

SIETE TESIS EQUIVOCADAS SOBRE EL DERECHO INDÍGENA EN MESOAMÉRICA

Seven Erroneous theses about indigenous law in Mesoamérica

Dr. Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos

Resumen

El presente texto pretende realizar un aporte crítico en torno a la discusión sobre el derecho indígena y la interlegalidad, con énfasis especial en Mesoamérica. A lo largo del texto se realizan siete contribuciones críticas a las tesis equivocadas que, desde el paradigma del positivismo jurídico occidental, se realizan en torno a la concepción pluralista del derecho indígena. En dichas tesis se vertebran aspectos epistemológicos, metodológicos, ontológicos, axiológicos y utópicos sobre el derecho indígena. El hilo conductor que atraviesa el texto es un diálogo de saberes con el pensamiento y construcción jusfilosófica de los pueblos originarios en Mesoamérica quienes, a lo largo de varios lustros, han demostrado su enorme contribución a las concepciones actuales en torno al derecho, la justicia y la interlegalidad.

Palabras claves: Derecho indígena, pueblos originarios, diálogo de saberes, educación superior,

Abstract

This text aims to provide a critical contribution for the discussion on indigenous law and inter-legality, with special emphasis on Mesoamerica. Throughout the article, seven critical contributions are made to the wrong theses that, from the paradigm of Western legal positivism, are made around the pluralist conception on indigenous law. In these theses epistemological, methodological, ontological, axiological and utopian aspects of indigenous law are structured expouse. The common thread that runs through the text is a dialogue of knowledge with the jusphilosophical thought and construction of the

native peoples in Mesoamerica who, over several decades, have demonstrated their enormous contribution to the current conceptions on law, justice and interlegality.

Key Word: Indigenous law, indigenous rights, dialogue of knowledge, higher education.

INTRODUCCIÓN

Parientes

En 1992, mientras se celebraban los cinco siglos de algo así como la salvación de las Américas, un sacerdote católico llegó a una comunidad metida en las hondonadas del sureste mexicano.

Antes de la misa, fue la confesión. En lengua tojolabal, los indios contaron sus pecados. Carlos Lenkersdorf hizo lo que pudo traduciendo las confesiones, una tras otra, aunque él bien sabía que era imposible traducir esos misterios:

-Dice que ha abandonado al maíz -tradujo Carlos- Dice que muy triste está la milpa. Muchos días sin ir.

-Dice que ha maltratado al fuego. Ha aporreado la lumbre, porque no ardía bien.

-Dice que ha profanado el sendero, que lo anduvo macheteando sin razón.

-Dice que ha lastimado al buey.

-Dice que ha volteado un árbol y no le ha dicho porqué.

El sacerdote no supo que hacer con esos pecados, que no figuraban en el catálogo de Moisés.

Eduardo Galeano, Bocas del tiempo, México, Siglo XXI Editores, 2004. P. 84.

■ **L**os estudios en torno al derecho indígena en Mesoamérica tienen como antecedentes dentro de la literatura antropológica las obras hoy clásicas de tres destacadas investigadoras como Jane Collier (1960), Laura Nader (1964) y Carmen Cordero Avendaño (1973).

Para el caso de Guatemala, los estudios pioneros fueron realizados por juristas como Julio Hernández Sifontes (1965), José Ordóñez Cifuentes (1968), Flavio Rojas Lima (1967), entre otros.

Sin embargo, la emergencia de la denominada antropología crítica a fines de los años sesenta que realizó una denuncia y rechazo a los procesos etno-genocidas hacia los pueblos indígenas y una crítica lapidaria al indigenismo y los procesos de colonialismo interno iniciaron una nueva época de investigaciones descolonizadoras nuestraamericanas. Los aportes relevantes de investigadores de la talla de Pablo González Casanova, Stefano Varese, Fernando Henrique Cardoso, Franz Fanon, Darcy

Ribeiro, Alejandro Lipschutz, Ricardo Pozas, Héctor Díaz Polanco, entre muchos otros, en diálogo con los magníficos de la antropología mexicana encabezados por Guillermo Bonfil significaron un aporte decisivo en torno a una antropología crítica.

Un aporte decisivo fueron las reuniones de Barbados y sus declaraciones, las cuales fueron construidas en nuevos procesos de diálogo de saberes con representantes de los pueblos indígenas, a diferencia de las investigaciones extractivistas indigenistas que tenían a los “indios” como simples “objetos de estudio” o “terrenos epistemológicos”. En dichas declaraciones se proponía darle fin al colonialismo de los pueblos indígenas a través de un proceso de liberación que tenían varias propuestas muy novedosas, como la teoría del control cultural de Bonfil Batalla y, al tiempo, otros aportes muy relevantes en diálogo de saberes con los representantes de los pueblos indígenas de América Latina. Los aportes de Bonfil Batalla se condensan en varios libros de su autoría como *México Profundo* y una saga muy numerosos de libros colectivos. Sin embargo, dichas investigaciones y aportes no partieron de la indagación sobre el derecho indígena como sistema jurídico sino de la defensa de los pueblos originarios a su colonialidad, explotación y discriminación.

Hacia mediados de los años 80's, Rodolfo Stavenhagen coordinó el primer grupo de trabajo interdisciplinario para debatir específicamente al derecho indígena como sistema jurídico. La denominación de “derecho indígena” fue acertada y representa aún hoy una valiosa contribución desde varios ángulos. “1) concebir el derecho como un elemento fundamental de la estructura social de un pueblo y un elemento básico de su identidad; 2) considerar la dimensión integral del derecho propio que se opone a plantear lo jurídico como un campo separado de lo social; 3) tratar los derechos colonizados en continua relación con el derecho estatal, lo que cuestiona las visiones aislacionistas, autocontenidas del derecho propio, y 4) el reto metodológico de estudiar un derecho oral, no escrito, difícil de asir por no encontrarse definido de antemano”.¹ El inicio de este nuevo paradigma estableció la estrecha relación del derecho indígena con las relaciones de poder, historia y la investigación-acción o de colabor.

A partir de las obras, hoy clásicas, *Derecho indígena en América Latina* y *Entre la Ley y la costumbre* se iniciaron los primeros grupos de trabajo en México y Guatemala que con sus diferentes referentes han contribuido enormemente al campo de estudio de la antropología jurídica mesoamericana e incluso de Aridoamérica y Oasisamérica.

¹ Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (coords.), 1990, *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano, México.

SIETE TESIS EQUIVOCADAS SOBRE EL DERECHO INDÍGENA EN MESOAMÉRICA

*“Ved el escarnio de las leyes, y cuán llenas de iniquidad”
Fray Bartolomé de las Casas.
Historia de las Indias.*

PRIMERA TESIS. LOS PUEBLOS INDÍGENAS NO TIENEN UN SISTEMA JURÍDICO PROPIO SINO “USOS Y COSTUMBRES” O DERECHO CONSUECUDINARIO...

Uno de los primeros desafíos que enfrentó la crítica jurídica latinoamericana fue construir desde la sociología jurídica una definición sobre el derecho indígena. En la mayor parte de las facultades de derecho en América Latina, el concepto más común para definir al derecho es “un conjunto de normas que pautan las conductas humanas”. El derecho solo puede concebirse bajo esta concepción como el poder soberano de un estado. Esta visión monista del derecho derivada de una concepción positivista o, a lo sumo, kelseniana concibe al derecho como aquel poder estatal codificado con fuentes históricas, reales y formales del derecho. En adición el derecho se concibe con una serie de características como la bilateralidad, heteronomía, exterioridad, coercibilidad y sanción pública. Esta dogmática jurídica imposibilitaba concebir al derecho indígena como un *ius proprium* sino como un *ius introductum*.

Se partía de la falacia jurídica de que el derecho indígena en la actualidad eran resabios costumbres jurídicas o lo que se denominó “usos y costumbres”, por lo tanto, carecía de un discurso estatal autorizado, prescriptivo, sancionador y encriptado con fuentes formales como doctrina, legislación, jurisprudencia, así como fuentes históricas como una constitución, leyes o al menos fuentes o normas escritas. Los pueblos indígenas carecían de un *ius proprium* o sistema jurídico propio por lo que se subsumía a lo sumo como un *ius introductum* del derecho mexicano o guatemalteco; de un derecho consuetudinario o de “usos y costumbres jurídicas” que eran parte de una de las fuentes formales del derecho positivo nacional.

En el marco de las Jornadas Lascasianas Internacionales organizadas por José Ordóñez en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Óscar Correas, Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, Ignacio Cremades, Agusti Nicolai, Miguel Bartolomé, Alicia Barabás, Carmen Cordero Avendaño, Mercedes Gayosso, Leif Korsbaek, entre muchos otros, resolvieron desde la sociología jurídica el enigma.

A partir de sus investigaciones desde la sociología del derecho y la Teoría General del Derecho (TGD) Correas argumentó de forma magistral porqué el derecho indígena es un sistema jurídico. La idea radical fue fundamentar una concepción no juricista del derecho, es decir, una concepción desde la sociología del derecho y el campo de la semiótica. El derecho no es solamente un “conjunto de normas” o un cúmulo inerte de “fuentes del derecho” y demás “características dogmáticas”, sino que se funda en la pregunta sobre la validez y eficacia del sistema jurídico en dos brazos discursivos, el deóntico y el ideológico, el primero el del discurso de la norma y el segundo el discurso sobre la norma. El argumento principal de Correas es que el derecho indígena es un derecho no escrito, que contiene un discurso de poder prescriptivo, autorizado, codificado por funcionarios, que legitima ideológicamente el uso de la violencia y las sanciones y que para los miembros de los pueblos es concebido como eficaz. Sus normas además se codifican de tal manera que queda claro en su sistema jurídico los tres operadores deónticos: lo prohibido, lo obligatorio y lo permitido.

El aporte de Cremades y Mercedes Gayosso desde el conocimiento del derecho romano fue clave para comprender el concepto de derecho consuetudinario, en tanto *ius introductum*, por lo que el derecho indígena al contener, asimismo, de otras fuentes formales, reales e históricas constituían en sí mismo también un sistema jurídico o *ius proprium*. El problema de fondo era la profunda ignorancia de los juristas sobre las investigaciones de la literatura antropológica que daban cuenta de cómo en las sociedades no occidentales existían sistemas jurídicos o *folk systems*.

Las investigaciones sociológicas y antropológicas de Ordoñez Cifuentes, Carmen Avendaño, Leif Korsbaek, Miguel Bartolomé, Alicia Barabás, así como de una incipiente literatura de una nueva generación de antropólogos del derecho demostraron la necesidad de fundamentar que el derecho indígena también contenían como sistema jurídico **fuentes formales** como la cosmovisión que orientaba a su *doctrina jurídica*, la memoria histórica de los jueces de paz o consejos de ancianos de las resoluciones de las disputas y conflictos comunitarios que les permitía contar con una *jurisprudencia*, incluso en resoluciones dentro de los archivos municipales, *legislación* escrita en reglamentos comunales y ejidales o bien en la palabra comunal no escrita pero concebidas como eficaces y validas para los miembros de la colectividad, y por supuesto de **costumbres** y cultura vital derivados de la tradición indígena; asimismo **fuentes históricas** como los mitos, los antiguos códigos, el Popol Vuh, Chilam Balam, Cantar de los Cantares, Huehuetlatolli, que también contienen **textos escritos**; y finalmente también **fuentes reales** producido del contexto histórico y social que se construyen al juntar la palabra

y el pensamiento en las diferentes cumbres, foros e insurrecciones de los pueblos originarios desde las Reuniones del Grupo de Barbados en los años 70's y que tuvo como nirvana el grito zapatista de Ya basta! de 1994.

SEGUNDA TESIS. LOS “USOS Y COSTUMBRES” DEL DERECHO INDÍGENA VIOLAN LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALMENTE RECONOCIDOS...

Una de las críticas al paradigma del pluralismo jurídico o interlegalidad es que el derecho indígena viola en su sentido deóntico e ideológico a los derechos humanos universalmente reconocidos por el *jus cogens* internacional, inclusive los principales instrumentos interamericanos de derechos humanos. Para tal artilugio se buscan ejemplos potentes como las penas crueles e inhumanas aplicadas por autoridades indígenas mayas como azotes y flagelaciones corporales, el corte del vital líquido (agua) en comunidades de Oaxaca, la expulsión comunitaria al no realizar el tequio, la pérdida de la membresía étnica por no realizar el pago anual para la celebración de fiestas patronales, y más sensibles como la “dote” de mujeres indígenas por parte de un canon patriarcal.

Mas allá de la discusión de estos ejemplos que, por supuesto, requerirían un análisis de caso concreto que excede esta pequeña contribución, la crítica jurídica latinoamericana en conversa con los esquemas de inteligibilidad de la hermenéutica diatópica e intercultural de Pannikar y Vachon, así como las epistemologías del sur postuladas por Boaventura de Sousa Santos, entre otros, ha demostrado que los derechos humanos son un discurso construido en clave occidental, de acuerdo al *topoi* cultural occidental, provinciano, por así decirlo. Sobre el particular cabe recordar las reflexiones de Herkovits, antropólogo estadounidense quien al terminar de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial mostro serias dudas acerca de su universalidad ante la difícil comunicación intercultural con los representantes de los diferentes países.

Haría falta, por ende, para lograr consecutar una verdadera universalidad de los derechos humanos una conversación diatópica e intercultural o diálogo de saberes entre las más de 7 mil lenguas y pueblos en el mundo, con sus distintos *ethos* culturales, amén de sus diferentes religiones y cosmovisiones en torno a la justicia. Cabe señalar que el término derecho no existe en la mayoría de las lenguas del mundo, sino que tienen distintos significados y traducciones. Para el caso de los pueblos mesoamericanos la palabra más cercana al concepto de derecho es la palabra de respeto, tal y como lo

expreso el ex-presidente Benito Juárez en su célebre frase “Entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”.

Los derechos humanos son un discurso que ha condensado la lógica de las luchas de los pueblos occidentales, pero para los pueblos indígenas en el resto de los continentes las coordenadas serían otras: a) una visión no antropocéntrica de la justicia, b) un ethos cultural no occidental o judeo cristiano, c) Partir de los derechos colectivos por sobre los derechos individuales d) Una construcción no estatal de los derechos humanos. La dialéctica de su construcción de su esquema de inteligibilidad es al decir de Lenkersdorf el sentido nosotrico. El ubuntu africano, “comunalocracia” oaxaqueña o el mandar obedeciendo zapatista. Los derechos humanos en clave occidental son pues una forma sublimada de colonialismo jurídico que han legitimado no solamente guerras del reparto imperial sino también el discurso ideológico hegemónico sobre los pueblos del sur global. Por lo demás al decir de numerosos movimientos sociales ha sido por mucho mas posible el diálogo de saberes horizontal con los pueblos originarios que con el discurso estatal patriarcal y neoliberal.

TERCERA TESIS. EL PLURALISMO JURÍDICO EN MESOAMÉRICA SE FUNDAMENTA EN LA SIMPLE COEXISTENCIA DE DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS QUE DEBEN ESTAR RECONOCIDOS POR EL DERECHO ESTATAL...

Las políticas multiculturalistas que se han venido implementando en Abya Yala desde los años ochenta se han concebido como una respuesta del derecho hegemónico a las reivindicaciones de los movimientos autonómicos indígenas. Zizek las ha caracterizado como un café sin cafeína. Appadurai como el miedo a las minorías, a los números pequeños, a todo aquello que altera la orientación homogenizadora estatal. Es por ello por lo que el multiculturalismo postula que el pluralismo jurídico se expresa como una simple coexistencia entre múltiples sistemas jurídicos en un mismo espacio y tiempo, pero bajo el reconocimiento del derecho hegemónico estatal. En ese sentido el pluralismo jurídico es posible solamente bajo el triángulo jurídico kelseneano que coloca a la constitución como el principal referente deóntico y por debajo los otros sistemas normativos.

En el caso de la constitución mexicana, el artículo segundo constitucional reconoce el pluralismo jurídico siempre y cuando no esté en contradicción con la constitución mexicana y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Y con respecto a

la jerarquía constitucional, el artículo primero constitucional establece que el derecho internacional público moderno no está por encima de la constitución (como si es el caso guatemalteco), por lo que en caso de contradicción la constitución es la que tiene por así decirlo, la última palabra.

Es por ello, que la crítica jurídica deja en claro que el multiculturalismo es una postura que, aunque supera los postulados del monismo jurídico al aceptar la pluralidad jurídica, se limita a reconocerlos solamente supeditados jerárquicamente al derecho estatal. Lo que nos conduce a lo que Correas y Ordóñez denominaron colonialismo jurídico. El estado que se ha construido sobre una máscara en donde la soberanía puede difícilmente compartirse con otros sistemas normativos.

En ese sentido, Santos ha propuesto que una visión intercultural debería partir de la interlegalidad, entendida como procesos sociales de interpenetración de diversos sistemas jurídicos en diversas escalas y niveles de espacios legales. Sin embargo, esta interpenetración Santos la ha caracterizado como porosidad legal, en el sentido que tiene múltiples influencias que claman a la hibridez, liquidez o campos semi-autónomos desde el derecho romano. La porosidad legal puede dar cabida al otro derecho, es decir el uso alternativo del derecho como respuesta de otros actores y movimientos sociales. Pero para el derecho estatal resiste pobremente la competencia de la porosidad legal y la interlegalidad del derecho indígena por la sospecha de que son subversivos o pretenden evidenciar su ineficacia jurídica y el grave desprestigio del estado de derecho para legitimarse ante la sociedad civil.

CUARTA TESIS. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA SOLO PUEDE REALIZARSE A LA LUZ DEL DERECHO OCCIDENTAL...

Existe una concepción juricista del derecho que postula que el estudio del derecho indígena en serio solo puede analizarse objetivamente desde los referentes epistemológicos y ontológicos occidentales que tienen sus referentes en los pensadores del derecho del norte global. Sin embargo, la crítica jurídica que el análisis del derecho indígena debe realizarse desde un análisis desde la sociología jurídica, que estudia el discurso jurídico como un campo de disputa dialéctica del poder codificado y encriptado históricamente, desde una ecología de saberes y una perspectiva inter y transdisciplinaria del derecho, la sociología y, en general, de las ciencias sociales.

La sociología jurídica estudia lo jurídico a partir del análisis de la validez, eficacia, causas y efectos de las normas, así como el discurso de poder sobre

el papel de la relación jurídica y de las instituciones en las relaciones sociales. El discurso jurídico tiene dos sentidos: el discurso del derecho o discurso deóntico (de la norma) y el discurso sobre el derecho o discurso (ideología). Los juristas analizan frecuentemente el primer sentido, olvidando el segundo, lo que a la postre debilita fuertemente el análisis socio jurídico de la realidad empírica. Es por ello por lo que consideramos que una metáfora clara sería que padecen del síndrome de Procusto, eliminan constitucionalmente todo aquello que ignoran o son intolerantes.

Oscar Correas ha colocado una pregunta sugerente: ¿Porqué el derecho dice lo que dice y porque no otra cosa? La respuesta solamente puede responderse desde una concepción no juridicista del derecho.

“Para una sociología tradicional, aunque de cuño marxista, esto es, que acepta la descripción marxiana de la sociedad capitalista, el discurso del derecho se presenta como causado “determinado”, por las relaciones sociales de producción. Sin embargo, el análisis del discurso desde un punto de vista semiótico, arroja como resultado que la causa no puede ser el conjunto de relaciones de producción entendidas como “hechos” empíricos, sino que la causa debe buscarse en los discursos descriptivos de esas relaciones. Pero como precisamente las descripciones que aparecen en el derecho no coinciden con la marxiana, para un análisis de la ideología del derecho inspirada en ese mismo pensamiento de Marx, esas descripciones resultan ficciones. De allí que la causa del sentido del derecho sean esas ficciones y no la “realidad social”. De esta manera, la causa y el referente se confunden. [...] La crítica jurídica inspirada en el marxismo, que es una crítica finalmente de la sociedad capitalista, había partido de la idea de que las relaciones de producción son la causa —“determinan en última instancia”—, tanto de las normas como de la distorsión de la verdad”.²

La sociología jurídica en América Latina aborda principalmente los tópicos de las ficciones jurídicas en torno a la interlegalidad, interseccionalidad y la interculturalidad desde una ecología de saberes que debe saber combinar el conocimiento dialéctico de la realidad social a través de la praxis liberadora. Es por ello por lo que postulamos

2 Correas, Óscar. (1990). La Sociología jurídica frente al análisis del discurso. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 14, pp. 224-225.

una sociología jurídica crítica, que ejercite el pensar crítica y creativamente a partir de la propia historia nuestraamericana para transformarla.

QUINTA TESIS. EL DERECHO INDÍGENA EMANADO DE LAS NUEVAS EXPERIENCIAS AUTONOMISTAS ES ESPURIO...

Se afirma con frecuencia que el derecho indígena emanado de los nuevos procesos y movimientos sociales de los pueblos originarios a partir de las experiencias autonómicas en Nicaragua en 1986, de la insurrección zapatista de 1994, la policía comunitaria en Guerrero y otras experiencias comunitarias como Cherán, Michoacán son espureos, en el sentido que no forman parte de una “continuum cultural” de sus respectivos sistemas jurídicos, sino de una nueva reconstrucción socio-jurídica.

Esta tesis esencialista del derecho indígena olvida que la tradición mesoamericana fue irrupida por un proceso colonizador que tuvo como resultado una nueva tradición indígena que no obstante preservó un núcleo duro de origen mesoamericano fue dinámico y cambiante ante las disputas de campos de poder durante la colonia, la época conservadora y liberal decimonónica y el siglo xx.

El derecho indígena ha sufrido los embates de un colonialismo jurídico asimilacionista, incorporativista, integracionista y multiculturalista que transformó sus propiedades hilomórficas en forma y contenido. El grave desconocimiento de la teoría antropológica no les permite comprender que el derecho indígena como las culturas y las identidades están en permanente movimiento histórico dialéctico. El sistema de cargos y el derecho indígena de los pueblos originarios no es estático, sino dinámico, la clave de la etnoresistencia de 500 años ha sido su enorme capacidad de resguardar sus principios epistemológicos, axiológicos y ontológicos dentro un latir comunitario. Ni siquiera el derecho oficial es estático, sino que requiere de un constante ejercicio de invención de panópticos socio-jurídicos que le permitan recrear su máscara hegemónica deóntica e ideológica.

Los nuevos movimientos sociales por el contrario han demostrado la enorme capacidad de los pueblos originarios para realizar un *ratrappage* etnocultural de su sentido nosotrico para dotar de sentido de comunalidad expresado en una cosmovisión donde en ser humano tiene un cuerpo, rostro-corazón, comunidad, naturaleza y cosmos.

Para Stavenhagen el derecho indígena tiene las siguientes características, ese mismo sentido tiene los caracoles zapatistas y demás experiencias de reeducación de la policía comunitaria de Guerrero, aunque claro está con sus propias particularidades.

Stavenhagen, continúa argumentando que lo “legal” o “jurídico” en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente

1. Normas generales de comportamiento público;
2. Mantenimiento del orden interno;
3. Definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (v.g. agua, tierras, productos del bosque);
5. Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (v.g. herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales);
6. Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
7. Sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. Manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.³

SEXTA TESIS. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA A NIVEL CONSTITUCIONAL ESTÁ RESUELTO, LO URGENTE AHORA ES LA JUSTICIABILIDAD O EFICACIA JURÍDICA EN EL ACCESO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dentro del discurso hegemónico multiculturalista existe la tesis de que en los países que han adoptado la postura multiculturalista del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y los principales instrumentos del derecho internacional público moderno el problema étnico nacional está resuelto, de lo que se trata ahora es de desarrollar las pautas de coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos o la armonización jurídica. Sin embargo esta tesis olvida que los 3 ciclos del constitucionalismo latinoamericano que van desde las primeras experiencias multiculturalistas en Canadá y Guatemala que no reconocieron el pluralismo jurídico; la segunda experiencia colombiana, mexicana y chilena cuando reconocieron el pluralismo jurídico y adoptaron los principales instrumentos jurídicos internacionales; y el tercer ciclo, cuando los países andinos como Bolivia y Ecuador realizaron grandes avances en el reconocimiento de un estado plurinacional con naciones y nacionalidades indígenas, existen todavía

3 Stavenhagen, R. “Introducción al derecho indígena” I Jornadas Lascasianas: Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Año VI, No. 17. México. 1991. p. 303.

grandes desafíos constitucionales en el resto de los países latinoamericanos como Brasil y Argentina e inclusive para poder igualar la única experiencia autonómica radical en América Latina, que es la nicaragüense, hoy por hoy debilidad en el actual régimen. La justiciabilidad de los derechos en estos contextos parece entonces una ficción jurídica no solamente por las pocas herramientas jurídicas para ejercer el ejercicio autonómico sino sobre todo para el acceso y administración de justicia en contextos en donde existe un colonialismo jurídico. Sin embargo, esta limitación no es óbice para no realizar una investigación y praxis social liberadora.

SÉPTIMA TESIS. LEX DURA LEX. LA LEY ES DURA PERO ES LA LEY. EL DERECHO DEBE SER PUNITIVISTA.

Esta tesis se funda de origen en el derecho romano que por el carácter de su sociedad esclavista tenía un sentido deóntico punitivista. En el ascenso del derecho en el capitalismo la escuela de la *Critical Legal System* ha demostrado en varias obras de Fitzpatrick y Tiger y Levy que no hace diferencia entre el derecho y la justicia, entre el *lex* y el *ius*. El triunfo del capitalismo, particularmente la lucha de los burgueses contra el sistema feudal requería por un lado de un sistema jurídico moderno en que el sentido punitivista de la santa inquisición diera paso a un sistema del respeto de los derechos humanos pero particularmente una poliangularidad con respecto a las normas éticas católicas y de la moral de los mandamientos de Moisés, para dar paso a la acumulación originaria del capital y posteriormente al desarrollo capitalista mercantil simple al capitalismo industrial. Michel Foucault en *Vigilar y castigar* estudia el derecho penal desde una microfísica del poder que analiza las tecnologías del control y las relaciones del poder. La visión punitiva del capitalismo se fundamenta en la teoría del delito y la pena que responde a la transformación económica y sociales europeas. Las penas son el resultado de las relaciones de poder enmarcadas en el suplicio, castigo y disciplina. El castigo invisible del panóptico de la pena es el lugar privilegiado del capitalismo, los cuerpos son domesticados no solo en las instituciones penales sino en las diferentes instituciones sociales.

Mientras tanto para los pueblos indígenas el sentido es la restitución de la armonía cósmica y del sentido de comunalidad que prevalece en el contexto de sociedad que les resulta difícil comprender el discurso punitivista del derecho occidental.

Ordóñez Cifuentes lo resume para el caso de los pueblos mayas de Guatemala

“Los pueblos originarios tienen una serie de mecanismos y procedimientos para resolver sus conflictos por vías consensuales, reparatorias, restitutivas y conciliatorias. Algunos mecanismos están más vinculados a la espiritualidad (como hacer ceremonias dentro de un procedimiento de “restitución de la armonía cósmica” rota por una falta o un incumplimiento. También cuentan con mecanismos sancionatorios de carácter simbólico y material”. Conformando un universo, lo propiamente normativo (sistémico jurídico) y los usos sociales, implica ... respetar...”⁴

El modelo de Cosmovisión indígena contiene un fundamento jusfilosofico comunitario que resuelva los conflictos comunitarios desde juntar la palabra con la comunidad y los abuelos, reconocer la vergüenza, pedir perdón, aceptar el castigo y comprometerse con la comunidad para producir “corazones alegres”, por lo que como aprendió Laura Nader “Mas vale un mal arreglo que un buen pleito”.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas siete tesis se pretende concluir que la civilización mesoamericana es portadora de una extraordinaria capacidad de etnoresistencia cultural de su núcleo duro jurídico. Los pueblos originarios han creado un magiscopio social en nuestra América. Frente al paso desolador civilizatorio de la hidra capitalista y el patriarcado neoliberal ellos han tejido la utopía de la rebeldía social. Su pensamiento en torno a la justicia está construido desde una concepción eco céntrica del mundo, lo que les posibilita situar de forma diatópica, intercultural, interplanetaria e interespecie en el planeta.

El capitalismo extractivista subyace de una concepción antropocéntrica del mundo, el ser humano es colocado en las coordenadas del centro del universo. Sin embargo, este plano cartesiano de la modernidad occidental ha puesto al límite las posibilidades de

4 ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. RESTITUCIÓN DE LA ARMONÍA CÓSMICA. PROPUESTA JURÍDICA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE ABYA YALA. Revista de la Facultad de Derecho de México, [S.l.], v. 58, n. 250, p. 245-302, jun. 2017. ISSN 2448-8933. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60950/53756>>. Fecha de acceso: 21 sep. 2021 doi:<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2008.250.60950>.

la vida misma en el planeta. Esta urgencia ética es necesaria para una nueva ecología política del mundo, de una descolonización altermundista.

Los pueblos originarios al considerar a la madre tierra como la fuente de la vida y como la condición *sine qua non* de la existencia de los seres vivos han realizado aportes muy significativos que construyen seguramente una alternativa al capitalismo desarrollista. Chomsky por ello ¿ha situado a los zapatistas y en general al pensamiento de los pueblos originarios como quienes nos presentan las alternativas posibles donde quepan muchos mundos? Sobre el particular, la lucha reivindicatoria de los pueblos y alternativa de los movimientos sociales populares (colonos, campesinos, indígenas, feministas, etc.) se ha convertido también en una fuerza de progreso de la humanidad y ha enriquecido la conceptualización de los derechos humanos en clave intercultural.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbados (Grupo) Indíanidad y descolonización en América Latina, México, Nueva Imagen, 1979.
- Correas, Óscar, 1993, Crítica de la ideología jurídica, UNAM, México.
1994, Introducción a la Sociología Jurídica, Fontamara, México.
2004, Pluralismo Jurídico, Alternatividad, y Derecho indígena, Ediciones Coyoacán, México. 2007, Derecho Indígena Mexicano I y II, Ediciones Coyoacán/UNAM-CEIICH, México
- COPMAGUA, El derecho del pueblo maya en Guatemala, Guatemala, Copmagua-Minugua, 2000.
- Chenaut, Victoria y María Teresa Sierra, 1995, Pueblos indígenas ante el derecho, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México
- Collier, Jane, 1995 [1973], El derecho zinacanteco, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, México.
- Dary F., Claudia, El Derecho internacional y el Orden jurídico maya: una perspectiva histórico cultural, Guatemala, FLACSO, 1997.

Defensoría Maya, Administración de justicia maya, Guatemala, Nawal wuj 1999.

Krotz, Esteban (ed.), 2002, Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Barcelona y México.

Martínez Cobos, José, 1983, “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final (última parte)”, Naciones Unidas-Consejo Económico y Social, 30 de septiembre.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Quetzaltenango, 1970.

_____, Cosmovisión y Prácticas Jurídicas de los Pueblos Indios, IV

Jornadas Lascasianas, México, IIJ-UNAM, 2003.

_____, Dos ensayos en torno al Derecho social en México y Guatemala, México, IIJ-UNAM, 2000.

_____, Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica, 2a. ed., Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala —ICCPG—, 2000.

Ordóñez Mazariegos, Carlos, Teorías antropológicas y derechos étnicos, tesis de Licenciatura, Colegio de Antropología Social, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1995.

Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, “Una comunidad maya kichee` frente al neoliberalismo y los procesos de globalización”, en: La Construcción del Estado-nación: democracia, justicia y paz, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.

Sieder, Rachel, 1996, Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Guatemala.

Sierra, María Teresa, 1995b, “Articulaciones entre ley y costumbre: estrategias jurídicas de los nahuas”, en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.), Pueblos indígenas ante el derecho, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México, pp. 101-123.

- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009) Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social, México: Siglo XXI.
- Starr, June y Jane Collier (eds.), 1989, *History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca.
- Stavenhagen, Rodolfo, 1987, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, El Colegio de México/Instituto Indigenista Interamericano de Derechos Humanos, México.
- _____, 1990, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (coords.), *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano, México, pp. 27-46.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (coords.), 1990, *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano, México.
- Valdivia, Teresa, 1992, "¿Por qué hoy una antropología jurídica en México?", en *Nueva Antropología*, vol. 13, núm. 43, pp. 111-122.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2011, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez-Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.