

Un acercamiento crítico a los problemas antropológicos, políticos y filosóficos del pluralismo jurídico

A Critical Approach to the Anthropological, Political and Philosophical Problems of Legal Pluralism

JORGE POLO*

Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL), Guayaquil, Ecuador

RESUMEN. Intentaremos abordar de forma crítica esos procesos de construcción de un nuevo marco jurídico, puestos en marcha en algunos países de la América andina durante los últimos lustros, caracterizados por el reconocimiento del carácter plurinacional, multiétnico e intercultural de las Repúblicas, enmarcadas hasta entonces en los parámetros homogeneizadores del Estado criollo y mestizo. Tales procesos, a su vez, han conducido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas originarios y, de forma subsecuente, al establecimiento de un derecho indígena poseedor de una jurisdicción especial. Pero este nuevo horizonte, si bien representa un proyecto eminentemente decolonial en muchos aspectos, no está exento de contradicciones, fricciones y limitaciones. Un escenario de radical pluralidad jurídica quebrantaría la posibilidad de establecer un marco común de ciudadanía. Son muchas, por lo tanto, las dimensiones antropológicas, políticas, jurídicas y filosóficas que deben ser analizadas y discutidas para arrojar algo de luz en esta importante cuestión.

Palabras clave: monismo jurídico; pluralismo jurídico; colonialidad jurídica; derecho consuetudinario; justicia indígena.

ABSTRACT. We will try to critically examine the processes of constructing a new legal framework which were begun in some Andean states during recent decades and which are characterised by the recognition of the multinational, multiethnic and intercultural character of the Republics, framed hitherto within the homogenising parameters of the creole and mestizo State. These processes have in turn led to the recognition of the rights of the original indigenous peoples and, subsequently, to the establishment of indigenous law with a special jurisdiction. However, this new horizon, despite the fact that it represents a project which is eminently decolonial in many respects, is not without contradictions, frictions or limitations. A scenario of radical legal plurality would lessen the possibility of establishing a common citizenship framework. There are therefore many anthropological, political, legal and philoso-

* Hiperbolik1984@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9415-5406>.

phical aspects which should be analysed and discussed so as to shed some light on this important issue.

Key words: Legal Monism; Legal Pluralism; Legal Colonialism; Common Law; Indigenous Justice System.

1. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO, UN NUEVO RECONOCIMIENTO

En la última década del siglo XX pudo constatarse una determinada tendencia en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la *Comunidad Andina de Naciones*: Colombia, Perú, Bolivia, Venezuela y Ecuador (Viciano Pastor, 2012). Tales países, que en 1989 también habían ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, trataron de construir un nuevo marco jurídico caracterizado por el reconocimiento del carácter plurinacional, multiétnico e intercultural de las Repúblicas, enmarcadas hasta entonces en los parámetros monolíticos, unívocos y homogeneizadores del Estado-nación criollo y mestizo. Se registró, en ese sentido, lo que algunos autores pudieron llamar “constitucionalismo multicultural” (Van Cott, 2000).

Tales procesos, a su vez, condujeron al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y, de forma subsecuente, al reconocimiento de un derecho indígena poseedor de una jurisdicción especial. Se trataba, en suma, de *tener derecho al propio derecho*. Lo que se pretendía a la hora de avanzar en esa dirección era precipitar una reforma profunda de las estructuras estatales, modificando las pautas organizativas de las administraciones judiciales, pero también una transformación de los entramados ideológicos que durante largo tiempo habían otorgado cobertura y legitimidad a esa judicatura estatal. Pues, en efecto, los pueblos indígenas vivieron o sobrevivieron durante siglos en una geografía jurídica mestiza, que los excluía por definición (Clavero, 2008). Es por ello que las reformas legislativas o constitucionales habrían de ir acompañadas, se ha señalado en múltiples ocasiones, por una transformación sustancial de las mentalidades y de los imaginarios hegemónicos, secularmente troquelados en un concepto *unívoco* y excluyente de lo nacional, lo cultural, lo lingüístico y, por supuesto, de lo jurídico (Gutiérrez y Balslev, 2008).

Lo medularmente significativo de estos cambios constitucionales es, en primer lugar, el reconocimiento de los pueblos indígenas como *sujetos* políticos agentes y de pleno derecho, y no ya sólo como *objetos* de ciertas políticas públicas proteccionistas o compensatorias. De hecho, incluso cuando hablamos de *reconocimiento* podemos recaer en un cierto paternalismo (más o menos inconsciente) que presenta a la justicia estatal encaramada en una posición je-

rárquicamente superior, toda vez que sería ésta la que (en un acto de suprema gracia e indisimulada condescendencia) permitiría a la justicia indígena subsistir (eso sí, en una posición siempre subalterna). Pero un verdadero “reconocimiento” de la justicia indígena implicaría, antes que nada, un derecho a controlar de forma autónoma las propias instituciones (Salgado, 2002). Porque, si el Estado ya no encarna o representa una nación homogénea y una sola identidad cultural, de forma necesaria la dimensión jurídica adquirirá una nueva fisionomía y un nuevo estatuto. “Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia” (Yrigoyen, 2004: 173). Tales comunidades son ahora contempladas como capaces de albergar sus propias instancias de producción de normas. Y si se reconoce la existencia de instituciones jurídicas propias, con plena y autónoma potestad, se debe necesariamente reconocer la validez de su aplicación y la legitimidad de su ejecución (incluso si ésta conllevara algún tipo de violencia punitiva).

Ese reconocimiento implica, por lo tanto, que los “tribunales ordinarios” del Estado deben inhibirse de intervenir en los procedimientos ejecutados por los “órganos” del poder judicial indígena; de lo contrario, la “jurisdicción especial” carecería de toda operatividad efectiva y su titularidad sería un mero espejismo. “La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *notio*, *iudicium*, *imperium* o *coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*coercio* o *imperium*)” (Yrigoyen, 2004: 176). No hay usurpación o vulneración de la “justicia ordinaria”, por lo tanto, cuando fruto de la administración judicial autónoma se aplican penas que involucran coerción personal (privación de libertad, trabajos comunitarios obligados e incluso aplicación de fuerza física). Esa jurisdicción, una vez concedida, incluye la designación de las autoridades legítimas encargadas de dirimir y resolver los conflictos dentro de una competencia territorial reconocida (Yrigoyen, 1995).

Todo lo cual implicaría que la propia institucionalidad jurídica indígena (desde su categorización o jerarquización normativa interna) evalúa y juzga qué hechos ameritan su intervención, y también la gravedad de los mismos. Esto puede originar conflictos importantes con la justicia “ordinaria” o estatal en lo

referente, por ejemplo, al hecho de determinar a qué años empieza a considerarse que una persona accede a la “mayoría de edad” (Bidaseca, 2011). Es habitual, en estos contextos, que se produzcan conflictos entre la concepción del delito plasmada en la ley estatal y la concepción del mismo compartida y manejada por una cierta comunidad (Gómez, 1990). Es por ello que, en semejantes situaciones, se requiere de forma acuciante y perentoria de una hermenéutica jurídico-cultural que esclarezca algunos elementos que constituyen verdaderos puntos ciegos para los códigos penales oficiales y los procedimientos criminales estandarizados, los cuales no están pertrechados de la “pericia antropológica” necesaria para aprehender en su cabalidad ciertos componentes idiosincrásicos de una determinada realidad sociocultural que, sin embargo, resultan cruciales para determinar en su justa medida la cualidad criminal de ciertos hechos (Moreira, 2008).

El derecho a tener un *derecho propio* implica, por un lado, que una persona puede legítimamente reclamar ser juzgada dentro del sistema normativo vigente en el interior de su propia comunidad cultural; y, por otro lado, implica que debe reconocerse la potestad de un colectivo para controlar sus propias instituciones; en este caso, las judiciales. Lo cual debe suponer, al mismo tiempo, la condición de obligatoriedad en el cumplimiento de todas aquellas normas y sanciones establecidas por el derecho indígena, sin que ningún miembro de la comunidad tenga la opción de escapar a tal jurisdicción para aferrarse al “derecho estatal”. Otra cuestión es cuando el delito o la falta se cometen, dentro del territorio jurisdiccional competente, por un tercero no-indígena o no perteneciente a ese ámbito étnico-cultural; en tal caso, la derivación al “derecho estatal” puede o debe llegar a contemplarse. De hecho, en la práctica concreta se observan superposiciones y transacciones entre ambas instancias (Sierra, 1992). O, al contrario, cuando un indígena comete un delito en una zona geográfica externa a su propio territorio comunitario, puede el afectado reclamar ser juzgado por la jurisdicción especial de su comunidad y no por el sistema judicial ordinario; teniendo en cuenta, además, que podría darse la circunstancia de ser considerado un atenuante (e incluso un motivo de exención) el hecho de que tal “delito” no esté conceptualizado como tal dentro de la construcción normativa del orden cultural al que pertenece. En casos así, la polémica y el conflicto están servidos. “En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales pueblos sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria” (Yrigoyen, 2004: 186). El asunto alberga, como vemos, múltiples problemáticas de orden antropológico, político, jurídico y filosófico.

2. TENER DERECHO AL PROPIO DERECHO

La antropología jurídica emerge como un campo que, lejos de ser un mero territorio disciplinar sin más, se despliega como un punto de intersección de problemáticas amplísimas y profundas (Collier, 1995; Silva Santisteban, 2000; Krotz, 2002; De la Peña, 2002). Pero si de alguna manera hubiéramos de precisar los límites conflictivos de dicho campo del saber, deberíamos señalar que se refiere más propiamente al estudio de las intersecciones, articulaciones y fricciones que se producen entre la ley nacional o estatal y las normatividades jurídicas “locales” (Chenaut y Sierra, 1995; Aragón Andrade, 2011). En ese sentido, también la esfera del derecho puede experimentarse y codificarse como un ámbito de resistencia frente a los efectos dominadores y avasalladores que en muchas ocasiones ha desatado el aparato jurídico estatal. Porque es verdad, y bien da cuenta de ello Alcida Rita Ramos, que el sintagma “ciudadanía común” ha sido empleado en demasiadas ocasiones para obliterar y subalternizar otras “nacionalidades” no reconocidas siquiera legalmente, aplastadas bajo el peso sofocante de una homogeneizadora “ciudadanía única” (1997 y 2007). Tras el velo de la universalidad, ya lo sabemos desde hace mucho tiempo, se han escondido oprobiosas relaciones de dominio que fueron subyugando en lo material y en lo simbólico a múltiples nacionalidades étnicas (Ribeiro, 1970).

Cómo no recordar, en ese sentido, la gran novela del escritor peruano Ciro Alegria, *El mundo es ancho y ajeno*. En ella podemos observar la violencia desatada contra una comunidad indígena por parte de un rico hacendado que, poniendo en juego todas sus influencias y toda su maquinaria social de poder, pretende apropiarse de las tierras comunales que pertenecían a dicha comunidad desde tiempo inmemorial; utilizando para ello, por lo demás, mil artimañas de leguleyo. Uno de los indígenas que aparecen en el relato se lamenta en estos términos: “Cada día, pa pena del indio, hay menos comunidades. Yo he visto desaparecer a muchas arrebatadas por los gamonales. Se justifican con la ley y el derecho. ¡La ley!; ¡el derecho! ¿Qué sabemos de eso? Cuando un hacendado habla de derecho es que algo está torcido y si existe ley, es sólo la que sirve pa fregarnos” (1983: 18). En estas amargas palabras detectamos la tremenda *lejanía* (física, simbólica y moral) que una comunidad experimenta con respecto a una legalidad que no es la suya; un aparato judicial exógeno, incomprensible, y que además moviliza contra ella un tremendo arsenal de agravios y expolios. Una legalidad ajena y violenta (la estatal) que finalmente entra en descarnado conflicto con una institucionalidad normativa consuetudinaria (local y comunitaria) que, pese a no aparecer formalizada o sistematizada en un código escrito, funciona y rige.

En otro momento del relato, el indígena protagonista (líder principal de la comunidad), se siente apocado e intimidado, mientras declara ante el juez por el litigio de las tierras. “En un momento tuvo la sospecha de que todos los legajos y expedientes que blanqueaban en los estantes y sobre la mesa del juez terminarían por ahogarlo, por ahogarlos, por perder a la comunidad. Muchos papeles, innumerables. Muchas letras, muchas palabras, muchos artículos. ¿Qué sabían ellos de eso? [...] El comunero sufría y moría bajo esos papeles como un viajero extraviado en un páramo bajo una tormenta de nieve” (203). El pasaje es sumamente esclarecedor a la hora de arrojar luz sobre el tema que nos ocupa. Ese *corpus* jurídico estatal-nacional (entendiendo por “nacional” únicamente la nación peruana mestiza, que no incluye a las distintas nacionalidades indígenas que habitan en su territorio desde mucho antes que existiera una entidad política llamada “Perú”) es percibido y vivido por estos hombres y mujeres como un aparato extraño que se cierne sobre ellos de forma abrasiva y feroz. Ese arsenal de papeles, palabras y artículos, como se dice en el relato, constituía un peso aplastante y triturador para la comunidad. En la narración se repite una pregunta angustiada que los indígenas formulan en primera persona del plural, a la hora de referirse a un “Derecho” que no es el suyo: ¿qué *sabemos* nosotros de eso? Esas leyes son experimentadas en las propias carnes como un ajeno y asfixiante poder que nada tiene que ver con ellos, que se les impone desde un afuera virulento; un poder que incluso atenta contra su *modus vivendi* más elemental.

En consecuencia, cuando se intenta institucionalizar la jurisdicción indígena, la fricción y la disonancia con respecto a esa realidad que se denomina “derecho” (sin adjetivación) está garantizada. “La institucionalización de la jurisdicción indígena debe comprender un hecho evidente que por lo general, y tal vez por ello, pasa inadvertido: pone en relación una diversidad etnológica (culturas, poblaciones, sistemas jurídicos, cosmovisiones, rituales, simbolismos) con una cultura universal, a la vez poderosa y jerarquizada, profesional, portadora de un régimen identitario sólido, que hunde sus raíces en tradiciones muy antiguas, suficientemente ritualizadas y simbolizadas, de hábitos tan marcados que incluso no ceden a los obstáculos de las diferencias nacionales, llamada de modo general «derecho»” (Zambrano, 2008: 79). Los pueblos indígenas originarios ya impartían justicia antes de la constitución de los Estados criollos/mestizos y antes de la presencia europea, aunque dichas prácticas jurídicas colisionaron (para salir derrotadas) con una serie de códigos foráneos que, tras un proceso de violenta aculturación, aparecieron cristalizados como *el* derecho por antonomasia. En ese sentido, cabe hablar de la existencia de una profunda y recurrente *colonialidad jurídica* que, en efecto, representa una de las manifesta-

ciones –y, desde luego, no la menos importante– de la colonialidad de poder (Polo Blanco, 2016).

Decía Óscar Correas, combatiendo las premisas del “monismo jurídico”, que “sostener la juricidad del sistema normativo mexicano [del Estado Federal] y negar, al mismo tiempo, la del sistema indígena, es tanto como promocionar el derecho de conquista y confesar el carácter ideológico –en el peor sentido de la palabra– de la idea de juricidad” (1997: 95). Cuando los indígenas son sometidos, sin más, a unos códigos y a unos procedimientos que desconocen por completo, se está cometiendo un acto no exento de violencia. El “discurso jurídico”, operando como un mecanismo de control social, se torna incomprensible e indescifrable para el indígena, siendo así que, además, se plasma y ejecuta en una lengua que generalmente no domina; tal discurso, en suma, se torna un perfecto reproductor de inveteradas relaciones de subordinación.

Y es por ello que la lucha de los pueblos indígenas, en esa histórica y secular situación de conflictividad, también se ha encaminado al reclamo del propio derecho (Iturralde, 1990). El “derecho monocultural y blanco-mestizo”, como señala Catherine Walsh, debería ser repensado y refundado bajo un prisma insoslayable de interculturalidad (2009: 172). Las administraciones de justicia de los países con importante presencia de población indígena, más tarde o más temprano, deberán abordar la posibilidad de permitir una impartición de justicia por parte de esos mismos pueblos y comunidades, asumiendo de forma coherente el *pluralismo jurídico* o, en todo caso, aceptando fórmulas variadas de coordinación jurisdiccional de carácter intercultural (Palacio, 1996; Zambrano, 2003; Borrero, 2003). Porque el “enigma multicultural” (Baumann, 2001), en muchas partes del mundo, se manifiesta principalmente como una problemática de orden jurídico.

Ese tremendo desajuste entre las prácticas jurídicas indígenas y el derecho “nacional”, si en algún lugar fue tematizado, problematizado e investigado con asiduidad, fue en México. Allí se configuró el *Seminario sobre derecho consuetudinario indígena*, coordinado por Rodolfo Stavenhagen y María Teresa Sierra y desarrollado a lo largo de 1988. Dos años después, y como producto de este seminario internacional, surgió el valiosísimo volumen *Entre la ley y la costumbre* (Chenaut y Sierra, 1992). Una de las primeras dificultades metodológicas halladas tenía que ver con el hecho de que las “costumbres jurídicas” de estos pueblos, aunque produzcan normas que son de obligado cumplimiento (y que, por lo tanto, pueden sancionar punitivamente su incumplimiento), no aparecen estructuradas en un código de carácter estable, unívoco y coherente; por el contrario, son situacionales, casuísticas, flexibles, cambiantes y se transmiten de forma oral. Las normas del derecho consuetu-

dinario indígena se hallan, pues, muy lejos de configurar un *corpus* jurídico sistemático, general y permanente; por ello mismo, no cumplirían los requisitos formales que sí cumplen las normas del derecho “estatal-nacional-moderno”. El debate, empero, es si la “juridicidad” de una norma o de una sanción sólo puede darse bajo esas exigencias formales o, por el contrario, si puede haber juridicidad más allá de dichos condicionantes o requisitos (Castillo Farreras, 1973).

Rodolfo Stavenhagen, referencia imprescindible en estas cuestiones, delimitaba muy certeramente los trazos de esta problemática. “Uno de los planteamientos más insistentes de los movimientos indígenas se refiere al uso del derecho propio, que es reconocido en algunas de las nuevas legislaciones y conduce a animados (y a veces enconados) debates sobre el pluralismo jurídico en nuestros países. La visión monista del derecho, que ha prevalecido durante la época republicana hasta la actualidad, acepta que en el Estado nacional ha de funcionar un solo sistema jurídico, y argumenta con frecuencia que la pluralidad de jurisdicciones debilitaría al Estado nacional, crearía fueros de privilegios en donde todos deberían estar en situación de igualdad ante la ley, complicaría innecesariamente la administración de justicia y permitiría un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos individuales. Por la otra parte, se sostiene, por el contrario, que el respeto al derecho indígena (también llamado con frecuencia derecho consuetudinario, usos y costumbres, costumbre jurídica o derecho comunitario) es una garantía para los derechos humanos de las colectividades indígenas, forma parte del respeto a la diversidad cultural, y contribuiría a evitar las persistentes y serias violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas que se han ido acumulando en el marco del deficiente acceso a la justicia que actualmente se les brinda. Cada vez más, las cortes supremas y otros tribunales han ido reconociendo las jurisdicciones indígenas, de tal suerte que el derecho indígena ya está comenzando a formar parte de los sistemas jurídicos nacionales, no sin tensiones y contradicciones” (2010: 112). El debate en torno a la posibilidad de reconocer o no “derechos colectivos” es, en cierto modo, anterior a la cuestión del pluralismo jurídico. “En años recientes, la noción de derechos colectivos de los pueblos ha hecho progresos en el derecho internacional, y comienza a abrirse paso también en el derecho doméstico, precisamente en relación con el concepto de ciudadanía étnica o multicultural. La situación de los pueblos indígenas demuestra que no podrán ser ejercidos efectivamente los derechos de los individuos si se desconocen los derechos colectivos de las comunidades y pueblos a los que pertenecen estos. Algunas sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos apuntan en esa dirección” (Stavenhagen, 2010: 111). Esta disputa es importantísima, pues

algunas posiciones teóricas siempre han sostenido que no existe nada parecido a un “derecho colectivo” mientras que, por otro lado, una estrategia crucial de todos aquellos pueblos que pretenden conservar su propia identidad existencial es aquella que toma como objetivo primordial de su lucha el reconocimiento de un derecho comunitario. Y la cosa es más compleja todavía, toda vez que la dimensión jurídica va indisolublemente ligada a la cuestión de la “autonomía” política y administrativa de un territorio y, lo que es aún más conflictivo, al asunto de la propiedad comunal de la tierra y de los recursos naturales que hay en ella (Valdivia, 1991).

Movilizando nociones de “ciudadanía étnica”, los partidarios de ese reconocimiento entienden que la protección jurídica del individuo pasa, en múltiples casos, por la protección del derecho del “pueblo” al que pertenece; no se protege al individuo si, previamente, la comunidad nacional o étnica a la que pertenece no ha visto reconocida su existencia jurídica (Montoya Rojas, 1998). Pero podría sostenerse, y he aquí un punto nodal de discusión, que tal noción (“ciudadanía étnica”) constituye una suerte de oxímoron, pues el concepto de “ciudadanía” se construye, precisamente, para trascender o subsumir formalmente todas las cualidades “empíricas” de las personas, tal y como es el caso de la etnia o la nacionalidad cultural de cada cual. Desde esa perspectiva sería irrelevante (en lo legal y en lo político, esto es, en cuanto a derechos y obligaciones) que alguien fuera un miembro de la etnia *Awá*, de la nacionalidad *Shuar* o un mestizo de la ciudad de Quito; todos serían, en cualquier caso, *ciudadanos* de la República del Ecuador. Pero los “derechos culturales” son individuales y a la vez colectivos, argumentan sus defensores (Cóndor, 2011). Por lo tanto, si se niega a un pueblo *como tal* el derecho a existir dignamente, conservando los dispositivos sociales y culturales de su tradición, esto es, si no existe ningún reconocimiento de un “derecho colectivo”, se estarán negando *a su vez* los derechos humanos individuales de sus miembros. Lo cual, por supuesto, requiere una acotación: “Pero, por otra parte, una colectividad cualquiera que niega derechos humanos individuales a sus integrantes en nombre de valores culturales absolutos no tiene autoridad moral para reclamar ante otros pueblos el respeto a estos valores” (Stavenhagen, 2010: 84). He ahí el núcleo filosófico-jurídico en discusión, esto es, si existe algún límite o alguna frontera que ni siquiera la tradición consuetudinaria más ancestral pueda traspasar. Abordaremos este asunto en la parte final de este trabajo.

El paradigma de la “modernización”, inherentemente desarrollista, concebía que el “progreso nacional” sólo podía producirse mediante la *asimilación* y la integración de los elementos más arcaicos del orden social, esto es, de los pueblos indígenas. Semejantes nociones, que hundían sus raíces en el siglo XIX,

contemplaban planes educativos destinados a homogeneizar la vida sociocultural de la nación (la única nación concebida, a saber, la mestiza). En la construcción de los Estados-nación de los países iberoamericanos, por lo tanto, siempre se pensó que existía un componente atávico refractario al progreso, una rémora cultural que obstaculizaba de manera persistente los impulsos modernizadores y que, naturalmente, se identificaba con “lo indígena” (Lewis, 1965). Pero, por otro lado, los análisis de tipo marxista-leninista y maoísta que proliferaron a partir de los años sesenta, vinculados al surgimiento de movimientos guerrilleros insurgentes, categorizaron a los pueblos indígenas como “campesinos pobres”, un discurso que también ignoraba y oscurecía el componente étnico específico, que además era tratado en muchas ocasiones como un elemento “reaccionario” e incluso “contrarrevolucionario” (Bonfil Batalla, 1977). Las aspiraciones y demandas de estos pueblos debían ser formuladas en el lenguaje de la lucha de clases, toda vez que aparecían conceptualizados como “campesinos”, pero jamás debían vehicularse a través de una vindicación comunitaria que aludiese a su identidad étnica o “nacional”. También aquí, por lo tanto, su idiosincrasia quedaba subsumida o diluida en una exterioridad asimiladora. Es digna de recordarse, una vez más, la excepcionalidad del marxista peruano José Carlos Mariátegui, que siempre reconoció la especificidad irreductible de la “cuestión amerindia” (1994).

3. FRICCIONES PROBLEMÁTICAS ENTRE UNA NOCIÓN ILUSTRADA DE CIUDADANÍA Y EL ESTATUS ESPECIAL DEL DERECHO INDÍGENA

Este horizonte pluralista, si bien puede concebirse en muchos aspectos como un proyecto eminentemente decolonial, no está exento de contradicciones, fricciones y limitaciones. En efecto, pueden surgir situaciones de intenso conflicto a la hora de articular las formas judiciales del derecho consuetudinario indígena con los códigos vigentes en el Estado dentro del cual viven tales comunidades. Un escenario de radical pluralidad jurídica, en ese sentido, quebrantaría la posibilidad de establecer un horizonte de *ciudadanía común*. Es cierto, y debe recalarse, que tal circunstancia podría albergar virtualidades emancipadoras en tanto en cuanto las comunidades en cuestión habrían ganado autonomía con respecto a las violentas injerencias estatales (y empresariales) en su *modus vivendi*, por largo tiempo mancillado; violencias que, sin duda, han sido y siguen siendo el efecto de una poderosa y secular aculturación, el resultado de unas estructuras sociopolíticas de dominación permeadas por la más abyecta colonialidad. Pero se ha de reconocer que esas “jurisdicciones especiales”, que tal vez cabría comprender como “otras maneras de realizar lo justo”

(Ariza, 2010), pueden llegar a constituirse en lugares opacos en los que desaparezca por completo la tutela judicial del Estado; y, si es cierto que en algunos sentidos y en multitud de casos desasirse de esa “tutela” puede producir efectos liberadores o emancipadores, en otras muchas situaciones bien pueden estar desarrollándose prácticas de “justicia indígena” radicalmente incompatibles con una noción mínima y elemental de “derechos humanos”. Se nos plantea, por lo tanto, la problemática del pluralismo jurídico en su compleja articulación con un proyecto “ilustrado” de ciudadanía, toda vez que dicho proyecto podría quedar ubicado (o tal vez no, he ahí la discusión) en una matriz irremediabilmente neocolonial y eurocéntrica.

Podemos detectar en toda la tradición filosófica occidental una suerte de “tensión ilustrada” que, desde Platón a Kant, la recorre como un hilo rojo subyacente. George H. Sabine, precisamente en el capítulo que dedica a la filosofía política de Platón en su *A History of Political Theory*, esbozó quizás sin saberlo un perfecto epítome de dicha tensión ilustrada cuando apuntó lo siguiente: “No es injusto obligar a los hombres a ser mejores de lo que ordenan sus tradiciones” (1963: 64). La voz de la razón, en dicho programa, siempre debe tener más potencia y preeminencia que la voz consuetudinaria de la sabiduría tradicional; la razón, en suma, debe tener siempre más peso que las costumbres ancestrales. El filósofo español Carlos Fernández Liria, ardiente defensor de la Ilustración político-filosófica europea, también entronca con dicho programa, cuando asevera con cierta contundencia que “las apelaciones que a veces se hacen, por ejemplo, a la sabiduría de los pueblos indígenas para administrar justicia y elaborar sus leyes son casi siempre patéticas cuando no algo peor. Sin duda que hay que proteger la autonomía legal de las comunidades indígenas, faltaría más. Pero de ahí a idolatrar su supuesta “justicia comunitaria” frente al garantismo jurídico moderno hay un salto mortal en el vacío” (2016: 230). Y se ha señalado, por parte de un autor tan poco sospechoso de prácticas teóricas eurocéntricas como Boaventura de Sousa Santos, que no hay nada *inherentemente* progresista o emancipador en el pluralismo legal (1998).

El asunto de los “linchamientos colectivos”, por ejemplo, colisiona de forma esencial con uno de los principios básicos del orden propio de los sistemas políticos modernos: el monopolio del uso de la fuerza (legítima) por parte del Estado (Vilas, 2003 y 2006; Santillán, 2008). Esta justicia para-estatal podría ser interpretada, por lo tanto, como un intento por parte de las comunidades de reapropiarse del recurso a la violencia; porque, en efecto, podría darse el caso de que dichas comunidades considerasen que entregar a un infractor a las autoridades “ordinarias” para que éstas lo sometieran al procedimiento estandarizado (denuncia, juicio) implicaría una suerte de “impunidad”, esto es, la co-

munidad podría interpretar que tal acto de entrega equivaldría a que dicho delito permanezca “sin juzgar” (Guerrero, 2000). Porque el “sujeto ajusticiador” es, para ellos, el propio colectivo comunitario. Vemos aquí, en suma, que los dos órdenes jurídicos entran en colisión, y más cuando la justicia indígena trata de poner en práctica ciertos elementos punitivos que aparecen terminantemente prohibidos en los códigos del sistema jurídico estatal.

Los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT reconocen que deberán respetarse los métodos de aplicación de justicia empleados por las comunidades indígenas *siempre y cuando* tales métodos no entren en conflicto con “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Pero inmediatamente nos asaltan dos preguntas de hondo calado, que aquí sólo podemos dejar planteadas: ¿Acaso tal *limitación* del derecho indígena supone una imposición neocolonial y eurocéntrica? ¿Deberíamos asumir la *pluralidad jurídica* hasta sus últimas consecuencias? Es cierto que si la jurisdicción especial indígena tuviera que respetar de forma escrupulosamente exhaustiva la Constitución y todo el *corpus* legislativo nacional, entonces tal jurisdicción devendría vacía. Resulta crucial comprender, por lo tanto, que siempre y cuando se respeten los derechos humanos más básicos (no asesinar, no torturar, no esclavizar), las comunidades pueden tener un amplio margen para operar con un sistema normativo propio; y, además, determinados ejercicios coercitivos emanados de la jurisdicción indígena (detener, investigar, sancionar) no tienen por qué vulnerar *per se* los derechos humanos básicos. Pero, de igual modo, tampoco podemos presuponer que *todas* las prácticas de justicia indígena son siempre justas cuando se las contempla desde el “tribunal” de los derechos humanos elementales.

Para concluir, debemos señalar que la definición e interpretación de esos derechos humanos no debería quedar en manos de una sola orientación cultural y de un solo aparato institucional, pues en tal caso la pluralidad jurídica estaría siendo pulverizada de raíz. El propio Convenio 169 de la OIT establece que cuando surgen conflictos entre los diferentes derechos deben implementarse mecanismos de mediación y coordinación, para garantizar una interpretación intercultural de los hechos. Una propuesta al respecto sería, por ejemplo, la configuración de tribunales mixtos en los que figurasen jueces “ordinarios” y autoridades indígenas, con el fin de dirimir equitativamente las fricciones que en algún caso pudieran producirse entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario indígena. Partiendo de la premisa, y esto es fundamental, de que no existe una posición jerárquica que de antemano conceda preeminencia y superior potestad a la jurisdicción estatal-ordinaria con respecto a la jurisdicción especial indígena (Kymlicka, 1996).

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría, Ciro (1983). *El mundo es ancho y ajeno*. Madrid: Alianza.
- Aragón Andrade, Orlando (2011). *Antropología jurídica y pluralismo jurídico en México. Hacia una propuesta teórica para estudiar la oficialización de las justicias indígenas en Michoacán*, Oficina do CES, N° 373, Centro de Estudos Sociais, Laboratório Associado, Universidade de Coimbra.
- Ariza, Rosember (2010). *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baumann, Gerd (2001). *El enigma multicultural. Un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas*. Barcelona: Paidós.
- Bidaseca, Karina (2011). “Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café. O reflexiones sobre desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial”. En Karina Bidaseca y Vanesa Vazquez Laba (Comp.), *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina* (pp. 95-120). Buenos Aires, Godot.
- Bonfil Batalla, Guillermo (1977). “Sobre la liberación del indio”. *Nueva Antropología*, México, Vol. II, Núm. 8, pp. 95-102.
- Borrero García, Camilo (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP.
- Castillo Farreras, José (1973). *Las costumbres y el derecho*. México: Secretaría de Educación Pública, Colección SEP-Setentas, Núm. 107.
- Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa (1992). “El campo de investigación de la antropología jurídica”. *Nueva Antropología*, Vol. XIII, N.º 43, México, pp. 101-109.
- Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa (1995). “La antropología jurídica en México: temas y perspectivas de investigación”. En Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho* (pp. 13-41). México: Centro de Investigaciones Y Estudios Superiores en Antropología Social, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- Clavero, Bartolomé (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI.
- Collier, Jane F. (1995) “Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica”. En Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (Coords.), *Pueblos indígenas ante el derecho* (pp. 45-72). México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- Cóndor, Eddie (Coordinador). (2011). *Derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena.

- Correas, Óscar (1997). “El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo”. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, Vol. 41, N° 168, pp. 91-98.
- De la Peña, Guillermo (2002). “Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: apuntes introductorios “. En Esteban Krotz (org.), *Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (pp. 51-68). Barcelona: Anthropos.
- Fernández Liria, Carlos (2016). *En defensa del populismo*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Gómez, Magda (1990). “La defensoría jurídica de presos indígenas”. En Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (editores), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, (pp. 371-388). México, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Guerrero, Andrés (2000). “Los linchamientos en las comunidades indígenas (Ecuador) ¿La política perversa de una modernidad marginal?”. *Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos*, N°. 29, Lima, pp. 463-489.
- Gutiérrez Martínez, Daniel; Balslev Clausen, Helene 2008. *Revisitar la etnicidad. Miradas cruzadas en torno a la diversidad*. Zinacantepec: El Colegio Mexiquense, Siglo XXI.
- Iturralde, Diego (1990). “Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley”. En Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (editores), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, (pp. 47-64). México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Krotz, Esteban (2002). “Sociedades, conflicto, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”. En Esteban Krotz (org.), *Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, (pp. 13-49). Barcelona: Anthropos.
- Kymlicka, Will (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Lewis, W. Arthur (1965). “Sobre planeación en los países atrasados”. En *La planeación económica* (pp. 136-144). México: Fondo de Cultura Económica.
- Mariátegui, José Carlos (1994). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Amauta.
- Montoya Rojas, Rodrigo (1998). *Multiculturalidad y política: derechos indígenas, ciudadanos y humanos*. Lima: Sur.
- Moreira, Manuel (2008). “El derecho penal y la pericia antropológica”. Ponencia presentada en el *IX Congreso Argentino de Antropología Social. Fronteras de la Antropología*, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Misiones, Posadas, Argentina.
- Palacio, Germán (1996). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: UNIJUS, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

- Polo Blanco, Jorge (2016). “Teoría de la dependencia y colonialidad del poder. Dos ángulos de una misma dominación”. *Revista San Gregorio*, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador, N° 11, Volumen 1, enero-junio, pp. 6-17.
- Ramos, Alcida Rita (1997). “Convivência interétnica no Brasil. Os índios e a nação brasileira”. *Série Antropologia*, Brasília, Núm. 221.
- Ramos, Alcida Rita (2007). “El indio contra el Estado”. En María L. Lagos y Pamela Calla (Comp.), *Cuaderno de Futuro N° 23. Antropología del Estado. Dominación y prácticas contestatarias en América Latina* (pp. 238-284). La Paz, Bolivia: INDH/ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Ribeiro, Darcy (1970). *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Sabine, George H. (1963). *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Salgado, Judith (Comp.). (2002). *Justicia indígena. Aportes para un debate*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya-Yala.
- Santillán, Alfredo (2008). “Linchamientos urbanos. «Ajusticiamiento popular» en tiempos de la seguridad ciudadana”. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, Quito, N° 31, mayo, pp. 57-69.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sierra, María Teresa (1992). “Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena”. *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, N° 11, pp. 97-103.
- Silva Santisteban, Fernando (2000). *Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica.
- Stavenhagen, Rodolfo (2010). *Los pueblos originarios: el debate necesario*. Buenos Aires: CTA Ediciones, CLACSO.
- Valdivia, Teresa (1991). “Importancia del derecho originario en la ley de la reforma agraria: el caso Guarijío”, ponencia presentada en las *II Jornadas Lascasianas. Derechos humanos contemporáneos de los pueblos indios*, junio, IIJ-UNAM.
- Van Cott, Donna Lee (2000). *The friendly liquidation of the past. The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Viciano Pastor, Roberto (Ed.) (2012). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vilas, Carlos (2003). “(In) justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo”. En C. Mendoza y E. Torres-Rivas (editores), *Linchamientos: ¿barbarie o “justicia popular”?* (pp. 31-88). Ciudad de Guatemala: FLACSO-Guatemala.

- Vilas, Carlos (2006). "Linchamientos en América Latina: hipótesis de explicación". En Raúl Rodríguez Guillén y Juan Mora Heredia (editores), *Los linchamientos en México* (pp. 73-108). México: Universidad Autónoma Metropolitana, Ediciones y Gráficos Eón.
- Walsh, Catherine (2009). *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas de (coloniales) de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala.
- Yrigoyen, Raquel (1995). *Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*. Lima: CEAS y Desfaciendo Entuertos.
- Yrigoyen, Raquel (2004). "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". *El otro derecho*, Bogotá, ILSA, Número 30, junio, pp. 171-195.
- Zambrano, Carlos Vladimir (2003). *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica. Antropología jurídica para la globalidad*. México: UDUAL.
- Zambrano, Carlos Vladimir (2008). "Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos". *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*. Número 31, FLACSO, Quito, mayo, pp. 71-85.