman, es hipócrita en tanto podemos hacer creer que hemos decidido tomar un camino determinado y tomar exactamente el camino contrario.

¹⁰⁵ Perelman. op.cit. p. 307

¹⁰⁶ Idem. p. 309

La incompatibilidad solo requiere que a una misma realidad sean aplicadas simultáneamente dos reglas, pero se aplican, la evasión de una incompatibilidad actual crea nuevas incompatibilidades.

3.2.8. La regla de justicia

La regla de justicia es aquella que exige un tratamiento idéntico a las partes, o las situaciones idénticas, situaciones que se integran en una misma categoría.

“Para que la regla de justicia constituya el fundamento de una demostración rigurosa, los objetos a los cuales se aplica habrían debido ser idénticos, es decir, completamente intercambiables. Pero de hecho nunca es este el caso.”¹⁰⁷

En una controversia lo que hay que analizar entonces es si las diferencias son o no son relevantes.

La regla de justicia se refiere a la justicia formal, es la que permite pasar de los casos presentes, a los casos futuros, requiere de un orden para la adecuación. Sin embargo cuando se trata de dar coherencia a una forma de resolver, entonces se invoca la regla de justicia. Sin embargo los resultados pueden no ser los deseables sobre todo cuando no consideramos las posibilidades futuras.

3.2.9. Argumentos de reciprocidad

Los argumentos de reciprocidad tienen la pretensión de aplicar a dos situaciones por medio de una noción de simetría, la regla de justicia.

En estos casos se adopta el punto de vista de un tercero claro que por ejemplo: el poder o prestigio social de una de las partes rompe la simetría, pues el tercero que es el oyente se ve influenciado por todo esto. El argumento de reciprocidad es una de las formas que toma la diplomacia que se ejerce de igual a igual.

“La argumentación cuasi lógica se hace posible con la condición de olvidar todo lo que diferencia las situaciones y reducirlas a lo que las vuelve simétricas.”¹⁰⁸

Las argumentaciones pueden invertir la simetría y buscar los puntos justo donde la situación es simétrica tomando puntos como la evaluación y la naturaleza del acontecimiento. Se

¹⁰⁷ Perelman, op.cit p. 309

¹⁰⁸ Idem. p. 343

pueden rechazar este tipo de argumentación derivado de concluir, que se trata de una relación no simétrica, pues en estos casos no se pueden utilizar este tipo de argumentos.

3.2.10. Argumentos de transitividad

La transitividad es una propiedad formal de ciertas relaciones que permite pasar de la afirmación de que existe la misma relación entre los términos a y b y entre los términos b y c, a la conclusión de que también existe entre a y c, las relaciones de igualdad, superioridad, inclusión, ascendencia, son relaciones transitivas.

Esta es considerada por Perelman como floja y poco formal.

3.2.11. El argumento pragmático

“Llamamos argumento pragmático aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a consecuencias favorables o desfavorables.”¹⁰⁹

Diremos que este tipo de argumentos están supeditados por el nexo entre los términos; de ésta forma la relación de causa y efecto está directamente relacionada con los argumentos de coexistencia.

Así existen elementos que evalúan las normas, pueden ser la fuente de la norma en el caso del derecho, como que surja de una costumbre indígena en donde lo indígena es menos valorado normativamente, un elemento de devaluación de la norma la puede sujetar o la puede justificar, de manera que este tipo de normas operan o parten de la esencia.

3.2.12. El fin y los medios

Existe una interacción entre los fines perseguidos y los medios empleados para conseguirlos.

“Los objetivos se constituyen, se precisan y se transforman, con arreglo a la evolución de la situación de la que forman parte los medios disponibles y aceptados.”¹¹⁰

Cuando los medios para alcanzar ciertos fines son accesibles; los fines parecerían deseables; no solo debe considerarse la posibilidad técnica, práctica o burocrática para valorar

¹⁰⁹ Perelman. op.cit. p.409

¹¹⁰ Perelman op.cit. p. 423

cuales fines son deseables y cuales no; también existen problemas de valoración y valoración moral.

La relación causal de los fines y los medios esta fijada en los objetivos que nos llevarían a la consecuencia de obtener tal o cual fin.

Los fines se transforman a veces en medios, la valoración de estos medios habría sido minimizada en su importancia instrumental, es decir el que un fin se convierta en un medio tiene que ver con que se reconoce un medio valorativo que había sido ignorado.

En ocasiones el orador parecerá perseguir ciertos medios, que se denominan aparentes, y que pueden sustituir en el afán de sorprender por medios reales.

“Para que un fin valore un medio, es preciso evidentemente que sea eficaz, lo cual no quiere decir, sin embargo, que sea el mejor.”¹¹¹

Si un medio ha comprobado que es ineficaz en la persecución de ciertos objetivos, se observa que quien persigue dicho medio, debe tener objetivos ocultos que sustituirá.

Es por esto que en medios argumentativos conocidos y usados comúnmente se debe de considerar la noción de persuasión.

Es así que todo lo que hacemos de manera intencional según Perelman debe tener una razón de ser, es decir no podemos argumentar inútilmente, eso sería ridículo.

3.2.13. La argumentación por el ejemplo

Este tipo de argumentación parte de la idea de que se puede generalizar o partir de una generalización, los casos particulares llevan a la formulación de una ciencia, dan como consecuencia una norma, que sería un recurso a la regulación de una conducta dada, la invocación de un precedente es una forma de argumentar por el ejemplo.

La argumentación por el ejemplo nos lleva a un tipo de argumentación que se llama de lo particular a lo particular, sin usar el argumento de la regla.

Esta argumentación sin embargo es fácilmente desdeñable, bien por que no exista coincidencia con la verdad histórica, bien por que toda generalización supone amplias posibilidades de oposición, el orador a través del ejemplo se compromete, al ponerse en la situación de otro, es como delatar los objetivos, los fines de manera inmediata.

¹¹¹Idem. p.423

Los argumentos por el ejemplo se sujetan a la frecuencia, y usan frases como a menudo, es común, etc. La jurisprudencia pretende determinar la frecuencia del sentido de las resoluciones para sentar precedentes, el problema consiste en la seguridad que se tiene de lo que es lo real, y si esas muestras representan una parte de esa realidad.

En realidad un juicio particular, nunca entra en completa contradicción con juicios universales, el caso particular puede debilitar un argumento o reforzarlo.

Así mismo se le podrá sostener restringiendo su campo de aplicación recurriendo, por ejemplo, a la noción de excepción: como en gramática o en lingüística, deja de ser absoluta la relación entre los acontecimientos vinculados por la ley.

Se pueden enumerar las situaciones posibles, pero este esfuerzo no contemplaría situaciones futuras, en estos casos subsistiría la noción de la regla.

Una forma de argumentar es referirse a la percepción generalizada de la regla, buscar que se admitan por el auditorio hechos que contradigan a la regla.

La argumentación por el ejemplo siempre debe tener la influencia de los aspectos dinámicos que las contienen.

A menudo el lenguaje precede al jurista, de esta manera el jurista puede darles un único significado ubicándolas en un caso particular.

3.2.14. La argumentación por analogía

“De modo más o menos explícito, se admite que la analogía forma parte de una serie, identidad semejanza-analogía, de la que constituye el grado menos significativo. Su único valor sería el de permitir la formulación de un hipótesis que se debe comprobar por inducción.”¹¹²

En derecho el razonamiento por analogía propiamente dicho se limita al parecer a la confrontación sobre puntos concretos, entre derechos positivos distintos por el tiempo, el espacio geográfico o la materia tratada.

La analogía es como una operación matemática de proporción, relacionada con simetrías, es decir existen ejemplos que son intercambiables, se refiere a dos o más casos particulares a los que se les puede aplicar la misma regla.

¹¹²Perelman. op.cit. p.569

La analogía de Perelman es la confrontación que puede hacer evidentes las diferencias entre las relaciones que se confrontan.

Es decir se trata de casos individuales emparentados, por una argumentación lógica que lo permite.

Cada vez que se buscan similitudes entre sistemas, se los considera ejemplos de un derecho universal; así mismo, siempre que se argumente a favor de la aplicación de una regla determinada a casos nuevos, se afirma, por eso mismo, que se está dentro de un único campo.¹¹³

3.2.15. La disociación de las nociones

“La experiencia, real o mental, la modificación de las condiciones de una situación y, más concretamente, en ciencias, el examen aislado de ciertas variables, podrán servir para probar la falta de enlace del cual se procurará, también presentar todos los inconvenientes”

La disociación de las nociones, como la concebimos nosotros consiste en una transformación más profunda provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad, nacida de la confrontación de una tesis con otras, ya se trate de normas hechos o verdades.¹¹⁴

Las soluciones prácticas permiten resolver las dificultades, evadir o evitar la incompatibilidad que se presente, con el transcurso del tiempo significaría que se sacrificó uno de los valores entrados en conflicto o incluso ambos valores, la *disociación de las nociones*, lleva aparejado un compromiso, implica el compromiso de modificar nuestra propia noción de lo real, y permite la reparación de la incompatibilidad.

De esta forma surgen nuevas nociones; éstas pueden ser lo suficientemente consistentes, y estar vinculadas de manera directa a la incompatibilidad, permiten resolverla, de esta manera la incompatibilidad es otra forma de disociación.

Perelman plantea como problema clásico de la filosofía la elaboración de un sistema conceptual, que siempre es original cuando resulta de una disociación de las nociones, y este sistema es el que permite resolver los problemas planteados.

Según Perelman el ámbito jurídico es el predilecto del compromiso por resolver las incompatibilidades.

¹¹³ Perelman. op.cit, p. 570

¹¹⁴ Perelman. op.cit. p.628

La función lógica de la síntesis es el compromiso, el progreso del derecho consistiría entonces en la elaboración de técnicas de solución de incompatibilidades, técnicas imperfectas que permiten conciliar exigencias opuestas.

El esfuerzo por resolver las incompatibilidades se extiende a todos los ámbitos del derecho y a todos los actores involucrados en su aplicación y elaboración.

Por ejemplo un juez debe delimitar la aplicación de una ley a cada caso práctico siendo éste quien proporciona la coherencia al sistema jurídico, introducirá distinciones destinadas a conciliar lo que sin ellas sería inconciliable. Lo que se pide a los juristas no es resolver una contradicción sino resolver una incompatibilidad.

3.2.16. Interacción y fuerza de los argumentos

Los argumentos están en constante interacción, esta interacción parte de diversos puntos de vista, y no es sólo entre estos unos con otros, sino además es entre éstos y el conjunto de situaciones argumentativas que los rodean, entre su conclusión y estos, y entre su conclusión y su objeto.

Los argumentos que se describen y que generan la interacción, toman una doble dirección, el análisis detallado de los argumentos, y los argumentos espontáneos cuyo objeto es el discurso.

Los juicios que son determinantes en la situación argumentativa, constituyen un conjunto de límites, que no se nombran de esta forma, pero que además son extensibles, según los campos argumentativos tenidos en cuenta.

Una tesis que se discute puede ser para uno el término del debate y para otro solo parte del debate, que llevará a una conclusión. Como el desglose de la realidad es diverso para quienes argumentan una opinión igual, una decisión igual, no es opuesta a la decisión en sentido contrario.

El poder de un argumento se manifiesta a través de su orden; a través de la dificultad que representaría rechazarlo por sus cualidades.

La fuerza de los argumentos variará de acuerdo con los auditorios y el objeto de la argumentación.

La forma de medir la fuerza de un argumento es a través de su posible resistencia a las objeciones, incluso aquéllas que no se tiene la intención de utilizar, pero que se podrían oponer a la argumentación.

Por ejemplo existen dos puntos de vista fundados en la disociación normal/norma, nunca son absolutos pues lo normal y la norma se definen de conformidad con el auditorio, cuyas reacciones determinan la medida de lo normal y cuya adhesión fundamenta las normas de valor.

La superioridad de la norma sobre lo normal sería correlativa a la de un auditorio sobre otro.

Si disociamos, la eficacia de una argumentación de la noción de que esta es válida, se logra que se disminuya su eficacia, incluso para aquel a quien se ha logrado persuadir.

“La interacción entre lo normal y la norma se produce en los dos sentidos si en ciertas circunstancias la eficacia suministra el criterio de lo válida, la idea que se tiene de lo válido no puede permanecer sin efecto sobre la eficacia de las técnicas orientadas a persuadir y a convencer.”¹¹⁵

Lo que es evidente es al mismo tiempo eficaz y válido, en nombre de lo evidente se descalifica un argumento eficaz.

La fuerza de los argumentos depende de un contexto, algunas veces el orador podrá abordar todos los temas y servirse de todo tipo de argumentos, otras su argumentación está limitada por la costumbre, la ley, los métodos y las técnicas propias de la disciplina en las que desarrolla su razonamiento.

Por lo tanto la realidad admite grados de realidad jerarquizados, ésta visión favorece la argumentación por analogía; el empirismo, los argumentos basados en hechos presentados como indiscutibles; el racionalismo, la argumentación por medio de principios, el nominalismo el recurso del caso particular. He aquí la noción del acto/esencia.

3.3. La teoría de la argumentación de Toulmin

Según Atienza, Toulmin parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con la manera como los hombres piensan argumentan e infieren de hecho y constatan, al mismo tiempo que la ciencia de la lógica se presenta, y se ha presentado históricamente desde Aristóteles, como una disciplina autónoma y despreocupada de la práctica.

“Toulmin se propone desplazar el centro de la atención desde la teoría lógica a la práctica lógica; no le interesa una “lógica idealizada, sino una lógica operativa o aplicada, y para

¹¹⁵ Idem, p. 701

efectuar esa operación elige como modelo no la geometría, sino la jurisprudencia. “La lógica podríamos decir es jurisprudencia, generalizada.”¹¹⁶

Un buen argumento, un argumento bien fundado es aquel que resiste a la crítica y en favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable.

La atención no está centrada en la forma de las premisas y de la conclusión dada sino que es una cuestión procedimental, en el sentido de algo que tiene que ser juzgado de acuerdo con criterios (sustantivos e históricamente variables) apropiados para cada campo de que se trate.

3.3.1. ¿Qué significa argumentar?

El punto de partida de Toulmin es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos. Aunque exista una gran variedad de usos del lenguaje, es posible distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El primero tiene lugar cuando las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos directamente sin necesidad de producir razones adicionales. Por ejemplo cuando se da una orden, se pide algo etc.

El razonamiento cambia en relación con las situaciones. Sin embargo; es posible plantear algunas cuestiones que son comunes: como cual es la estructura de los argumentos, es decir, de que elementos se componen los argumentos, que funciones cumplen dichos elementos y como se relacionan entre sí; otra es la de la fuerza de los argumentos, esto es, la cuestión de con qué intensidad y bajo que circunstancias el material presentado en la argumentación suministra un apoyo en relación con la presentación que se esgrime en la argumentación.

El término argumentación se usa para referirse a la actividad total de plantear pretensiones ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones refutando esas críticas etc. El termino razonamiento se usa con un sentido mas restringido que el anterior, para referirse a la actividad central, de presentar las razones a favor de una pretensión así como para mostrar de que manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.

¹¹⁶ ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, ED: Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 p 103-156.

Quien participa en un argumento manifiesta su racionalidad o su falta de racionalidad según que se muestre abierto al argumento; reconoce la fuerza de las razones o trata de replicar a ellas, o sordo al argumento; ignora las razones contrarias o replica a ellas con aserciones dogmáticas.

3.3.2. El modelo simple de análisis de los argumentos

En un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El primero de ellos, la pretensión viene a significar tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación.

El proponente tendrá que dar razones a favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes.

Los enunciados generales autorizan dicho paso, constituyen la garantía del argumento. La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de la naturaleza, etc. En todo caso, las garantías no son enunciados que describan hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. Podría decirse que mientras los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general que permite producir el resultado combinando de los ingredientes.

Por que mientras que siempre se necesita alguna razón para poder argumentar, el respaldo solo se hace explícito si se pone en cuestión la garantía.

Así la pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón en favor de una nueva pretensión, las razones pueden convertirse en pretensiones que necesitan, por tanto de un nuevo argumento para ser justificadas; y la garantía puede verse también como la pretensión de un nuevo argumento, en cuyo caso lo que antes era el respaldo pasará a cumplir ahora la función de las razones planteándose con ello la necesidad de una nueva garantía para pasar de las razones a la pretensión, etc.

Existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que se denomina condiciones de refutación.

La primera es que todos los elementos de la argumentación están conectados entre si de forma que entre ellos se de una fuerte dependencia. La segunda es que para que sea posible la argumentación y los argumentos adquieran fuerza, es necesario que existan puntos de partida en

común. Estos presupuestos comunes caracterizan cada una de las empresas racionales (derecho, ciencia, arte, negación, ética).

En consecuencia, el mundo de la argumentación y del razonamiento no está (partido) en muchos grupos comunicados, cada uno con sus maneras distintas de pensar y razonar en lugar de ello todos somos miembros de una comunidad racional y de esta manera, parte del jurado que tiene que decidir finalmente sobre la corrección de la argumentación.

3.3.3. Tipos de argumentos

Según Atienza, Toulmin había concedido una gran importancia a la distinción entre argumentos sustanciales y argumentos analíticos, que formulaba de esta manera, un argumento de D a C se llamará analítico si y solo si el respaldo para la garantía que autoriza (el paso de D a C) incluye explícita o implícitamente la información expresada en la conclusión. Cuando ocurre esto, el enunciado D, B y, por tanto C, será, por regla general, tautológico. Cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión enunciado D, B y, por tanto, C, nunca será una tautología el argumento será un argumento sustancial.

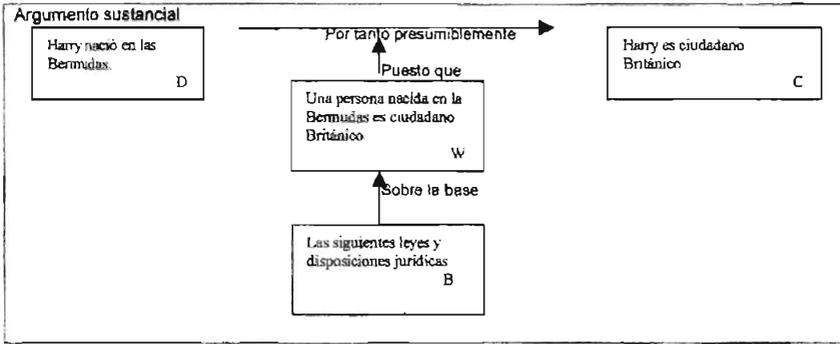
Analicidad, validez formal, deductibilidad y su carácter concluyente son cosas distintas, hay muy pocos argumentos que cumplen con estas cuatro características pero tampoco hay porque considerar que su conjunción haya de ser criterio general para juzgar acerca de la bondad de los argumentos.

Un argumento puede ser sólido aunque no sea analítico, no sea formalmente válido, sea inductivo y no permita pasar de manera necesaria a la conclusión.

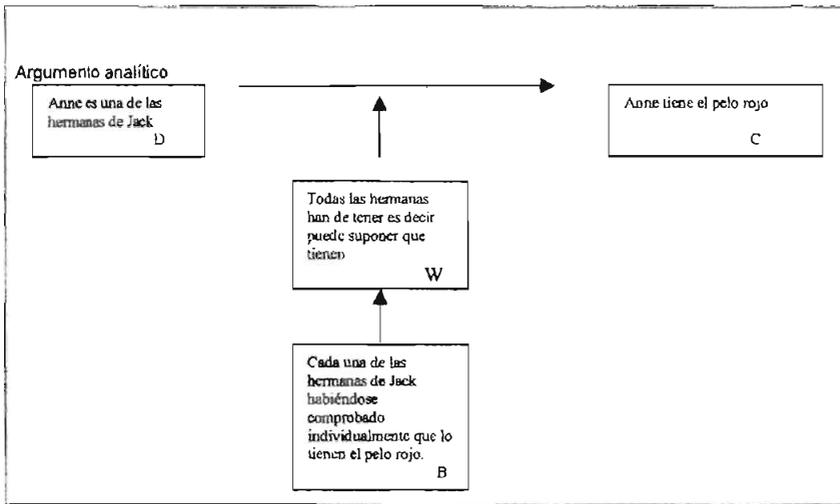
La división entre argumentos formales y no formales, puede considerarse como una reelaboración de la anterior distinción entre argumentos analíticos y sustanciales.

El argumento se ve como un cadena formal de proposiciones, uno de los sentidos de la expresión argumento sin que quepa plantearse cuestiones de relevancia externa; es aquél en que se usa el razonamiento correcto, tiene ese argumento fuerza en esta concreta situación vinculadas con la experiencia práctica y con el segundo sentido del argumento, (o entendido como interacción entre seres humanos). En los argumentos no formales por el contrario, interesan tanto las cuestiones de estructura interna, como las que tienen que ver con la relevancia externa. Como es obvio, la mayor parte de los argumentos que se efectúan y a los que dirige preferentemente la atención Toulmin son argumentos no formales. (CUADROS 1 Y 2).

CUADRO 1¹¹⁷



CUADRO 2¹¹⁸



3.3.4. Tipos de falacias

El estudio de los argumentos no sería completo sino se incluyera en el mismo a las falacias, esto es, las formas en que se argumenta incorrectamente. El modelo de análisis de Toulmin suministra un criterio para clasificar las falacias, que permiten incluir a estas en cinco categorías

¹¹⁷ Atienza Manuel. op cit. p 102

¹¹⁸ Idem. p 104.

diferentes, según 1) de falta de razones, 2) de razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades.

Cuando se comete la falacia consistente en evadir el problema, en apelar a la autoridad, en argumentar contra la persona, en argumentar *ad ignorantium*, en apelar al pueblo, a la compasión o a la fuerza aunque naturalmente no toda apelación a la autoridad, a la persona, etc. suponga cometer una falacia. Las falacias debidas a razones defectuosas aparecen cuando las razones ofrecidas en favor de la pretensión son del tipo correcto; sin embargo son inadecuadas para establecer la pretensión específica puesta en cuestión (podría decirse que lo que falla aquí es la calificación o la condición de refutación); dichas falacias pueden cometerse por efectuar una generalización apresurada (se llega a una conclusión con pocos ejemplos o con ejemplos atípicos), o porque un argumento se basa sobre una regla que es en general válida, pero no se considera que el caso en cuestión puede ser una excepción a la misma.

3.3.5. La argumentación jurídica

Además del estudio de las falacias, en una teoría de la argumentación es importante considerar las diversas conexiones existentes entre el lenguaje y el razonamiento, las peculiaridades de algunos tipos de razonamientos a los que se les suele reconocer una especial relevancia, la actividad de argumentar tiene características especiales según el campo o la empresa racional de que se trate. Toulmin distingue básicamente estas cinco, el derecho, la ciencia, el arte, los negocios y la ética.

Toulmin considera, como ya se ha dicho que de todas las instituciones sociales, el sistema jurídico es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento.

Por ejemplo las razones en las cuestiones de hecho son los medios de prueba admitidos en derecho (testimonios de testigos o expertos, prueba circunstancial, documental, etc). Mientras que en las cuestiones de derecho, como razones funcionarán no solo los hechos declarados probados por el tribunal de instancia, sino también decisiones de otros tribunales de apelación, normas, citas de autoridades, etc.

En las cuestiones de derecho, la garantía será una norma jurídica general o un principio jurídico.

Y algo parecido cabe decir en relación con el respaldo de la argumentación, que en un caso consistirá en la referencia al campo general de experiencia en que se asienta la garantía, y en otro en la indicación de que la garantía encuadra una norma o un principio vigente.

La empresa del derecho (el contexto en que cobran fuerza los argumentos jurídicos) no consiste únicamente en resolver casos concretos sino también en hacer que esas decisiones puedan servir como orientación para el futuro.

3.4. Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick

MacCormick trata de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano, mostrar que una teoría de la razón práctica debe ser completada con una teoría de las pasiones.

Construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que de cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos. De los aspectos formales y de los materiales.¹¹⁹

La argumentación práctica en general y la argumentación jurídica en particular, cumplen para MacCormick esencialmente una función de justificación. Esta función justificadora está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión; solo se puede persuadir si los argumentos están justificados, esto es, en el caso de la argumentación jurídica, si son conformes con los hechos establecidos y con las normas vigentes.

La argumentación explícita puede hallarse en las sentencias judiciales y está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión. Presuponiendo la idea de justificación, justificar una decisión jurídica quiere decir, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el derecho. El contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

Pretende que su teoría no sea simplemente prescriptiva, sino también descriptiva.

Pretende además que las decisiones jurídicas de hecho, se justifiquen precisamente de acuerdo con un modelo. En este segundo sentido, su teoría consistiría en la formulación de una serie de hipótesis falseables.

En fin, justificar una decisión práctica significa necesariamente una referencia a premisas normativas. Pero las premisas normativas no son, en opinión de MacCormick, el producto de una cadena de razonamiento lógico.

¹¹⁹ Atienza Manuel. op.cit. p.123.

Pero en definitiva, lo esencial es que gente honesta y razonable podría discrepar. Lo que nos hace adherirnos a determinados principios antes que a otros es tanto nuestra racionalidad, como nuestra afectividad.

3.4.1. La justificación deductiva

La expresión lógica suele usarse en al menos dos sentidos distintos. En un sentido técnico de la lógica deductiva el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos y las inferencias, las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias. Pero hay otro sentido en el que lógica viene a equivaler a justa; cuando una decisión jurídica tiene que estar justificada internamente y el sentido de la primera, es condición necesaria pero no suficiente para la segunda.

3.4.2. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles

La justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites. MacCormik efectúa una división cuatrimpartita cuyos elementos son; de relevancia, prueba, calificación y de hechos.

Un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cual sea la norma aplicable, (es decir, tenemos una norma de la forma $p \rightarrow q$) pero la norma en cuestión admite más de una lectura (por ejemplo, podría interpretarse en el sentido de $p \rightarrow q$, o bien $p \vee \neg q$).¹²⁰

Los problemas de relevancia plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no como ha de interpretarse una determinada norma, sino si existe una tal norma ($p \rightarrow q$) aplicable al caso.

Los problemas de prueba se refieren al establecimiento de las premisas menos (p), probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre la presente y partir de ellas, al inferir proposiciones sobre el pasado.

Finalmente, los problemas de clarificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), por lo que discuten los mismos integran o no un caso en que pueda subsumirse el supuesto de hecho en la norma.

¹²⁰ Idem. p.126

3.4.3. La justificación en los casos difíciles. El requisito de universalidad

Su tesis consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y en segundo lugar que la decisión en cuestión, tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia).

El requisito de universalidad, está implícito en la justificación deductiva cuando se justifica una determinada decisión.

De maneja semejante, explicar científicamente un acontecimiento implica no sólo mostrar sus causas, sino también sostener alguna hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto.

MacCormick llama a éste requisito exigencia de justicia formal de hecho y viene a coincidir con la regla de justicia formal de Perelman; en su opinión, tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) sobre todo, hacia el futuro.

Una decisión equitativa (en el sentido técnico de esta expresión) implica introducir una excepción en una regla general para evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también para cualquier otro caso de las mismas características.

3.4.4. Consistencia y coherencia

Aunque ninguna teoría puede ser concluyentemente probada como verdadera mediante un proceso de experimentación, si una teoría resulta corroborada, mientras que sus teorías rivales resultan falseadas, ello significa el adherirse a la primera y descartar la segunda.

Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas validadamente establecidas.

El requisito de consistencia puede entenderse y deriva por una parte de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente, por otra parte, de la obligación de ajustarse a la realidad en materia de prueba, las normas, con los hechos y las decisiones deben además ser coherentes aunque por otro lado, la consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia.¹²¹

En primer lugar, conviene distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa. Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios

¹²¹ Idem. p 127.

generales o de valores que a su vez resulten aceptables, en el sentido de que configuren cuando se toman conjuntamente una forma de vida satisfactoria.

Para MacCormick, principios y valores son esencialmente equivalentes, no entiende por valor simplemente los fines que de hecho se persiguen, sino los estados de cosas que se consideren deseables, legítimos, valiosos. (El valor de la seguridad en el tráfico por ejemplo: se correspondería con el principio de que la vida humana no debe ser puesta en peligro indebidamente por el tráfico).

La coherencia normativa es un mecanismo de justificación porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional. De acuerdo con la noción de universalidad en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido porque promueve la certeza del derecho. Pero se trata de una justificación formalista y relativa.

En definitiva la coherencia suministra una justificación débil y una exigencia negativa ante un mismo caso. Cabría articular dos o más decisiones coherentes que sin embargo fuesen entre sí contradictorias.

La coherencia narrativa suministra una tesis en relación a cuestiones de hecho.

La coherencia normativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él; mientras que en el caso de la coherencia narrativa no hay por que pensar en la existencia de algún tipo de verdad última, objetiva e independiente de los hombres, la coherencia siempre es una cuestión de racionalidad.

En opinión de MacCormick, *los principios* se caracterizan en primer lugar por ser normas generales lo que hace que cumplan una función explicativa (aclaran el contenido de una norma o de un conjunto de normas) y en segundo lugar por que tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación (si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa).

En consecuencia la diferencia entre las reglas y los principios es esta: las reglas (por ejemplo, las reglas del tráfico que ordenan conducir por la derecha, detenerse ante un semáforo rojo, etc) tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable: mientras que los principios (por ejemplo, de seguridad en el tráfico) expresan el fin a alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero un argumento basado en algún principio no tiene carácter

concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria. Los principios que dependen de valoraciones suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que juegan en sentido contrario.

3.4.5. Los argumentos consecuencialistas

Para MacCormick, los argumentos tienen que tener sentido en relación con el sistema y el mundo. Aunque MacCormick reconoce que en la justificación de una decisión en los casos difíciles, lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios, incluyendo aquí el uso de la analogía y argumentos consecuencialistas, lo que resulta decisivo en su opinión son los argumentos consecuencialistas en particular. Dicho de otra manera, la argumentación jurídica se construye dentro de los límites marcados por los principios de consistencia y coherencia con argumentos esencialmente consecuencialistas.

Para comprender la distinción entre consecuencia y consecuencialismo en primer lugar, conviene distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida, este, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo uno u otros resultados. A su vez, aquí hay que distinguir entre consecuencias conectadas causalmente con el resultado y otras consecuencias remotas que ya no diríamos que están conectadas causalmente con la acción.

Las consecuencias jurídicas se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pública, etc. Tales valores, por otro lado son al menos en parte, distintos en cada rama del derecho: por ejemplo en derecho penal un valor básico es la paz o el orden público mientras que en el derecho de contratos lo será, la libertad personal para perseguir determinados fines, etc.

De esta forma, la concepción consecuencialista de MacCormick puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas, razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica por que se considera correcta, buena en si misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior). En cierto modo la orientación conforme a fines y la orientación según un criterio de corrección son

dos caras de la misma moneda, pues los fines a tomar en cuenta son, en último término, los fines correctos de acuerdo con la rama del derecho que se trate.

Los límites de la razón práctica; son que aunque los argumentos consecuencialistas sean los decisivos para justificar una decisión frente a un caso difícil, no son sin embargo concluyentes, en el sentido de que, según MacCormick no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta.¹²²

3.5. Manuel Atienza

Desde la perspectiva de Manuel Atienza, existía desde los años 50 una insuficiencia en la lógica formal deductiva cuando se relacionaba con lo jurídico, esta insuficiencia habría iniciado la discusión que dio como resultado las *"teorías de la argumentación jurídica"* que según el propio Atienza, se subdividen en dos tipos de concepciones, los autores, Viehweg, Perelman y Toulmin, pueden considerarse como los precursores, y por otra parte MacCormick y Alexy representan la *"teoría estándar"*.

Para Atienza existen líneas fundamentales que deben guiar la discusión actual hacia una teoría plenamente desarrollada de la argumentación jurídica por lo que considera fundamental plantear un marco de análisis de las teorías ya existentes.

"Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cual sea el objeto, el método y la función de la misma"¹²³

Respecto al objeto de la teoría refiere que debemos partir de que la argumentación que se refiere a lo jurídico. Esta es una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo.

En segundo lugar, la teoría solo refiere a los razonamientos en la interpretación del derecho, su aplicación y la elaboración de la dogmática jurídica, sin embargo habría que considerar a la argumentación que tienen lugar en el ámbito de la producción del derecho. Para estudiar este aspecto convendría desde luego distinguir entre una fase prelegislativa, otra propiamente legislativa y otra postlegislativa.

¹²² Atienza Manuel. op.cit p. 143

¹²³ Atienza Manuel. op.cit p. 253

El legislador debe en su elaboración normativa según Atienza tener una racionalidad lingüística entendida en el sentido de que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir de forma inteligible un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico formal, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico previamente existente; una racionalidad pragmática, ya que la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética, en cuanto que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética.¹²⁴

Aquí Atienza se plantea si en el contexto del Estado de derecho es o no el ámbito legislativo, un caso especial del discurso práctico.

En tercer lugar se refiere a la aplicación del derecho: los teóricos de la teoría estándar únicamente se refieren a la adjudicación en el derecho y no contemplan lo que en un procedimiento ordinario es básico; que es la negociación.

Como cuarto presupuesto apunta que la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que ha de ser también descriptivo.

Tampoco está de acuerdo con que la teoría de la argumentación jurídica se limite al contexto de la justificación, sería importante que se extendiera al del descubrimiento. Es decir no solo como los juristas justifican sus decisiones o resoluciones sino también como llegan a esa decisión, cual es el proceso argumentativo, para lo que trata de organizar desde la lógica formal un esquema posible de argumentación.

Atienza se esfuerza por que todos los procesos lingüísticos de argumentación queden representados adecuadamente desde un esquema de la lógica formal, pero los distingue de los criterios que deban usarse para corregir los argumentos.

Su principal objeción a los criterios de racionalidad práctica es que son criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación.

El problema estriba en relación a los casos difíciles, como cuando los magistrados hacen un voto particular, ¿a cuál de las posturas podría llamársela irracional?.

¹²⁴ Atienza Manuel. op.cit. p. 238

Atienza considera la noción de racionalidad práctica, como necesaria en la operación e impulso de criterios como el de la equidad, de la discrecionalidad o de la racionalidad que sirvieran para los casos difíciles, por más que uno u otro criterio pudieran resultar difíciles.

3.5.1. Las funciones de la argumentación jurídica

El para que de una teoría de la argumentación en Atienza, refiere a los fines a que debe servir la misma, en el caso de la argumentación jurídica tiene tres funciones básicas, la teórico cognoscitiva, la práctica o técnica y la política o moral.

La función teórico cognoscitiva implicaría que al observar si la argumentación jurídica puede contribuir al desarrollo de otras disciplinas jurídicas o no y hasta qué punto nos permite una más profunda comprensión del fenómeno jurídico y de la práctica de argumentar.

Esto no se puede lograr dice el autor sin contemplar los avances que la argumentación tiene en ámbitos distintos al derecho, como la lógica, la filosofía, la lingüística, la psicología cognitiva, etc.¹²⁵

La función práctica o técnica de la argumentación jurídica es que debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, (construir sistemas jurídicos expertos). Una finalidad que resulta relevante de las funciones prácticas que encuentra se refiere a la enseñanza del derecho, el lo ubica en el aprender a pensar y razonar como jurista.

Para Atienza la argumentación jurídica debe comprometerse con una postura política y moral, crítica de los Estados democráticos y por lo tanto más realista.

La adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos, no agota el funcionamiento del derecho que también abarca instrumentos burocráticos y coactivos.

Para Atienza la postura de la teoría de la argumentación estándar plantea dos tipos de casos claros o fáciles (provee una respuesta correcta que no es discutida) y casos difíciles, (se caracteriza por que cabe suponer mas de una respuesta); estas posturas excluyen según Atienza el caso trágico, que es cuando no se encuentra una solución que no sacrifique un elemento o valor fundamental desde el punto de vista jurídico o moral.

3.6. Robert Alexy

Robert Alexy construye una teoría de la argumentación práctica general que es la base de su teoría de la argumentación jurídica.

¹²⁵ Idem, p. 250.

La metodología jurídica según Alexy puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas. Si es capaz de proporcionar reglas o procedimientos según los cuales se deba tomar la decisión.

El problema es como debe considerarse una decisión, cuando no sigue lógicamente tales reglas o procedimientos, o bien, adicionalmente a las formulaciones que hay que presuponer como normas vigentes y a los enunciados empíricos que hay que aceptar, se pueden obtener otros enunciados con contenido normativo. Es decir no es clara la decisión a tomar a partir de dichas reglas, tomando como ejemplo para esta discusión a los cánones de la interpretación jurídica.

De esta manera para Alexy, dependiendo de los cánones pueden ser los resultados. Considera que aún los cánones de la interpretación son discutibles, por no haber un criterio firme.

“Savigny por ejemplo diferencia entre el elemento gramatical, lógico, histórico, y sistemático de la interpretación. Según Larenz, hay cinco criterios: el sentido literal el significado de la ley según el contexto; las intenciones, teleológico, objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la Constitución, Wolff, por mencionar otro ejemplo conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica.”¹²⁶

Además refiere Alexy que las normas tienen el problema de la indeterminación, cada sujeto tiene su propio criterio o concepción sobre el objetivo de la norma, por esta razón los cánones de interpretación son insuficientes para la fundamentación de una decisión jurídica.

Si tratáramos de buscar en lugar de un sistema de reglas de fundamentación un sistema de enunciados del que puedan extraerse o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación. Entonces tal fundamentación a partir de un sistema sería concluyente en cualquier caso si este sistema estuviera compuesto sólo de enunciados deducibles de las normas presupuestas el problema de esto, es, que no existiría ningún contenido valorativo.¹²⁷

Si se partiera de un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico), surge la cuestión de como pueden obtenerse estos principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas.

¹²⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (Traducción), Manuel Atienza e Isabel Espejo, ED: Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1997. p.25

¹²⁷ Idem p.36

También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas; tanto en la praxis judicial como en la ciencia ponen de manifiesto que esta argumentación no tiene un carácter concluyente.¹²⁸

Desde el punto de vista de Alexy, al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados.

En cambio según Alexy, los funcionarios públicos no fundamentan sus decisiones en conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza en la interpretación, sino que tiene que valorar autónomamente que decidir y disponer como colegisladores.

Las convicciones de los funcionarios son entonces; según Alexy, convicciones normativas fácticamente existentes, o bien decisiones de un grupo profesional constituyen al menos en numerosos casos; la base no ulteriormente legitimada ni legitimable de la regulación de conflictos.

“La tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no hay casos en los cuales no existe ninguna duda sobre como se debe decidir, quien afirma que una decisión es clara da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias.”¹²⁹

Una clasificación como casos claros encierra una valoración negativa de todos los potenciales contra argumentos.

Según Alexy las posiciones que establecen que el decisor se puede dejar guiar por razones morales o por cualquier otro objetivo encierran el problema de las definiciones de lo moral o lo social, si bien está de acuerdo en que las valoraciones se deben orientar en un sentido moralmente correcto, la decisión se debiera ajustar a la valoración de la colectividad que no es determinable, sin embargo cuando se decide como juez independientemente de sus convicciones normativas la decisión es pronunciada en nombre del pueblo.

Para Alexy, las convicciones del pueblo se reflejan en el modelo que debe contenerlas en forma extendida y por otro lado dejar espacio para los criterios de lo correcto; la teoría de Alexy se basa en la creación de ese modelo.

¹²⁸ Idem p. 37

¹²⁹ Alexy Robert. op.cit. p 139

Las normas son según Alexy, cristalizaciones de puntos de vista divergentes, la teoría se basa en las formas y las reglas según las cuales los juzgadores deben y pueden fundamentar una decisión.

Los órdenes valorativos pueden siempre ser objetados, por lo que difícilmente se pueden crear este tipo de enunciados propuestos, la objeción central es que algunos de estos valores sirven al Estado para mantenerse como tal, como el valor de la igualdad.

Alexy pretende acercarse a los enunciados y refiere como se pueden construir.

“1. Los enunciados deben basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas;

2. Referirse a valoraciones que de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores),

3. Recurrir a principios suprapositivos,

4. Apelar a conocimientos empíricos excepto los presupuestos en (1)”¹³⁰

Alexy, da gran importancia a los conocimientos empíricos, en las fundamentaciones jurídicas pero sostiene que de ellos no se pueden deducir premisas normativas. Diversas valoraciones se pueden relacionar de manera diversa con cada caso concreto.

3.6.1. La argumentación jurídica

Para Alexy la argumentación jurídica se concibe como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como por ejemplo el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como discurso, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como discurso práctico. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.¹³¹

Las perspectivas desde las que se puede contemplar el discurso según Alexy, son diversas; pueden ser empíricas, analíticas o normativas.

“La perspectiva es empírica si en ella se describen o explican por citar solo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto

¹³⁰ Alexy Robert. *op.cit.* p 146

¹³¹ *Idem.* p. 123

de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos.

La perspectiva es analítica si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles. Es finalmente normativa si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico.

La postura seguida en este trabajo puede denominarse analítico normativa, ya que la elaboración de tales criterios incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones lo que se pretende desarrollar es una teoría analítico normativa del discurso jurídico.¹³²

El núcleo de la teoría general del discurso práctico racional de Alexy lo forman cinco grupos de un total de veintidós reglas explícitamente formuladas así como un total de seis formas de argumentos. La formulación explícita de estas reglas de acuerdo al autor, tendría como su objetivo entre otros el hacer aparecer más claramente sus defectos.

En forma de ejemplo transcribiré las reglas fundamentales:

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse
- (1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes
- (1.3') Todo hablante solo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados¹³³

Para Alexy, las reglas formuladas representan un código de la razón práctica, al referirse a los defectos contenidos en las reglas tales como su incompleta enumeración, el carácter superfluo de algunas reglas y también la insuficiente precisión de su formulación, hasta un punto que no se vuelvan carentes de sentido.

Alexy parte de las teorías en el campo de la ética analítica de Stvenson, Hare, Toulmin y Baier, de la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la teoría de la deliberación práctica de la Erlangen, así como de la teoría de la argumentación de Perelman.

¹³² Alexy Robert. op.cit p.123

¹³³ Ídem. p 283

El objetivo de la creación de las reglas es que su adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección.¹³⁴

Las reglas del discurso práctico racional no prescriben de que premisas se debe partir, indican como se puede llegar a enunciados normativos fundamentados contando con la adopción de la interpretación del hecho empírica.

Se puede considerar como tarea de la teoría del discurso, precisamente el proponer reglas que permitan una discusión racional, pero que sean tan débiles que personas con puntos de vista diversos pudieran estar de acuerdo con ellas.

Alexy pone énfasis en la necesidad de partir de los elementos empíricos de los que parte el discurso, considerando que estos funcionan mejor en los casos especiales en que el proceso de fundamentación o reflexión se realice según los criterios del discurso práctico general; la fundamentación jurídica sirve para el proceso de legitimación del resultado obtenido, (tesis de la secundariedad, que afirma que la fundamentación es una fachada jurídica): la argumentación jurídica llega hasta un punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, por lo que entra en juego la argumentación práctica general.

El uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales. Esta concepción que puede ser caracterizada con la expresión tesis de la integración será la que se adoptará aquí.

3.6.2. La delimitación de la tópic

Según Alexy quien quiere iniciar un examen de argumentación jurídica debe pasar por el análisis de la tópic y en su trabajo no la pasa de largo, el entiende por “tópic”: 1) una técnica de búsqueda de premisas, 2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y 3) una teoría del uso de éstas premisas en la fundamentación jurídica.

La concepción de la tópic, como una teoría sobre la naturaleza de las premisas es mas interesante; quien argumenta tópicamente no parte por un lado de enunciados demostrados como verdaderos, pero por otro lado, tampoco parte de enunciados arbitrariamente establecidos, sino de enunciados verosímiles, posibles, generalmente aceptados o probables.

Alexy, considera problemático el uso de premisas en la fundamentación, de juicios singulares, pues considerar todos los puntos de vista, no refiere a que punto de vista debe

¹³⁴ Idem. p 37

prevalecer y cuales son los puntos de vista a considerar, por lo que coincide con Viehweg, en que el discurso es la única instancia de control.

Es así que la tesis que Alexy considera debe mantenerse es aquella en que son posibles las decisiones racionales y que se deriven de discusiones racionales. El caso en que la ley escrita no cumple su función de resolver estrictamente un problema jurídico la decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad.

Alexy se centra en explicar que se entiende por argumentación racional y razón práctica. Parte de la consideración de Esser, de que la búsqueda de un consenso sobre la racionalidad de una solución, en el marco de las alternativas legales dadas constituye el auténtico proceso de convicción sobre el derecho. (El decisor se anticipa a una idea colectiva creando interlocutores que responden a argumentos racionalmente comprensibles).

Alexy afirma que son necesarios estudios analíticos, sobre la estructura de la argumentación en la toma de las diversas decisiones en los diferentes ámbitos, así como de la estructura de la argumentación en el proceso de las cadenas de decisiones, éstas investigaciones se deberán completar con argumentos empíricos.

Finalmente anotaremos que Alexy considera que no existe una forma de argumentar jurídicamente que nos de una seguridad de racionalidad, pero no por ello debemos renunciar a una teoría de la argumentación jurídico racional.

Para Alexy el cumplimiento de ciertas reglas, es lo que constituye el carácter racional de la argumentación jurídica.

Concluye diciendo que en la medida que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general como criterio hipotético de corrección para los enunciados normativos. Las reglas de Alexy contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argumentaciones que tienen lugar de hecho. Y constituyen una medida de racionalidad con que pueden contrastarse las limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso.¹³⁵ "Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y de la justicia, por esto en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente, ello presupone un orden social racional y justo."¹³⁵

¹³⁵ Alexy Robert. *op.cit.* p. 280

3.7. Gonzalo Rodríguez Mourullo

La escuela de la argumentación jurídica tiene como una de sus pretensiones principales que su discurso perme a los juristas como parte de la teoría del derecho; los teóricos de las diversas ramas del derecho sin embargo aún van ha tardar algún tiempo en asimilar que la lógica jurídica de la argumentación es un instrumento de resolución de conflictos, incluso procesal.

“El predominio de la lógica formal de corte matemático se enseñoreó también del campo del derecho e hizo olvidar a los juristas que en su labor emplean, además de argumentos lógico formales, razonamientos que no obedecen en absoluto a la estructura de la lógica formal, sino a otras técnicas de pensamiento, como la tópica y la retórica, que ya en la antigüedad clásica se habían considerado especialmente idóneas para guiar las controversias jurídicas.”¹³⁶

Según Gonzalo Rodríguez, el fallo judicial no es nunca la conclusión necesaria de un silogismo, sino siempre una decisión que como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones. Mientras en el silogismo la verdad de las premisas se traslada necesariamente a la conclusión siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión.

El propio ordenamiento jurídico al establecer el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, tomó como punto de partida la idea de que la cuestión debatida puede ser objeto de soluciones diversas.

Dice Gonzalo Rodríguez, si los razonamientos analíticos son aquéllos que parten de unas premisas necesarias o por lo menos indiscutiblemente verdaderas, y conducen gracias a inferencias válidas a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Los razonamientos analíticos transfieren la necesidad o la veracidad de las premisas a la conclusión.

Refiere que es imposible que la conclusión no sea verdadera si se razona correctamente a partir de unas premisas verdaderas. Lo que garantiza la validez del razonamiento es la forma.

La lógica que estudia las inferencias se llama lógica formal, por que la única condición que exige para garantizar la veracidad de la conclusión, si las premisas son ciertas; es que los símbolos empleados en el silogismo (A,B,C...) se reemplacen cada vez que se presenten, por los

¹³⁶ RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo, *Aplicación Judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Ed. Civitas, S. A. Madrid (España), Primera edición 1988.

mismos términos de la misma manera que en álgebra la veracidad de la ecuación $X=X$ presupone que se sustituya siempre la letra X por el mismo valor numérico.

Según este autor en un proceso judicial no nos hallamos en el mundo de las premisas incontestables que a través de una demostración analítica conducen a una conclusión necesaria, sino en el reino de lo opinable, de lo discutible, en el marco de lo dual, de las dos verdades, la duda y el duelo dialéctico que abre paso a la decisión final es decir, a la elección de una entre las varias soluciones posibles, porque la sentencia no encierra nunca la justificación absoluta.

Los representantes de las partes que son abogados son especialistas en persuadir o convencer al juez, su relato no es nunca desinteresado, siempre tiene una intencionalidad, para apuntar hacia la solución pretendida. Las argumentaciones son entonces o retóricas o tópicas.

El autor llama a la lógica jurídica de lo humano o de lo razonable; refiere que es una razón impregnada de puntos de vistas estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas que además lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.

No coincide con Perelman, considera que no se trata de renunciar a la comprensión sistemática y por ello en definitiva científica del derecho. El uso de la lógica formal en el derecho es correcto pero no es necesario; la argumentación de tipo jurídico no esta regida por la lógica formal de hecho pensar de esta forma según el autor sería peligroso, considera que los jurisconsultos del pasado contaban con mejores instrumentos argumentativos que los juristas actuales.

El pensamiento jurídico es un pensamiento aporético, por tanto problemático, deliberador y en si argumentativo, en donde se pesa cada argumento y su fuerza para sacar una conclusión.

El destino de la ciencia jurídica impuesto por la propia naturaleza de su objeto, es servir a una función práctica, que es regular con justicia los casos de la vida. Esto se lograría obteniendo la solución más razonable.

La lógica formal puede conducir a interpretaciones jurídicas con conclusiones disparatadas, injustas, si una deducción produce resultados no validos, hay que usar mejor la invención.

Ante el problema debatido se van introduciendo en la argumentación jurídica nuevos puntos de vista, y como la cadena de conclusiones que éstos abren rara vez es larga, puesto que se interrumpe continuamente por la irrupción de nuevos criterios. Se produce de esta suerte una trama que es lo menos parecido a la axiomática propia de la lógica formal.

Aunque las aportaciones ya realizadas son sumamente interesantes, queda aun por desarrollar una apasionante tarea en el marco de esa lógica de la persuasión que caracteriza a la argumentación jurídica.

“El jurista experimentado y más seguramente el jurista práctico o lo menos el jurista teórico que no confunda la ciencia con la clasificación o la ordenación seudológica o didáctica del material normativo o doctrinal siente su trabajo inmediatamente reconocido. Tiene el indiscutible mérito de haber reafirmado que la jurisprudencia es, y no puede dejar de ser, fundamentalmente jurisprudencia de problemas, y que el pensamiento jurídico es esencialmente problemático antes que analítico. A tales obras corresponde, en definitiva, el acierto de haber subrayado en palabras de Villey que el arte del derecho es polifónico y que por tanto, aplicar al derecho solamente la lógica monódica hecha para el matemático, es como interpretar una sinfonía con un solo instrumento”.¹³⁷

3.8. Arturo Berumen Campos

Este filósofo mexicano integra a la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de la dialéctica jurídica, esto lo logra tomando como punto de partida las teorías de Alexy, Hegel, Habermas y Perelman, reconociendo que la estructura de la teoría que el denomina, de la argumentación dialéctica jurídica aún es susceptible de incorporar a algunos otros autores.

Berumen parte de la idea de que tanto las leyes, las premisas universales, como el lenguaje de los hechos; en tanto premisas particulares, pueden ser oscuros y por tanteo ambiguos, y al requerir interpretación dejan de ser universales, las conclusiones, tanto de las leyes como de los hechos, pueden ser y de hecho son, cuando menos dos, pues son dos las partes en un proceso judicial. La determinación de la interpretación seleccionada por el juez, no puede hacerse por tanto mediante la lógica únicamente, sino mediante la argumentación, pues su grado de certeza es sólo probable.¹³⁸

Retomando a Perelman este autor construye las bases de su teoría, y explica: la tópicos son los lugares comunes o puntos de partida de una argumentación, los argumentos que el auditorio considera aceptables, por lo que un lugar común es un argumento comúnmente aceptado por un auditorio, el auditorio es el que calificará las razones de fuertes o débiles, una razón es más fuerte

¹³⁷ Idem. p.34

¹³⁸ BERUMEN, Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Ed, Cárdenas Editor Distribuidor. 1ª Edición, México 2003, p 289

en la medida en que es capaz de convencer a más auditorios y una razón es más débil en la medida en que es capaz de convencer a menos auditorios. El argumento fuerte es el que convence al auditorio universal, un argumento débil convence a un auditorio en particular. Un argumento racional busca convencer a un auditorio universal. Quien argumenta parte de la idea que el auditorio tiene la razón.¹³⁹

El elemento más relevante de la aportación de Berumen a la argumentación jurídica es el colocar dentro de su teoría a la dialéctica, el la define como la contradicción del tópico que sirve de punto de partida de una argumentación, y agrega que la contradicción del tópico inicial debe realizarse en el momento oportuno y mediante las figuras adecuadas.

Las figuras retóricas, tan desprestigiadas hasta hace poco, son las formas mediante las cuales se puede realizar, argumentativamente, el paso del tópico común a la contradicción dialéctica, sin que el auditorio tenga que renunciar del todo a su creencia, la cual se modifica tan solo parcialmente. Es decir, mediante la retórica se puede realizar la “aufheben” hegeliana, es decir, la superación y la conservación, a la vez del lugar común, o en otras palabras, la conclusión de una argumentación es el mismo punto de partida común, sólo que redeterminado, retóricamente.¹⁴⁰

Este autor desarrolla un esquema básico de argumentación usando los procedimientos de disociación de las nociones, de incompatibilidad, de ruptura y enlace de Perelman.

Lo que el esquema pretende es señalar, únicamente, que podría resultar más adecuado argumentar, mediante una técnica de enlace la existencia de un derecho o de una permisión y podría ser también mas adecuado contraargumentar con un técnica de desenlace, la inexistencia de este derecho permisión. Del mismo modo, el esquema pretende decir que sería más adecuado argumentar mediante una técnica de desenlace la inexistencia de un prohibición y contraargumentar lo contrario con una técnica de enlace. La idea es cuestionar los enlaces y desenlaces que se realizan en la argumentación.

Sin embargo se presenta un conflicto cuando se trata de argumentos naturales contruidos para ser aceptados, es aquí donde es importante la relación entre la argumentación jurídica y la lógica de lo razonable, rescatando que ambas parten del problema al sistema y no al revés, y reconsiderando que la lógica de lo razonable que integra a la argumentación los elementos del

¹³⁹ Idem. p297.

¹⁴⁰ Berumen Campos. op. cit. p.. 332

sistema, para considerar su síntesis con la razón, permaneciendo en el punto medio que también busca la argumentación jurídica.

3.8.1. La argumentación dialéctica jurídica

Según Berumen en la estructura de la argumentación jurídica, podemos distinguir cuatro momentos: el planteamiento del problema, la justificación interna, la justificación externa y la ponderación. El problema consiste en *un acto de habla cuyo elemento ilocucionario es una duda o interrogación y cuyo elemento proposicional puede ser la interpretación de normas jurídicas, la valoración de pruebas o la determinación de las consecuencias de derecho*, mediante la justificación interna se establecen las posibles soluciones al problema esta argumentación es la puramente lógica; la justificación externa es la que busca las posibles soluciones, y cuyo elemento ilocucionario es un tópico o canon y cuyo elemento proposicional es un argumento o un contraargumento.¹⁴¹

Los cánones que retoma este autor de la antigua retórica, el semántico, el sintáctico, el pragmático, el genético, el histórico y el teleológico. A estos cánones agrega dos más, el canon de autoridad y el ético.

Ahora bien los cánones nos ayudan a visualizar todas las posibles soluciones, la ponderación se refiere al juicio equilibrado de los argumentos a favor o en contra e cada solución dentro de cada canon y entre los cánones relevantes con respecto del problema jurídico que se trata de resolver.

“La ponderación es la consideración sopesada y justificada del valor de todos los puntos de vista, de todos los aspectos o de todos los tópicos del problema jurídico que se quiere resolver.”¹⁴²

Finalmente Berumen considera que existen convergencias entre la dialéctica y la argumentación. En la teoría de la argumentación la colocación de la contradicción se manifiesta en el desarrollo de los argumentos y de los contraargumentos de enlace y de disociación dentro de cada uno de los cánones.

¹⁴¹ Berumen Campos. op. cit. p. 350

¹⁴² Ídem. p. 352

De este modo se precisa la postura de las partes, la ponderación de los cánones es la mejor forma de soportar la contradicción de las soluciones posibles, en una actitud hipotética. Aunque la solución a un problema jurídico no siempre pueda ser el resultado de una síntesis dialéctica ni sea el resultado de un consenso, es indudable que la mejor solución sería el resultado de una redeterminación argumentativa por medio de un consenso regulativo ideal.¹⁴³

¹⁴³ *Idem.* p. 361

Capítulo 4

Análisis argumentativo de una controversia constitucional promovida por los pueblos indígenas en contra de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas.

4.1. Los medios de impugnación de la Constitución

En el Estado mexicano se han desarrollado medios de impugnación que suponen lograr equilibrio en la balanza de los poderes que integran la unión; es decir realizar un control jurídico del poder del Estado, controlar la constitucionalidad.¹⁴⁴

El control de la constitucionalidad es un control jurídico aún cuando el alcance de las resoluciones judiciales pueda tener efectos políticos, o que por su fuerza adquirieran el carácter de decisión política respecto de otros órganos constituidos.¹⁴⁵

El poder judicial cumple un papel de control; no solamente respecto del poder legislativo, también respecto del ejecutivo y en muchas ocasiones por el tipo de funciones que realiza se convierte en un factor de control de la estructura federal de un Estado, principalmente en virtud de la distribución de competencias entre los Estados y la federación.

El control judicial de la constitucionalidad puede ser preventivo y su principal efecto sería impedir que la ley que contravenga formal o materialmente a la Constitución, entre en vigor o bien que se modifique y pase de nuevo a discusión. El control puede ser también posterior, cuyo efecto sería anular la ley inconstitucional o privarla de validez para el caso determinado.

¹⁴⁴ HUERTA, Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 1ª Edición, Ed, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998. p 160

¹⁴⁵ FIX ZAMUDIO, hace referencia a que en la doctrina contemporánea se han empleado hasta cierto punto como equivalentes las denominaciones de control, defensa, justicia, jurisdicción, garantías y derecho procesal, todas ellas con el calificativo de "constitucional"; pero si analizamos estos términos de manera precisa podemos concluir que poseen diverso contenido, ya que, en primer lugar, "control" constituye un vocablo muy genérico, que posee la significación más amplia pues comprende todo tipo de instrumentos que se utilizan para lograr la efectividad de la normativa constitucional. La defensa constitucional, abarca tanto mecanismos de protección, como los dirigidos a la solución de conflictos, en tanto que jurisdicción, garantía y derecho procesal" constitucional, poseen una connotación mucho más restringida, pues se refieren a los instrumentos estrictamente procesales, que implican el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido propio. En vista de lo anterior, preferimos emplear la expresión justicia constitucional no solo por que es la que se emplea en nuestro concepto es más amplia que las estrictamente procesales ante mencionadas, sin llegar a la ambigüedad de las palabras "control" y "defensa", puesto que dicho vocablo abarca no solo la jurisdicción si no también otros instrumentos de solución de conflictos constitucionales que no realizan esa función. FIX, Zamudio, Héctor, *La justicia Constitucional en el ordenamiento Mexicano*. Ed, Porrúa, México. 2000. p123.

La cuestión radica en que la inconstitucionalidad no es evidente; por lo tanto se requiere de órganos especializados con la capacidad de analizar las normas y de realizar la evaluación de la constitucionalidad. La función de control de la constitucionalidad, es atribuida a los órganos judiciales puesto que es en un proceso judicial, donde el problema es detectado.

Existen diversas formas de control de la constitucionalidad, sus efectos nos permiten garantizar el orden constitucional y producir un efecto de control del ejercicio del poder, reforzando así la validez sistemática de nuestro ordenamiento y también su eficacia, estos medios son: el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Los pueblos indígenas ingresaron a la Suprema Corte todos los recursos, pero nosotros aquí solo analizaremos uno, la controversia constitucional.

4.1.1. La controversia constitucional

Las controversias constitucionales tienen por objeto conocer de asuntos entre los miembros de la Federación y sus órganos de gobierno cuando tengan carácter controversial, excepto cuando versen sobre materia electoral. Como órganos no se incluye al Poder Judicial, ya que este dirige el conflicto.

La controversia constitucional se centra en la posible invasión de esferas competenciales, y puede referirse tanto a actos concretos de autoridad como a disposiciones generales.

Por otra parte, implica la revisión de la constitucionalidad de actos y disposiciones generales de los diferentes órganos de gobierno. Al hablar de actos se refiere al sentido más amplio de la palabra, es decir, a todos aquellos realizados por la autoridad en ejercicio de sus funciones, sean administrativas, legislativas o judiciales, salvo en los casos en que se haya previsto expresamente un procedimiento especial. El término "disposiciones generales permite dejar abierta la puerta para la impugnación de todo tipo de actos normativos independientemente de su rango o del órgano emisor, siempre y cuando no se trate de normas individualizadas."¹⁴⁶

¹⁴⁶Idem. p.141

4.2. Resumen de las controversias constitucionales presentadas por los pueblos indígenas.

El siguiente resumen se elaboró con la información extraída de las sentencias, recaídas a las controversias constitucionales 0044/2001, 0066/2001, 0082/2001, promovidas por municipios indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁴⁷

I. Fundamento para interponer controversias constitucional: en contra de la reforma constitucional en materia indígena, publicada el 14 de agosto del 2000

A) Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos,

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I.-De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a)...
- b). La Federación y un municipio;
- c),d),e)...
- f). El Distrito Federal y un municipio;
- g),h),i)...
- j). Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y

B) Ley reglamentaria del artículo 105

Artículo1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo10. Tendrán el carácter de parte en las controversias constitucionales:

- I. Como actor, la entidad, poder u órgano que promueva las controversias constitucionales;
- II. Como demandado, la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general pronunciada o el acto que sea objeto de la controversia;

¹⁴⁷ www.scjn.gob.mx

III. Como tercero o terceros interesados, las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que sin tener el carácter de actores o demandados, pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse, y

IV. El procurador general de la república.

C) Convenio 169 de la OIT

Artículo 12. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

D) Ley orgánica del poder judicial de la federación

Artículo 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en pleno:

I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos;

2. La estructura de las controversias

I.- Actor:

Síndico municipal del ayuntamiento municipal demandante

II.- Demandados:

- a) El congreso de la unión: la cámara de senadores y la cámara de diputados.
- b) Las legislaturas de los siguientes Estados de la federación: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, y Yucatán, con domicilio público y conocido en cada una de sus capitales correspondientes.
- c) La comisión permanente del congreso de la unión, y

d) El poder ejecutivo federal.

III. Actos reclamados:

a) Al congreso de la unión, concretamente a la cámara de senadores, en calidad de cámara de origen, y parte del proceso legislativo de reforma constitucional en materia indígena, el acto por medio del cual aprobó, con fecha 25 de abril de 2001, el dictamen por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, según se desprende del diario de debates de ese día 25 de abril, se le reclama dicho acto procedimental por considerarlo inconstitucional y no ajustarse a derechos previos reconocidos a los pueblos indígenas.

Concretamente, a la cámara de diputados, se le reclama el acto por virtud del cual, en su calidad de cámara revisora y parte del proceso legislativo, con fecha 28 veintiocho de abril de 2001, aprobó el decreto de reforma por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, según se desprende del diario de los debates número 17 del año I, correspondiente al día sábado 28 veintiocho de abril del año 2001, se le reclama dicho acto procedimental por considerarlo inconstitucional y no ajustarse a derechos previos reconocidos a los pueblos indígenas.

b) De las legislaturas de los estados libres y soberanos de: 1. Aguascalientes, 2. Jalisco, 3. Querétaro, 4. Quintana Roo, 5. Sonora, 6. Tabasco, 7. Coahuila y 8. Michoacán

Se les reclama, como parte del proceso legislativo de las reformas constitucionales, los actos por virtud de los cuales llevaron a cabo la aprobación de las mismas, incumpliendo la votación necesaria que para ello se requiere, según lo establece el artículo 135 constitucional.

De las legislaturas de los Estados libres y soberanos de: 1. Veracruz, 2. Puebla, 3. Colima, 4. Aguascalientes, 5. Querétaro, 6. Campeche, 7. Baja California Norte, 8. Guanajuato, 9. Durango, 10. Quintana Roo, 11. Coahuila, 12. Jalisco, 13. Sonora, 14. Tlaxcala, 15. Nuevo León, 16. Tabasco, 17. Nayarit, 18. Michoacán y 19. Chihuahua,

Como partes en el proceso legislativo de las reformas constitucionales, se les reclama la aprobación del dictamen del proyecto de reformas constitucionales en materia indígena, que realizaron mediante los decretos aprobatorios correspondientes.

De las legislaturas de los Estados de: 1. Yucatán 2. Tamaulipas: Se les reclama el acto de omisión, consistente en no ejercitar la facultad que tienen de aprobar o rechazar las reformas constitucionales en referencia, como parte del proceso legislativo, de conformidad con el artículo 135 de la carta magna.

c) De la comisión permanente del congreso de la unión se le reclama:

1. El cómputo que realizó con fecha 18 de julio del 2000, de los votos emitidos por las legislaturas de los Estados respecto al decreto de reformas en materia indígena;

2. Las declaraciones que emitió en el sentido de haber sido aprobadas las supuestas reformas constitucionales, así como el decreto respectivo publicado que contiene el cómputo y la declaración señalada, sin haber recibido los votos de las legislaturas de todos los Estados.

d) Del presidente constitucional de los estados unidos mexicanos, el C. Vicente Fox Quezada, se le reclama el decreto de fecha 14 de agosto del año en curso, por virtud del cual ordenó la promulgación y publicación de las reformas constitucionales que se impugnan.

e) A todas las autoridades anteriores se les reclama: 1. El incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos indígenas contraídas por el Estado mexicano, con lo cual viola la Constitución en su parte conducente.

El procedimiento de reforma constitucional en materia indígena que se combate por inconstitucional concluyó con la publicación del decreto respectivo que fue publicado oficialmente por el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001, fecha con la cual me doy por enterado del mismo.

Es de importancia señalar que con la publicación del decreto de las reformas, se pretende elevar a rango constitucional diversas disposiciones en materia indígena, que resultan inválidas, toda vez que el procedimiento legislativo del que derivan, adolece de serias violaciones al debido proceso por no ajustarse a derechos previamente reconocidos a los

pueblos indígenas, por lo que se solicita a la H. Suprema Corte de Justicia de la nación se declaren inválidas y en su caso, se reponga el procedimiento en referencia.

IV. Preceptos constitucionales violados:

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículos 1, 4, 14, 16, 115 Fracciones de la I a V, Sobre las facultades de los municipios, 133, 135.

Convenio 169

Artículo 1. 1. El presente convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial:

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2. 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3 1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente convenio.

Artículo 4. 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6 I. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan,

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

V. Antecedentes

a) La lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos

b) Importancia y fundamento jurídico del convenio 169

c) La validez de las normas jurídicas, en relación con la Constitución

d) La supremacía constitucional, art. 133

e) Validez de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano.

f) Reformas al marco jurídico nacional

g) Levantamiento zapatista, acuerdos de San Andrés, propuesta comisión de concordia y pacificación

h) Procedimiento de reforma constitucional 2001

i) Descripción del pueblo indígena que demanda

VI. Conceptos de invalidez

1. De las autoridades demandadas se reclama el incumplimiento del debido proceso que establece el artículo 135 de la Constitución federal para modificar o adicionar a la misma, respecto a las reformas que pretenden ser normas constitucionales en materia indígena, mismas que fueron publicadas el pasado 14 de agosto de 2001, en el diario oficial de la federación. Se les reclama el procedimiento legislativo por no haber consultado a los pueblos indígenas, de conformidad con el convenio 169 de la OIT, violando con ello, diversas disposiciones establecidas, entre otros artículos, el 4, 14, 16, 133 y 135 de la propia Constitución general de la república.
2. A las legislaturas de los Estados libres y soberanos de Aguascalientes, Jalisco, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Coahuila y Michoacán, se les reclama, como parte del proceso legislativo, los actos por virtud de los cuales llevaron a cabo la aprobación de las mismas, incumpliendo la votación necesaria que para ello se requiere, según lo establece el artículo 135 constitucional federal.
3. De la comisión permanente del congreso de la unión se le reclama la violación al artículo 135 de la Constitución federal, toda vez que con fecha 18 de julio de 2001, realizó el cómputo de los votos emitidos por las legislaturas de los Estados respecto al decreto de reformas en materia indígena, resolviendo vía decreto la aprobación de las mismas por la mayoría de los congresos estatales y solicitando al ejecutivo federal la promulgación y publicación de las mismas.
4. De las legislaturas de los Estados de Yucatán y Tamaulipas se les reclama el acto de omisión, consistente en no ejercitar la facultad que tienen de aprobar o rechazar las reformas constitucionales en referencia, como parte del proceso legislativo, de conformidad con el artículo 135 de la carta magna, el cual establece que el poder constituyente, estará integrado por las legislaturas de los Estados quienes aprobarán o rechazarán las reformas, modificaciones y adiciones, que se pongan a su consideración sobre la Constitución política federal, sin embargo, en el caso que nos ocupa, los congresos estatales referidos haciendo caso omiso de su obligación constitucional, dejaron de ejercitar su responsabilidad representativa de la población que integra sus respectivas

entidades, compuesta por población indígena, sector al cual impactará la reforma que se combate.

5. Violación del derecho del municipio de ejercer sus facultades de organización, representación y gobierno, contenidas en los artículos 4 Y 115 de la Constitución general de la república, en relación con la Constitución política del estado de Oaxaca, la ley orgánica municipal del mismo estado y por el incumplimiento de lo establecido por los artículos 2 y 8 del convenio 169 de la OIT.

6. Violación de la obligación que tienen las autoridades señaladas como responsables de guardar y hacer guardar la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, contenida en los artículos 87 y 128 de la misma y en los correlativos de las constituciones políticas de las entidades federativas de las legislaturas de los Estados señaladas como demandadas, por la violación a las garantías de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, al no dar cumplimiento al procedimiento legislativo como lo establece el marco jurídico.

7. Violación de la obligación que tiene el Estado mexicano de cumplir sus compromisos internacionales.

4.3. Análisis argumentativo de una controversia constitucional en materia de derechos y cultura indígena

Los argumentos contenidos en este apartado se extrajeron de la sentencia recaída a la controversia 82/2001, cuyo actor fue el Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado de Oaxaca, de la Ministra Ponente, Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, y el Secretario, Pedro Alberto Nava Malagón, que incluyó el voto de minoría que formularon los ministros, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Gutiérrez, y Juan Silva Meza contra la sentencia mayoritaria emitida por el pleno de la corte, el viernes seis de septiembre de dos mil dos.¹⁴⁸

Los elementos históricos, valorativos, y teóricos, recopilados en los capítulos anteriores, serán útiles para realizar un análisis argumentativo, que tiene como única intención mostrar que no existen reglas claras para la argumentación y que las decisiones que se toman tienen una parte

¹⁴⁸ www.scjn.gob.mx.

discrecional. La parte teórica estará integrada por extracciones de las teorías de la argumentación de Perelman, Toulmin, MacCormick, Atienza, Alexy, Maurullo y Berumen.

4.3.1. Perelman

Cuando nos situamos en el ámbito de la argumentación jurídica, según Perelman, necesariamente estaremos en el plano de la justicia cuyas reglas no pueden explicarse desde la lógica formal, razón por la cual, es necesario usar el método en el que se basa la razón práctica con sus categorías de la verdad y la decisión razonable con su método argumentativo justificativo.¹⁴⁹

Todo expositor tiene una pretensión, su argumentación es parcial, parte de sus propios valores y tiene como fin influir en un grupo social determinado o ante una institución dada. Los argumentos pueden depender del auditorio al que se está dirigiendo.

Es necesario conocer al auditorio y asimilar su lenguaje que en derecho es el jurídico, el procedimiento es el de la instancia ante la que presentaremos nuestros argumentos, la cual se convertirá también en expositor al presentar su decisión justificada a través de una resolución.¹⁵⁰

Todo expositor debe plantearse objetivos, dependiendo de estos debe elegir a su auditorio, por lo que la primera noción del modelo será el planteamiento de los objetivos por parte del expositor, en este caso será el municipio indígena que presenta una controversia constitucional.

Los pueblos indígenas después de la aprobación del Decreto que reforma los artículos 1º, 2º, 4º 18 y 115 de la Constitución publicado en el diario oficial de la federación el martes 14 de agosto, siendo congruentes con su discurso se plantearon los siguientes objetivos:

1. Seguir apeándose al derecho constitucional,
2. Seguir comunicándose a través de procesos de comunicación pacíficos,
3. Tener como movimiento indígena la capacidad de incidir en la agenda nacional,
4. Reafirmar su persistencia y sobrevivencia frente a un orden jurídico cuyo ideal ha sido la homogenización y asimilación cultural,
5. Buscar formas para garantizar la participación de los pueblos indígenas como actores de las decisiones que afectan su vida,

¹⁴⁹ Ver infra. 3.2

¹⁵⁰ Ver infra. 3.2.1

6. Buscar el reconocimiento de los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho en atención a su origen histórico, sus demandas, a la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, en particular el convenio 169 de la OIT.
7. Lograr el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución general, que permitiera el ejercicio de la libre determinación.
8. Asumir en la práctica y con los elementos de composición del Estado actual, la responsabilidad del ejercicio de la autonomía en municipios indígenas.
9. Realizar un cuestionamiento serio al sistema constitucional y al poder político en México: respecto a su composición, su forma de gobierno y los principios que lo rigen (principio de división de poderes, supremacía constitucional, etc),
10. Impedir que la reforma constitucional referida se les aplicara, y
11. Que la reforma constitucional se declarará inválida y se ordenará la reposición del procedimiento, en cuyo caso se respetaran los derechos de las comunidades indígenas.

Todo auditorio razonable puede estar de acuerdo con nuestros argumentos sin tener necesariamente que estar de acuerdo con nuestros objetivos.¹⁵¹

Los pueblos indígenas identificaron en la SCJN, un auditorio razonable, capaz de revisar sus argumentos frente al poder legislativo, quien había sido sordo a los mismos.

Las posibilidades de influir derivan de las premisas que establezcamos como ciertas y de las que se debe partir para justificar nuestros fines. En la construcción de las premisas debe plantearse una hipótesis que esté relacionada con una norma, un problema que puede ser o no de interpretación, y que puede resolverse conforme a la lógica formal o puede resolverse conforme a la lógica no formal. La mayoría de los argumentos de los pueblos indígenas al relacionarse con sistemas valorativos, principios y normas diversas a las reconocidas por el Estado se ubican en la argumentación no formal, esto no significa que sean contrarias al sistema, siguiendo a Perelman, pueden adaptarse al sistema y argumentar su posición, dando razones, justificando sus pretensiones incluso desde el sistema que no los reconoce, planteando la incompatibilidad, o lo poco razonable del mismo.¹⁵²

¹⁵¹ Ver infra, 3.2.3

¹⁵² Ver infra, 3.2.12

Es posible que el expositor considere un medio, apropiado para cumplir sus objetivos, y que en la adaptación a ese medio, se pierda de vista el objetivo. En este sentido los objetivos cambian conforme las situaciones en las que el expositor tiene posibilidades de plantearlos. La fuerza de los argumentos depende en muchas ocasiones de un contexto dado.

Los pueblos indígenas buscaron plantear su problema conforme a un sistema de reglas establecido elaborando una hipótesis susceptible de ser analizada por la SCJN, la hipótesis cuestionaba en lo profundo la reforma en materia de derechos y cultura indígena.¹⁵³

HIPÓTESIS

1. ¿Es válida una reforma a la constitución cuando no cumple con el procedimiento establecido en la propia constitución, para ser reformada?
2. ¿Es válida una reforma a la constitución cuando es contraria a lo establecido en tratados internacionales, previamente suscritos por el Estado mexicano?

Los pueblos indígenas concluyeron que la SCJN era la autoridad que podía formular las posibles soluciones a las hipótesis planteadas, en su elección de auditorio influyó lo que la Corte había declarado respecto a otros casos, de aplicarse la regla de justicia la resolución debió ser en el mismo sentido.¹⁵⁴

Los miembros de la Suprema Corte habían declarado que la estructura federal de nuestro sistema jurídico se funda en la definición del Estado mexicano como un ente federal, que postula un orden integrado por leyes con validez en todo el territorio nacional y por normas cuyo ámbito espacial se reduce a ciertas porciones del mismo territorio. El primer orden es federal; el segundo puede ser Estatal, del Distrito Federal o municipal.¹⁵⁵

Por otra parte que, el “principio de división de poderes” implica que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial sean realizadas por diferentes órganos de un mismo orden jurídico, bajo la constante constitucional de que dichos órganos tienen prohibido ejecutar las funciones que no les estén expresamente conferidas.¹⁵⁶

¹⁵³ Ver infra 3.2.11.

¹⁵⁴ Ver infra 3.2.8.

¹⁵⁵ COSSIO D, José Ramón, *Comentario al artículo 105 constitucional Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo II, Ed, Porrúa y UNAM, México, 1999, p. 1051. Citado en, Op.cit. 164

¹⁵⁶ AGUIÑACO Alemán Vicente, (et al), *La Suprema Corte de Justicia y el Derecho a la Vida, sentencia sobre el Aborto*, Ed, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. p 215.

La conjunción de ambos principios constitucionales conduce a estimar que el sistema jurídico mexicano se integra por el principio general de supremacía constitucional que obliga, prohíbe o faculta a los órganos constituidos, según el orden en el que actúen a realizar una determinada conducta, que supone su interpretación por parte de los mismos para fundamentar su proceder.¹⁵⁷

El ejercicio de este régimen genera en muchas ocasiones conflictos en la interpretación que propone cada órgano de acuerdo con el orden jurídico concreto de su actuación.

Frente a estos posibles conflictos en el orden federal el artículo 105 constitucional otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la potestad de resolver en única instancia, y de manera definitiva dichas desavenencias mediante la solución de dos procedimientos especiales de naturaleza constitucional a saber, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, con el objeto de mantener el orden constitucional a través de la constatación de que los actos realizados y las normas emanadas de las autoridades federales sean acordes con el texto de nuestra ley fundamental.¹⁵⁸

El artículo 105 constitucional otorga esa facultad decisoria a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de que el acto de anulación de una ley, no debe ser encomendada al órgano que le dio vida.

De aquí se colige que el órgano que decida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, y su correspondiente declaratoria de nulidad ha de ser un órgano diferente, independiente de aquél y de toda autoridad estatal y desde luego jurisdiccional encarnada en nuestro sistema jurídico en la Suprema Corte en cuanto Tribunal Constitucional y en cuanto máximo interprete de la constitución.¹⁵⁹

La SCJN, tiene dos calidades la de auditorio al que le son planteadas hipótesis justificadas, que deben ser analizadas y ante las que debe de adoptar una actitud (expositor), y tomar una decisión que a su vez debe justificar buscando consensos alrededor de su decisión convirtiéndose en expositor. La SCJN tiene la responsabilidad de que su argumentación puede ser usada como ejemplo en otras argumentaciones.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Idem p 211

¹⁵⁸ Idem p. 213.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Ver infra .3.2.8.

4.3.2. Toulmin

La hipótesis planteada debe ser argumentada siguiendo a Toulmin dando razones de lo que hacemos decimos y pensamos, argumentar es plantear pretensiones y ponerlas en cuestión, en este contexto hay dos tipos de argumentos formales y no formales que en este autor se asimila a los primeros con los analíticos y a los segundos con los sustanciales.¹⁶¹

Los argumentos se ven como una cadena de proposiciones: cuando damos razones a favor de una pretensión y en el caso del derecho se encuentran expresamente contempladas en una norma jurídica y nos permite plantear la posible solución que se deriva de la combinación entre la pretensión planteada y la norma en cuyo caso es explícito el argumento en la conclusión, estamos en la argumentación formal, cuando en la justificación no está la información expresada en la conclusión el argumento es no formal y contiene argumentos pragmáticos que permiten más de una posible solución.¹⁶²

Usaremos la fórmula de Toulmin para plantear nuestras premisas considerando los objetivos ya planteados y las soluciones de la hipótesis que arriba se enunció las razones o justificaciones serán las premisas y las garantías las reglas de la experiencia o principios jurídicos que autorizan el paso de un enunciado jurídico a otro. Recordando que cuando la garantía se pone en cuestión nos movemos al plano de la lógica no formal, y aparece lo que el propio Toulmin llama el respaldo de la garantía que son las justificaciones a favor o en contra de la aplicación de una determinada norma en relación con los hechos planteados.

PREMISAS	GARANTÍAS
Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal, y el contenido de las mismas es susceptible de ser revisado por la SCJN, a través de la Controversia Constitucional.	Artículo 105 constitucional Ley reglamentaria del artículo 105 constitucional, artículos 1 y 10 Ley orgánica del poder judicial de la Federación artículo 10.
El Congreso de la Unión y concretamente la Cámara de Senadores, y la Cámara de diputados no se ajustaron a los derechos previamente reconocidos a los pueblos indígenas.	Convenio 169 de la OIT-
Las legislaturas de los Estados de Aguascalientes, Jalisco, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Coahuila y Michoacán, incumplieron la votación necesaria que para aprobar la reforma requerían.	Artículo 135 constitucional.

¹⁶¹ Ver infra. 3.3.2.

¹⁶² Ver infra. 3.3.3.

Las legislaturas de los Estados de Veracruz, Puebla, Colima, Aguascalientes, Querétaro, Campeche, Baja California Norte, Guanajuato, Durango, Quintan Roo, Coahuila, Jalisco, Sonora, Tlaxcala, Nuevo León, Tabasco, Nayarit, Michoacán, y Chihuahua.	Artículo 135 constitucional
Yucatán y Tamaulipas, se abstuvieron de aprobar o rechazar las reformas constitucionales,	Artículo 135 Constitucional
La Comisión permanente del Congreso de la Unión realizó mal el computo, de los votos emitidos por las legislaturas de los Estados respecto al decreto de reformas en materia indígena, las declaratorias que emitió en el sentido de haber sido, aprobadas las reformas, el decreto publicado que contiene el computo y la declaración de validez señalada, sin haber recibido los votos de las legislaturas de los estados.	Artículo 135 Constitucional
El presidente Vicente Fox Quesada, se le reclama el decreto de fecha 14 de agosto del año 2001, por que ordenó la promulgación y publicación de las reformas constitucionales, contrario a su obligación de guardar y hacer guardar la constitución y no cumplir con los compromisos internacionales.	Artículo 135 constitucional en relación con el 87 y 127
A todos el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos indígenas contraídas por el Estado mexicano, con lo cual viola la constitución en su parte conducente	Artículo 87 y 128 constitucionales, y convenio 169 de la OIT.

El que participa en un argumento muestra su racionalidad, puede estar abierto al argumento o cerrado al argumento, abierto (racional) por que reconoce la fuerza de las razones o trata de replicar a ellas, es cerrado (irracional) por que ignora las razones contrarias o replica a ellas con aserciones dogmáticas. Se deben considerar las circunstancias extraordinarias como condiciones de refutación con el fin de darle racionalidad al sistema.¹⁶³

La SCJN puso en duda la garantía relacionada con la premisa I, como sigue:

“CONSIDERANDO.

ÚNICO.- Previamente a cualquier otra cuestión, en atención a la naturaleza de los actos impugnados, este Tribunal Pleno procede a determinar si los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, pueden ser materia de este medio de control constitucional.

El artículo 105, fracción I, constitucional, prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 105.- La Suprema Corte de Justicia de “la Nación, conocerá, en los términos que señale la “ley reglamentaria”, de los asuntos siguientes:

“1.- De las controversias constitucionales que, con “excepción de las que se refieren a la materia “electoral, se susciten entre:

¹⁶³ Ver infra. 3.3.1.

- "a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
 - "b) La Federación y un municipio;
 - "c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, "aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su "caso, la Comisión Permanente, sean como "órganos federales o del Distrito Federal;
 - "d) Un Estado y otro;
 - "e) Un Estado y el Distrito Federal;
 - "f) El Distrito Federal y un Municipio;
 - "g) Dos Municipios de diversos Estados;
 - "h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la "constitucionalidad de sus actos o disposiciones "generales;
 - "i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la "constitucionalidad de sus actos y disposiciones "generales;
 - "j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre "la constitucionalidad de sus actos o disposiciones "generales;
 - "k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, "sobre la constitucionalidad de sus actos o "disposiciones generales;
- "Siempre que las controversias versen sobre "disposiciones generales de los Estados o de los "Municipios impugnadas por la Federación, de los "Municipios impugnadas por los Estados, o en los "casos a que se refieren los incisos c), h) y k) "anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución "tendrá efectos generales cuando hubiera sido "aprobada por una mayoría de por los menos ocho "votos.
- "En los demás casos las resoluciones de la "Suprema Corte de Justicia tendrán efectos "únicamente respecto de las partes en la "controversia. ...".

Del precepto transcrito se desprenden los casos en que este Alto Tribunal conocerá de las controversias constitucionales que se susciten entre los poderes, órganos o entidades que enuncia el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con motivo de sus actos o disposiciones generales, esto es, establece un instrumento procesal de naturaleza constitucional, previendo

diversas hipótesis de conflictos que pudieran darse entre los diferentes niveles de gobierno y sus poderes u órganos.”

Cuestionar la garantía significa entonces colocarse en el ámbito de la argumentación no formal, quien cuestiona debe justificar sus razonamientos y hacer evidente que las premisas que se relacionan con la garantía pueden tener más de una solución posible, al hacerlo se usan argumentos pragmáticos.

Desarrollaré un ejemplo de argumento analítico o formal, la información contenida en la conclusión está contenida en el respaldo de la conclusión. De la forma D, B y por tanto C.

<p>D) El municipio puede reclamar al Congreso de la Unión los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal, y el contenido de la misma a través de la controversia constitucional promovida ante la SCJN.</p>	<p>B) El municipio se encuentra entre los órganos del Estado con facultades para promover controversias constitucionales,</p> <p>De conformidad con el contenido del Art. 105 constitucional,</p> <p>"ARTÍCULO 105.- la Suprema Corte de Justicia de "la Nación, conocerá, en los términos que señale la "ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>"l.- <u>De las controversias constitucionales que, con "excepción de las que se refieren a la materia "electoral, se susciten entre;</u></p> <p>"b) La Federación y un municipio;</p>	<p>C) Por lo tanto un municipio tiene facultades de conformidad con la ley para promover controversias constitucionales.</p>
---	--	--

El argumento sustancial o no formal, supone más de una conclusión, y el respaldo puede no estar contenido en la conclusión.

<p>A) Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, pueden ser materia de este medio de control constitucional.</p>	<p>B) Artículo 105 constitucional: último párrafo.</p> <p>"Siempre que las controversias versen sobre "<u>disposiciones generales</u> de los Estados o de los "Municipios impugnadas por la Federación, de los "Municipios impugnadas por los Estados, o en los "<u>casos a que se refieren los incisos c), h) y k)</u> "anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de "Justicia las declare inválidas, dicha resolución "tendrá efectos generales cuando hubiera sido "aprobada por una mayoría de por los menos ocho "votos.</p>	<p>C)</p> <p>Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, son materia de este medio de control constitucional</p>
---	---	--

	<p>Es necesario verificar si los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, pueden ser materia de este medio de control constitucional, toda vez que el artículo 105 constitucional, no lo dice explícitamente.</p>	<p>Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, no pueden ser materia de este medio de control constitucional.</p>
--	--	---

4.3.3. Rodríguez

Según Gonzalo Rodríguez Maurullo, si las premisas resultaran ser verdaderas, la conclusión sería verdadera, pero no necesariamente, en la decisión judicial se contestan las premisas, pues en ellas se encierra un sentido tópico, y por lo tanto valorativo, axiológico, es en todo caso un deliberación que puede llevar incluso a conclusiones injustas, por lo que, no se debe pretender deducir la respuesta de las premisas, el plantea que si es necesario hay que usar la invención con tal de no terminar tomando decisiones injustas.¹⁶⁴

La SCJN, al tomar la decisión puede o no partir de las premisas, pero ésta debe pretender ser por lo menos razonable aun cuando está impregnada de principios que parten de la experiencia, de la historia, o de sus intereses políticos. Algunos ejemplos los podemos dilucidar de las siguientes declaraciones hechas por la propia SCJN:

1. El poder público no es absoluto tiene sus limitaciones. La función jurisdiccional, como una de las manifestaciones de esa potestad no escapa a ellas, pues también está sujeta a restricciones,
2. Un criterio jurisprudencial resume todo un tratado de deontología, “Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”,
3. El poder judicial regula los actos de autoridad sin embargo; esta facultad para someter los actos arbitrarios del poder público a la norma fundamental no es absoluta ni irrestricta, sino que está regulada y encuentra su límite en donde llegan las atribuciones del más alto tribunal del país. “Existen reglas para someter a las autoridades a las reglas”,

¹⁶⁴ Ver infra. 3.7.

4. En su actuación debe apegarse al marco de la constitución, lo cual implica que en el desarrollo de su labor no puede sobrepasar ese marco,
5. Para que la Suprema Corte pueda analizar jurídicamente alguna violación a la constitución requiere que una parte legitimada promueva un medio de control constitucional,
6. Requiere que la acción sea oportuna y que no se actualice alguna causa de improcedencia o motivo de sobreseimiento que hiciera inviable el análisis del fondo controvertido.
7. La suprema Corte debe dirimir ante todo las cuestiones litigiosas propuestas por los sujetos de la relación jurídica procesal de manera que exista una relación de congruencia o correspondencia entre las pretensiones de la parte actora (conceptos de invalidez) y la parte que emitió la norma impugnada (contestación por vía de informe) de manera que la sentencia es resultado de la cuestión efectivamente planteada,
8. El Pleno no puede sesionar sino con la presencia de al menos ocho Ministros, cifra que constituye el mínimo de votos requeridos para declarar la invalidez de la norma o tratado impugnado sin los cuales la controversia deberá desestimarse y ordenarse el archivo del asunto, y
9. La Suprema Corte es respetuosa de todos los argumentos y opiniones de naturaleza diversa a la jurídica. Sin embargo no debe incorporarlos ni tomarlos en cuenta en el debate, pues sería inadmisibles que trascendieran a la resolución de una cuestión estrictamente legal que como tal, debe centrarse exclusivamente en la discusión jurídica.

Respecto a los valores y la ponderación de los mismos, este órgano los miembros de la Suprema Corte refieren que tradicionalmente la justicia ha sido el valor esencial y el fin perseguido por el derecho. La definición de justicia es compleja, pero no es tan compleja, como el encontrar un método para llegar a ella.

Desde el punto de vista histórico, se ha aceptado la definición de Ulpiano “la constante perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, el problema jurídico se presenta al tratar de establecer que es lo que le toca a cada cual y precisar el criterio o método que se utilizara para establecer esa relación de correspondencia, que al caer dentro del marco de la apreciación subjetiva o interna del sujeto, podría conducirnos a desvirtuar el valor de la

justicia o al menos, a darle un matiz de relativismo, pues lo que es justo para unos no necesariamente lo es para otros.¹⁶⁵

Más accesible les parece a los miembros de la Suprema Corte el concepto de legalidad, que según ellos puede entenderse de dos formas. En estricto sentido es la garantía individual que establece el artículo 16 constitucional, consistente en la obligación de las autoridades de fundar y motivar sus actos conforme a la ley.¹⁶⁶

Este lo definen como el orden fundamental que rige al estado de derecho, por cuya virtud los actos de la autoridad deben sujetarse al orden constitucional, que es la base de toda la estructura legal.

En las controversias constitucionales el interés perseguido es fundamentalmente tutela del ordenamiento constitucional.

Según los miembros de la Suprema Corte, la justicia no puede buscarse ni encontrarse fuera de la ley, sino en ella misma de manera que estos conceptos, justicia y legalidad, constituyen un binomio sobre el que se construye el sistema jurídico.

Los propios miembros de la Suprema Corte afirman que parten de la noción de que el legislador doto a la ley de un contenido justo.

El problema podría radicar en que esos valores de justicia no satisficieran las expectativas de los gobernados, lo cual escapa a los alcances de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que no crea a la norma, sino que se limita a interpretarla y aplicarla conforme a los valores que le incorporó o quiso salvaguardar el respaldo legislativo.

Podemos afirmar que la Suprema Corte empezó por la primera premisa planteada por el municipio indígena, ¿Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal, y el contenido de la misma es susceptible de ser revisado por la SCJN, a través de la Controversia constitucional?, esto en relación con el artículo 105 constitucional. Al cuestionar la garantía se hace necesario identificar el respaldo de la garantía, los argumentos que justifican la relación entre la garantía y la premisa dada.

¹⁶⁵ AGUINACO Alemán. op.cit. p.222

¹⁶⁶ Idem.

4.3.4. MacCormick

Asumiremos que la SCJN, al poner en cuestión la garantía debe respaldar su cuestionamiento, lo que decida respecto al cuestionamiento que se hace de la garantía ofrecida, al hacerlo debe mostrar razones que aseguren que la decisión sea justa y conforme a derecho, desde MacCormick, podemos determinar como se va argumentar dependiendo de lo que se cuestiona.

El cuestionamiento es si el artículo 105 constitucional, contempla como susceptibles de revisión a través de la controversia constitucional, los vicios del procedimiento durante el proceso legislativo.

Cuando nos planteamos no como debe de interpretarse la norma, sino si existe la norma, entonces el problema es de relevancia, siguiendo a MacCormick la norma se podría interpretar $p \rightarrow q$ o bien $p \rightarrow \neg q$; el problema es de prueba cuando vamos descartando elementos aportados y llegamos a una conclusión, se parte de las premisas y se van descartando, p menos q , se establecen premisas verdaderas y se relacionan con hechos del pasado, los problemas de clarificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos que se consideran probados, se discute si se integran o no esos hechos a una norma.¹⁶⁷

El caso difícil se da cuando dudamos de la existencia de la norma, que debe cumplir con el requisito de universalidad, y de sentido en relación con el sistema.

De MacCormick retomaremos la idea de equidad, que refiere que siempre es posible introducir una excepción a una regla con tal de no producir un resultado injusto. También tomaremos de este las definiciones de consistencia, revisando que la decisión no se base en premisas que entren en conflicto con normas validamente establecidas (obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente), y la coherencia si puede subsumirse bajo una serie de principios generales, o de valores que a su vez resulten aceptables y que conduzcan hacia una vida satisfactoria (las normas no se consideran aisladamente sino como un conjunto, puede siempre haber más de una decisión coherente). Una norma subsumida en un principio es una norma valiosa, los argumentos basados en principios no son argumentos concluyentes.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ver infra 3.4.1

¹⁶⁸ Ver infra 3.4.2

Entonces de acuerdo con MacCormick los problemas pueden ser de relevancia, de prueba, de clarificación o de hechos. Y pueden considerarse casos fáciles, o casos difíciles.

ACTOR	HIPÓTESIS	Calificación de la fundamentación según MacCormick
Municipio Indígena	¿Es válida una reforma a la constitución cuando no cumple con el procedimiento establecido en la propia constitución para ser reformada?	De clarificación o de hechos se discute si tales hechos se integran o no a una norma
Suprema Corte de Justicia de la Nación, voto mayoritario	¿Procede determinar si los vicios del procedimiento de reformas a la constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales pueden ser materia de este medio de control constitucional?	De relevancia, la norma se puede interpretar de varias maneras
Suprema Corte de Justicia de la Nación, voto minoritario	¿Pueden formar parte de la constitución las adiciones y reformas que derivan de un procedimiento inconstitucional?	De prueba, se relaciona con hechos del pasado que se van descartando, para llegar a una conclusión.

MacCormick afirma que en la toma de la decisión puede producirse mas de un resultado, las consecuencias del resultado deben ser evaluadas de acuerdo a los valores de la rama del derecho del que se trate. Y a los fines establecidos en la misma. Nuestra intención es hacer evidente que la argumentación se mueve al plano de lo no formal, y que sigue las reglas establecidas por el propio sistema al plantear la SCJN, un problema de relevancia, se plantea que la norma puede interpretarse de varias maneras, y dar como resultado varias soluciones, lo que lo convierte en un caso difícil pues se considera que la norma puede ser interpretada en más de un sentido por lo tanto no es universal, para que nuestras justificaciones se conviertan en universales deben ser consistentes, no contradecir normas validamente establecidas y coherentes al subsumirse en el derecho constitucional vigente.¹⁶⁹

PREMISA	POSIBLES SOLUCIONES
Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, pueden ser materia de este medio de revisión de la SCJN a través de las controversias constitucionales.	Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución Federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, son materia de este medio de control constitucional.
	Los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, no pueden ser materia de este medio de control constitucional.

¹⁶⁹ Ver infra. 3.4.4.

El caso fácil supone una sola respuesta correcta, el caso difícil supone más de una respuesta correcta, y el caso trágico cuando en la solución se sacrifica un valor.

4.3.5. Atención

Ahora identificaremos con ayuda de Atención, el tipo de función que cumple la decisión tomada por la Suprema Corte, ésta puede ser teórica cognoscitiva por que sirve de ejemplo en otras disciplinas, la práctica por que nos muestra el desarrollo deductivo del pensamiento en el derecho, o puede cumplir solo una función burocrática y coactiva.¹⁷⁰

SOLUCIÓN	VALORES Y PRINCIPIOS	FUNCIÓN
<p>S1.La Suprema Corte carece de competencia para examinar la constitucionalidad de normas constitucionales; para la minoría, la Suprema Corte es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo un procedimiento de reformas constitucionales.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de división de poderes 2. Principio de supremacía constitucional (la constitución es la norma de mayor jerarquía) 3. El constituyente originario es un poder primigenio, originado en la soberanía del pueblo (art. 39 constitucional) y los poderes constitucionales emanan de la voluntad del constituyente originario 4. Es voluntad del constituyente originario, nombrar a su sucesor, depositando en un órgano especial y complejo sus poderes que se denomina poder reformador 5. El acto soberano por excelencia es la creación de una constitución, no es revisable por un órgano distinto del reformador, 6. Las funciones del Congreso de la unión, no son ordinarias, se atribuyen al congreso en su carácter de representante del pueblo. 7. Si procediera la controversia constitucional se haría nugatorio el principio de supremacía constitucional, pues las reformas o adiciones que se pretende declarar inválidas han sido aprobadas por el órgano reformador, (que constituye la expresión de la Nación en su conjunto), y son parte ya de la constitución por lo que son supremas y fundamentales. 8. La declaración de invalidez causaría, un grave perjuicio social, conllevaría total incertidumbre jurídica para los gobiernos, para las autoridades administrativas como jurisdiccionales, que no sabrían que norma es aplicable 	<p>En los valores y principios resaltados en la primera posible solución, no podríamos considerar una aportación clara a la doctrina jurídica que sirva como base para desarrollar toda una teoría del derecho los principios son poco claros y denotan influencias burocráticas y coactivas hacia los gobernados es poco equitativa al no ser flexible en su interpretación negándose a introducir una nueva regla de interpretación es inconsistente pues contradice normas establecidas en la constitución y es incoherente por que pretende interpretar normas aisladamente.</p>

¹⁷⁰ Ver infra 3.5.

	o bien tendrían que hacer una distinción de cuando aplicar el precepto reformado, la norma debe regir a todo el territorio nacional.	
S2 La Suprema Corte es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo un procedimiento de reformas constitucionales.	<ol style="list-style-type: none"> 1. La controversia constitucionales un medio para salvaguardar el orden que exige que no se limite la procedibilidad de impugnación del proceso de reformas constitucionales, según lo contempla el orden constitucional que se pretende resguardar a través del artículo 105 constitucional 2. El poder constituyente estableció un sistema rígido de reformas, 3. La función modificadora de la constitución, está supeditada al propio orden jurídico constitucional 4. Para realizar una reforma a la constitución es necesario que se sigan las reglas estrictas, que tienden a lograr la estabilidad y permanencia de los principios jurídicos. 5. es mediante el procedimiento estricto establecido como se asegura que efectivamente sean los órganos referidos que representan la voluntad del pueblo mexicano los que realizan las modificaciones a la Carta Magna 6. Cumplir con los requisitos que establece la constitución y las características y solemnidades a las que se encuentra sujeto a fin de dar seguridad, estabilidad y fortaleza al regimen jurídico que se sustenta el Estado 7. Una norma que no cumple las reglas del procedimiento no es genuina y deja de tener validez. 8. Una norma que no respete en su proceso de el procedimiento establecido en la constitución se esta colocando por encima de ella, no reflejan la voluntad nacional, al no asegurar, que representan la voluntad de los representantes del pueblo. 	En el caso de la S2, los valores no son tan explícitos y la interpretación de los principios se adecua más aún al orden legal, pero es mas consistente y coherente que la anterior, pues toma sus principios y valores de normas validamente establecidas y establece como pretensión el no contradecir el orden constitucional. Por lo que calificaremos está decisión como deductiva y práctica.

4.3.6. Alexy

Como vimos el valor de la justicia no parece figurar entre los enlistados. Las decisiones pueden no ser justas y sin embargo ser coherentes con el sistema al enaltecer sus valores es por eso que Alexy se refiere al conjunto de reglas que deben de implementarse para garantizar una solución justa, lo menos parcial posible por parte del juzgador, los resultados de toda decisión.

pueden ser discutidos por personas razonables cada sujeto tiene su propia interpretación sobre el contenido de la norma, dejarse guiar por un sistema de principios según Alexy implica el problema de cómo se deben seguir esos principios y como el juez decide en el nombre del pueblo, su decisión encierra el problema de lo moral y lo social, los órdenes valorativos pueden siempre ser cuestionados algunos sirven al Estado para mantenerse como tal, la argumentación debe usarse como un criterio de corrección para los enunciados normativos pues las normas no cumplen estrictamente su función de resolver un problema, la decisión judicial llena el vacío a través de los criterios de la razón práctica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad.¹⁷¹

Es importante analizar los procedimientos de enlace y desenlace o las formas en que se relacionan unos argumentos con otros de acuerdo a la idea de disociación de las nociones de Perelman. Para esto finalmente usaré el modelo de análisis de los argumentos de Arturo Berumen.

4.3.7. Berumen

En su argumentación dialéctica jurídica Berumen distingue cuatro momentos: el planteamiento del problema, la justificación interna, la justificación externa y la ponderación.

El problema es una duda o interrogación, en este caso.

¿La SCJN es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo el procedimiento de reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígenas?

En la justificación interna, se plantean las posibles soluciones, que casi siempre son dos; la primera (s1) afirma la consecuencia; si y sólo si p, entonces q; se da el caso de que p, entonces es el caso de que q. La segunda (s2) niega la consecuencia; si y solo si p, entonces q; se da el caso de que no p, entonces es el caso de que no q, como sigue:

Justificación Interna

S1, p=q p q	p	La SCJN si es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo el procedimiento de reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígenas
	q	La SCJN tiene como una de las funciones asignadas en la constitución la de resolver las controversias constitucionales que se susciten entre los órganos del poder del Estado, con la única excepción de las que se refieren a la materia electoral. Artículo 105.
S2, p=q	-p	La SCJN no es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo el procedimiento de reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígenas

¹⁷¹ Ver infra 3.5.

-p -q	-q	La SCJN, no tiene facultades expresas para conocer de controversias constitucionales que versen sobre reformas a la constitución.
----------	----	---

El problema planteado en el ejemplo anterior se puede leer: Solución(S1), si y solo si se da el caso de que el procedimiento de reformas en materia de derechos y cultura indígena pueda ser revisado a través de la controversia constitucional, entonces la Suprema Corte tiene facultades para revisar el procedimiento mediante el cual se aprobó la reforma en materia de derecho y cultura indígenas a través de la controversia Constitucional. (p=q) se da el caso de que la Suprema Corte tenga facultades para revisar el procedimiento mediante el cual se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas si se encuentra entre los actos susceptibles de revisar a través de la controversia constitucional. Solucion (S2), se da el caso de que el procedimiento mediante el cual se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena no se encuentre contemplado entre los actos revisables a través de la controversia constitucional (-p), entonces la Suprema Corte no tiene facultades para revisar el procedimiento mediante el cual se aprobó la reforma en materia de derechos y cultura indígena (-q).

Desde el punto de vista lógico ambas soluciones son posibles, es decir, ambas pueden deducirse válidamente de la norma bicondicional, por lo que necesitamos recurrir a la “*justificación externa*”, que según Berumen es la retórica jurídica y que implica buscar argumentos para determinar cual es la solución más probable partiendo de los tópicos de la argumentación. este autor parte de los cánones de la interpretación.

Justificación externa

La justificación externa es la argumentación propiamente dicha, es decir, es la retórica jurídica, su propósito es la búsqueda de argumentos para determinar cuál es la solución más probable.¹⁷²

Canon semántico: para la aplicación de este canon Berumen usa la lógica de la disociación de las nociones para enlazar o desenlazar argumentos, “la estrategia argumentativa consiste en enlazar descriptivamente para disociar prescriptivamente. La contraargumentación puede ser a la inversa disociar descriptivamente para enlazar prescriptivamente”.¹⁷³

¹⁷² Ver infra. 3.8.1

¹⁷³ Ver infra 3.8.

PRIMER ARGUMENTO: desde el punto de vista del significado de las expresiones, la controversia constitucional implica la revisión de la constitucionalidad de actos y disposiciones generales de los diferentes órganos de gobierno y al hablar de actos se refiere a aquellos realizados por la autoridad en el ejercicio de sus funciones, sean administrativas, legislativas o judiciales.¹⁷⁴ Por lo que la Suprema Corte de Justicia si es competente para revisar si existieron vicios en el procedimiento de reformas a la constitución.¹⁷⁵

SEGUNDO ARGUMENTO: El acto soberano por excelencia es la creación de una Constitución que técnicamente no es revisable por un órgano distinto del reformador, a menos que el propio texto constitucional regulara esa revisión, supuesto que no aparece en nuestro derecho.

En la especie, el procedimiento de reformas y adiciones regulado en el artículo 135 constitucional no es susceptible de control por la vía jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo, porque los órganos que en él actúan no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en su función extraordinaria de Órgano Reformador de la Constitución federal, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes parciales.

En efecto, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, o éste o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de los votos de las legislaturas locales y la declaración de aprobación de las reformas constitucionales, no es ordinaria.

Se atribuye al Congreso en su carácter de representante del pueblo y a las entidades federativas constituyendo de ésta manera una función soberana no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación del órgano y en la atribución constitucional de su función se encuentra su propia garantía.

En estas condiciones, se concluye que al no formar parte el órgano reformador de la relación de sujetos en contra de los cuales se puede promover la controversia constitucional, este Alto Tribunal no tiene facultades para controlar a través de la controversia constitucional los actos que emita dicho órgano.(voto mayoritario SCJN)

¹⁷⁴ Ver *infra* 4.1.1.

¹⁷⁵ Ver *infra* 3.3.15 y 3.8.1.

PRIMER ARGUMENTO: desde el punto de vista del significado de las expresiones, la controversia constitucional implica la revisión de la constitucionalidad de actos y disposiciones generales de los diferentes órganos de gobierno y al hablar de actos se refiere a aquellos realizados por la autoridad en el ejercicio de sus funciones, sean administrativas, legislativas o judiciales.¹⁷⁴ Por lo que la Suprema Corte de Justicia si es competente para revisar si existieron vicios en el procedimiento de reformas a la constitución.¹⁷⁵

SEGUNDO ARGUMENTO: El acto soberano por excelencia es la creación de una Constitución que técnicamente no es revisable por un órgano distinto del reformador, a menos que el propio texto constitucional regulara esa revisión, supuesto que no aparece en nuestro derecho.

En la especie, el procedimiento de reformas y adiciones regulado en el artículo 135 constitucional no es susceptible de control por la vía jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo, porque los órganos que en él actúan no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en su función extraordinaria de Órgano Reformador de la Constitución federal, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes parciales.

En efecto, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, o éste o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de los votos de las legislaturas locales y la declaración de aprobación de las reformas constitucionales, no es ordinaria.

Se atribuye al Congreso en su carácter de representante del pueblo y a las entidades federativas constituyendo de ésta manera una función soberana no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación del órgano y en la atribución constitucional de su función se encuentra su propia garantía.

En estas condiciones, se concluye que al no formar parte el órgano reformador de la relación de sujetos en contra de los cuales se puede promover la controversia constitucional, este Alto Tribunal no tiene facultades para controlar a través de la controversia constitucional los actos que emita dicho órgano.(voto mayoritario SCJN)

¹⁷⁴ Ver infra 4.1.1.

¹⁷⁵ Ver infra 3.3.15 y 3.8.1.

Canon pragmático, en éste tópic se buscan argumentos y contraargumentos para determinar si la solución planteada es la más probable desde el punto de vista de las consecuencias sociales.

PRIMER ARGUMENTO: no se pueden analizar los procedimientos de reforma a la constitución la posibilidad de nulificación del proceso de reformas constitucionales en el medio de defensa constitucional ocasionaría un caos y desorden político, jurídico y social, por que quedarían en la incertidumbre jurídica todos los casos no resueltos anteriormente con apego a las normas constitucionales que en su momento se juzgaron válidas pero que con posterioridad pudieron ser anuladas. (voto mayoritario)

SEGUNDO ARGUMENTO: para que se llegue a anular la reforma a la constitución es necesario comprobar que no se siguió el procedimiento establecido en la constitución, por lo que la SCJN, se limitaría a la verificación de los requisitos, que de no haberse cumplido tendrían la grave consecuencia de que una norma sustentada en un procedimiento viciado conservara su vigencia.(voto minoritario)

Canon genético: argumentos y contraargumentos, para encontrar la solución más probable desde el punto de vista de la voluntad del legislador al elaborar la norma.

PRIMER ARGUMENTO: de conformidad con lo señalado en la exposición de motivos, de la última reforma al artículo 105, constitucional se infiere que la intención del Órgano Reformador fue la de ampliar las facultades de esta Suprema Corte de Justicia para conocer de las controversias constitucionales, considerando la complejidad actual que tiene la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales, y con la finalidad de comprender la variedad de conflictos entre dichos niveles de gobierno, incluyendo así un gran número de órganos legitimados para plantear las controversias constitucionales, en reconocimiento a la complejidad y pluralidad del sistema federal, por lo que los supuestos que no están expresamente planteados, no se han considerado materia de la controversia constitucional. (voto mayoritario)

SEGUNDO ARGUMENTO: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución federal, este Tribunal Pleno advierte de la lectura integral de la demanda, que la cuestión efectivamente planteada, esto es, la materia de la litis, es el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal, previsto en el artículo 135 constitucional. (voto minoritario)

El artículo 135 de la Constitución federal, vigente, prevé:

"ARTÍCULO 135.- La presente Constitución puede "ser adicionada o reformada. Para que las "adiciones o reformas lleguen a ser parte de la "misma, se requiere que el Congreso de la Unión, "por el voto de las dos terceras partes de los "individuos presentes, acuerde las reformas o "adiciones, y que éstas sean aprobadas por la "mayoría de las legislaturas de los Estados. El "Congreso de la Unión o la Comisión Permanente "en su caso, harán el cómputo de los votos de las "legislaturas y la declaración de haber sido "aprobadas las adiciones o reformas".

De este numeral se infiere lo siguiente:

- 1.- Que la Constitución federal puede ser reformada o adicionada.
- 2.- Que para que dichas reformas o adiciones sean parte de la Constitución se requiere:
 - a) Que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes las acuerde;
 - b) Que sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados; y
 - c) Que el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, realicen el cómputo de los votos de las legislaturas locales y la declaración de haber sido aprobadas.

De este precepto se infiere el principio de supremacía constitucional consistente en que la Constitución es la norma de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico y de ahí que todo acto deba ajustarse a lo dispuesto en la Constitución federal.

Para poder reformar o adicionar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Constituyente originario de mil novecientos diecisiete configuró un órgano específico y complejo, integrado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados para que a través del procedimiento correspondiente acuerden la adición o la reforma de sus preceptos, correspondiendo al propio Congreso de la Unión o a la Comisión Permanente, en su caso, hacer el cómputo de los votos de las Legislaturas Estatales y emitir la declaratoria de haber sido aprobadas tales adiciones y reformas.

Este Alto Tribunal considera conveniente insistir en que el Constituyente originario creó y dio forma y materia a la Constitución Política de la República, en la que estableció un órgano revisor con facultades para reformar o adicionar la propia Carta Fundamental; y en un segundo nivel, distribuyó y agrupó el ejercicio de las demás facultades estatales en diferentes órganos

agrupados bajo los rubros de Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; y una vez realizada esta tarea, desapareció del escenario político-jurídico.

Canon histórico; respecto a como se han resuelto casos semejantes.

ARGUMENTO: En principio la tutela jurídica de la acción de controversia es la protección del ámbito de atribuciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confiere a los órganos constituidos del Estado para resguardar el sistema federal, protección cuyo alcance se ha ido ampliando, con el fin de preservar la estructura, división y competencia, a la que se encuentran sujetos como autoridades constituidas y, en general para preservar el orden establecido en la Constitución federal.

Lo señalado en la exposición de motivos, de la reforma al artículo 105, constitucional se infiere que la intención del Órgano Reformador fue la de ampliar las facultades de esta Suprema Corte de Justicia para conocer de las controversias constitucionales, considerando la complejidad actual que tiene la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales, y con la finalidad de comprender la variedad de conflictos entre dichos niveles de gobierno, incluyendo así un gran número de órganos legitimados para plantear las controversias constitucionales, en reconocimiento a la complejidad y pluralidad del sistema federal, atendiendo a aquellos que derivan del sistema federal (federación, entidades federativas, Distrito Federal y los Municipios) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Canon teleológico: desde el punto de vista de la finalidad de la norma.

PRIMER ARGUMENTO: la finalidad de la norma constitucional que establece el procedimiento de reformas a la constitución, al establecer un procedimiento rígido que deben observar los poderes constituidos a quienes encomendó la función de su reforma, están sujetos a control jurisdiccional para verificar su debido acatamiento y cuya trasgresión de lugar a declarar la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma al no acatarse, impidiendo que la reforma constitucional efectivamente tuviera tal carácter. (voto minoritario)

SEGUNDO ARGUMENTO: con el fin de esclarecer, la naturaleza, finalidad y tutela jurídica de las controversias constitucionales, la SCJN, hace referencia a la evolución legislativa que en nuestros textos constitucionales ha tenido dicho medio de control constitucional, concluyendo lo siguiente:

1.- En la primera etapa se concibió sólo para resolver las controversias que se presentaren entre un Estado y otro.

2.- La segunda etapa contempló, además de las mencionadas, las que pueden suscitarse entre los poderes de un mismo Estado, así como entre la Federación y uno o más Estados.

3.- En el tercer periodo, a las anteriores hipótesis se sumaron los supuestos relativos a aquellas que se pudieren suscitar entre dos o más Estados y el Distrito Federal, y entre órganos de gobierno del Distrito Federal.

4.- En la actualidad, el artículo 105, fracción I, de la Constitución federal amplía los supuestos mencionados para incluir a los Municipios, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión, a cualquiera de sus Cámaras y, en su caso, a la Comisión Permanente.

Esto es, en diferentes épocas el Órgano Revisor de la Constitución, con facultades expresas en la propia norma fundamental, ha buscado transformar la figura de la controversia constitucional, a efecto de adaptarla a la evolución social que va teniendo el país, de tal suerte que el texto vigente del artículo 105, fracción I, de la Constitución federal, comprenda de manera expresa la complejidad que en la realidad actual se puede presentar en la interrelación de los distintos órganos que integran los niveles de gobierno establecidos en la propia Constitución y, por ello, al ampliar los supuestos se persigue la finalidad de albergar en ellos a todos los órganos originarios del Estado, quienes, por disposición expresa son los que pueden instar el medio de control constitucional con motivo de los actos o disposiciones generales de los entes del poder público, en principio, con la finalidad de proteger la esfera de atribuciones que la Constitución federal estableció en su favor para resguardar el sistema federal y, además, para dirimir otro tipo de cuestiones que violaciones a la Constitución federal. (voto mayoritario)

Canon de autoridad: desde este canon se deben buscar argumentos y contraargumentos para determinar si la solución uno o la solución dos, es la más probable desde el punto de vista de la autoridad.

ARGUMENTO: según la jurisprudencia P/J.129/2001 sustentada por éste tribunal en pleno, que se localiza en la página ochocientos cuatro, del Tomo XIV, de octubre de dos mil uno, del semanario judicial de la Federación. Los vicios del procedimiento legislativo solo pueden impugnarse a partir de que es publicada la norma general, y por que tratándose de controversias constitucionales por que es en ese momento cuando los actos adquieren definitividad, por lo que

no se pueden separar un acto de otro dentro del proceso legislativo, por lo que no hay materia para la revisión. (voto mayoritario)

Canon ético: desde este se buscaran argumentos o contraargumentos para saber si la solución es la más probable desde el punto de vista de la equidad.

ARGUMENTO: lo justo en el planteamiento de una controversia es que se de un análisis riguroso de las premisas respectivas conduciendo a un supuesto diverso, a saber, si pueden formar parte de la Constitución las adiciones y reformas que derivaron de un procedimiento inconstitucional. De este problema central se sigue el relativo a si la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene competencia para examinar ese problema. Como se ve, el enfoque de la cuestión debatida varía sustancialmente: para la mayoría se propuso la inconstitucionalidad de una adición y reforma a la Constitución; para la minoría, lo que se discutía era si el procedimiento previsto en la Constitución fue idóneo para producir el nacimiento de nuevas normas con el rango de constitucionales. Para la mayoría, la Suprema Corte carece de competencia para examinar la constitucionalidad de normas constitucionales; para la minoría, la Suprema Corte es competente para analizar si se respetó la Constitución al llevarse a cabo un procedimiento de reformas constitucionales.

Consideramos que si se hubiera procedido con el rigor jurídico pretendido se habría llegado exactamente a la conclusión opuesta, a saber que la controversia constitucional es vía idónea para combatir esas situaciones y que, obviamente, la Suprema Corte no sólo es competente para hacer su examen sino que está obligada a ello y resolver los puntos cuestionados. (voto minoritario)

Ponderación. La ponderación es el juicio equilibrado de los argumentos a favor y en contra de cada solución, dentro de cada canon y entre los cánones relevantes con respecto del problema jurídico que se trata de resolver.¹⁷⁶

Desde la justificación interna arriba esquematizada, observamos que el voto mayoritario de la Suprema Corte de Justicia, ponderó la premisa que afirmaba “la SCJN no es competente para analizar si se respetó la constitución al llevarse a cabo el procedimiento de reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígenas,”al dar razones a favor de éste argumento, en cambio el voto minoritario de la Suprema Corte ponderó el argumento que afirmaba que “ la SCJN si es competente para analizar si se respeto la Constitución al llevarse a

¹⁷⁶ Berumen, op. cit. p352.

cabo el procedimiento de reformas constitucionales en materia de derechos y cultura indígena,” dando razones a favor de este argumento, y en contra del sostenido por el voto mayoritario.

Desde la justificación externa arriba desarrollada podemos concluir que el voto mayoritario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se apegó a los cánones de la interpretación jurídica, realizó enlaces forzados como el siguiente: “el constituyente originario” nombró a su sustituto el “poder reformador”, este es el único que tiene facultades de reformar la constitución, el constituyente tenía facultades ilimitadas, dividiéndolas entre los poderes, otorgándole poder de reformar la constitución únicamente al Congreso de la Unión.

Disociando el argumento anterior, el constituyente originario al ser el creador de la constitución otorgo facultades a los diversos órganos, los límites de las funciones de los órganos del Estado se derivan de la Constitución y no son ilimitadas como las del poder constituyente, asociación hecha por el voto mayoritario.¹⁷⁷

De esta forma podríamos seguir con todos los argumentos usados por el voto mayoritario, pero concluiremos de la justificación externa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no justificó su decisión de conformidad con los cánones o reglas de la interpretación jurídica, que todos los argumentos favorecieron a una sola posible solución, por lo tanto hubo una predisposición en contra de las otras posibles soluciones, quizá derivada de una preinterpretación del problema, y de un rol que sistemáticamente cumple y ha cumplido la SCJN, justificar las imposiciones del Estado frente a los pueblos indígenas al tomar decisiones.

¿Como tendría que haber sido una decisión justificada que requisitos debía reunir para ser calificada como justa?

La respuesta se deriva del propio esquema desarrollado pero sin pretender ser repetitivos y a modo de resumen:

1. Los pueblos indígenas adaptaron sus objetivos, y construyeron sus premisas en el ámbito del derecho constitucional con el fin de hacerlas susceptibles de revisión, aún cuando la Suprema Corte consideró que no eran procedentes las controversias debió responder las hipótesis planteadas, ¿es válida una reforma a la constitución cuando no cumple con el procedimiento

¹⁷⁷ Ver infra 3.2.14 y 3.2.15.

establecido en la propia constitución?, y ¿es válida una reforma a la constitución cuando es contraria a lo establecido en tratados internacionales previamente suscritos por el Estado?, las justificaciones para no responder las hipótesis no sirven a la teoría del derecho, ni tampoco a la equidad, por lo tanto son solo razones burocráticas.

2. La Suprema Corte de Justicia al considerar improcedentes las controversias constitucionales promovidas por los pueblos indígenas, debió justificar su decisión en los principios establecidos por el derecho constitucional que rigen la materia de las controversias, como el de división de poderes, y el de supremacía constitucional.
3. La Suprema Corte debió mostrarse abierta a las premisas planteadas por los pueblos indígenas, reconociendo las razones, o en todo caso replicando a cada una de ellas no ignorándolas con aseveraciones dogmáticas.
4. La Suprema Corte debió cuestionarse la justicia de su decisión presentando las razones tanto a favor como en contra de la misma, y mostrando la equidad en la toma de la misma.
5. Una vez que la Suprema Corte verificó que su justificación no podía desarrollarse en el plano de la lógica formal debió seguir las reglas de la lógica no formal, es decir de la argumentación jurídica y su teoría.
6. La Suprema Corte, debió plantear las posibles soluciones y sus justificaciones, en relación con el sistema en que, una vez tomadas se insertan como derecho, para no contradecir el sistema jurídico vigente.
7. La Suprema Corte debe reconsiderar su postura respecto a lo difícil que es encontrar una metodología que refiera a la justicia y es tan simple como aplicar el método de la argumentación jurídica.
8. La Suprema Corte mostró que a través de la historia ha introyectado una visión de los argumentos que toma en cuenta, describiéndolos como solo los jurídicos, sin embargo la teoría de la argumentación jurídica, le da margen para ser creativa; pero por lo menos en este caso se negó a serlo.
9. Si la Suprema Corte hubiese estudiado a su auditorio habría reconocido, al núcleo social pueblo indígena como ente colectivo, con personalidad jurídica propia, que se ha opuesto al Estado históricamente, y que subsiste con el Estado en lo que la teoría ha descrito como el

fenómeno del pluralismo jurídico, caso contrario se dirigió a los municipios indígenas sin respetar la reforma que defendió.

10. La Suprema Corte en la toma de su decisión debió verificar si existían normas que pudiese contradecir al justificar su decisión, considerando a las normas como parte de un sistema,
11. La Suprema corte tomó una decisión injusta, no siguió los tópicos de la interpretación del derecho, y en su argumentación pondero la negación de la procedencia de las controversias constitucionales sobre las otras posibles soluciones.
12. Los tópicos de la argumentación son hasta ahora las reglas que se han usado por los decisores en su labor justificativa, sin embargo se puede observar por parte de la Suprema Corte un uso indebido de éstos al ponderar argumentos de manera conveniente y parcial desde un solo tópico que favorece el valor que se desea preservar.

El análisis de la controversia me ha servido para comprobar la utilidad de la teoría de la argumentación jurídica, para procurar objetividad en el momento de calificar los argumentos, en el futuro cuando analice una resolución tomaré en cuenta lo siguiente:

1. Cuando nos situamos en el mundo de la argumentación jurídica, estamos en el ámbito de la justicia por lo que es necesario analizar el valor y ponderación que esta tiene en nuestro auditorio.
2. La mayoría de las argumentaciones son parciales por lo que llevan un grado de discrecionalidad que tiene que ver con sus influencias históricas, institucionales, profesionales, etc.
3. La capacidad de influir en un auditorio depende de cuanto conozcamos sus valores y principios pues estos forman parte de la decisión.
4. Como expositores debemos plantearnos objetivos claros y no cambiarlos en la adaptación a un auditorio, nuestras premisas estarán determinadas por nuestros objetivos, que en realidad son nuestros fines.
5. En la construcción de nuestras premisas, debemos evaluar que hipótesis deseamos plantear a nuestro auditorio y cuales son las posibles soluciones de las que es susceptible.
6. Las premisas están relacionadas y se influyen unas a otras por lo que no deben ser consideradas aisladamente.

7. Quien ignora las premisas e hipótesis planteadas por el expositor, está cerrado al argumento y por lo tanto irracional, quien considera las premisas y opone argumentos a favor y en contra muestra su racionalidad.
8. Las premisas deben procurar no entrar en conflicto con el orden jurídico establecido.
9. En la justificación de las decisiones y en la argumentación pueden seguirse los tópicos de la argumentación siempre y cuando se contemplen los argumentos a favor y en contra que se pueden generar desde ellos.

Conclusiones

1. Los sistemas normativos y formas de organización social del núcleo social pueblo indígena, fueron transmitidos de manera principal oralmente de generación en generación, sufriendo las modificaciones necesarias para subsistir.
2. Desde la época colonial el Estado español buscó justificaciones al sometimiento de los pueblos indígenas de México. Por ejemplo la necesidad de extender la jurisdicción del Papa y de sus valores propios de occidente por ser este el representante de Jesucristo, que los indígenas habitantes de las poblaciones descubiertas eran bárbaros, pecadores, infieles y viciosos o la simple extensión del poder del rey.
3. Los pueblos indígenas siempre han estado incomunicados con el Estado aún cuando se han sentado a dialogar con éste, sus desventajas sociales, políticas y el miedo a perder el poder por parte del Estado no han permitido un diálogo racional donde ambos escuchen las razones del otro. El desequilibrio en la relación de poder es un factor determinante.
4. El Estado nacionalista en México ha buscado la homogenización de la población por vías legales; por ejemplo a través del principio de la igualdad ante la ley que reconoce a los seres humanos en lo individual y no colectivamente como lo hacen los indígenas.
5. El derecho a votar dado a los pueblos indígenas hizo suponer que participarían de la soberanía del Estado a través de las elecciones en su calidad de ciudadanos y les implicó el cumplimiento de obligaciones como reclutarse en el ejército y el pago de impuestos.
6. El cambio en la demografía mexicana muchas veces fue en perjuicio de los pueblos indígenas, no eran considerados en la nueva conformación de los Estados o la creación o desaparición de municipios. Siempre que hubo modificaciones en las formas de la tenencia de la tierra se vieron en peligro de desaparecer, un ejemplo es la división de tierras ejidales o comunales, la imposición de la propiedad privada como forma legal de tenencia de la tierra en México desapareció pueblos enteros.
7. Los pueblos indígenas participaron en casi todos los movimientos armados de México, independencia, revolución, guerra cristera, por lo que aprendieron que era posible tomar las armas cuantas veces fuera necesario por conservar su identidad.
8. Los pueblos indígenas tampoco tenían claro como argumentar sus derechos frente al Estado Nación. Los conceptos de clase, comunidad, étnia, autogobierno, autonomía,

autodeterminación empezaron a surgir para explicar como una nación contenía dentro a otras naciones sin que existiera una contradicción normativa.

9. La idea de la nación pluriétnica surgió del reconocimiento de un hecho perfectamente observable en la realidad, los pueblos indígenas, normaban el comportamiento de sus miembros tenían estructuras políticas, estructuras sociales, religiosas y habían subsistido. El Estado debía justificar su exclusión o incluirlos.
10. Fue en el ámbito internacional donde la argumentación de los pueblos indígenas empezó a tener forma con el surgimiento de los convenios 107 y 169 de la OIT, este último dictó las medidas que debían de tomar los Estados para garantizar la subsistencia e inclusión de los pueblos indígenas en las naciones.
11. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional actualizó el problema de la composición de la pluriétnica nación mexicana, desarrolló un lenguaje político novedoso proveniente de las estructuras culturales y políticas de los pueblos indígenas.
12. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se caracterizó por su discurso que evocaba la necesidad de un regreso al orden constitucional establecido en la época revolucionaria.
13. Las principales demandas al Estado por parte de los pueblos indígenas consistían en reformas constitucionales, hacer efectivos los derechos contenidos en la misma para los pueblos indígenas, y aplicación del Convenio 169 de la OIT.
14. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional estableció los principios de pluralismo, sustentabilidad, y libre determinación para normar su relación con el Estado.
15. El más grande consenso alcanzado entre el gobierno y el EZLN, fueron los acuerdos de San Andrés Larrainzar en los que se coincidió expresamente en la necesidad de un nuevo marco jurídico.
16. La reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena no cumplió las expectativas de un gran sector de los pueblos indígenas, pues no contenía todos los derechos por los que estos habían luchado, por lo que decidieron impugnar el procedimiento mediante el cual se aprobó a través del medio de control constitucional denominado controversia constitucional que se promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
17. Los pueblos indígenas en el proceso de lucha por el reconocimiento de sus derechos aprendieron que la Constitución es el eje rector del Estado nación y que la misma puede ser interpretada de diversas formas.

18. La argumentación jurídica, es la parte del derecho que busca la decisión razonable, a través del método justificativo, argumentativo. Se usa para delimitar la actividad de plantear pretensiones ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas. Quien participa en un argumento muestra su racionalidad según se muestra abierto al argumento, pero también puede ser que ignore las razones contrarias o use argumentos dogmáticos para combatirlo.
19. Los argumentos están en constante interacción unos con otros, el poder de un argumento se deriva de la dificultad que representa rechazarlo por sus cualidades. Un buen argumento, bien fundado es aquel que resiste a la crítica y favorece las reglas establecidas para merecer un veredicto favorable.
20. Las decisiones jurídicas se justifican de acuerdo con un modelo normativo, que no siempre es producto de una cadena de razonamientos lógicos. Cuando se interpreta una norma de acuerdo a premisas normativas, debe hacerse de manera consistente y coherente, un caso es difícil cuando se plantea más de una solución posible en este caso, se puede recurrir a principios generales o valores procurando no sacrificar ninguno.
21. La argumentación jurídica tiene tres funciones básicas, la función teórico cognoscitiva, la función práctica o técnica y la función política o moral. Una argumentación realista se compromete con una postura política y moral, crítica de los Estados democráticos, la argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no solo no fue realista, sino que ignoró una realidad alterna, sin embargo esto no justifica que la realidad alterna no sea argumentada correctamente.
22. Las decisiones se fundan en reglas o procedimientos, cuando no se siguen, no se pueden justificar razonablemente y corren el peligro de ser injustas.
23. La argumentación es un instrumento de resolución de conflictos, un fallo judicial no es nunca la conclusión de un silogismo, sino siempre una decisión que como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones.
24. Las demandas de los pueblos indígenas son legítimas y los valores que resaltan en su argumentación pueden llegar a ser universales el peso normativo de su organización al estar probada su eficacia en los municipios autónomos nos obliga a considerar desde la teoría general del derecho sus sistemas normativos como válidos y ha reconsiderar las controversias

constitucionales como un ejercicio de argumentación jurídica, como parte del discurso práctico y como parte del discurso jurídico.

25. La Suprema Corte de Justicia no decidió siguiendo los principios que rigen el derecho constitucional; como el de división de poderes y supremacía constitucional, desarrollados de manera consistente por los teóricos de la materia.
26. La Suprema Corte debe usar la teoría de la argumentación jurídica, como de la justicia. De manera que una decisión correctamente justificada sea una decisión justa.
27. Es necesario que los miembros de la Suprema Corte amplíen su visión de lo jurídico y consideren el fenómeno del pluralismo y el concepto de pluralidad contenido en la constitución. Esto les servirá para visualizar alternativas de resolución de conflicto que favorezcan a sistemas normativos alternos que subsisten en el Estado mexicano.
28. Las teorías de la argumentación jurídica son útiles en la revisión de las justificaciones de las decisiones que se toman en los diversos ámbitos, partiendo de éstas podemos aprender como argumentar correctamente, plantear la solución más probable y calificar las decisiones como racionales o no racionales.
29. De acuerdo a nuestro análisis argumentativo de la controversia constitucional presentada por un municipio indígena para la revisión del procedimiento de reforma a la constitución en materia de derechos y cultura indígena del año 2001 y conforme a Perelman, los municipios indígenas se plantearon objetivos con el fin de elegir un auditorio. Eligiendo a la Suprema Corte de Justicia por su prestigio y por ser el órgano de control constitucional, planteando sus premisas ante este auditorio. Es probable que no hayan estudiado suficientemente a su auditorio, pues se mostraron sorprendidos cuando la controversia fue declarada improcedente y su hipótesis no fue resuelta. Lo que evidenció que no habían previsto ésta posible solución.
30. En el análisis argumentativo que realizamos al relacionar nuestras premisas con normas jurídicas las convertimos en garantías, siguiendo a Toulmin al cuestionar si la premisa está respaldada o no en un orden jurídico ya sea como principio general o como norma, obliga a quien realiza el cuestionamiento a dar justificaciones no normativas o no formales. Como pudimos observar en el caso revisado la Suprema Corte determinó que el artículo 105 constitucional no le otorgaba expresamente facultades para revisar los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal y el contenido de las mismas. Razón por la cual la mayor parte de las justificaciones de la Corte fueron no formales.

31. En nuestro análisis pudimos observar que el caso era un caso difícil pues cuestionaba el sentido no solo de la norma sino al sistema normativo por medio del cual se había creado. Siguiendo a MacCormick la Corte debió plantearse todas las posibles soluciones, resolver de acuerdo a los valores de la rama del derecho en la que se planteaba el conflicto; sin embargo el voto mayoritario no planteó las otras posibles soluciones, no consideró que las normas pueden interpretarse en más de un sentido. Como pudimos observar gracias a Atienza el plantear una única solución y justificarla de forma no formal evidencia los valores, prejuicios, y principios que se privilegiaron y la poca importancia que se da a los que se sacrifican.
32. De acuerdo a nuestro análisis argumentativo la Suprema Corte no siguió los tópicos de la interpretación para auxiliarse como lo plantean Alexy y Berumen, al no hacerlo ponderó injustificadamente una sola solución que resultó no ser suficientemente razonable para ser calificada como justa.
33. La Suprema Corte debe justificar todas y cada una de sus decisiones dando razones que sean suficientemente claras para ser consideradas como justas por los mexicanos indígenas o no indígenas y responder a todas las hipótesis que se le planten aumentando el grado de certeza jurídica para todos. En el caso de la controversia analizada no contestó a las hipótesis planteadas por los pueblos indígenas ¿es válida una reforma a la constitución cuando no cumple con el procedimiento establecido en la propia constitución? y ¿es válida una reforma a la constitución cuando es contraria a lo establecido en tratados internacionales previamente suscritos por el Estado?. Al no hacerlo se mostró cerrada a los argumentos y por lo tanto irracional, evadiendo su responsabilidad de interpretar la constitución. Es urgente que en la Suprema Corte se establezcan reglas encaminadas a disminuir la discrecionalidad, el dogmatismo, el uso indebido de los cánones de la interpretación y la falta de justificaciones, se podría empezar por retomar algunas de las que plantea la argumentación jurídica, sin dejar de considerar la especial composición cultural del pueblo de México. El propósito será dar todas las razones que puedan ayudar en la solución del conflicto.
34. Los miembros de la Suprema Corte deben asumir su responsabilidad de aplicar correctamente el derecho auxiliándose de todos los instrumentos que la ciencia jurídica, incluyendo la filosofía del derecho ha creado; desde los cánones de la interpretación jurídica, la lógica matemática o formal, hasta la lógica no formal, no desdénando ninguno. La teoría de la argumentación jurídica se construye, en la práctica encuentra su mayor posibilidad de

aplicación en el derecho por que se presta para la resolución de los conflictos tomando en cuenta las razones que se contradicen. Los juristas en todos los ámbitos argumentan su posición hacerlo correctamente puede convencer a un auditorio. La Suprema Corte debe tomar en cuenta todos los argumentos ponderando en forma poco ética y equitativa todas las posiciones y rebatir uno a uno sin prejuicios de forma abierta y racional. Evadir una contradicción que es evidente en el sistema jurídico mexicano la perpetua y la agudiza. Usando la teoría de la argumentación jurídica la contradicción puede plantearse como una simple incompatibilidad. Resolver la incompatibilidad requiere del compromiso de no generar nuevas incompatibilidades esto se logra aplicando reglas diversas a una misma realidad por medio de la invención.

35. La Suprema Corte debe de usar la teoría de la argumentación jurídica para ampliar su visión de lo jurídico, abrirse a las razones, abstenerse de responder con razones intolerantes, de Estado y dogmáticas que la desvinculen de las realidades alternas al Estado y al derecho nacional, como la de los pueblos indígenas de México a quienes respondió aplicándoles de manera violenta un sistema normativo que no los incluye y no los reconoce. Una forma de llegar a ésta aspiración es plantearse todas las posibles soluciones hasta inclinarse a la más razonable desde cualquier ámbito (social, cultural, político, sociológico, antropológico, histórico, etc.) teniendo como máxima la justicia para todos, la que logra convencer al auditorio universal. En todo caso es la sociedad la que debe empujar la reforma en los órganos de justicia proponiendo modificaciones a las leyes que disminuyan las posibilidades de que los ministros no cumplan con su obligación de impartir justicia.

Bibliografía

1. ALEXY Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (Traducción), Manuel Atienza e Isabel Espejo. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.
2. ALEXY Robert, *Derecho y Razón Práctica*, (Traducción), Manuel Atienza 2da Edición. Ed. Distribuidores Fontarama. México DF. 1998.
3. ATIENZA Manuel, *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica*, 2da Reimpresión. Ed. Centro de Estudios Constitucionales España. Madrid. 1997.
4. AGUILAR Rivero Mariflor, (at. el) *Reflexiones obsesivas autonomía y cultura*, 1ra Edición. Ed. Facultad de Filosofía y Letras UNAM. Distribuciones Fontarama. S.A. México DF. 1998.
5. AGUINACO Alemán Vicente, AGUIRRE Anguiano Sergio Salvador, AZUELA Guitrón Mariano, DÍAZ Romero Juan, ORTIZ Mayagoitia Guillermo, *La Suprema Corte de Justicia y el Derecho a la Vida, sentencia sobre el Aborto*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México DF. 2000.
6. BERUMEN Campos Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, 1ª Edición. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. México 2003.
7. CALVO García Manuel, *Interpretación y Argumentación Jurídica, Trabajos del Seminario de Metodología Jurídica*, Volumen I. 1ª Edición. Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza. España. 1995.
- 8.
9. COLMENARES Ismael, GALLO Miguel Ángel, GONZÁLEZ Francisco, HERNÁNDEZ Luis, (Recopilación), *Cien años de Lucha de Clases en México, (Lecturas de Historia de México 1876-1976)*, Ed. Ediciones Quinto Sol. S.A. México. 1990.
10. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Las Costumbres Jurídicas de los Indígenas en México*, México. 1994.
11. CORREAS Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Ed. Fontamara. México. 2003.
12. COSSIO D José Ramón, *Comentarios al artículo 105 constitucional tomado de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo II. Ed. Porrúa y UNAM. México. 1999.
13. CH PERELMAN Y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación, La nueva retórica*,* (Traducción española de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romántica Hispánica. Ed. Gredos. Madrid. 1989.
14. DIAZ Del Castillo Bernal, *Historia de la Conquista de Nueva España*, 16ª Edición. Ed. Porrúa S.A. México DF. 1994.

15. ESPINOSA Saucedo Guadalupe, ESCALANTE Betancourt Yuri, GALLEGOS Toussaint Ximena, LÓPEZ Barcenas Francisco, ZUÑIGA Balderas Abigail, *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México*, 1ª Edición. Ed. Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas. México DF. 2001.
16. Ejército Zapatista de Liberación Nacional, *Documentos y comunicados I, 1º de enero / 1º de agosto de 1994*, Colección Problemas de México. Ed. Era. México. 8 de agosto de 1994.
17. FERRER Muñoz Manuel, *Los pueblos indios y el parte aguas de la Independencia de México*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie DOCTRINA JURÍDICA. Num. 2. México. 1999.
18. FUENTES Morúa Jorge, (et, al) *Chia-paz 7 años, recuento balance y perspectivas*, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Iztapalapa. México. 2000.
19. FIX Zamudio Héctor, *La Justicia Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, 1ra. Edición. Ed. Porrúa. México. 2000.
20. FOUCOAULT Michel, *Vigilar y Castigar*, 4ª. Edición. Ed. Siglo XXI. México 1980.
21. FRAY JUAN DE TORQUEMADA, *Monarquía Indiana*, 3ª Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995.
22. GIBSON Charles, *Los Aztecas bajo el Dominio Español*, 2ª. Edición. Ed. Siglo XXI. México 1991.
23. GILLY ADOLFO, (at el), *Interpretación de la Revolución Mexicana*, Ed. Nueva Imagen. Artículo: La guerra de clases en la revolución mexicana. Revolución permanente y auto-organización de las masas. México. 1990.
24. GÓMEZ Magdalena, *Derechos Indígenas Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, 1ª Edición. Ed. Instituto Nacional Indigenista. México DF. 1995.
25. GÓMEZ Magdalena, (et, al), *Memoria del Seminario Internacional realizado en el Auditorio "Fray Bernardino de Sahún" del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México del 26 al 30 de mayo de 1997*, Ed. Instituto Nacional Indigenista. México 1998.
26. GÓMEZ Magdalena, *Derecho Indígena*, 1ra Edición. Ed. Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas. A.C. México DF. 1997.
27. GONZÁLEZ Galvan Jorge Alberto, (et, al), *Constitución y Derechos Indígenas*, 1ª Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2002.

28. HABERMAS Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I, Racionalidad de la acción y nacionalización social*, (versión castellana de Manuel Jiménez Redondo), 3ra. Edición. Ed. Taurus Humanidades. México 2000.
29. HERNÁNDEZ Sánchez Barba Mario, *Formación de las Naciones Iberoamericanas (SIGLO XXI)*, 1ª Edición. Ed. Biblioteca Iberoamericana, Rei México. México D.F. 1990.
30. HUERTA Ochoa Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 1ª Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998.
31. Instituto Nacional Indigenista, *Acuerdos del Gobierno federal y Ejercito Zapatista de Liberación Nacional sobre Derechos y Cultura Indígena*, (Formalizados el 16 de Febrero de 1996). Ed. Instituto Nacional Indigenista. México 1996.
32. ITURRALDE G. Diego, *Orden Jurídico y Control Social, Cuadernos de Antropología Jurídica, 6*, 1ª Edición. Ed. Instituto Nacional Indigenista. México 1994.
33. LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el neoliberalismo*, 1ª. Edición. Ed. Universidad Iberoamericana. Plaza y Valdez, S. A. de C. V. México DF. 1995.
34. LÓPEZ Bárcenas Francisco (et, al), *Los derechos Indígenas y la reforma Constitucional en México*, Artículo, *Reforma constitucional y Derechos indígenas en México entre el Consenso y la ilegitimidad*, Ed. Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos indígenas. México Diciembre de 2001.
35. LÓPEZ Barcenas Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas en México. Serie Derechos indígenas 4*. 1ª Edición. Ed. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Culturas Populares Indígenas y Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas. México DF. 2002.
36. MENDIETA y Nuñez Lucio, *Valor Económico y social de las Razas Indígenas de México*, 1ª Edición. Ed. D.A.P.P. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1938.
37. OLIVE León, *Ética y diversidad cultural*, 1ra . Edición. México 1993.
38. ORDÓÑEZ José Emilio, *Reclamos Jurídicos de los Pueblos Indios*, 1ª. Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1993.
39. PECZENIK Aleksander, *Derecho y Razón*, Ed. Ediciones Coyoacán. S.A. de C. V. México. Febrero de 2000.
40. PENAGOS Arrecis Carlos, *Taller de Elaboración de Tesis*, 1ª Edición. Ed. División de Universidad Abierta Facultad de Derecho, UNAM. México DF. 1998.
41. RIVA Palacio Vicente, *México A través de Los Siglos I, II y III (compendio)*, Edición S/N. Ed. OCEANO Grupo Editorial. España 1996.

42. RODRÍGUEZ Mourullo Gonzalo, *Aplicación Judicial del Derecho y la lógica de la Argumentación Jurídica*, 1ª Edición. Ed. Civitas. S. A. Madrid 1998.
43. RULFO Juan, (et. al) *30 ANIVERSARIO DEL INI*, Ed. Instituto Nacional Indigenista, México, 1971.
44. SÁNCHEZ Vázquez Adolfo, (et, al), *El mundo de la Violencia*, Artículo, AGUILAR, R, M, *Violencia y micropoderes*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
45. SILVA Herzog Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, 1ra Edición. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
46. SQUELLA Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*. 2da. Edición. Ed. Fontarama S.A. México DF. 1998.
47. TELLO Díaz Carlos, *La rebelión de las Cañadas origen y ascenso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional*, Primera reimpresión corregida y aumentada 2000. México DF. 2000.
48. VALDIVIA Dounce Teresa, (et, al), *Usos y costumbres de la Población Indígena de México, fuentes para el estudio de la normatividad*, 1ra Edición. Ed. Instituto Nacional Indigenista. México DF. 1994.
49. VÁZQUEZ Rodolfo, (et, al), *Derecho y Moral ensayos de un debate contemporáneo*, 1ra Edición. Ed. Gedisa. Barcelona España 1998.
50. ZAVALA Silvio A, *Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América*, 3ra Edición. Ed. Porrúa S.A. México DF. 1988.

Hemerografía

1. BURGUETE Araceli, FUENTES Morúa Jorge, "*Derechos Territoriales de los Pueblos Indios*", Revista MEMORIA, No 96 abril de 1997. México DF. 1997:
2. CORREAS Oscar "*La Teoría General del Derecho frente al Derecho Indígena*", Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de política, Filosófica y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas. Número 14. Año 1994. México DF. 1994; p.15-32
3. CORREA Guillermo, (et al), "*El estallido que estremece a México*", Revista PROCESO. No.897. 10 de enero de 1994. México DF. 1994. 1-37
4. CORRO Salvador, "*Los desacuerdos de San Andrés*", Revista PROCESO. No. 112. 22 de febrero de 1998. México DF.

5. DANDLER Jorge, "*Hacia un orden jurídico de la diversidad*", Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, Filosófica y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas. Número 14. Año 1994. México DF: 1994. 33-42
6. DÍAZ Muller Luis, "*Etnia y relaciones internacionales ¿Unidad o desintegración?*", Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, Filosófica y Derecho. Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 11. Año 1992. México DF. 1992: 15-30
7. DÍAZ Polanco Héctor, "*Derechos Indígenas y autonomía*", Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política. Filosófica y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 11 año 1992. México DF. 1992: 31-57
8. DULITZKE Ariel, "*La Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*", Artículo No Publicado. 1998. 6-7
9. ESPINOZA Saucedo Guadalupe, "*Los pueblos indígenas ante la coyuntura de las controversias constitucionales y posibles escenarios*", Periódico La Jornada. 14 de mayo de 2002. México D.F.
10. FUENTES Morúa Jorge, "*Chiapas Historia Coyuntura y Estrategia*", Ed. SITUAM en Huelga. México. 2000.
11. FUENTES Morúa Jorge, "*Chiapas historia, coyuntura y estrategia, Los acuerdos de San Andrés a seis años*", Revista Trabajadores. Universidad Obrera de México. Año 5- noviembre-diciembre 2001. Num. 27. México 2001.
12. FUENTES Morúa Jorge, "*La lucha indígena en la coyuntura actual*". Revista Trabajadores. Universidad Obrera de México. Año 5. septiembre-octubre del año 2001. Num. 26. México 2001.
13. GONZÁLEZ Galván Jorge Alberto, "*La corte y los indígenas*", Periódico La Jornada. 7 abril de 2003. México DF.
14. GAYOSO y Navarrete Mercedes, "*La cosmovisión de los nahuas, punto de partida para una interpretación sistemática de su derecho*", Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 11 año 1992. México DF. 1992: 60-80
15. ITURBIDE G Diego A. "*Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina*", Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 11. Año 1992. México DF. 1992: 81-96.
16. LA JORNADA, "*Zapatistas, Crónica de una rebelión*", Ed. Demos. Desarrollo de Medios. S. A. de C. V. y Canal 6 de Julio. México 2003.

17. LIMPENS Frans, "Los pueblos indígenas en la línea de fuego del desarrollo", *Critica Jurídica*. Revista Latinoamericana de política, Filosófica y Derecho. Instituto de Investigaciones jurídicas. Num. 14. Año. 1994. México DF. 43-56
18. LÓPEZ y Rivas Gilberto, "Hacia la Autonomía Indígena", *Revista cemosMEMORIA*, No. 91 Septiembre de 1996. México DF. 15-21.
19. MONTEMAYOR Carlos, "El despertar del Alba", *Revista Proceso*. Edición Especial 13. Enero 2004.
20. MONTEMAYOR Carlos, "Esquizofrenia Cultural en México", *Revista MEMORIA* No. 95 Enero de 1997. México 1997. 6-11
21. MONREAL Ávila Ricardo, "Derechos indígenas: ¿todo está perdido?", *Periódico La Jornada*. 7 de septiembre de 2002. México DF.
22. ORDÓÑEZ C. José Emilio Rolando, "Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indios". *Critica Jurídica*. Revista Latinoamericana de política. Filosofía y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas. Num. 14. Año 1994. México DF. 1994: 57-94
23. ORDÓÑEZ Cifuentes José Emilio R. "La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México." *Critica Jurídica*, Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 15. Año. 1994. México DF. 111-130.
24. SIERRA María Teresa. "Conflicto y Transacción entre la Ley y la Costumbre Indígena", *Critica Jurídica*. Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Instituto de Investigaciones jurídicas. No. 11. Año 1992. México DF. 1992. 97-104

Tesis

1. GONZÁLEZ Rodríguez Catalina Ruth, *La autonomía de los pueblos indígenas en México un análisis jurídico*, Pág.: 39-60. ENEP-Acatlan. 2001.
2. LÓPEZ Yáñez Mariana, *La necesaria regulación de los pueblos autóctonos de México*. ANEXOS 1,2, Facultad de Derecho. UNAM. 2000.

Legislación

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2002. Ed. Porrúa. México 2002.
2. Decreto que reforma los artículos 1º, 2º, 4º, 18 y 115 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario oficial de la federación, martes 14 de agosto de 2001.
3. Ley para el dialogo la conciliación y la paz digna en Chiapas, publicada en el Diario, oficial de la federación el 10 de marzo de 1995.

4. Dictamen en materia indígena, Senado de la República, México 30 de abril del 2001.
5. Propuesta de reforma Constitucional de la Comisión de concordia y pacificación derivada de los Acuerdos de San Andrés
6. Diario de los debates. Cámara de Diputados 24 de enero de 2001.

Páginas Web

1. www.lajornada.unam.mx.com
2. <http://cronica.com.mx/>
3. <http://webcom.com.mx/crónica/200/dic/06/nac03.html>.
4. <http://www.scjn.gob.mx>

CD Interactivos

1. ORTEGA Martínez Jesús, (Coordinador del Grupo Parlamentario del Partido de la revolución Democrática en el Senado de la República) CD. Información sobre asuntos indígenas, Chiapas, Dictamen del Senado de la Republica LVIII legislatura, Respecto a la reforma en materia de derechos y cultura indígena exposición de motivos, Ed. Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática LVIII. Legislatura enero de 2001.

ANEXO I. REFORMAS EN MATERIA INDIGENA HECHAS A LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

REFORMAS CONSTITUCIONALES	FECHA
ART.4to. Se adiciona un párrafo primero y se recorren en su lugar los anteriores primero a quinto para ser segundo a sexto, Incorpora expresamente la composición pluricultural de la Nación mexicana, sustentándola originalmente en su pueblo.	27 enero de 1992, publicada 28 de enero de 1992.
Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo, 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.	Publicada el 14 de agosto de 2001

REFORMAS EN LAS CONSITUCIONES ESTATALES

ESTADO	FECHA DE REFORMAS	Leyes Reglamentarias en Materia Indígena.
Guerrero	Marzo de 1987	
Chiapas	Octubre de 1990, junio de 1999.	Ley Reglamentaria publicada en junio de 1998
Oaxaca	Octubre de 1990, Mayo de 1995 y Junio de 1998	Ley Reglamentaria publicada en junio de 1998
Hidalgo	Octubre de 1991	
San Luis Potosí	Septiembre de 1992, noviembre de 1996.	
Sonora	Diciembre de 1992	
Veracruz	Enero de 1993, febrero del 2000.	
Nayarit	Agosto de 1993, junio de 1998.	
Jalisco	Julio de 1994	
Durango	Julio de 1994	
Campeche	Julio de 1996	Ley Reglamentaria publicada en junio de 1998
Quintana Roo	Abril de 1997	Ley de Justicia Indígena y Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena. Publicadas en junio de 1998.

ANEXO 2	
ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE CONCORDIA Y PACIFICACIÓN	
Propuesta de la Comisión de Concordia y Pacificación del Poder Legislativo. 20 de Noviembre de 1996. <i>Cursivas:</i> eliminado o modificado por el gobierno	OBSERVACIONES DE LA PONENTE
<p>Artículo 4. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.</p> <p>Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado mexicano, para:</p> <p>I Decidir sus formas internas de convivencia y de organización social, económica, política y cultural.</p> <p>II. Aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres; sus procedimientos, juicios y decisiones serán convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado</p> <p>III. Elegir a sus autoridades y ejercer sus formas de gobierno interno de acuerdo a sus normas en los ámbitos de su autonomía, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad.</p> <p>IV. Fortalecer su participación y representación políticas de acuerdo con sus especificaciones culturales, V. Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidas éstas como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la Nación;</p> <p>VI. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que configuran su cultura e identidad, y</p> <p>VII. Adquirir, operar y administrar sus propios medios de comunicación La Federación, los Estados y los municipios deberán, en el ámbito de sus respectivas competencias, y con el concurso de los pueblos indígenas, promover su desarrollo equitativo y sustentable y la educación bilingüe e intercultural. Asimismo, deberán impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la Nación y combatir toda forma de discriminación.</p> <p>Las autoridades educativas federales, estatales y municipales, en consulta con los pueblos indígenas, definirán y desarrollarán programas educativos de contenido</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La Propuesta de la Comisión de Concordia y Pacificación, es el primer documento generado posteriormente al conflicto en Chiapas que tiene técnica legislativa, ya que del resumen que elaboramos respecto a los acuerdos de San Andrés podemos derivar que estos estaban llenos de normas o principios para la elaboración de reformas concretas, pero no refería textualmente a contenidos de la reforma. ➤ La ventaja operativa más grande de esta propuesta es que es elaborada por los legisladores que formaron parte de los diálogos de San Andrés y que suscribieron los acuerdos de los mismos, por lo que retomaron el espíritu de los acuerdos aun aquel que no quedo contenido en los mismos. ➤ La Comisión de Concordia y Pacificación, al decidir elaborar una propuesta legislativa, asume un compromiso de impulsarla desde el poder legislativo, de buscar consensos no de mediar el conflicto sino la propuesta de reforma constitucional. ➤ La propuesta de la Comisión de Concordia y Pacificación es una iniciativa de reforma constitucional, que propone modificar el contenido de los artículos 4º, 115, 18, 26, 53, 73 y 116. ➤ Esta iniciativa por centrarse en la reforma constitucional deja en principio fuera de discusión las propuestas que se centraban en compromisos del Gobierno del Estado de Chiapas. ➤ En lo que se refiere a la reforma al Artículo 4to Constitucional incluye una definición de pueblos indígenas derivada de los Acuerdos de San Andrés, que a su vez retomaron del Convenio 169 sobre derechos y cultura indígenas. ➤ Además de retomar el concepto de pueblo indígena de San Andrés retoma como la expresión de la libre determinación a la autonomía aduciendo que como parte del Estado, quizá esta parte es poco clara ya que en los acuerdos de San Andrés expresamente se dice que con respeto a la unidad nacional, y al concepto de Estado Nación. ➤ Respecto al contenido de la autonomía se toma en consideración la propuesta de derechos que se hace en el pronunciamiento

<p>regional, en los que reconocerán su herencia cultural. El Estado impulsará también programas específicos de protección de los derechos de los indígenas migrantes, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Para garantizar el acceso pleno de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado, en todos los juicios y procedimientos que involucren individual y colectivamente a indígenas, se tomarán en cuenta sus prácticas jurídicas y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución. Los indígenas tendrán en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores, particulares o de oficio, que tengan conocimiento de sus lenguas y culturas. El Estado establecerá las instituciones y políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con dichos pueblos. Las Constituciones y las leyes de los Estados de la República, conforme a sus particulares características, establecerán las modalidades pertinentes para la aplicación de los principios señalados, garantizando los derechos que esta Constitución reconoce a los pueblos indígenas.</p>	<p>conjunto contenido en el documento 2 de los acuerdos de San Andrés, sin embargo se agregan líneas enteras de nuevas facultades de control del Estado como en el caso de la Fracción II, en donde se anota que pueden aplicar sus sistemas normativos siempre que tengan la convalidación de las autoridades jurisdiccionales del Estado, y no tomando en cuenta las consideraciones que se hacen respecto a la educación en materia indígena, y desestimando la obligación del Estado de proporcionar para su operación a los pueblos indígenas, medios de comunicación como una obligación del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Otra demanda que queda fuera es la de dar la aprobación a los intérpretes ante las autoridades jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas. ➤ Por último no establece el derecho de participación política a través de la consulta a los pueblos por cada política pública que se establezca y que los involucre.
<p>ARTÍCULO 115.</p> <p>Los Estados adoptarán...</p> <p>I. Cada municipio...</p> <p>II. Los municipios.</p> <p>III. Los municipios, con el concurso de los estados...</p> <p>IV. Los municipios administrarán libremente...</p> <p>V. Los municipios...</p> <p>En los planes de desarrollo municipal y en los programas que de ellos se deriven, los ayuntamientos le darán participación a los núcleos de población ubicados dentro de la circunscripción municipal, en los términos que establezca la legislación local. En cada municipio se establecerán mecanismos de participación ciudadana para coadyuvar con los ayuntamientos en la programación, ejercicio, evaluación y control, de los recursos, incluidos los federales, que se destinen al desarrollo social.</p> <p>VI... VII... VIII... IX. Se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones. Las autoridades competentes realizarán la transferencia ordenada y paulatina de recursos, para que ellos mismos</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La Reforma al Artículo 115 Constitucional es en verdad muy relevante ya que considero que retoma en gran parte lo que los indígenas que participaron en los diálogos deseaban. ➤ Lo más relevante de esta reforma es el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de derecho público, para el ejercicio de su autonomía en todos los niveles, y en concreto en el municipio, se reconoce el derecho del municipio a autoreconocerse como pueblo indígena en cuyo caso es posible que funcione como un municipio indígena con recursos que paulatinamente se le irán traspasando por parte de las autoridades. ➤ A su vez los municipios y ayuntamientos que se asuman como indígenas pueden establecer procedimientos para la elección de sus autoridades y representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno. ➤ Los Estados podrán remunicipalizar conforme los municipios indígenas y conforme a consulta previa hecha a los pueblos indígenas.

<p>administren los fondos públicos que se les asignen. Corresponderá a las Legislaturas estatales determinar, en su caso, las funciones y facultades que pudieran transferírseles, y X. En los municipios, comunidades, organismos auxiliares del ayuntamiento e instancias afines que asuman su pertenencia a un pueblo indígena, se reconocerá a sus habitantes el derecho para que definan, de acuerdo con las prácticas políticas propias de la tradición de cada uno de ellos, los procedimientos para la elección de sus autoridades o representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, en un marco que asegure la unidad del Estado nacional. La legislación local establecerá las bases y modalidades para asegurar el ejercicio pleno de este derecho. Las legislaturas de los Estados podrán proceder a la remunicipalización de los territorios en que estén asentados los pueblos indígenas, la cual deberá realizarse en consulta con las poblaciones involucradas.</p>	
<p>ARTICULO 18. Sólo por delito que merezca Los gobiernos... Los gobernadores... La Federación... Los reos de nacionalidad... Los indígenas podrán cumplir sus penas preferentemente con los establecimientos más cercanos a su domicilio, de modo que se propicie su integración a la comunidad como mecanismo esencial de readaptación social</p>	<p>✓ Esta propuesta es tan buena que no solo aplica a las comunidades indígenas todos los reos como parte de los derechos fundamentales debían de purgar la pena en el lugar más cercano a su domicilio pero más adelante se volvió de aplicación general en la reforma.</p> <p>✓ Sin embargo no se incluyó el tomar en cuenta su cosmovisión cultural y su nivel económico a la hora de imponer las penas.</p>
<p>ARTICULO 26. El Estado organizará... Los fines del proyecto... La ley federal facultará... La legislación correspondiente establecerá los mecanismos necesarios para que en los planes y programas de desarrollo se tomen en cuenta a las comunidades y pueblos indígenas en sus necesidades y especificidades culturales. El Estado les garantizará su acceso equitativo a la distribución de la riqueza nacional</p>	<p>✓ Esta es la traducción que hizo la COCOPA de lo que en los Acuerdos de San Andrés llamaron los participantes el principio de sustentabilidad de por si llamaba la atención la utilización de un término tan globalmente usado pero para ellos era que se establecieran mecanismos que les permitieran desarrollarse de manera sustentable o ser indemnizados si la intervención del Estado los perjudicaba o dañaba los recursos naturales de su hábitat.</p>
<p>ARTICULO 53. La demarcación territorial... Para establecer la demarcación territorial de los distritos uninominales y circunscripciones electorales plurinominales, deberá tomarse en cuenta la ubicación de los pueblos indígenas, a fin de asegurar su participación y representación políticas en el ámbito nacional. Para la elección.</p>	<p>✓ En las propuestas conjuntas y derivado de la propuesta de remunicipalización se considero necesario que la participación política de los pueblos indígenas se estableciera en las legislaciones electorales para garantizar a los indígenas un acceso mínimo a los órganos de participación estatal, al respecto la Comisión de Concordia y Pacificación lo deja muy claro e incluso creo que va más allá.</p>
<p>ARTICULO 73. El Congreso tiene facultad I... XXVII</p>	<p>✓ Como una petición es la elaboración de una ley federal indígena</p>

<p>XXVIII. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios en el ámbito de sus respectivas competencias, respecto de los pueblos y comunidades indígenas, con el objeto de cumplir los fines previstos en los artículos 4o. y 115 de esta Constitución;</p>	<p>desde los Acuerdos de San Andrés se le dan facultades Expresas al Congreso para su expedición.</p>
<p>ARTICULO 116. El poder público de los Estados...</p> <p>I.</p> <p>II. El número de representantes... Los diputados de las legislaturas... En la legislación electoral...</p> <p>Para garantizar la representación de los pueblos indígenas en las legislaturas de los Estados por el principio de mayoría relativa, los distritos electorales deberán ajustarse conforme a la distribución geográfica de dichos pueblos.</p>	<p>➤ Por último el garantizar y ampliar la representación política de los pueblos indígenas, la Comisión de Concordia y Pacificación lo resume pobremente en considerar los municipios indígenas en los distritos electorales.</p>