

# COLONIALIDAD JUDICIAL, PLURALISMO JURÍDICO Y CIUDADANÍA REPUBLICANA. REFLEXIONES EN TORNO A UNA TENSIÓN IRREDUCTIBLE

JORGE POLO BLANCO

Escuela Superior Politécnica del Litoral (Guayaquil, Ecuador)

RESUMEN: El reconocimiento constitucional de ciertos derechos colectivos de los pueblos originarios, efectuado en algunas Repúblicas hispanoamericanas que han avanzado en procesos constituyentes hacia un Estado de carácter plurinacional, multiétnico e intercultural, ha conseguido quebrar hasta cierto punto aquella cultura jurídica hegemónica que dominó con su carácter monista durante décadas o, mejor dicho, durante siglos. La legitimación de un derecho consuetudinario indígena, poseedor de una jurisdicción especial y autónoma, esto es, la construcción de un marco dentro del cual estas comunidades tengan «derecho al propio derecho», constituye sin duda un principio importante para romper la persistencia secular de aquella *colonialidad jurídica* que, primero desde una matriz criolla y después desde una matriz mestiza, negaba toda autonomía judicial a las distintas nacionalidades indígenas. Pero este nuevo horizonte, si bien representa un proyecto eminentemente decolonial en muchos aspectos, no está exento de problemáticas contradicciones. Porque un escenario de radical pluralismo jurídico quebrantaría la posibilidad de establecer un marco común de ciudadanía, y es éste un nudo de conflicto importantísimo.

PALABRAS CLAVE: monismo jurídico; pluralismo jurídico; colonialidad judicial; derecho consuetudinario; justicia indígena.

## *Judicial coloniality, legal pluralism and republican citizenship. Reflections on an implacable tension*

ABSTRACT: The constitutional acknowledgement of certain collective rights of native peoples, implemented in some Hispano-American Republics which have progressed in constituent processes, moving towards a multi-national, multi-ethnic and intercultural State, has, to some degree, broken the hegemonic legal culture which dominated with its monism for decades, or even centuries. The legitimization of a common indigenous right, issuing a special and autonomous jurisdiction – namely, the construction of a framework inside of which these communities have the «right to their own right» – undoubtedly amounts to an important principle for breaking the secular persistence of the *legal coloniality* which, firstly from a creole matrix and then from a mixed-race matrix, denied the different indigenous nationalities complete judicial autonomy. However, this new outlook, despite representing a predominantly decolonial project in many ways, is not free from contradictory problems, for a setting of radical legal pluralism would destroy the possibility of establishing a common framework of citizenship, which is in turn a source of major conflict.

KEY WORDS: Legal monism; Legal pluralism; Judicial coloniality; Common law; Indigenous justice system.

### 1. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO FRENTE A UNA VIEJA COLONIALIDAD JURÍDICA Y JUDICIAL

Las élites políticas e intelectuales de las naciones iberoamericanas formalmente emancipadas del «yugo colonial» construyeron, a lo largo de todo el siglo XIX, una

«cultura nacional» que siempre excluía o ignoraba la realidad viva de los pueblos indígenas. Éstos eran comprendidos como elementos retrógrados y refractarios a la modernización. El concepto de Estado-nación que se implantó de forma hegemónica fue aquél directamente heredado de la tradición jurídica europea, ignorando brutalmente (desde un centralismo reductor y homogeneizador) la verdadera configuración demográfico-cultural del territorio. Aquellas nuevas Repúblicas nacían con una tremenda contradicción en su seno, pues había un país «formal» (aquél que imaginaban e imponían las élites blanco-mestizas) y otro país «real y profundo» compuesto por una multiplicidad de pueblos, comunidades y nacionalidades cuyas aspiraciones e instituciones permanecieron absolutamente vilipendiadas o desconocidas por las estructuras administrativas oficiales. Y la función judicial unitaria, debemos destacarlo desde el comienzo, aparecía como un pilar esencial a la hora de *reducir* la diversidad sociocultural realmente existente, consolidando de ese modo un nuevo poder fundamentado en la más estricta uniformidad. «En términos políticos y culturales, la idea de nación en la América Latina contemporánea está basada en la negación de las culturas indígenas» (Stavenhagen, 1988, 31). Porque, si en el siglo XIX fueron las élites criollas imbuidas de positivismo las que despreciaron, silenciaron y marginaron sistemáticamente a las nacionalidades y comunidades indígenas, ulteriormente fueron las élites mestizas las que perpetuaron (y, en muchas ocasiones, amplificaron) estas relaciones de dominio, ya en el siglo XX.

Pero tan extensa e intensa fue la aplicación (desde el siglo XIX en adelante) de aquel paradigma (que basculaba entre el puro exterminio y los distintos grados imaginables de integración, aculturación y asimilación) que finalmente han podido registrarse situaciones tan sintomáticas como aquella que nos enseña que muchos antropólogos profesionales (y tal vez la inmensa mayoría de sus respectivos habitantes) ignoran que Argentina posee una población indígena mayor que Brasil, en términos relativos y absolutos. Esto tiene que ver, desde luego, con algunas construcciones discursivas que se han tornado hegemónicas, adjudicando a Brasil una caracterización «tropicalista» y «exótica», y reservando para la Argentina el papel de «réplica de Europa en América», esto es, un país donde el indígena sencillamente no puede tener lugar (Lins Ribeiro, 2001). Porque a las poblaciones aborígenes se las ha esquilmo y diezmado en lo material, desde luego, pero también han sido sumergidas en un secular proceso de invisibilización simbólico-imaginaria. Ahora bien, debemos apuntar que dichas violencias fueron, en demasiadas ocasiones, más crudas e inmisericordes en esa era republicana que durante los siglos XVI y XVII (Polo Blanco, 2020). Podemos tomar como ejemplo de ello el significativo caso de Argentina, puesto que en la «campana del desierto» (1878-1885) y en la «campana del Chaco» (1870-1917) se llevó a cabo el exterminio sistemático de las poblaciones nativas, siendo así que la República se fue levantando y configurando sobre la matriz de un genocidio constituyente (Feierstein, 2007).

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 hunden 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 criolla-mestiza). En la construcción

de esos Estados-nación, 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 del siglo XX, vinculados al surgimiento de movimientos guerrilleros insurgentes, categorizaron a los pueblos indígenas como «campesinos pobres», un discurso que también ignoraba y oscurecía su componente étnico específico; además, eran tratados en muchas ocasiones como elementos «reaccionarios» e incluso «contrarrevolucionarios» (Bonfil Bata-lla, 1977). Las aspiraciones y demandas de estos pueblos debían ser formuladas en el lenguaje de la lucha de clases, 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).

La primera Declaración de Barbados en 1971, llamada *Por la liberación del Indígena*, era un texto muy contundente en el cual ya se denunciaban los crímenes de Estado que no eran, en realidad, sino etnocidios llevados a su consecuencia última. En esta Declaración se aseveraba que «las sociedades indígenas tienen derechos anteriores a toda sociedad nacional», poniendo así el foco en una problemática de crucial importancia, como ahora veremos. Además, se interpelaba allí a la responsabilidad directa de las ciencias antropológicas, que ante cuestiones tan dramáticas y trágicas no podían permanecer ancladas en un cientificismo aséptico y neutral. Y es verdad que hubo múltiples Congresos, Cumbres o Encuentros de carácter indigenista (Moreira, 2009, 48-61). Pero es en la última década del pasado siglo cuando pudo constatarse una determinada tendencia en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la *Comunidad Andina de Naciones*: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela. 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 y unívocos del Estado-nación criollo y mestizo (González Galván 2002). Un marco que se levantaba a contrapelo de una prolongadísima homogeneización cultural bien programada y ejecutada por las élites. Se registró entonces, contraviniendo profundas y arraigadas dinámicas seculares, 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 indígenas 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, en última instancia, a la hora de avanzar en esa dirección, era precipitar una reforma profunda de las estructuras estatales y también de los entramados ideológicos que durante mucho tiempo se habían sostenido en dichas estructuras. Pues, en efecto, los pueblos indígenas vivieron o subsistieron durante muchísimo tiempo en una «geografía

jurídica mestiza», que los excluía por definición (Clavero, 2008). Las reformas legislativas o constitucionales, por lo tanto, habrían de ir acompañadas de una transformación sustancial en las mentalidades y en los imaginarios, 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). Porque, hemos de señalarlo, estos procesos transformadores se enfrentan a una compleja y aquílata realidad que bien podríamos denominar *colonialidad judicial* o *colonialidad jurídica*.

A principios de los años noventa el sociólogo peruano Aníbal Quijano empezó a desarrollar una respuesta muy sugerente que, de alguna manera, venía a complementar o a enriquecer todo aquello que con anterioridad había sido mostrado y analizado por historiadores anticoloniales, pensadores marxistas y teóricos de la dependencia. Sus ideas, en ese sentido, generaron un nuevo marco de interpretación de la modernidad a la luz de la experiencia histórica y cultural latinoamericana, erigiéndose la categoría de *colonialidad* como el núcleo epistémico que desvelaba más certeramente la estructuración íntima del *poder* típicamente moderno (Quijano, 1997). América fue el escenario donde el colonialismo fue derrotado en su aspecto político formal por vez primera. Empero, la estructura colonial del poder produjo otras codificaciones culturales que se solidificaron y perpetuaron en la vida sociopolítica de las jóvenes Repúblicas recién emancipadas. Porque el fenómeno del poder, tal y como fue ejercido por Europa en el continente americano, estaba íntimamente constituido por la noción de «clasificación» racial o étnica, aspecto que impregnó (todavía lo hace) todos los ángulos de la existencia (en sus dimensiones material y simbólica) y todas las relaciones intersubjetivas. Esa *racialización* operaba como un poderoso principio organizativo que permeaba casi todos los ámbitos de la vida social, distribuyendo jerarquías, asignando lugares, produciendo exclusiones (Quijano, 1992).

La eliminación física de los pobladores «originarios» (más intensa en las colonias británicas que en las provincias hispanas), a través de una brutal explotación económica, fue acompañada de un proceso muy profundo de «colonialidad cultural» que se prolongó secularmente en el tiempo, incluso cuando la explotación económica había ya dejado de ser tan masiva y explícita. En efecto, y como apuntó Rivera Cusicanqui al explorar la historia de Bolivia, existe una estructura colonial de «larga duración» que articula un sistema de dominación subyacente que continúa siendo la matriz que, en la contemporaneidad, explica multitud de estratificaciones, exclusiones y antagonismos (2010, 37). Europa, al igual que los Estados Unidos a lo largo del siglo XX, no sólo promovía relaciones geopolíticas que sumían al continente centro y sudamericano en estructuras de dependencia económica; también imponía patrones cognoscitivos y criterios epistemológicos para clasificar las creencias en verdaderas y supersticiosas, ejecutando con ello una verdadera «colonización del imaginario» (Quijano, 1992, 439). Porque, como indica Boaventura de Sousa Santos, la injusticia social está atravesada (y, quizás, posibilitada) por una radical «injusticia cognitiva» (2011, 36).

Edgardo Lander (2001, 13) y Catherine Walsh (2005, 43) han señalado, en ese mismo sentido, que la colonialidad del poder también se infiltra en el ámbito de los conocimientos; es más, que éstos quedan troquelados en buena medida por dicha colonialidad. Por lo tanto, no puede separarse el desarrollo de los saberes

sociales modernos de la organización colonial del mundo. La dimensión epistémica está atravesada de asimetrías geopolíticas y geoculturales, hasta el punto de que muchos saberes no europeos o no occidentales fueron históricamente excluidos, silenciados, estigmatizados y «folclorizados», condenados a posiciones subalternas o marginales, relegados al violento ostracismo de lo impensable, lo subhumano y lo pre-racional. Cabría hablar, incluso, de verdaderos procesos de «epistemicidio», como lo nombra Boaventura de Sousa Santos (2010), de «extractivismo epistémico» (Grosfoguel, 2016) o directamente de «etnofagia» (Patzi, 1999). Pero debe comprenderse que la dimensión epistémica de la dominación *no* es simplemente el correlato «superestructural» (un epifenómeno ideológico) de la verdadera dominación material (que ocurriría en otro nivel); la dimensión epistémica, por el contrario, es parte *constitutiva* de la dominación colonial y neocolonial (Castro-Gómez, 2007, 88).

Debemos destacar ahora que esa colonialidad del poder alberga una específica dimensión jurídica; y no es, por cierto, una dimensión menor o secundaria, como ahora veremos. El nuevo constitucionalismo plurinacional o pluricultural, por lo tanto, habrá de topar con la persistencia secular de una *colonialidad jurídica*. Y es por ello que uno de los elementos centrales 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. Lo cual, antes que nada, implicaría un derecho a controlar de forma autónoma las propias instituciones (Bartolomé y Barabas, 1998; Salgado, 2002). Pero, si el Estado ya no encarna una nación homogénea y una sola identidad cultural, de forma necesaria la dimensión jurídica también 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 reconocidas 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 reconocer la validez de su aplicación y la legitimidad de su ejecución (incluso si ésta conlleva algún tipo de violencia punitiva).

Ese reconocimiento, por lo tanto, implica 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 coer-

ción personal (privación de libertad, imposición de trabajos comunitarios e incluso aplicación punitiva de fuerza física). Esa jurisdicción 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 es el propio sistema jurídico indígena (desde su categorización o jerarquización interna) el que 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 colisiones entre la concepción del delito plasmada en la ley estatal y la concepción del mismo compartida y manejada por una comunidad (Gómez, 1990). Existen tipologías que no encajan en el ordenamiento jurídico estatal, como es la «responsabilidad colectiva» que opera en algunas comunidades. Por ejemplo, cuando una sanción es ejercida, más allá de la materialización efectiva de la misma, por la propia «colectividad»; porque, a todos los efectos, es ésta la que verdaderamente «actuó», siendo del todo insignificante e irrelevante qué individuos concretos fueron los que participaron. Para la justicia estatal, sin embargo, lo *relevante* es precisamente saber quiénes fueron esos individuos, toda vez que no contempla nada semejante a una responsabilidad «colectiva» (Mecchetti, 1999).

Es por ello que se requiere de forma acuciante de una hermenéutica jurídico-cultural que esclarezca, en ciertos casos, 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 alteridad cultural que resultan cruciales para determinar en su justa medida la posible cualidad criminal de ciertos hechos; también para determinar cuáles son las formas de resolver conflictos dentro de la comunidad. «Este reconocimiento preliminar falla en general en los jueces, quienes inmediatamente precinden de la pericia porque no visualizan la alteridad que la haga necesaria. Cuando la ven, suele traducirse como “peligrosidad”, “primitividad” o “incapacidad”» (Moreira, 2009, 209). Y, cuando estos obstáculos epistemológicos son apenas superados, aún queda la salvedad de que la ley estatal permita transferir el resultado de la labor antropológico-pericial al caso investigado. «Si el juez no conoce cómo piensa el imputado perteneciente a un pueblo que es juzgado desaprensivamente, ignorando su cosmovisión, errará indefectiblemente cuando aplique la ley hegemónica de un modo notoriamente desigual» (210). Cuando ni siquiera se toma la molestia de efectuar esa «pericia cultural», concluye Manuel Moreira, «la Justicia estatal funciona como una agencia de ocupación colonial, cuyo monopolio impide toda manifestación de autoridad local» (213).

El derecho a tener un «derecho propio» implica, por un lado, que una persona tiene derecho a 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 implica, a su vez, la condición de obligatoriedad en el cumplimiento de todas aquellas normas 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 situación se ofrece cuando el delito o la falta se cometen, dentro del territorio 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 pueda ser considerado un atenuante o incluso un motivo de exención el hecho de que tal «delito» no está conceptualizado como tal dentro de la construcción normativa del orden cultural al que pertenece). «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, como vemos, alberga múltiples problemáticas de orden antropológico, jurídico y filosófico.

## 2. TENER DERECHO A UN DERECHO PROPIO

La antropología jurídica emerge como un campo de estudio 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, 2014; De la Peña, 2014). Max Gluckman defendió la ineludible necesidad de abordar, desde marcos comparativos, los distintos «razonamientos jurídicos» que operan, entrelazados con otros dispositivos rituales, en sociedades diversas (1975). Pero postulando, a su vez, que existen importantes semejanzas, y sosteniendo que los mecanismos para resolver disputas conflictivas en sociedades «premodernas» (donde a veces ni existe una codificación estable y escrita de las leyes) son en muchos aspectos equiparables a los modernos procesos judiciales (Gluckman, 1955). Paul Bohannan, por el contrario, había subrayado la necesidad de estudiar y comprender la dimensión jurídica de cada orden social como una configuración única y específica que, lejos de ser equiparada a cualesquiera otras, ha de ser analizada en sus propios términos y nunca con los conceptos o el lenguaje extraídos de un orden sociocultural ajeno (1957). El *pluralismo jurídico*, en ese sentido, forma una suerte de corriente particular dentro de la antropología jurídica, y ya desde la segunda mitad de los años sesenta se venía reflexionando en torno a las implicaciones sociopolíticas de esa coexistencia de órdenes jurídicos diferentes; en el campo antropológico hubo, en ese sentido, algunos pioneros y pioneras (Nader, 1965; Pospíšil, 1974).

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; la «emergencia indígena» no puede entenderse sin esa dimensión jurídica (Bengoa, 2000). Porque es cierto, 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, se han escondido oprobiosas relaciones de dominio que fueron subyugando en lo material y en lo simbólico a múltiples nacionalidades étnicas (Ribeiro, 1970). Construcciones discursivas y simbólicas que, desde luego, siempre han desencadenado poderosos efectos materiales. Hablamos, en suma, de procesos que se enmarcan en una matriz de auténtico terrorismo semiótico; por ejemplo, cuando se emplea el término «indio» para reducir y laminar con esa sola etiqueta la abigarrada especificidad y la enorme variedad de pueblos americanos aborígenes, convirtiendo a éstos en una sola masa indiferenciada y explotable (Stavenhagen, 1988, 14 y 43).

Cómo no recordar, en ese sentido, la gran novela del escritor peruano Ciro Alegría, *El mundo es ancho y ajeno* (publicada en 1941). 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, de hecho, 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* (moral y física) que una comunidad experimenta con respecto a una legalidad que no es la suya; y que no siendo suya, además, moviliza contra ella un tremendo arsenal de agravios y expolios. Una legalidad ajena y violenta (la estatal) que a la postre entra en conflicto descarnado con una institucionalidad normativa consuetudinaria (local y comunitaria) que, a pesar de no estar formalizada en un código sistemático, ha venido operando durante generaciones.

Queríamos hacer una observación, en este punto, que tiene que ver con la potencia epistémica que alberga la literatura realista. El filósofo Georg Lukács observa lo siguiente: «El enorme poder social de la literatura estriba precisamente en que en ella aparece el hombre directamente, en toda la abundancia de su vida interior y exterior, más concretamente que en ninguna otra esfera de reproducción de la realidad objetiva. La literatura puede configurar las luchas y los conflictos de la vida social tales y como se presentan en la vida y en el alma de las personas en la realidad [...] Aquí puede la literatura —la verdaderamente profunda y realista— proporcionar experiencias y conocimientos del todo nuevos, inesperados y sumamente importantes, incluso para los máximos investigadores científicos de las relaciones sociales» (1986, 49). El filósofo húngaro estaba pensando en escritores como Balzac o Gorki, pero semejante reflexión es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. Porque, en efecto, las novelas encuadradas en el «realismo indigenista» pueden ofrecer un caudal muy rico de conocimientos sobre la cruda



realidad socio-histórica de estas comunidades que, tal vez, sean más penetrantes que los análisis ofrecidos por los científicos sociales. Otro tanto cabría decir sobre las novelas *Huaspungo* (1934) del ecuatoriano Jorge Icaza, *Aluvión de fuego* (1935) del boliviano Óscar Cerruto o *Redoble por Rancas* del peruano Manuel Scorza (1970).

En otro momento del relato, volviendo a la novela del escritor peruano, 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» (Alegría, 1983: 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 el relato 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 aprehendidas en las propias carnes como un ajeno y asfixiante poder que nada tiene que ver con su existencia; es más, como un poder que incluso atenta contra su *modus vivendi* esencial.

Señalaba 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, sin más, son sometidos a un código y a un procedimiento 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 dominan; tal discurso, en suma, se torna un perfecto reproductor ideológico de inveteradas relaciones de subordinación (Correas, 1994). 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 criollo y mestizo, antes de la presencia europea, aunque dichas prácticas jurídicas colisionaron (para salir finalmente derrotadas) con una serie de códigos foráneos que, tras un proceso de violenta aculturación, aparecieron cristalizados como *el* derecho por antonomasia.

En esos escenarios de «fricción interétnica», tal y como los conceptualizara Cardoso de Oliveira (1962 y 1996), hallaríamos una controversia asimétrica por medio de la cual un orden sólo subsiste (y se expande) a expensas de otro orden desfalleciente y acorralado que, a través de ese «contacto», va desapareciendo; un proceso en el cual la dimensión del derecho ocupa un lugar decisivo. En ese sentido, cabe hablar de la existencia de una profunda y recurrente *colonialidad jurídica* que, como ya señalábamos más arriba, representa una de las manifestaciones (y, desde luego, no la menos importante) de la colonialidad de poder (Polo Blanco, 2016). Y es por ello que la lucha de los pueblos indígenas, en esa histórica 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 en 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 unas mínimas dosis de pluralismo *jurídico* o, en cualquier caso, aceptando formas de coordinación jurisdiccional de carácter intercultural (Palacio, 1996; Zambrano, 2003; Borrero, 2003).

Ese tremendo desajuste entre las prácticas jurídicas indígenas y el derecho «nacional», si en algún lugar fue tematizado, problematizado e investigado con sistematicidad, 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 consuetudinario indígena, pues, se hallan muy lejos de configurar un *corpus* jurídico sistemático, general y permanente; y, 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 (Castillo Farreras, 1973). Radcliffe Brown, en ese sentido, postuló que no todas las colectividades humanas tienen propiamente *derecho*, pues muchas de las sociedades arcaicas o neolíticas estudiadas por la etnografía carecían de un poder político nítidamente organizado y centralizado. Estos grupos humanos, es cierto, no carecían de cohesión interna, orden y equilibrio (a través de normas y sanciones institucionalizadas, pero de carácter «difus» y que aparecían entrelazadas, principalmente, con prescripciones religiosas y parenta-

les), pero no podría identificarse en ellas un derecho estable y organizado (Radcliffe Brown, 1972). Pero en realidad la oralidad o la ausencia de tribunales estables son circunstancias que no impiden distinguir claramente las reglas y los mecanismos para resolver disputas dentro de las comunidades, como se puede comprobar en numerosísimas etnografías. Que el derecho indígena no funcione con las mismas precondiciones formales del derecho estatal no equivale a una mera ausencia de procedimientos; éstos sí existen, se hallan bien asentados y son perfectamente reconocibles por los miembros de la comunidad. La memoria y la repetición de esas leyes no plasmadas en códigos escritos, ritualizadas y cuidadosamente transmitidas, configuran un orden jurídico estable y autónomo.

Una visión dogmáticamente monista sostendrá que es cierto que la «costumbre» determinó originariamente al «derecho» pero, con el avance de la civilización, fue el derecho el que pasó a determinar la costumbre. En este constructo genealógico, por lo tanto, la costumbre (el conjunto de pautas ancestrales de convivencia social que articulan la vida histórica de un determinado pueblo) aparece en un estadio *anterior* que por suerte fue ampliamente superado. La creencia de que la costumbre jurídica indígena es un estadio anterior (y, por lo tanto, inferior) al derecho escrito «revela la tenacidad del discurso evolucionista» (Moreira, 2009, 156). Desde semejantes esquemas, en efecto, no se puede comprender que esa «costumbre indígena» constituye *no* la supervivencia agónica y extravagante de un estadio evolutivo ya periclitado, sino un orden jurídico distinto que existe de forma simultánea y paralela. La persistente fuerza y la contumaz vigencia de ese discurso monista-evolucionista bloquea la posibilidad de alcanzar un pluralismo jurídico efectivo, «impidiendo el reconocimiento de un derecho que forma parte de la cultura de un pueblo que ha soportado el exterminio de parte de quienes ahora pretenden “humanizar” sus normas jurídicas» (Ibíd.).

Rodolfo Stavenhagen, referencia imprescindible en estas cuestiones, delimita 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 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» (Stavenhagen, 2010, 112). Ha merecido la pena intercalar

una cita tan larga, pues en ella quedan perfectamente desgranadas las dimensiones más acuciantes de toda esta problemática.

El debate en torno a la posibilidad (y legitimidad) del reconocimiento de «derechos colectivos» es, en cierto modo, anterior al problema 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). Un Estado sólo devendrá verdaderamente pluralista si admite, en su ordenamiento interno, la existencia efectiva de los derechos colectivos (Ramírez, 2001). Para lo cual, desde luego, debería ampliarse ese concepto de «derechos humanos» demasiado sesgado por una óptica individualista y eurocéntrica-liberal (Stavenhagen, 1992; Howard, 1995). Esta disputa es importantísima, pues algunas posiciones sostienen que no existe nada parecido a un «derecho colectivo» mientras que, por otro lado, una vindicación crucial de todos aquellos pueblos que pretenden conservar su propia identidad existencial es aquélla que toma como objetivo primordial de su lucha el reconocimiento de ese 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 esos casos, por la protección del derecho del «pueblo» al que pertenece (Montoya Rojas, 1998). Podría sostenerse, y he aquí un punto nodal de discusión, que tal noción 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 idiosincrasia cultural de cada cual. Pero los «derechos culturales» son individuales y a la vez colectivos, argumentan sus defensores (Ruiz, 2007; Córdor, 2011). Por lo tanto, si se niega a un pueblo *como tal* el derecho a existir dignamente y 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, reclama una crucial 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, a saber, determinar si existe algún límite o alguna frontera que ni siquiera la tradición consuetudinaria más ancestral pueda traspasar. Abordaremos dicho asunto en la próxima sección, que será la última.

### 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 de aplicación jurídica 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 más, si se pretendiese llevar tal lógica hasta sus últimas consecuencias (piénsese en Chile), el asunto podría derivar en proyectos abiertamente separatistas que terminarían suponiendo una amenaza para la integridad territorial del Estado. Tal circunstancia, a juicio de muchos indigenistas, podría albergar ciertas 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 en todos sus mimbres por la más insidiosa 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, en otras muchas situaciones bien pueden estar desarrollándose prácticas de «justicia indígena» radicalmente incompatibles con una noción mínima y elemental de «derechos humanos» (Aragón Andrade, 2008). 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. Son muchas, pues, las dimensiones antropológicas, políticas, jurídicas y filosóficas que deben ser analizadas y discutidas para arrojar algo de luz en esta importante cuestión.

Nos hallamos ante una tensión muy compleja, ya que en última instancia pone en cuestión toda la arquitectura del edificio político-jurídico construido por la tradición republicana. La posibilidad de dar curso efectivo a una «legislación penal particular para los indígenas», vuelve a señalar Rodolfo Stavenhagen, supone un desafío práctico y doctrinario de enorme trascendencia. El asunto de la *inimputabilidad* del indígena, por señalar un aspecto crucial y medular, evidencia dichas tensiones. «En este caso estamos en presencia de un reto formidable: porque si la comisión de un delito es un proceso *psicosocial*, entonces puede aducirse *irresponsabilidad* penal del indígena en cuanto *desconoce* los resultados de su acción delictiva, situación que viene condicionada por su diferencia cultural, el desconocimiento de la ley y el reconocimiento de su derecho consuetudinario» (Stavenhagen, 1988, 83). Pero, si se entendiera que el concepto de «delito» alberga una condicionalidad irreductiblemente sociocultural y psicosocial, pudiera ocurrir que una determinada acción fuese categorizada como delictuosa dentro del código penal estatal *pero*

que esa misma acción no fuese en absoluto delictiva en el *interior* de una comunidad basada en un derecho consuetudinario distinto. Por lo tanto, el indígena que tal acción cometiera sería *inimputable*, toda vez que dentro de su comunidad él no estaría incumpliendo ninguna norma y, por lo mismo, tal persona *desconocería* (en un sentido radical) la ley estatal. Por supuesto, al aceptar ese tipo de situaciones quedaría inhabilitado un principio elemental de los sistemas jurídicos hegemónicos en Iberoamérica, todos ellos de raigambre europea; a saber, aquel principio que señala que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento. Si así fuera, el Estado perdería su rol como depositario *único* de la capacidad de sancionar y, por lo demás, también quedaría quebrado el principio de la igualdad universal ante la Ley.

En Iberoamérica jamás coinciden Estado y nación, habida cuenta de la plurinacionalidad que habita dentro de sus Repúblicas. Y reconocer hasta sus últimas consecuencias la pluralidad y la autonomía de los pueblos indígenas «dificulta la construcción abstracta de la norma penal», si es que se quiere respetar de verdad la autodeterminación de las diversas nacionalidades indígenas (Stavenhagen, 1988, 84). Pretender imponer un orden jurídico universal, que ignore por completo dicha pluralidad, supondría *de facto* una homogenización reductora de todos estos pueblos. Bien es verdad que muchos doctrinarios de lo penal han afirmado que, en efecto, los pueblos indígenas son completamente inadaptables para vivir sujetos al orden republicano, y su desprecio hacia ellos ha sido infinito. Algunos tratadistas han llegado al punto de sostener que los indígenas deben ser asimilados bajo una categoría análoga a la de los sordomudos, por su incapacidad intelectual y volitiva a la hora de asimilar el espíritu y la letra de los códigos imperantes en la vida colectiva de la República (Stavenhagen, 1988, 87). Su inmadurez psicosocial, se ha argüido con asiduidad, los convertiría en sujetos que viven permanentemente en los márgenes de la incivilidad, o en las oscuridades mórbidas de una barbarie ancestral (Kalinsky, 2000). En estos casos, si se reclama un tratamiento jurídico particular o un régimen penal especial no es, desde luego, para respetar el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas sino, todo lo más, para tutelar a los miembros de éstas bajo unos parámetros que asumen su incapacidad insuperable para incorporarse a la vida civilizada y a la «justicia ordinaria». Los indígenas, por idiosincrasia cultural o torpeza biológica, estarían incapacitados para comprender y asimilar los derechos y las obligaciones del orden político-jurídico republicano.

Desde una sensibilidad más apegada al respeto del pluralismo jurídico se puede alegar, y no sin fundamento, que el indígena no es un imbécil o una criatura torpe y mórbida; se trata, simplemente, de que en el momento de ejecutar un hecho (tipificado como delito en el código penal estatal) él no percibe (no puede hacerlo) la naturaleza ilícita del mismo, puesto que dentro de los esquemas culturales de su pueblo tal acto no conlleva ninguna connotación delictiva. Por lo tanto, resultaría violento juzgar y sancionar ese hecho sin antes haber llevado a cabo una labor pericial antropológica que investigase con rigor los elementos culturales dentro de los cuales vive el imputado, tomando en consideración el derecho consuetudinario de su propia comunidad. ¿Hasta qué punto, se preguntan multitud de juristas y de científicos sociales, son los indígenas *responsables* ante leyes que no conocen (y que en muchas ocasiones están redactadas en un idioma que no entienden en absoluto),



ante códigos civiles y penales que son distintos y, en ocasiones, contrarios a sus propios modos de organización normativa? Además, se ha de señalar que el desconocimiento es mutuo, ya que el aparato judicial del Estado también ha *desconocido* de forma sistemática el derecho consuetudinario de estas nacionalidades indígenas.

Derecho consuetudinario que, por definición, no está codificado; pero que, no obstante, está íntimamente vinculado a las estructuras religiosas, a las relaciones de parentesco y a los usos de la tierra. Así, si una comunidad pesca en un determinado río desde tiempo inmemorial, resultará del todo inadecuado pretender que ahora dicha comunidad acuda a la Administración (Ministerio de Medio Ambiente, por ejemplo) para tramitar burocráticamente un permiso sellado que les habilite para practicar dicha pesca; siendo el caso, además, que el vínculo antropológico con dicho río podría tener connotaciones religiosas irreductibles al aspecto meramente económico. He ahí un conflicto de normatividades. El derecho consuetudinario, a veces definido como «usos y costumbres», es, en definitiva, el conjunto de normas de comportamiento social (reglas de convivencia grupal) que promueven la recurrencia de un orden interno, regulando la solución de conflictos y sancionando el incumplimiento de la norma. Respetar estas estructuras, admitir su validez operativa dentro de unas Repúblicas que recojan dentro de su texto constitucional un verdadero pluralismo jurídico, produce colisiones con el sentido jurídico hegemónico; y más cuando los casos revisten mayor gravedad. «En una comunidad indígena de Oaxaca, México, un hombre mató a su amigo en una borrachera. Siendo soltero, las autoridades de la comunidad lo sentenciaron a que se casara con la viuda de su amigo y se encargara del mantenimiento de la familia de éste. Con esto, el problema del homicidio quedó resuelto y la estabilidad de la comunidad se mantuvo. Las autoridades legales de la administración mexicana trataron de llevarse al homicida para juzgarlo de acuerdo con la legislación penal, pero la comunidad se resistió y finalmente logró mantener su punto de vista» (Stavenhagen, 1988, 100). Esta resolución de un conflicto tan grave, pues hablamos de un asesinato, no satisfaría los cánones punitivos del orden jurídico estatal o republicano. ¿Debe respetarse, no obstante, la resolución que la comunidad adoptó de acuerdo a sus propios criterios normativos? ¿Acaso concederemos a las autoridades de dicha comunidad la potestad de dictar sentencia, o por el contrario enviaremos a la policía para detener al implicado y llevarlo ante un Tribunal ordinario? Es una cuestión compleja y decisiva.

Podemos detectar en toda la tradición 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» (Sabine, 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 y las costumbres ancestrales. El filósofo español Carlos Fernández Liria, ardiente defensor de la Ilustración político-filosófica europea, también entronca con dicha tradición, 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 ejercitar 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 señalar un ejemplo paradigmático en este tipo de discusiones, colisiona de forma esencial con uno de los principios básicos que rigen en el orden propio de los sistemas políticos modernos: el monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte del Estado (Vilas, 2003 y 2006; Santillán, 2008). Esta justicia para-estatal podría ser interpretada 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 un infractor a las autoridades «ordinarias» para que éstas lo sometan al procedimiento estandarizado (denuncia, juicio) implicaría una suerte de «impunidad», esto es, la comunidad podría interpretar que tal acto de entrega equivaldría en el fondo a que el delito permanezca «sin juzgar» (Guerrero, 2000). Porque el «sujeto ajusticiador» es, para ellos, el propio colectivo comunitario. Vemos aquí, por lo tanto, 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 conlleva una imposición neocolonial y eurocéntrica? ¿Deberíamos asumir el *pluralismo jurídico* hasta sus últimas consecuencias? Es cierto que, si la jurisdicción especial indígena tuviera que respetar de forma escrupulosamente exhaustiva la Constitución y someterse por entero al *corpus* legislativo nacional, entonces tal jurisdicción devendría vacía. Es importante 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 sean siempre justas, cuando se las contempla desde el «tribunal» de los derechos humanos elementales.

Pero, 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 de las comunidades y nacionalidades originarias. Partiendo, eso sí, de una premisa disruptiva y, hasta el momento, poco observada en las Repúblicas iberoamericanas: tal vez no debiera existir una posición jerárquica que conceda de antemano (apriorísticamente) preeminencia y superior potestad a la jurisdicción estatal-ordinaria con respecto a la jurisdicción indígena-especial (Kymlicka, 1996). La discusión no está cerrada, desde luego.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alegría, C. (1983). *El mundo es ancho y ajeno*. Madrid: Alianza.
- Aragón Andrade, O. (2008). «Los sistemas jurídicos indígenas y los derechos humanos. Paradojas en el discurso del movimiento indio en México». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 123, septiembre-diciembre, pp. 1191-1207.
- Aragón Andrade, O. (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, R. (2010). *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bartolomé, M. A. y Barabas, Alicia M. [Coords.] (1998). *Autonomías étnicas y Estados nacionales*. México: Conaculta – INAH.
- Bengoa, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bidaseca, K. (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 Vázquez Laba (Comp.), *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina* (pp. 95-120). Buenos Aires: Godot.
- Bohannan, P. (1957). *Justice and Judgement Among the Tiv*. Londres: Oxford University Press.
- Bonfil Batalla, G. (1977). «Sobre la liberación del indio». *Nueva Antropología*, México, Vol. II, Núm. 8, pp. 95-102.
- Borrero García, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP.
- Cardoso de Oliveira, R. (1962) «Estudo de Áreas de Fricção Interétnica no Brasil». *América latina*, Año 5, Num. 3.
- Cardoso de Oliveira, R. (1996). *O índio e o mundo dos brancos*. São Paulo: Editora da Unicamp.
- Castillo Farreras, J. (1973). *Las costumbres y el derecho*. México: Secretaría de Educación Pública, Colección SEP-Setentas, Núm. 107.
- Castro-Gómez, S. (2007). «Decolonizar la Universidad. La *hybris* del punto cero y el diálogo de saberes». En Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (Compiladores), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 79-91). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Chenaut, V. y Sierra, M. T. (1992). «El campo de investigación de la antropología jurídica». *Nueva Antropología*, Vol. XIII, N°43, México, pp. 101-109.
- Chenaut, V. y Sierra, M. T. (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, B. (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI.
- Collier, J. 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, E. (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, Ó. (1994). «Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 81, pp. 613-624.
- Correas, Ó. (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, G. (2014). «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.
- Feierstein, D. (2007). *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández Liria, C. (2016). *En defensa del populismo*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Gluckman, M. (1955). *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press.
- Gluckman, M. (1975). *Política, ley y ritual en la sociedad tribal*. Madrid: Akal.
- Gómez, M. (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.
- González Galván, Jorge. A. (2002). «La reforma constitucional en materia indígena». *Cuestiones Constitucionales*, N° 7, julio-diciembre, pp. 253-259.
- Grosfoguel, R. (2016). «Del “extractivismo económico” al “extractivismo epistémico” y al “extractivismo ontológico”: una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo». *Tabula Rasa*, N° 24, enero-junio, pp. 123-143.
- Guerrero, A. (2000). «Los linchamientos en las comunidades indígenas (Ecuador) ¿La política perversa de una modernidad marginal?». *Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos*, No. 29, Lima, pp. 463-489.
- Gutiérrez Martínez, D. y Balslev Clausen, H. (Coords.) (2008). *Revisitar la etnicidad. Miradas cruzadas en torno a la diversidad*. Zinacantepec: El Colegio Mexiquense, Siglo XXI.
- Howard, R. E. (1995). *Human Rights and the Search for Community*. Boulder: Westview Press.
- Iturralde, D. (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.
- Kalinsky, B. (2000). *Justicia, Cultura y Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Krotz, E. (2014). «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, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Lander, E. (2001). «Pensamiento crítico latinoamericano: la impugnación del eurocentrismo». *Revista de Sociología*, N° 15, pp. 13-25.
- Lewis, W. A. (1965). «Sobre planeación en los países atrasados». En *La planeación económica* (pp. 136-144). México: Fondo de Cultura Económica.

- Lins Ribeiro, G. (2001). *Tropicalismo e europeísmo. Modos de representar o Brasil e a Argentina*. Brasília: Ediciones de la Universidad de Brasilia.
- Lukács, G. (1986). *Marx y el problema de la decadencia ideológica*. México, Madrid, Bogotá: Siglo Veintiuno.
- Mariátegui, J. C. (1994). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Amauta.
- Mecchetti Martínez, A. (1999). «La ley según el pueblo guaraní». *Desde el Fondo. Cuadernillo Temático*, Núm. 14, Paraná, Facultad de Trabajo Social, Centro de Documentación, junio, pp. 26-31.
- Montoya Rojas, R. (1998). *Multiculturalidad y política: derechos indígenas, ciudadanos y humanos*. Lima: Sur.
- Moreira, M. (2009). *El derecho de los pueblos originarios. Reflexión y hermenéutica*. Buenos Aires: Santiago Álvarez Editor, Universidad Nacional del Litoral.
- Nader, L. (1965). «The Anthropological Study of Law». *American Anthropologist*, Vol. 67, 6, pp. 3-32.
- Palacio, G. (1996). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: UNIJUS, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- Patzí, F. (1999). «Etnofagia estatal. Modernas formas de violencia simbólica». *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*, Tomo 28, N° 3, pp. 535-559.
- Polo Blanco, J. (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.
- Polo Blanco, J. (2020). «Deshispanización, nordomanía y giro decolonial. Encrucijadas preteritas y contemporáneas de Hispanoamérica», *Revista de Hispanismo Filosófico*, España, Asociación de Hispanismo Filosófico y Fondo de Cultura Económica, Núm. 25, pp. 49-66.
- Pospíšil, Leopold J. (1974). *Anthropology of Law. A Comparative Theory*. New Haven: HRAF Press.
- Quijano, A. (1992). «Colonialidad y Modernidad-Racionalidad». En Heraclio Bonilla (Comp.), *Los Conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas* (pp. 437-449). Quito: FLACSO / Ediciones Libri Mundi.
- Quijano, A. (1997). «Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina». *Anuario Mariáteguiano*, Lima, Vol. 9, N° 9: 113-121.
- Radcliffe-Brown, A. R. (1972). *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona: Península.
- Ramírez, S. (2001). *Justicia Indígena. El desafío de la construcción de un Estado pluricultural*. Buenos Aires: Fichas del INECIP, Ediciones del Instituto.
- Ramos, A. R. (1997). «Convivência interétnica no Brasil. Os índios e a nação brasileira». *Série Antropologia*, Brasília, Núm. 221.
- Ramos, A. R. (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, D. (1970). *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Violencias (re) encubiertas en Bolivia*. La Paz, Bolivia: Editorial Piedra Rota.
- Ruiz, O. (2007). «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 118, enero-abril, pp. 193-239.
- Sabine, G. H. (1963). *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Salgado, J. (Comp.). (2002). *Justicia indígena. Aportes para un debate*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya-Yala.
- Santillán, A. (2008). «Linchamientos urbanos. "Ajusticiamiento popular" en tiempos de la seguridad ciudadana». *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, Quito, N° 31, mayo, pp. 57-69.



- Santos, B. de S. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce.
- Santos, B. de S. (2011). «Epistemologías del sur». *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, Universidad del Zulia, Año 16. N° 54, julio-septiembre, pp. 17-39.
- Sierra, M. T. (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, F. (2000). *Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica.
- Stavenhagen, R. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México.
- Stavenhagen, R. (1992). «Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales». *Nueva Antropología*, México, Vol. XIII, Núm. 43, pp. 83-99
- Stavenhagen, R. (2010). *Los pueblos originarios: el debate necesario*. Buenos Aires: CTA Ediciones, CLACSO.
- Valdivia, T. (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, D. L. (2000). *The friendly liquidation of the past. The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Vilas, C. (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, C. (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, C. (2005). «Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad». *Signo y Pensamiento*, Volumen XXIV, N° 46, enero-junio: 39-50.
- Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas de (coloniales) de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala.
- Yrigoyen, R. (1995). *Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*. Lima: CEAS y Desfaciendo Entuertos.
- Yrigoyen, R. (2004). «Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos». *El otro derecho*, Bogotá, ILSA, Núm. 30, junio, pp. 171-195.
- Zambrano, C. V. (2003). *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica. Antropología jurídica para la globalidad*. México: UDUAL.
- Zambrano, C. V. (2008). «Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos». *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*. Núm. 31, FLACSO, Quito, mayo, pp. 71-85.

Escuela Superior Politécnica del Litoral  
Guayaquil, Ecuador  
polo@espol.edu.ec

JORGE POLO BLANCO

[Artículo aprobado para publicación en enero de 2018]