

Los caminos de la descolonización por América Latina:

**Jurisdicción Indígena Originaria Campesina
y el
Igualitarismo Plurinacional Comunitario**

Idón Moisés Chivi Vargas

2009

Índice General

Presentación

- 1.- **La Jurisdicción Ordinaria o los problemas de cambiar los letreros de las puertas, sin ver el hecho colonial...**
 - 1.1.- América Latina.
 - 1.2.- Bolivia.
 - 1.3.- Elementos para una re-interpretación política de la reforma judicial en Bolivia.
 - 1.4.- La Justicia Boliviana: herencia colonial y procesos contemporáneos.
 - 1.5.- Bolivia: De las “reformas” a las *políticas judiciales descolonizadoras*.
 - 1.6.- Reforma Judicial y Pluralismo raquíptico por América Latina...
 - 1.7.- Estado Plurinacional y Jurisdicción Indígena: pluralidad y pluralismo

- 2.- **La jurisdicción “indígena originaria campesina”: las ventajas de *mirar la realidad... no morir en el intento*.**
 - 2.1.- Jurisdicción indígena (I): Una mirada al horizonte colonial
 - 2.1.1.- Quipus legislativos...
 - 2.2.- Juan de Betanzos (1551) acciones prohibidas por el Inca quien:
 - 2.3.- Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas:
 - 2.4.- Fernando Santillan (1563) procedimientos de averiguación:
 - 2.5.- Cronista anónimo (1593) acciones prohibidas y procedimientos de averiguación
 - 2.6.- Relación Anónima (ordenanzas)
 - 2.7.- *Recopilación de las Leyes de Indias* o el pluralismo jurídico colonial.
 - 2.8.- Jurisdicción indígena (II): *¿Y el siglo XIX?*

- 3.- **Jurisdicción indígena (III): el largo siglo XX...**
 - 3.1.- “Justicia Comunitaria”: vida pasión y muerte de un concepto...

- 4.- **Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. Bases de su construcción conceptual.**
 - 4.1.- Del constitucionalismo como *mascara del colonialismo*, a la descolonización constitucional...
 - 4.2.- Igualitarismo Jurisdiccional en Bolivia: Pluralidad y Pluralismo en clave constitucional

- 5.- **Jurisdicción Indígena Originaria Campesina: Bases para una Ley de Deslinde Jurisdiccional.**
 - 5.1.- Jurisdicción Indígena Originaria Campesina: Bloque material de Constitucionalidad.
 - a) La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas ONU
 - b) El Convenio 169 de la OIT
 - c) La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.
 - d) La Nueva Constitución Política del Estado
 - 5.2.- El Bloque de Constitucionalidad y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

- 6.- **Bases para la Ley de Deslinde Jurisdiccional.-**
 - 6.1.- El anteproyecto...

Conclusiones.

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios. Se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

(Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2//1986/7/Add.4, párr. 379 [1986])

El genocidio de las indias ayer y hoy

Recientemente en Bolivia, ha ocurrido un genocidio en su versión de matanza o masacre sangrienta, sucedió en “El Porvenir” un 11 de septiembre del año 2008...

Las víctimas fueron los de siempre: indígenas hombres e indígenas mujeres.

El genocidio de ayer esta en el hoy...

El genocida de ayer no es muy distinto del genocida de hoy

Las balas siguen viniendo de las mismas manos, y los pechos siguen siendo los pechos de ayer

Ayer y hoy, se miran en el mismo espejo...

Presentación

Sin duda, la amnesia del derecho moderno estriba en un olvido histórico, en el olvido de su origen. Y es que el *Estado* y el *Derecho* “modernos” le deben su existencia a un acto colonial y terriblemente dramático: El genocidio de las indias *ayer*

El genocidio primero, el del *colonialismo español* encuentra su envase normativo en una pieza de arqueología jurídica: la *Recopilación de las Leyes de Indias*.

El genocidio segundo: *el liberal* vino ya con envase de derechos, vino en Constitución y Códigos y... se quedo.

Las estructuras estatales y los saberes jurídicos contemporáneos, le deben al genocidio primero su existencia. Este detalle es algo que se olvida olímpicamente, desde las construcciones normativas actuales, desde la enseñanza universitaria y la investigación académica.

Para peor, la globalización del derecho no solo lo evade intencionalmente, sino que la encubre. *Por lo que dice, por lo que calla, por lo que anuncia y por lo que ignora.*

Evadiendo e ignorando el genocidio primero, la globalización del derecho ha tratado de poner frenos a los procesos emancipatorios que hoy se abren por toda América Latina.

Procesos emancipatorios, que se han forjado en la resistencia antineoliberal, procesos que han encontrado una enorme generosidad histórica de los pueblos indígenas representados en las constituyentes de Bolivia y Ecuador muy recientemente, Abiertos los tiempos y la historia en comunión consigo misma, iniciaron procesos igualitarios que no son obra de gracia de espíritus abogadiles, sino resultado de esperanzas que vienen de muy lejos y que se convirtieron en fuerza material, y de ahí, en letra constitucional y programa de país.

Estos procesos igualitarios son tales, por su sentido común y no por otra cosa, y la Justicia, particularmente la nuestra -la de los primeros habitantes de estas tierras-, es hoy el lugar donde la historia republicana desarrolla su redención, su renovación y desarrollo igualitario en el marco de los Derechos Humanos, de todos los humanos, humanas, indígenas y no indígenas.

Somos entonces, y nuestra jurisdicción indígena lo es, la muestra de que más allá de la compatibilización de “justicias”, es posible desarrollar coexistencias jurisdiccionales en beneficio de la Paz Social y la construcción de solidaridades individuales y colectivas, entre diversos y diferentes.

Estos procesos igualitarios, son un tiempo intenso, de preguntas fuertes y respuestas muchas veces raquílicas...

Hasta el presente los estudios jurídicos referidos a los saberes normativos indígenas y los procedimientos *no oficiales* para su aplicación, han dado como resultado ajustes institucionales de orden “paralelo” entre Estado y Pueblos Indígenas que luego han sido constitucionalizados en gran parte de América Latina. Constitucionalizados y *dejados en el olvido...*

A pesar de ello, el panorama es preocupante cuando entramos a revisar la producción constitucional relativa a Pueblos Indígenas y Administración de Justicia. Es en este *campo de lucha* donde el vacío en el conocimiento es notoriamente sensible, preocupante y denunciante.

Por su lado, las organizaciones indígenas del continente y el mundo, después de un cuarto de siglo en peregrinaje logran -en septiembre del 2007- la Proclamación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas convertida en el primer instrumento internacional de Derechos Humanos cuyas disposiciones son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para los Estados tal como lo dispone en su artículo 42.

La citada Declaración establece –además-en su artículo quinto: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, JURÍDICAS, económicas, sociales*

y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural de los Estados”.

Por tanto la Declaración tiene como eje central el *Derecho a la Cultura Propia en condiciones de igualdad que el Derecho Estatal*, este dato no debe comprenderse como *paralelismo jurídico* sino como *“pacto de coexistencia radicalmente democrática entre saberes y prácticas institucionales propias y validas para cada ámbito de vida”.*

Este aspecto escasamente percibido, constituye el centro de gravitación para resolver equívocos permanentes, de enfrentamientos pocas veces fructífero entre juristas y cultores de otras ciencias sociales; de enfrentamientos conceptuales entre líderes indígenas, decisores políticos y la comunidad académica.

No mirar este hecho ha generado un problema mucho más grande aún: por un lado los teóricos de las ciencias sociales no han enfrentado adecuadamente el funcionamiento real de las diferencias y lugares comunes entre culturas jurídicas y el cómo de su normativización en un mismo Estado. Mientras que por su lado los juristas no logran construir un horizonte teórico que ayude a conciliar las diferencias y los lugares comunes en conflicto, hecho que se da de esa forma debido -en gran parte-, al *horizonte liberal* o neoliberal de sus matrices informativas, soportes epistemológicos y desconocimiento -culposo- de la realidad.

Juristas de enorme prestigio en el mundo indígena, por sus contribuciones al dialogo entre derechos, pagan costos enormes por este *pecado original*, elaborando y desarrollando proyectos normativos que reproducen la colonialidad del derecho, con todas las consecuencias que ello implica para los pueblos indígenas.

En un acto de rebelión y emancipación contra toda forma de pensamiento homogeneizante, en un acto de comunión con la realidad real, conocimiento y comprensión de la misma, Bolivia y Ecuador han dado pasos fundantes en eso que algunos teóricos del Derecho, han venido ha denominar como *constitucionalismo plurinacional*.

A no dudar, en Bolivia estamos viviendo un tiempo político emancipatorio, emancipatorio del tutelaje doctrinal *anglo-euro-céntrico*, emancipatorio por el desafío de crear derecho desde la realidad y no al revés, complementario por comprender que los saberes ajenos tienen sus propios ámbitos de validez que también son nuestros.

Lo sabemos, la ley por si sola no cambia la realidad, pero es una poderosa ayuda para su transformación en beneficio de la dignidad humana.

El presente documento esta dirigido a lectores que transitan en los pasillos de las cortes, de abogados que ocupan un lugar en un campo de lucha, donde decir la verdad del derecho, es cuestión de vida o muerte, de libertad o prisión. Un campo de lucha donde el lenguaje de los indígenas puede ser bienvenido, pero no por ello aceptado sin pagar sus costos, el pluralismo no puede ser tal sino va acompañado de la pluralidad. También esta dirigido a las Autoridades Indígenas Originarias Campesinas, que en el tiempo presente, no solo pueden recuperar el pasado, sino construir nuevas formas de ejercicio jurisdiccional, defendiendo sustancialmente la dignidad humana, tenemos la autoridad histórica de nuestro lado.

Por ello este documento, inicia su giro, mostrando un estado de situación de la justicia ordinaria, tal como la vemos desde la lente descolonizadora, sorprendiéndonos con el presente institucional. Seguimos el documento con una lectura histórica para despejar fantasmas en el camino, los lugares de derecho indígena en su debate, finalizamos con el bloque constitucional de ejercicio jurisdiccional indígena originario campesino, las bases constitucionales para su realización. Es en este lugar donde los fantasmas vistos por los opinólogos de derecha se esfuman en el éter, opinólogos que por lo general con *científicos idiotas*, por conveniencia política o por lucro mercachifle. Claro esta que el documento no cierra el debate, sino que es solo parte de uno mayor: desarrollo constitucional desde el Estado Plurinacional Comunitario.

1.- La Jurisdicción Ordinaria o los problemas de cambiar los letreros de las puertas, sin ver el hecho colonial...

1.1.- América Latina.- 40 años de reforma judicial en América Latina, ponen en evidencia el gran problema de nuestros sistemas judiciales: su pesada herencia colonial.¹

Una herencia, que no debe ser entendida ni confundida con la reproducción simple de mecanismos coloniales, sean estos institucionales y organizacionales, que para el caso da lo mismo, sino más bien como dispositivos excesivamente complejos y que encubren la colonialidad en envases atractivos como, modernización, tecnología y globalización, además de un largo etc., de argumentos que hoy por hoy han entrado en desuso, tanto en el lenguaje político como en el técnico de la “reformas” judiciales.

Sin duda, los estudios sobre reforma judicial en nuestros países son escasos, a ello se une un marcado acento descriptivo y apego a las líneas institucionales de las agencias financieras que apoyan estos estudios², en general se nos plantea que:

“La reforma judicial se percibe desde hace mucho tiempo como una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable en Latinoamérica. La mayor parte de los países de la región inició la última década del siglo XX con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables. Pocos fueron capaces de lograr un equilibrio adecuado con el poder ejecutivo, garantizar el respeto pleno de los derechos humanos y civiles básicos, promover un entorno conducente al desarrollo económico, especialmente para la inversión nacional e internacional, y proporcionar a sus ciudadanos los elementos esenciales de la seguridad. Contaban con códigos penales anticuados, tribunales con estructuras organizativas y presupuestarias insuficientes, jueces y funcionarios judiciales y policiales mal remunerados e inadecuadamente capacitados, procedimientos jurisdiccionales que demostraban niveles mínimos de transparencia y condiciones penitenciarias generalmente deplorables.

¹ Para un panorama amplio sobre *Colonialidad, saberes jurídicos y sistemas de justicia* véase: Rodríguez Veltze (2009), Binder (2007); VJDH -República de Bolivia (2006); Chivi (2006); Rodríguez (2005); Orellana (2004), Estella Nagle (2003). Para el caso específico de colonialismo y constitucionalismo véase de Bartolomé Clavero (1995; 2003; 2006; 2007). En general sobre Colonialidad del Saber y construcciones políticas: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. De Edgardo Lander (Comp.) Bs. As.: CLACSO, 2000. Para una comprensión política de colonialidad y plurinacionalismo puede verse de Jorge Enrique Gonzalez (ed.) su: *Nación y Nacionalismo en América Latina*. Bogotá: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007, y muy especialmente el capítulo de Fernando Vizcaino “Estado Multinacional y Globalización”. págs. 29-64. Así mismo puede consultarse de Erhard Denninger y Dieter Grimm su *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*. Madrid: Trotta, 2007, en este libro se evidencia las limitaciones del derecho constitucional anclado en el liberalismo, sea cual fuere su versión (clásico, de bienestar o neoliberal), de ahí se pasa revista a las experiencias más recientes de constitucionalismo en países diversos y pluriculturales.

² Trabajos pioneros en este sentido ya los encontramos desde inicios de los noventa, puede verse por ejemplo: *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Seminario patrocinado por el Banco Interamericano del Desarrollo. San José de Costa Rica, 1993, Washington D.C., o también: *La justicia más allá de nuestras fronteras experiencias de reformas útiles para América Latina y el Caribe*. Christina Biebesheimer / Carlos Cordovez (edit.), Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999; Hammergren, Linn: *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*. 2000; Carrillo Flores; Los retos de la Reforma de la Justicia en América Latina. 2000; y Felipe SAÉZ, La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina 2000. En: Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa. Disponible en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm> este sitio es de la Organización de Estados Americanos. Para una posición neoinstitucionalista puede verse de Linn Hammergren *¿Hemos llegado?: El desarrollo de estrategias empíricas para la reforma judicial*. Revista del CLAD: Reforma y Democracia. No. 23. (Jun. 2002). Caracas, Venezuela. Para una visión sobre la independencia judicial y la incidencia de la cooperación internacional en ella, véase de Margaret Popkin. Iniciativas para mejorar la Independencia Judicial en América Latina: una perspectiva comparativa. En: *Pautas para la promoción de independencia judicial e imparcialidad* (marzo 2002). Washington D.C. USAID- *Due Process of Law Foundation (DPLF)*/Fundación para el Debido Proceso Legal. 2002. Disponible en www.dpfl.org. Para una perspectiva de la reforma judicial desde la sociedad civil y la incidencia en ella véase de AA. VV; *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina.*, Massachussets *Due Process of Law Foundation (DPLF)*/Fundación para el Debido Proceso Legal, *National Center for State Courts (NCSC)*/Centro Nacional para Tribunales Estatales, Octubre 2005. Disponible en www.dpfl.org. Finalmente un trabajo realmente enriquecedor de este panorama general: *Justicia un vínculo pendiente entre Estado, Ciudadanía y Desarrollo*. Carlos CORDOVEZ (Editor), Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo-INECIP, 2007.

Muchos países de la región reconocieron estos problemas. Con el estímulo y el respaldo de la comunidad internacional iniciaron programas y proyectos para la renovación integral de sus sistemas e instituciones judiciales. Estas iniciativas han sido de muy diversa índole, y van desde reformas constitucionales, cambios estructurales en la administración de justicia, la sanción de nuevos códigos civiles y penales hasta esquemas menos ambiciosos que tienen por objeto efectuar mejoras técnicas a los sistemas existentes.

El proceso de reforma de los últimos 40 años atravesó diversas etapas, yendo desde los ajustes de tipo mecanicista de los años 60 dirigidos a mejorar el suministro de servicios judiciales hasta los enfoques sistemáticos que se aplicaron en décadas subsiguientes.

La última ola de reformas, que resultó ser también la más concentrada, comenzó a mediados de la década de 1990 poco después de la consolidación de los sistemas democráticos formales en el hemisferio occidental. Durante esta etapa el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), instituciones no gubernamentales y países donantes, entre los que se cuenta a EE.UU. a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), aportaron cerca de mil millones de dólares en concepto de ayuda financiera para las iniciativas de reforma del sistema de administración de justicia. Las mencionadas contribuciones se aplicaron a proyectos de largo plazo con términos de ejecución de al menos diez años, por lo que muchos de ellos continúan desarrollándose”³

Una vertiente, menos descriptiva, más reflexiva con los resultados, menos complaciente con los datos estadísticos y que pone en cuestionamiento los intereses políticos de quienes propugnan la reforma judicial (el cómo lo hacen y para qué lo hacen), ha sido poco fructífera en estas tierras, a pesar de contar con los adalides de la Reforma Procesal Penal y Judicial en América Latina⁴ entre sus miembros. En esta línea de pensamiento las tesis presentadas por Cesar Rodríguez -para el caso colombiano- son ilustrativas además de útiles para una perspectiva regional, señalando que:

“(…) los proyectos contemporáneos de reforma judicial en (...) Latinoamérica hacen parte de una ‘segunda generación’ de programas de transformación de las instituciones legales, que tiene una afinidad directa (aunque también diferencias importantes) en relación con una primera generación de programas de derecho y desarrollo (*law and development*), que tuvo su auge hace cuatro décadas.

En segundo lugar, muestro las tensiones internas de los programas de reforma judicial y de fortalecimiento del Estado de derecho. Sostengo que ellas revelan, a su vez, las tensiones existentes dentro del ideal liberal del Estado de derecho, entre la protección igualitaria de las

³ Cfr. Peter De Shazo y Juan Enrique Vargas; *Reforma Judicial en América Latina: Resultados*. Santiago de Chile-Washington D.C.: CSIS Americas Program y Centro de Estudios Judiciales de las Américas, 2006, pág. 3. Para una visión comparativa de la reforma judicial en la región véase también: *Reporte sobre el Estado de las Reformas Judiciales en las Américas 2002-2003; 2004-2005 y 2005-2006*. En: Revistas *Sistema Judiciales*. Santiago de Chile: CEJAS-INECIP; asimismo véase: *En busca de una Justicia Distinta*. Luis Pasará (Comp.). Mexico D.F.: UNAM, 2004, aquí escriben: Mauricio Duce (Chile); Hector Fix =Fierro (México); Linn Hammergrem (Perú); María Teresa Zadeck (Brasil); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Alfredo Fuentes Fernández (Colombia); Álvaro Fernandino (Acceso a la Justicia); Margaret Popkin (Independencia Judicial); Juan Enrique Vargas Viancos (Eficiencia Judicial); Roberto Mac Lean “(Visión de Conjunto); de Germán Burgos: *Reforma Judicial en América Latina: Tiempo de balances*. El mencionado autor señala con certeza que: “*Las reformas judiciales iniciadas masivamente en América Latina, están costando mucho a nuestras poblaciones, por lo demás cada vez más empobrecidas, de forma tal que los asuntos de la administración de justicia son temas tan importantes que no pueden dejarse en manos solo de los jueces, abogados, o como empieza a ser dominante, de la banca multilateral*”. Disponible en: <http://www.ilsa.org.co/IMG/html/bb.html>. Así también de Schavarstein, Leonardo: *Repensar la reforma judicial en América Latina*. Foro Nacional “Estrategias para el mejoramiento de la administración de justicia de Honduras”. Noviembre 1994. para un modelo de reforma judicial por parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] véase: *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia América Latina y el Caribe*. Bs. As. INECIP, Ediciones del Instituto, 2005.

⁴ Cf. De Alberto Binder; *De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho*. Bs. As. Ad Hoc. 2003; *Justicia= ¿Poder Judicial?: necesidades y alternativas de cambio*. En: *Cuadernos de Reflexión Nro 1*. Vicepresidencia de la República de Bolivia, 2007; Luis Pasará; *Reformas del sistema de justicia en América Latina: Cuenta y Balance*. (mimeo) 2004.

garantías democráticas, por un lado, y la protección de la propiedad privada y la libertad de mercado, por el otro.

En tercer lugar, al hacer un balance de los programas de reforma judicial en la práctica, mantengo que éstos han tendido a privilegiar la cara del Estado de derecho que promueve el mercado —por ejemplo, a través del relieve puesto en la reforma a la justicia civil y penal para aumentar la seguridad de los contratos y reforzar el orden público—, antes que los componentes del Estado de derecho que buscan garantizar el acceso igualitario a la justicia y la sujeción de todos los ciudadanos y gobernantes a la ley”⁵

De estos dos posicionamientos podemos establecer que la reforma judicial se encuentra en arenas movedizas, entre las urgencias del mercado y las urgencias de los mayoritarios, al medio encontramos -como siempre- la realidad maquillada, la verdad silenciada y el elogio ritual de los procedimientos.

Sin embargo, y a pesar de los autores de uno y otro lado, es posible señalar que, ambas perspectivas tienen una agenda común de los problemas que hacen a la administración de justicia en la región y que se sintetizan en:

- Independencia Judicial
- Acceso universal igualitario
- Reclutamiento y promoción en base a los meritos
- Organización y gestión administrativa del despacho
- Asignación de recursos y autarquía presupuestaria
- Introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- Implementación del pluralismo jurídico para minorías culturales⁶

Estas siete líneas de trabajo, han marcado -y dirigen aún- las agendas de la reforma judicial en América Latina.

Cómo podrá notarse, el tema de la colonialidad (los saberes jurídicos y judiciales, sus prácticas institucionales y sociales), están lejos de considerarse como parte de los grandes problemas que tienen nuestros sistemas de justicia, y que de modo reciente Binder, Zaffaroni, Rodríguez Veltzé y otros están comenzando a ver como uno de los lugares conflictivos clave, en asumirlo como el núcleo mismo de la problemática judicial⁷.

Y ello no es para extrañarse, sino más bien para constatar que un déficit en los estudios referidos a la reforma judicial consiste en agarrar el objeto de investigación y los sujetos interactuantes, al margen del hecho colonial.

1.2.- Bolivia.

Sin duda, el caso Boliviano, es un paradigma del olvido cuando de estudios sobre la reforma judicial se trata.

En efecto, existe escasa información disponible sobre el estado de situación del sistema de justicia en Bolivia en el proceso previo de la reforma constitucional de 1994⁸, menos aún de los logros, avances y

⁵ Vid. César A. Rodríguez Garavito; *Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo*.

Disponibile en: http://www.djs.org.co/pdf/libros/cr_reformaJudicial.pdf.

⁶ Cf. *En busca de una Justicia Distinta*. Luis Pasará (Comp.). México D.F.: UNAM, 2004

⁷ Alberto Binder señala al respecto que: “(...) si vemos los 200 años de historia independiente que hemos tenido, ninguno de los países nos hemos podido sacar de encima el modelo colonial, inquisitorial de la administración de justicia (...) me parece que esta época es una enorme oportunidad para que pongamos en cuestión ese modelo y lo echemos debajo de una vez por todas...” En: Cuadernos de Reflexión Nro. 1, *Poder Judicial = ¿Justicia?: Necesidades y alternativas de cambio*. Vicepresidencia de la República, 2007, pág. 7

⁸ Cf. *Estudio sectorial sobre el Poder Judicial en Bolivia*. informe presentado a la Corte Suprema de Justicia. La Paz, Bolivia, 7 de diciembre. San José de Costa Rica: ILANUD. 1988; Así también: *Estudio del funcionamiento del sistema penal en Bolivia*. la paz, Bolivia. ILANUD, 1992,

perspectivas en más de diez años de reforma judicial luego de la modificación constitucional de 1994-95⁹.

Uno de los primeros informes del cual se tiene noticia, es el encargado a la abogada costarricense Sonia Navarro y publicado por el Ilanud¹⁰, otro posterior fue elaborado por la cooperación española a principios del 2000, denominado *Proyecto de Reforma Judicial en Bolivia*¹¹, el mismo año un reporte sumamente importante fue elaborado por Eduardo Rodríguez Veltzé¹², ya al filo del 2003 se tiene un breve reporte de Julio Cesar Torrico que no pasa de las tres páginas.¹³

El 2003 Daniel Mogrovejo y Ritcher, nos muestran un panorama más amplio sobre el sistema de justicia y el Consejo de la Judicatura¹⁴

Se cuenta también con estudios sobre la reforma procesal penal que nos ilustran parcialmente el avance general de la reforma en la justicia penal, habida cuenta además que es precisamente en la zona penal donde la relación estado y ciudadano se tensiona de tal manera que se convierte en un termómetro de la democracia¹⁵.

Para comprender el fracaso de la Reforma Procesal Penal y con ello el fracaso de la Reforma Judicial en Bolivia, conviene ver el documento de Iván Lima quien acertadamente señala que una de las razones para este hecho ha sido precisamente la falta de coordinación entre las agencias de cooperación mayormente involucradas.¹⁶

El mencionado investigador señala con toda precisión:

“[P]rincipalmente debe considerarse el trabajo que desarrollaron USAID y la Cooperación Técnica Alemana GTZ, que fueron las agencias con mayor presencia en materia de implementación durante los primeros años de implementación de la reforma. La falta de coordinación entre estas dos agencias y la inexistencia de una entidad estatal que generara un espacio de encuentro y consenso sobre el trabajo a realizar, llevó a que en numerosas oportunidades los capacitadores de una de las agencias contradijeran los conceptos vertidos por los capacitadores de la otra, generando confusión en los participantes”.

El debate constituyente, puso en tapete de discusión el sistema de justicia, Leticia Lorenzo¹⁷ por un lado y Carlos Alarcón¹⁸ por el otro, muestran perspectivas atrayentes aunque contrapuestas entre sí.

⁹ Esta reforma constitucional, establece pautas al diseño institucional del sistema de justicia en Bolivia, el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Agrario Nacional son el resultado de este proceso que modifica sustancialmente un orden de atribuciones, mas no así una cultura jurídica interna. La reforma procesal penal de la segunda mitad de los noventa y su consolidación en el primer año del siglo XXI, si bien ha tratado de romper el monopolio del modelo inquisitorial por la oralidad, ha visto caer sus propias promesas en un mar de desaciertos procesales atribuibles a maniobras propias de abogados o en su caso a decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional.

¹⁰ Navarro Solano, Sonia. *Lineamientos de la modernización administrativa del poder judicial: Caso Bolivia*. Proyecto de Reformas Judiciales. Escuela Judicial de Costa Rica, ILANUD. Sucre, Bolivia. s/f

¹¹ Disponible en: <http://www.maec.es/NR/rdonlyres/D2523016-F539-4D6C-BF37-4F6E0ED07AB8/0/12EvaProyecto deReformaJudicialenBolivia.pdf>

¹² *Informe sobre Independencia Judicial en Bolivia*.

Disp. en: http://www.dplf.org/jit/span/la_jit01/la_jit01_bo.htm. Agosto 2000

¹³ La cita arriba mencionada es todo el reporte, sin duda que no representa en mucho los, problemas, avances y perspectivas hasta ese momento. Disponible en:

<http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/dossier.php?revista=5&idioma=espanol&secc=107&TemaNiv2=107>.

Revista Sistema Judiciales. Nro. 5 Septiembre del 2003, Santiago de Chile.

¹⁴ Vid. “Informe sobre el Consejo de la Judicatura en Bolivia” (págs. 111=158). En: *Consejos de la Magistratura: Los consejos de la magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*. Bs. As. Revista Pena y Estado, Revista latinoamericana de política criminal.

¹⁵ Cfr. de Elizabeth Morató: *La Reforma Procesal Penal: Un proceso, varias visiones*. Compañeros de las Américas, Abril 2004, La Paz.

¹⁶ Cfr. *Las reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia: Razones que han obstaculizado Su éxito y como enfrentarlas*. Washington D.C. Due Process Of Law, 2008. Pág. 104

¹⁷ Cf. *Refundar Bolivia: Refundar la Justicia*. En: *Reflexiones para el debate constituyente*. La Paz: Vicepresidencia de la República, 2007

En el trayecto del debate los órganos jurisdiccionales, disciplinarios, de jurisdicción constitucional, agraria y los de apoyo, cada uno por su lado prepararon propuestas para la Asamblea Constituyente, en orden de aparición podemos citar los siguientes:

Cuadro N° 1

Proponente a la Asamblea Constituyente	Fecha
Ministerio Público	Agosto 2006
Tribunal Constitucional	Septiembre 2006
Tribunal Agrario Nacional	Septiembre 2006
Consejo de la Judicatura	Septiembre 2006
Poder Judicial en la Nueva Constitución	Octubre 2006

Fuente: Elaboración propia 2009

En pleno debate constituyente también, el Poder Ejecutivo presentó dos documentos, el primero del Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos¹⁹ y el segundo compilado por el Viceministerio de Coordinación Gubernamental, ambas fueron presentadas ante la Asamblea Constituyente en su comisión judicial.

No debemos olvidar que la cooperación internacional ha tenido mucho que ver con los procesos de reforma judicial en América Latina, el caso boliviano no escapa a esta realidad, han sido ellos precisamente quienes marcaron la agenda de intervención institucional, USAID, como la GTZ, la AECI, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo²⁰ cada uno a su turno con sus propias perspectivas. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - regional Bolivia, ha publicado un extenso informe relativo al proceso constituyente, donde encontramos elementos de análisis acerca de la justicia, los jueces y el crimen, que nos muestran un panorama descriptivo de la opinión ciudadana y el sistema de justicia, obviamente los resultados nos muestran un panorama crítico sobre el poder judicial en Bolivia, a la vez que una opinión publica favorable para la jurisdicción indígena²¹.

Pasados los ecos constituyentes, al menos en su debate, tanto Carlos Bórth como Carlos Alberto Goitia, Carlos Hugo Molina y otros están preparando documentos de desarrollo normativo de la Nueva Constitución Política del Estado, claro está que sus propuestas siguen mantienen su pecado original, no ven el hecho colonial, reproducen la colonialidad contemporánea con envases pintados y vidrios de colores. Votaron por el sí en el referéndum constitucional, pero lo hicieron para quitarle su potencia epistemológica, debilitar su programa político, porque -ellos bien lo saben-, de la batalla de las definiciones y su aplicación práctica dependen o la reproducción de la tragedia colonial, o la superación de la misma desde una Democracia Igualitaria efectivamente plurinacional comunitaria.

1.3.- Elementos para una re-interpretación política de la reforma judicial en Bolivia.

Desde el momento mismo de iniciada la vida republicana, el sistema de justicia nació atrapado en las costumbres coloniales, tal como lo atestigua el Decreto de 15 de diciembre de 1825 en el que se disponía la “*Creación de una Corte Superior de Justicia en La Paz con las mismas atribuciones que las antiguas audiencias*”, por si ello fuera poco, el Decreto de 21 de diciembre del mismo año establece “*Que se observe en La República la Ley de 9 de octubre de 1812 y demás decretos de las cortes españolas sobre la administración de justicia*”.

¹⁸ Cf. *La justicia constitucional en Bolivia*. En: Análisis y Opinión. La paz, 2007.

¹⁹ Cfr. Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos; *Revolución Judicial para Vivir Bien*. Mimeo, agosto 2006, de la misma Cartera los folletos; Nacionalizar la Justicia Descolonizando el Derecho. Nros. 1 y 2; diciembre 2006 y enero 2007 respectivamente

²⁰ Cfr. de Ángel Allan y Julio Faundez: *La Reforma Judicial en América Latina: El Rol del Banco Interamericano de Desarrollo*. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/muestrapagina.php?revista=0&idioma=espanol&secc=408&TemaNiv2=402>

²¹ Cf. *El Estado de la opinión: Los bolivianos, la Constitución y la Constituyente*. La Paz: PNUD, 2007. Págs. 93-103.

El proceso codificador hasta su consolidación con los Códigos Santa Cruz en la primera mitad del siglo XIX, es la constatación más palpable de lo mencionado.²²

Este momento constitutivo del Poder Judicial evidencia tres hechos:

• La continuidad colonial en el nivel institucional (Decreto de 15/XII/1825)
• La adopción acrítica de un modelo normativo extraño a nuestra realidad, como es el modelo español (Decreto de 21/XII/1825)
• El desconocimiento olímpico de las formas indígenas en la resolución de conflictos.

La fuerza del positivismo a fines del siglo XIX, muestra con elocuencia extrema la dependencia jurídica de las elites, la Convención Nacional de 1899 y el posicionamiento público de los juristas del siglo señalado, evidencian con abundancia, la visión racial y cultural sobre cómo debe tratarse jurídica y judicialmente a los pueblos indígenas, a los pobres del campo y la ciudad.

La primera mitad del siglo XX se prodigó en comisiones codificadoras, en anteproyectos de Códigos que –por lo general-, respondían a un derecho extraño y lejano de nuestra realidad, paradójicamente -por ese mismo tiempo- tuvo que ser un pensador español quien volcó su mirada a los pueblos indígenas, Manuel López Rey y Arrojo, en 1942²³, quien no solo hizo estudios sobre las posibilidades del tratamiento penal sino que además incursionó en los ámbitos de la sucesión y su tratamiento en el anteproyecto oficial de código civil.

La década de los cincuenta y el proceso de *campesinización* forzada muestran una nueva época de viejas mañas. Los *MNRristas* se adueñaron de la justicia y la convirtieron en su cómplice²⁴ y centro de reproducción partidaria del poder político.²⁵

La década de los sesenta se conformaron comisiones codificadoras que dejaron todo su trabajo a la dictadura de Hugo Banzer Suárez, después del derrocamiento de la Asamblea Popular con J. J. Torres Gonzáles.

Los Códigos Bánzer -a través de sus “comisiones coordinadoras”²⁶-, pusieron en evidencia, la utilización del derecho penal para consolidar un régimen dictatorial, demostrando -una vez más- la dependencia de teorías jurídicas ajenas a nuestra realidad -el técnico jurídico-, de un diseño institucional remozado en prácticas inquisitoriales actualizadas y útiles para una concepción del derecho aséptico a la reflexión política, encasillada en un *administrativismo* absurdo y cómplice de la Doctrina de Seguridad Nacional que aún hoy tiene efectos devastadores en el sistema judicial, así como en el de la enseñanza universitaria.²⁷

²² Para un panorama más amplio sobre el siglo XIX puede verse de Renato CRESPO: *Apuntes para una historia del derecho en la época republicana*. En: *Revista Jurídica*. UMSS, Cochabamba, Año II, Nros. 87=90, diciembre de 1959.

²³ Manuel, López Rey; *Proyecto oficial de Código Penal*. Comisión Codificadora Nacional., La Paz, 1946

²⁴ Cf. De Fernando Villamor Lucía; *La Codificación Penal en Bolivia*. La Paz: Popular, 1978

²⁵ Comunicación personal del Profesor Raúl Basualto Caro (Oruro, agosto 2007).

²⁶ Podríamos señalar que esta es la *primera generación de reformas normativas* en Bolivia y que tuvo efectos en las prácticas sociales de juzgados y cortes... las promulgaciones de los códigos, penal, civil, comercial, de familia, de procedimiento penal, procedimiento civil abren las puertas al mercado y privilegian al capital privado, al mismo tiempo que dar seguridad jurídica a la Doctrina de Seguridad Nacional.

²⁷ El Tecnicismo Jurídico, sigue siendo el sostén ideológico con el cual, los constitucionalistas contemporáneos defienden el Estado Legal, mas no -en rigor- Constitucional. Nacido en la primera década del siglo XX y consolidado en la segunda guerra mundial, el tecnicismo jurídico se convirtió en un interesante discurso usado por burocracias académicas y judiciales, era lo máximo que se podían permitir elites burocráticas que no conocían los tribunales constitucionales, pues estos surgieron después de la segunda guerra mundial. En el modelo tal como los conocemos hoy, lo básico de esta tendencia es que renuncia ferozmente de la reflexión filosófica y se queda con un normativismo absurdo donde nada está fuera de la Ley y todo se encuentra dentro de ella.

La década de los noventa, es testigo de una intensa reforma jurídica y judicial²⁸, con la promulgación extensiva de códigos, leyes y decretos que nos muestran, una nueva forma de uso del derecho: la legalidad en falso.

El modelo neoliberal, adoptado por aquellos que gobernaban el país, profundizó la dependencia a extremos inadmisibles, la Ley fue usada en grados insospechados para beneficiar a las transnacionales. A título de globalización, se cambió la Constitución Política del Estado y se instituyó un nuevo diseño institucional del Poder Judicial.²⁹

Es en esta década, precisamente, donde se ponen en evidencia los mecanismos contemporáneos de dominación colonial y que vienen de la mano de la cooperación internacional³⁰, ONGs internacionales con aliados locales, Universidades, Colegios de Abogados y el propio Poder Judicial.

Aprobada la Nueva Constitución Política del Estado en enero del 2009, el Órgano Ejecutivo ha iniciado la elaboración de leyes de desarrollo constitucional, uno de ellos referido precisamente a la estructura, funciones y limitaciones de la Jurisdicción Ordinaria, aunque por lo que se ve, dejan de lado el hecho colonial, para ingresar una lógica de remedos institucionales, que no cumplen con los estándares mínimos de la constitución política.

183 años de vida republicana y el sistema de justicia en Bolivia, al igual que la región no ha logrado emanciparse de la colonialidad persistente.

Resumiendo, si vemos con atención el largo siglo XIX, los datos del siglo XX particularmente las décadas de los setenta y noventa, reflexionamos sobre los logros, los avances y los aprendizajes, podemos llegar a una sola conclusión, la colonialidad está presente, no ausente.

El Poder Judicial es el destinatario de ese ejercicio, pero a su vez el mismo Poder Judicial como núcleo problemático, reproduce casi intuitivamente viejos *habitus* coloniales actualizados y menos perceptibles, pero coloniales al fin.

No todo fue hecho desde nosotros, más bien deberíamos decir que, ni siquiera marcamos la agenda nosotros, sino que ya llegaron paquetes normativos de reformas –dizque-, apropiadas para el país como ser: Independencia Judicial; Justicia Constitucional; Selección, Administración y disciplina judicial; Acceso a la Justicia; Formación y Carrera Judicial; Gestión Judicial y seguimiento informatizado; Apertura, consolidación, mejoramiento y profundización de la reforma procesal penal; Arbitraje y Conciliación; Apertura de la reforma de la justicia civil, comercial y administrativa; Pluralismo y Pluralidad Jurídicas; Justicia de Paz; Judicialización de los Derechos Humanos.

Como se puede advertir, la agenda de la cooperación internacional, es con creces una de las mas abultadas del país – y el continente- sin embargo los resultados, o son poco alentadores, o no han logrado despegar desde sus viejos cimientos.

²⁸ Lo que podemos denominar como la segunda generación de reformas judiciales con alto énfasis en la protección del capital transnacional y la modificación de las reglas procesales en materia de seguridad pública.

²⁹ Las modificaciones al Código Penal (1997) asentado en un finalismo poco comprendido menos aún puesto en practica, la reforma del Código Procesal Penal basado en la oralidad y que hoy se encuentra en crisis, la promulgación de la Ley de Arbitraje y Conciliación y con ello de nuestra sujeción a los tribunales internacionales de arbitraje evidencian que el modelo neoliberal, mezclaba seguridad pública con protección de los capitales transnacionales, la modificación constitucional y la introducción del Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, la Judicatura Agraria y el Defensor del Pueblo nos muestran un panorama bastante amplio de lo que ocurrió en ese momento de juridificación neoliberal y el cómo de su funcionamiento institucional.

³⁰ Comunicación personal de Bartolomé Clavero, Jörg Stippel y Raquel Irigoyen en ocasión del Seminario sobre Descolonización y Estado Plurinacional, Sucre: Abril 25 del 2007. Al respecto Trubeck señala que: “*Los rumores de su muerte fueron exagerados. Hoy en día, el negocio de la reforma jurídica en los países en desarrollo es muy boyante, hasta el punto de superar incluso los sueños más ambiciosos de los pioneros de la [primera generación] de derecho y desarrollo. Agencias como el Banco Mundial, que antes se dedicaban principalmente a construir carreteras y embalses y a promover el equilibrio macroeconómico, hoy proclaman la importancia del “Estado de derecho” (rule of law) y gastan miles de millones de dólares en reformar los sistemas jurídicos de países tan diversos como Albania, Argentina, Bangladesh o Bolivia*” (2006:34). Citado por Rodríguez Garabito en su “*Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo*. Mimeo, 2006.

Es tiempo de repensar la reforma judicial, ya no desde la bitácora del norte, sino desde nosotros mismos, de nuestras viejas raíces, de nuestra facultad para inventar el futuro, desde nuestra capacidad de comprender el funcionamiento del colonialismo interno y con ello plantear su descolonización.

1.4.- La Justicia Boliviana: herencia colonial y procesos contemporáneos.

¿Cuáles son los problemas que hacen a la administración de justicia en Bolivia? Esta pregunta ha merecido diversas respuestas, en diferentes momentos y desde momentos políticos particulares. Aquí mostramos una visión que pretende establecer una síntesis de la crisis estructural en la administración de justicia, su síntesis de matriz colonial y existencia contemporánea.

Persistencia Colonial en el Poder Judicial

En la conformación monoétnica del poder judicial	<ol style="list-style-type: none"> 1. Corte Suprema 2. Tribunal Constitucional 3. Consejo de la Judicatura 4. Tribunal Agrario 5. Cortes de Distrito 6. Juzgados de Instancia
En el sistema de selección, promoción, evaluación y disciplina judicial	<ol style="list-style-type: none"> 1. Con evidencia suficiente de cuoteo “partidario” de los cargos jerárquicos en todas sus instancias de decisión jurisdiccional que afecta la Independencia Judicial. 2. Control de promoción sujeto a redes sociales, parentales y de compadrazgos. 3. Evaluación débil y casi inexistente o que funciona solo en casos de denuncia de parte 4. Disciplina judicial debilitada y sujeta a mecanismos menos judiciales en su investigación, procesamiento y sanción.
En la estructura orgánica y funcional	<ol style="list-style-type: none"> 1. Evidente diseño de parcelas políticas. 2. Bajos niveles de coordinación entre los órganos que componen el Poder Judicial 3. Bajos niveles de coordinación entre el Poder Judicial y los órganos estatales de apoyo a la función jurisdiccional. 4. Relaciones de autonomía altamente profundizadas entre distritos judiciales y en su relación con la Corte Suprema de Justicia.
En el diseño normativo y prácticas institucionales	<ol style="list-style-type: none"> 1. Normativa y Sistemática más compleja de lo necesario. 2. Dispersión normativa y fragmentación reglamentaria. 3. Lenta en su movimiento procesal y menos transparente en sus acciones. 4. Evidente ineficacia instrumental de sus sentencias por la falta de consistencia doctrinal y legal de su base argumentativa.
En el diseño organizacional	<ol style="list-style-type: none"> 1. Desigual distribución de jueces por jurisdicción territorial urbana y rural. 2. Desigual distribución por materias en los distritos judiciales 3. Deficiente organización interna del despacho. 4. Con evidentes grados de sujeción no deseada de los funcionarios de apoyo jurisdiccional y administrativo en relación a sus estructuras jerárquicas. 5. Con un sistema de selección, formación y capacitación judicial reproductor de <i>habitus</i> sociales perversos.
En las prácticas perversas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Excesivamente propenso a la corrupción mimetizada de “impulso procesal” en varios fragmentos de poder (Secretarios, Auxiliares, Oficiales de Diligencias, supernumerarios, amanuenses) que da lugar a una dramática falta de acceso a la justicia. 2. Costos excesivos e irracionales de los valores, tasas y aranceles judiciales, así como las del Ministerio Público y la Policía. 3. Falta de uniformización de los procedimientos entre un distrito judicial y otro, particularmente en la interpretación de las sentencias del tribunal constitucional.

1.5.- Bolivia: De las “reformas” a las *políticas judiciales descolonizadoras*.

El paso de *reformas judiciales* a políticas judiciales³¹, significa en realidad el paso de modelos de mejoras administrativas y procesales, rediseños del despacho, informatización de la información judicial –el sorteo de expedientes y el seguimiento del juicio y los resultados jurisprudenciales, etc.–, a modelos de gestión del/os conflicto/s acorde/s con las urgencias de la realidad, políticas judiciales que *ven y van* más allá a la mera conversión cosmética de la institucionalidad judicial³²

Pensar la justicia desde la descolonización, significa un replanteamiento crítico a la *geopolítica del conocimiento jurídico*³³, sus entendimientos sociales y sus prácticas institucionales³⁴

Las políticas judiciales, son procesos de programación constitucional de un sistema de justicia, que abordan directamente los problemas de independencia judicial, acceso a la justicia, **de pluralismo y pluralidad jurídica**.

Las *políticas judiciales* tal como las entendemos desde la crítica a la colonialidad, son un paso adelante a las reformas judiciales porque parten de un cuestionamiento profundo a la manipulación maniquea de las mismas, porque parten de la constatación de que es urgente un régimen de verdad adecuado a la realidad de donde emerge.³⁵ Y una parte de la realidad y la verdad somos nosotros los descendientes de los primeros habitantes de estas tierras...

1.6.- Reforma Judicial y Pluralismo raquíutico por América Latina...

En el contexto constitucional un brevísimo recorrido nos muestra el siguiente panorama normativo regional: Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992, 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994) y Ecuador (1994, 1998), Venezuela (1999) y nuevamente Bolivia (2004) con el reconocimiento de “sujeto electoral” a los Pueblos Indígenas.³⁶ Algunas de estas constituciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) han reconocido, en mayor o menor medida, las costumbres jurídicas o “derecho consuetudinario” indígena, estableciendo normas para su consideración por el derecho estatal y/o para su desarrollo a través de sistemas de jurisdicción indígena, mas no para que la misma justicia formal de impregne de las experiencias indígenas en su administración de justicia interna.

Una excelente síntesis crítica de los retos y desafíos que el constitucionalismo latinoamericano tiene con los pueblos indígenas y su administración de justicia nos la ofrece el profesor Bartolomé Clavero quien señala que asistimos al desprestigio de las políticas indigenistas de los Estados en materia de constitucionalización de los derechos indígenas, a una especie de retirada táctica pero no así a una salida estratégica pluralista, intercultural y plurinacional, por ello “*el indigenismo de Estado se halla*

³¹ Binder 2006, 2007

³² Para un debate sobre este punto cf. Lo trabajado en sistema judiciales desde la sociología organizacional y los neoinstitucionalistas en América Latina.

³³ En definitiva, estos vienen a ser los propósitos prácticos de los planteamientos teóricos desarrollados desde el primer capítulo del trabajo.

³⁴ Todo lo mencionado implica la búsqueda por resolver una vieja tensión entre el modelo monárquico –vertical y rehén de la designación partidaria - y la decisión democrática y popular –elección y concreción de mayorías y minorías–, esto último implica un desafío sustancial de tres datos políticos de mayor envergadura: Estado de Derecho (imperio de la ley), Democracia (la legitimidad del voto) y la República (separación de poderes)

³⁵ Foucault señala al respecto Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad es decir, los tipos de discursos que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos, el modo como se sancionan unos y otros, las técnicas y procedimientos que están valorizados para la obtención de la verdad, el estatuto de quienes están a cargo de decir lo que funciona como verdadero. Cf. Un dialogo sobre el Poder. Madrid Alianza. Pág. 143.

³⁶ Hecho, que a decir del Prof. Bartolomé Clavero, es UN derecho partido en DOS Cfr. **Retablo Constitucional de Derecho Indígena: Ecuador, Venezuela, Bolivia, México**, 2006 (documento que me fue enviado por correo electrónico) pero se puede acceder a él, en la siguiente dirección:

<http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>

*profundamente desprestigiado. De ahí procede [...] el viraje constitucional [...] al que se asiste durante estos últimos años*³⁷

Ese viraje se ha dado en los casos de Ecuador y Bolivia y que hoy se encuentran en sus constituciones respectivamente aprobadas.

Las políticas de reconocimiento -políticas indigenistas-, han sido sustituidas -enfrentando la violencia racial de origen colonial-, por políticas de descolonización, se viene un tiempo mejor para la creatividad jurídica, tal como ya lo han anunciado algunos de los doctrinarios más importantes del continente.

1.7.- Estado Plurinacional y Jurisdicción Indígena: pluralidad y pluralismo

Las Asambleas Constituyentes en Bolivia y Ecuador, son con mucho, el ejemplo de que es posible construir derecho alejados de las sacrosantas formulas principistas de naturaleza kantiana, para aproximarnos a las exigencias de la realidad, particularmente a la realidad de pueblos indígenas, como señala Bartolomé Clavero:

“[...] tengamos presente que el derecho internacional de derechos indígenas es parte integrante del derecho internacional de derechos humanos, una parte necesaria porque, con las fuertes secuelas del colonialismo, el racismo y el supremacismo, la humanidad indígena viene sufriendo discriminación y hasta exclusión en el beneficio de los derechos. Por esto se ha hecho necesaria la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración que, si les distingue, es para cancelar su discriminación.

Ecuador y Bolivia son los primeros Estados en responder constitucionalmente a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Haciéndolo a su letra y a su espíritu, establecen un sistema ya dispuesto a reconocer y capaz de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales en un pie efectivo de igualdad”³⁸

La jurisdicción indígena originaria campesina, tal como se dispone en blindaje constitucional de la Constitución Boliviana, se asienta en las políticas de descolonización, asumiendo mandato político del artículo 9º de la misma Constitución.

Esta misma jurisdicción esta en pie de igualdad con la jurisdicción ordinaria, ciertamente es algo que merece la atención de académicos, hacedores de leyes y diseñadores de políticas públicas.

Es la concreción de la pluralidad y el pluralismo como estrategia de pensamiento y materialización legal.

Pluralidad, porque es el saber propio de los “indígena originarios campesinos”, saber que proviene de matrices coloniales, de saberes anteriores a la conquista, de ordenes en el conocimiento que privilegia lo colectivo y esto mismo es el origen de la individualidad.

Pluralismo, porque es el saber de los *no indígenas*, pero que ven y sienten la diversidad, la exuberancia de las diferencias culturales, y la convierten en parte de sus reflexiones científicas, y políticas publicas, o desarrollo legal. Es un saber que, pensado desde el igualitarismo, es generoso en sus proposiciones generales, aunque –en ocasiones- equivoco en sus aplicaciones particulares.

³⁷ Cfr. *Geografía Jurídica de América Latina: Derecho Indígena entre Constituciones no Indígenas*. Enviado por el mismo correo y que se lo puede encontrar en la siguiente dirección: <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>

³⁸ Cfr. Bartolomé Clavero: *Ecuador y Bolivia: Nuevas constituciones y Derecho Internacional de Derechos Indígenas*. Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. Disponible en: www.clavero@us.es abril 2009

2.- La jurisdicción “indígena originaria campesina”³⁹: las ventajas de *mirar la realidad... no morir en el intento*.

Mirar la realidad, equivale aquí, a *constitucionalizar la realidad*. Es cuestión de método, o más bien *en defensa del método*, tal como lo plantearía René Zavaleta, en ocasión de presentar las hipótesis de su trabajo ya conocido: “Lo Nacional Popular en Bolivia”. Efectivamente, si algo se hizo en el primer tramo del proceso constituyente boliviano, es partir de la realidad, sintiendo sus urgencias, haciendo de esas urgencias los mensajes de transformación programática por vía constitucional.

En el presente acápite hacemos un recorrido por el horizonte colonial o el pluralismo jurídico propio del conquistador, no presentamos por -razones de espacio- los datos dejados por Waman Puma de Ayala, pues ya lo hicimos en otro lugar.⁴⁰

2.1.- Jurisdicción indígena (I): Una mirada al horizonte colonial

Un déficit en los estudios sobre la justicia indígena, ha sido precisamente la revisión del horizonte colonial, vale decir del *momento de hibridación* entre un modelo de justicia precolonial [el ejercido durante el Tawantinsuyu] y la imposición del modelo español, este proceso dio como resultado a la *Recopilación de las Leyes de Indias*.

¿Cómo hicieron los españoles de la invasión temprana para contar con información sobre lo prohibido, su sanción y los mecanismos de averiguación con que contaban los indígenas?

Tal pregunta solo puede responderse de una manera: a través de las informaciones de los cronistas españoles y no españoles, los cronistas eran una especie de historiadores que acompañaban a los conquistadores y detallaban día a día los hechos de la conquista, a su vez registraban todo lo que concernía a los intereses de la Corona.

Muchos de estos cronistas, dejaron un legado importante sobre las formas de vida cotidiana de los colonizados, sobre la historia de sus elites y sobre las formas de su justicia.

En el presente acápite recorreremos crónicas donde se detalla, las acciones prohibidas o pecaminosas, que agravian a la ley del dios Sol o Inca

Vemos también como la legislación colonial recoge la legislación del inca y la acoge en sus ordenanzas constituyéndose así las formas primigenias de lo que hoy denominamos de modo equivoco como “justicia comunitaria”.

Naturalmente, al no ser nuestro oficio el de historiadores del periodo colonial, la interpretación se la dejamos al lector, no sin recomendar, que no siempre es fácil comprender el pasado con los lentes del presente.

2.1.1.- Quipus legislativos...

Sin duda, las fuentes de los cronistas fueron la elite ilustrada del imperio inca, conocidos como *Quipucamayoc*, quienes a través de la lectura de los *quipus* dieron a conocer a los “cronistas” las modalidades de la justicia del inca.

³⁹ Para evitarnos discusiones bizantinas, sobre este *chorizo de denominación*, como lo sugiere Xavier Albó, y parar en seco tal afirmación sin sentido, nos remitiremos a un estudio realizado por las Naciones Unidas donde se contiene la siguiente definición: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios. Se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”. (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2//1986/7/Add.4, párr. 379 [1986]) citado por James Anaya en su: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pág. 24

⁴⁰ Para ver la referencia directa: *El primer coronica y buen gobierno*. Por Felipe Guaman Poma de Ayala (1612). Edición crítica de John V. Murra y Rolena Adorno. México: Siglo XXI, 1988.

Los *quipus* no solo eran un mecanismo de control numérico, sino también la forma mediante la cual la nemotecnia se expresaba en toda su nitidez y fuerza.

Dejemos que sean los mismos cronistas quienes nos indican las funciones de los quipus:

La existencia de Quipus legales viene de tres fuentes de la época, Polo de Ondegardo, el Padre José de Acosta, y el mismo Pedro Cieza de León

Polo de Ondegardo

*En aquella ciudad –dice refiriéndose al Cuzco- se hallaron muchos oficiales antiguos del Inga así de religión como del gobierno y otra cosa que no pudiera creer sino la viera, que por hilos y nudos se hallan figuradas **las leyes y estatutos**, así de lo uno como de lo otro y las sucesiones de los reyes y tiempo que gobernaron y hallose que todo lo que esto tenía a su cargo no fue poco y aún tuve alguna claridad de los estatutos que en tiempo de cada uno se había puesto.” (Porrás, 1963: 121-122)*

Padre José de Acosta

*“son quipus unos memoriales o registros hechos de ramales en que diversos ñudos o diversos colores significan diversas cosas. Es increíble lo que en este modo alcanzaron porque cuando los libros pueden decir, de historia, **leyes**, y ceremonias y cuantas de negocio todo eso suplen los quipus tan admiran... porque para diversos géneros, como la guerra de gobierno de tributo, de ceremonia, de tierras había diversos quipus y ramales; y en cada manejo de estos tantos ñudos, nudicos e hilillos atados unos colorados, otros verdes, otros azules, otros blancos y finalmente tantas diferencias que así como nosotros de veinticuatro letras guiándolas de diferentes maneras, sacamos tanta infinidad de vocablos, así estos de sus ñudos y colores sacaban innumerables significaciones de cosas.” (Porrás, 1963: 123)*

Pedro Cieza de León:

“los orejones antiguamente, se mandava por todos los pueblos y provincias de reyno de Perú que los señores principales y sus delegados supiesen cada año todos los hombres y mujeres que avian nacido... mandava asentar en los quipos por la cuenta de sus nudos ... y en esto avia gran verdad y sertidumbre sin en nada aver fraude y engaño. Y entendido esto sabía el señor y los gobernadores los indios que destos eran proves y las mujeres que eran viudas y otras muchas cosas”

Como se habrá notado, puede deducirse que existían una especie de quipus legislativos, donde se registraba las leyes que tenían en el tawantinsuyo, fue a partir de este registro detallado y solo conocido por los quipucamayocs, que los cronistas pudieron acceder a un conocimiento que luego fue parte de las idolatrías exterminadas en el tiempo del genocidio primero.

Entonces cronistas y quipucamayocs, constituyen el soporte por el cual se puede acceder a una idea mas completa de la justicia de ayer que todavía podemos ver hoy, no en su integridad sino en su versión mas contemporánea, mas propia de los tiempos que corren.

Vayamos pues por los retazos escritos que nos dejaron los cronistas y recordemos los informes etnográficos contemporáneos, recordemos a su vez que estas piezas arqueológicas dejadas por los cronistas constituyen en sí, la Justicia del Inca.

2.2.- Juan de Betanzos (1551) acciones prohibidas por el Inca quien:

“Ordenó y mandó que si alguno fuese tomado hurtado en tierras do al maíz estuviere verde o seco que el tal fuese desnudo en cueros ansi hombre como mujer la cual ropa llevase el que ansi le tomase hurtando mandando que cada uno tuviese sus guardas en las tierras.

Ordenó y mandó que si alguno hurtase a otro cualquier cosa que fuese poca que mucha cantidad que el tal ladrón fuese gravemente atormentado y a su dueño de la tal cosa hurtada le fuese vuelta la tal cosa con el doble y si no tuviese el ladrón con que lo pagar ni tuviese por

ello que fuese dado el tal ladrón al señor cuya la cosa era por perpetuo servidor suyo y no por esclavo porque entre ellos no se usaba tener esclavos con que tratasen y contratasen si no servidores perpetuos ellos y los descendientes destos tales lo eran de los hijos de los tales señores a los cuales les mandó y averiguándose ser mentira que no le hubiese hurtado que por la tal mácula que le hubiese puesto haciéndole ladrón no lo siendo que el tal que así le hubiere informado al sin culpa diese dos tanto que la cosa que la pedía que la había hurtado valiese y que si no tuviese otro tanto que le pagar el infamador al infamado que el tal infamado entrase en la casa del infamador y lo tomase todo lo que se hallare públicamente y que allí le hiciese desdecir delante de todos de lo que así le había levantado y que le hiciese allí delante de todos un sacrificio con lo cual fuese restituído en su honra.

Ordenó e mandó que si alguno levantase a otro testimonio y que por el tal testimonio viniese infamia al que así era levantado que probándose ser mentira este tal testimonio que al que tal testimonio levantase muriese por ello.

Ordenó e mandó que quien dijese mentira al Ingá en cualquier cosa que con él hablase o nueva que le trujese que muriese por eso.

Ordenó y mandó que la mujer que se hallase que hubiese sido adúltera casada o mamacoma como se le probase muriese apedreada de todos fuera de la ciudad en cierto sitio que para ello señaló que era en la junta de los dos arroyos que van por la ciudad del Cuzco y como no se le probase que el que tal testimonio levantase muriese por ello en el mismo lugar e de la tal muerte que la tal había de morir.

2.3.- Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas:

Como la cibdad del Cuzco era lo más prencipal de todo el Perú y en ella residían lo más del tiempo los reyes, tenían en la misma cibdad muchos de los prencipales del pueblo, que eran entre todos los más avisados y entendidos, para sus consejeros; porque todos afirman que antes que yntentasen cosa ninguna de ynportancia, lo comunicavan con estos tales, allegando su parecer a los más botos; y para la gobernación de la cibdad y que los caminos estuviesen seguros y por ninguna parte se hiziesen ningunos e ynsultos ni latrocinios, de los más reposados déstos nonbravan para que sienpre anduviesen castigando a los que fuesen malos y para esto andavan sienpre mucho por todas partes. De tal manera entendían los Yngas en prove[e]r justicia que ninguno osava hazer desaguísado ni hurto. Esto se entiende quanto a lo tocante a los que andavan hechos ladrones o forcavan mugeres o conjuravan contra los reyes, porque en lo demás, muchas provincias ovo que tuvieron sus guerras unos con otros y del todo no pudieron los Yngas apartallos dellas.

En el río que corre junto al Cuzco se hazía la justicia de los que allí se prendían o de otra parte trayan presos, adonde les cortavan las cabeças y les davan muertes de otras maneras, como a ellos le agradava. Los motines y conjuraciones castigavan mucho y más que todo los que eran traydores y tenidos ya por tales, los hijos de mugeres de los cuales eran aviltados y tenidos por afrentados entre los mismos.

En cosas naturales alcanzaron mucho estos yndios, así en el movimiento del sol como en el de la luna; y algunos yndios dezían que avía quatro cielos grandes y todos afirman quel aciento y silla del gran Dios Hacedor del mundo es en los cielos. Preguntándoles yo muchas vezes si alcanzan quel mundo se a de acabar, se reyen y sobre esto saben poco: y si algo saben, es lo que Dios permite quel Demonio les diga. A todo el mundo llaman "Pacha" conociendo la buelta quel sol haze y las crecientes y las menguantes de la luna. Contaron el año por ello, al cual llaman "guata" y los hazen de doze lunas, teniendo su quenta en ello. Y usaron de unas torrezillas pequeñas, que oy día están muchas por los collados del Cuzco algo ahuzadas para por la sonbra que sol hazía en ellas entender en las sementeras en lo que ellos más sobre esto entienden. Y estos Yngas miravan mucho en el cielo y en las señales dél, lo qual también

pendía de ser ellos todos tan grandes agoreros. Quando las estrellas corren, grande es la grita que hazen y el mormullo que unos con otros tienen.

2.4.- **Fernando Santillan (1563) procedimientos de averiguación:**

“Para averiguar cualquier debate ó delito que se imponía á alguna era, ponerle en presencia del juez á él y á todos los que podían ser testigos, en aquella causa, y allí le convencían sin que pudiese negarlo, ó parecía su inocencia, y si el tal indio era mal inclinado y de mal vivir dabanle tormento; y si confesaba, era castigado, y si no, en cometiendo otro delito, quedaba convencido en todos y era sentenciado á muerte, siendo en casos graves, ó hurto, ó fuerza; y una de las principales causas porque los indios alababan la gobernación del inga, y áun los españoles que algo alcanzan della, es porque todas las cosas susodichas se determinaban sin hacerle costas” (Santillan, 1979: 30)

2.5 **Cronista anónimo (1593) acciones prohibidas y procedimientos de averiguación**

“La manera de confesarse era junto á un rio, y el confesor cogía con la mano un gran manejo de heno ó esparto y lo tenía en la mano derecha, y en la izquierda una piedra pequeña dura atada a un cordel ó encajada en el hueco hechizo de algun palo manual, y sentado, llamaba al penitente, el cual venía temblando y se postraba ante él de pechos, y el confesor le mandab levantarse y sentarse; exhortábalo a que dijese verdad y no escondiese nada, porque él como adivino ya sabia poco mas o menos lo que podia haber hecho. Con esto no osaba el penitente esconder cosa. La confesión habia de ser auricular secreta, y el ichuri o confesor guardaba el secreto natural grandemente, por que si se le probase que habia descubierto pecados que alguno que hubiese sido su penitente y los habia oido en confesión, moria por ello sin remedio” (Anónimo, 1979: 165-166).

“Intención de hacer algun motín, ó mostrar algún deseo de pecar con alguna virgen ó casada ó mujer comun... ó alguna dama de la reina... ñusta... tambien declaraban los deseos é intenciones de hurtar. Y asi, lo que dicen algunos que no declaraban los pecados interiores. Acabado de decir el penitente, si via el confesor que habia descubierto todo su pecho no curaba de sacarle más sino que le exortaba á la enmienda ala adoración de sus dioses, y a la obediencia del gran Vilahoma ó del inga... pobre ó rico, una misma penitencia le daba conforme á los pecados que habia oido...” (Anónimo, 1979; 167).

[Ordenanzas]

“Que en el comer sean moderados y templados, y mucho más en el beber, y si alguno se embriagase de manera que pierda el juicio, que sea por la primera vez conforme al juez pareciere, y por la segunda, desterrados, y por la tercera, privados de sus oficios, si son magistrados, y echados a las minas. Esta ley se guardó á los principios con rigor... despues se relajó la ejecucion los ministros de justicia eran los primeros que más bebían, no habia castigo; porque los amautas, eran como letrados y sabios dellos, interpretaban las leyes... entre cenca, que es encalabriarse y calentarse, y hatun machay, que es embriagarse hasta perder el juicio...”

“Todo género de homicidio que se hiciese fuera de guerra, sea punido y castigado con pena de muerte natural, en esta forma: quien mata a su padre ó madre, que muera y sea hecho cuartos; lo mismo si matare á sus abuelos ó hijos; quien mataré algun niño ó niña, muera despeñado ó apedreado... quien á otro particular del pueblo, que muera ahorcado”

“Quien mata á algun ministro del rey, conociendo que era tal, ó á algun ministro de los dioses; ó á alguna virgen aclla, que muera arrastrado o asaeteado. Quien matase á su mujer por odio, sin culpa della, ó sin saber que tenia culpa de adulterio, que muera ahorcado y hecho cuartos; lo mismo la mujer si matare á su marido.”

“Quien matare á su mujer hallándola en adulterio, que sea desterrado por un cierto tiempo. Lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero que el tiempo del destierro o pase de un año.”

“Quien fuere causa de que alguna mujer preñada de tres meses para arriba, muera o malpara, dándole hierbas ó golpes, ó de cualquier manera, que muera ahorcado ó apedreado.”

“Quien matare al rey ó reina ó príncipe heredero, muera arrastrado ó asaeteado y sea hecho cuartos, su casa derrumbada y hecha muladar; sus hijos sean perpetuamente bajos, de vil condición y (n)o puedan tener cargo ninguno honroso en el pueblo ni en la guerra, y todo esto hasta la cuarta generación. Y lo mismo los traidores;... se arrepintiesen y pidieren perdón y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no parezca nada de los dicho.”

“El adúltero y la adúltera sean castigados con pena de muerte; y el marido, si hallare á su mujer en tal delito, denuncie luego, para que se le cumpla de justa venganza; lo mismo la mujer... denuncie dellos, para que mueran.”

“Quien forzare doncella y la deshonnare, que muera apedreado. Y si ella quisiera casarse (sic) con él, que no muera, sino que se case luego. Quien forzare casada, que muera ahorcado. Quien cometiere estupro con alguna doncella consintiendo ella, que sean azotadoa y trasquilados y puestos á la vergüenza, y el sea desterrado y conducido á las minas, y ella á guardar algun templo; y si quisieren casarse, sean solamente azotados y se casen luego; más sí el casado y tiene hijo y mujer sirvan á la comunidad y ella á algun templo ó á las acllas.”

“Quien tuviere cuenta con su propia hija, que mueran entre ambos despeñados... pero si fue forzada y violada, que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva siempre á las acllas; y si alguno la pidiese por mujer, que se case...”

“Los incestos con los tíos y sobrinos, ó con primos y primas en segundo grado, ó afines en primer grado sean ambos castigados con pena de muerte de horca ó apedreados...”

Quien cometiere el pecado de sodomía, que muera arrastrado y ahorcado, y luego sea quemado con todos sus vestidos, y los mismo si se juntare con alguna bestia.”

“Si los grandes señores cometieren algunos destes delitos, por donde merecieren morir, que los gobernadores y consejos hagan la veriguación y información, y la sentencia quédese para el rey, y cuando los tales murieren por su delito, sean degollados en la plaza o donde el rey pareciere; y si fuesen señoras ilustres ó sus hijas, merecieren morir, sean degolladas dentro la cárcel.”

“Quien fuese alcahuete para que se cometan estupros ó incestos... que muera por ellos ahorcado. Y lo mismo la hechicería que diere hierbas para que se amen y se junten. Quien fuere alcahuete de adulterios que esté en la cárcel perpétua, ó sea condenado á minas ó á las tierras o partes de la comunidad.”

“Quien hurtare cosa de comer ó de vestir, ó plata ó oro, sea examinado si hurto forzado de la necesidad y pobreza y si se hallare que sí, no sea el tal ladrón castigado sino que tiene el cargo de proveedor, con privación de oficio porque no tuvo cuidado... y désele al tal ladrón lo que hubiere menester de ropa y comida y tierras y casa que si dende adelante hurtare, que hade morir. Si se averiguase que hurtó de vicio ó por ser haragan y ocioso, que muera ahorcado, y si fuese hijo de señor, muera degollado en la cárcel.”

2.6 Relación Anónima (ordenanzas)

Iro: “Que todos los subiectos al imperio de los ingas hablen una misma lengua general, y esta sea la quichua del Cuzco, y la depriendan por lo menos,... los que han de gobernar ó administrar justicia”.

2do: *“Que en todos los pueblos haya de todo a oficios y oficiales y maestros..., aquí tejedores de lana, ahí de algodón, acullá plateros... canteros...”*.

3ro: *“Que para el tiempo de barbechar, sembrar, segar... regar las tierras, así comunes como de particulares, nadie se excuse, sino que salga con su arado, y que desde el rey hasta el más bajo ciudadano se ocupe de la labranza... a sus tiempos...”*.

4to: *“Que se miren las tierras para qué planta ó semilla tienen más virtud, y no se siembre allí más de aquella semilla ó planta... desta manera en todo lo demás”*.

5to: *“Que se conozcan las inclinaciones y habilidades de los mochachos, y conforme a ella (sic) sea empleados, cuando llegasen á edad madura... á la guerra y mostraren valor, se hagan soldados... aunque lo más común y ordinario sea que cada uno siga el oficio de su padre”*.

6to: *“Que en todas las provincias haya uno o más depósitos y alhóndigas, donde se guarde todo el bastimento necesario... para tiempo de hambre, de esterilidad, de guerras, para dar a cojos, ciegos, tullidos, ciudad y huérfanos, y que de esto no pueda aprovecharse el rey ni los señores”*.

7mo: *“que hubiese depósito de ganado de la tierra, que sirviese, lo primero, para los sacrificios; lo segundo, para las necesidades de la república, lo tercero, para socorrer á los pobres, lisiados y viudas y huérfanos”*.

8vo: *“Que en cada pueblo se dividan las tierras, a cada vecino cierta medida, y a los propios y comunidades tanta, y que estas comunidades no se pueda meter el rey ni los señores y si se metiere el rey por alguna causa justa, sea para bien de tal provincia, acabada la necesidad vuelva la comunidad á sus juros propios”*.

9no: *“Que cada uno se vista y adorne conforme a la cualidad que tiene, el plebeyo como plebeyo y el noble como noble, y que ninguno se vista del género de ropa y tarje y labor que se visten los reyes, sino fuese hijo ó hija ó pariente del rey, ó... particular privilegio para ello”*.

10mo: *“Que en el comer sean moderados y templados, y mucho más en el beber, y si alguno se embriagase de manera que pierda el juicio, que sea por la primera vez conforme al juez pareciere, y por la segunda desterrados, y por la tercera, privadas de sus oficios, si son magistrados, y echados a las minas. Esta ley se guardo a los principios con rigor... después se relajó la ejecución... los ministros de la justicia eran los primeros que más bebían... no había castigo; porque los amautas, eran como letrados, y sabios dellos, interpretaban las leyes...entre cenca, que es encalabriarse y calentarse, y hatun machay, que es embriagarse hasta perder el juicio...”*.

11ro: *“Todo género de homicidio que se hiciere fuera de guerra, sea punido y castigado con pena de muerte natural, en esta forma: quien mata a su padre ó a su madre, que muera y sea hecho cuartos, lo mismo si matare á sus abuelos ó hijos, quien mataré algún niño ó niña, muera despeñado ó apedreado... quien á otro particular del pueblo, que muera ahorcado”*.

12ro: *“ Quien mata á algún ministro del rey, conociendo que era tal, ó algún ministro de los dioses: ó á alguna virgen aclla que muera arrastrado y asaeteado. Quien matase a su mujer por odio, sin culpa della, ó sin saber que tenía culpa de adulterio, que muera ahorcado y hecho cuartos, lo mismo la mujer si mataré a su marido”*.

13ro: *“Quien mataré a su mujer hallándola en adulterio, que sea desterrado por cierto tiempo, lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero que el tiempo del destierro no pase un año”*.

14to: “Quien fuere causa de que alguna mujer preñada de tres meses para arriba, muera ó malpara, dándole hierbas ó golpes, ó de cualquier manera. que muera ahorcado ó apedreado”.

15to: “Quien mataré al rey ó reinas ó príncipe heredero, muera arrastrado a asaeteado y sea hecho cuartos, su casa derrumbada y hecha muladar, sus hijos sean perpetuamente bajos, de vil condición y (n)o puedan tener cargo ninguno honroso en el pueblo ni en la guerra, y todo esto hasta la cuarta generación. Y lo mismo los traidores;... se arrepintiesen y pidieren perdón y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no padezca nada de lo dicho”.

16to: “El adúltero y la adúltera sean castigados con pena de muerte; y el marido si hallare a su mujer en tal delito, denuncie luego, para que se le cumpla la justa venganza; lo mismo la mujer denuncie dellos, para que mueran”.

17mo: “Quien forzare doncella y la deshonnare, que muera apedreado. y si ella quisiera casarse (sic) con él, que no muera si no que se case luego. Quien forzare casada, que muera ahorcado. Quien cometiere estupro con alguna doncella consintiendo ella, que sean azotados y trasquilados y puestos a la vergüenza y él sea desterrado y conducido á las minas, y ella á guardar algún templo; y si quisieron casarse, sean solamente azotados y se casen luego, más si el casado y tiene hijo y mujer sirvan a la comunidad y ella á algún templo ó a las minas”.

18vo: “Quien tuviese cuenta con su propia hija, que mueran entrambos despeñados... pero si fue forzada y violada, que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva... siempre a las acllas y si alguno le pidiere por mujer, que se case”.

19no: “Los incestos con los tíos y sobrinos, ó con primos y primas en segundo grado, ó afines en primer grado, sean ambos castigados con pena de muerte de horco ó apedreados...”.

20mo: “Quien cometiere el pecado de sodomía, que muera arrastrado y ahorcado y luego sea quemado con todos sus vestidos, y lo mismo si juntare con alguna bestia”.

21ro: “ Si los grandes señores cometieren algunos destos delitos, por donde merecieren morir, que los gobernadores y consejos hagan la averiguación y información, y la sentencia quédese para el rey, y cuando los tales murieren por su delito, sean degollados en las plazas ó donde el rey pareciere, y si fuesen señoras ilustres ó sus hijas, y merecieren morir, sean degollados dentro la cárcel”.

22do: “Quien fuese alcahuete para que cometan estupros ó incestos... que muera por ellos ahorcado. Y lo mismo la hechicera que diere hierbas para que e amen y se junten. Quien fuere alcahuete de adulterios que éste en la cárcel perpetua, ó sea condenado á minas ó a las tierras ó partes de la comunidad”.

23ro: “Quien hurtare cosa de comer ó de vestir. ó plata ó oro, sea examinado si hurtó forzado de la necesidad y pobreza, y si hallare que si, no sea el tal ladrón castigado, sino que el tiene el cargo de proveedor, con privación de oficio porque no tuvo cuidado... y désele al tal ladrón lo que hubiere menester de ropa y comida y tierras y casa... que si dende adelante hurtare, que ha de morir. Si se averiguase que hurtó por vicio ó por haragán y ocioso, muera ahorcado, y si fuese hijo de señor, muera degollado en la cárcel”.

24to: “Haya en cada pueblo un juez contra los ociosos y haraganes, que los castigue y haga trabajar” (Anónimo: 1879, 198-205).

2.7.- **Recopilación de las Leyes de Indias o el pluralismo jurídico colonial.**

Como se puede advertir, el proceso de hibridación de la ley del inca con la ley de la corona, es un proceso que duro, al menos un siglo.

Conviene destacar que después de un largo forcejeo entre los intelectuales de la Corona, hubo fuerte tensión, pues la dispersión de ordenanzas favorecía al incumplimiento de las mismas, eso que hoy llamamos fetichismo normativo, ya lo tenemos en el siglo XVI, por ello es que la Corona ordena elaborar una Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, este proceso culminó en 1680. En lo que respecta a nuestra indagación baste con ver las siguientes disposiciones:

“La ley IV-T. I-L. II “Ordenamos y Mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos y que no se encuentren con nuestra sagrada religión ., ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado se guarden y ejecuten

Ley V “Deseando la conservación y acrecentamiento de nuestra Indias y conversión de los naturales de ellas a nuestra Fe Católica y para su buen tratamiento hemos mandado juntar en esta recopilación todo lo que esta ordenado y dispuesto en favor de los Indios y añadir todo lo que ha parecido necesario y conveniente. Y porque nuestra voluntad es que se guarde y particularmente las leyes que fueran en favor de los indios. inviolablemente...” : manda ejecutar dichas leyes aun en el caso de apelación de las mismas.

Ley XXII-T. I.L.V “Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y la forma de vivir de los indios, policía y disposición de los mantenimientos y avisen a los virreyes y audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueran contra nuestra sagrada religión, como esta ordenado por la Ley IV-T. I-I.II

Como puede advertirse, ya tempranamente, el proceso de conquista construye un universo normativo adecuado a los intereses coloniales, pero a su vez un ejemplo extraordinario de pluralismo jurídico en el siglo XVI.

El investigador peruano Atilio Sivirichi nos añade que el derecho indígena pudo subsistir gracias a:

1º La famosa carta de Isabel la Católica al gobernador de la Española, declarando a los Indios “Vasallos libres de la Corona de Castilla”

2º la cláusula del testamento de la misma Soberana en que declara que no se consiente ni se de lugar a que: “los indios y moradores de las dichas islas y tierra firme ganadas y por ganar reciban agravio alguno en sus personas y bienes debiendo ser justamente tratados y los agravios remediados los agravios recibidos. (...) mandamos a los virreyes, presidentes, audiencias, gobernadores y justicias reales y encargamos a los obispos y prelados eclesiásticos que tengan esta cláusula muy presente y guarden lo dispuesto por las leyes que en orden a la conversión de los naturales y a su cristiana y católica doctrina enseñanza y buen tratamiento estén dadas”

3º La Bula “Veritas ipsa” expedida por el Pontífice Paulo III (1537) que declaro a los indios seres racionales en los términos siguientes: “Algunos ministros deseosos de satisfacer codicias y deseos afirman continuamente que los indios de las partes occidentales y los del mediodía, y las demás gentes que en nuestros tiempos han llegado a nuestra noticia, han de ser tratados y reducidos a nuestro servicio como animales brutos, a título de que son inhábiles para la fe católica (...) Queriendo proveer en estas cosas remedio conveniente (...) determinamos y declaramos que los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí en adelante a noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la Fe de Cristo, no están privados, ni deben serlo, de su libertad, ni del dominio de sus bienes y que no deben ser reducidos a servidumbre”

4° *Las Leyes de Indias que se dictaron reconociendo la capacidad jurídica de los indios y otorgándoles la libertad como Vasallos de la Corona de España*⁴¹

Por su parte otro investigador peruano, Jorge Basadre, nos señala que las costumbres indígenas permanecieron bajo el dominio colonial en tres formas:

1° la influencia en la mita y el tributo

2° la facultad real de la validez de la costumbre indígena en todo lo que no fuera contra la religión o la ley

3° la validez del derecho "indio" aún contra la legislación colonial pero no en contra de la religión en instituciones tales como la propiedad o el derecho de sucesiones en materia de familia, propiedad sobre la tierra, o propiedad individual, etc.⁴²

Tal estado de situación es lo que hoy conocemos como *tregua pactada* o *pacto de reciprocidad*, la vigencia de las *Repúblicas de Indios* y *Repúblicas de Españoles* establecía una situación de empate gubernativo, donde las autoridades indígenas tenían derechos sino iguales, similares en jerarquía a los de la autoridad colonial, y en el caso de ejercicio judicial éste se expresaba en la primacía de la autoridad indígena por sobre la colonial.

Las Reformas Borbónicas (1765) son -con mucho- causa fundamental de la quiebra colonial y la reanimación de los derechos políticos indígenas expresados en los levantamientos de 1780-81 en el Bajo y Alto Perú, pero su derrota llega como llegan la victoria de los colonizadores: con toda su violencia fáctica y simbólica.

Las reformas borbónicas negaban a las elites indígenas su carácter de gobierno territorial y expresión política de representación ante la Corona, desconocían los datos básicos que suponía la estructura de Pueblos de Indios y Pueblos de Españoles, y que en el fondo quebraban duramente un esquema de administración colonial -sino equilibrada-, por lo menos con mecanismos de reconocimiento a la territorialidad y formas gubernativas indígenas⁴³ a ello se une la presión tributaria que hicieron estallar la insurrección general de 1780-1781

El cerco a La Paz liderizado por Tupac Katari⁴⁴, la toma militar de Oruro por Jacinto Rodríguez y los indígenas de Paria y Carangas⁴⁵, la crisis del gobierno colonial en Potosí generado por los hermanos Tomas y Damaso Katari⁴⁶, son la expresión movilizadora de una sociedad fracturada en sus cimientos.

Entre 1781 y 1820 la crisis del gobierno colonial se profundiza llegando a extremos insostenibles⁴⁷, los procesos independentistas se dan cada vez con mas fuerza, los ejércitos de San Martín y Simón Bolívar concentran -en la primera década del siglo XIX- la fuerza necesaria para consolidar la independencia de las colonias⁴⁸, pero un dato que por lo general pasa desapercibido es que la propia España se encontraba en una crisis galopante que le impedía ver las dimensiones políticas de lo que ocurría en sus "colonias".

2.8.- ¿Y el siglo XIX?

La situación colonial, cuya herencia quedará marcada a sangre y fuego en el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas y en el diseño liberal y republicano iniciado con las guerras de la independencia

⁴¹ Cfr. *Derecho Indígena Peruano* de SIVIRICHI, Atilio, Kuntur, Lima, 1946, Pág. 79

⁴² Cfr. Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*. Citado por Atilio Svirichich. Op. Cit. Pág. 94

⁴³ Carlos Mamani Condori, comunicación personal.

⁴⁴ Cfr. Choque, Roberto; **Los caciques frente a la rebelión de Tupac Katari en La Paz**. En: *Historia y Cultura* N° 19, 1991, Sociedad Boliviana de Historia, La Paz. Así también vease de M^a Eugenia del Valle de Siles su *Historia de la Rebelión Indígena de Tupac Katari 1781-1782*. Don Bosco, 1990, La Paz.

⁴⁵ Cfr. Cajias, Fernando; así también el magnifico trabajo de Marcos Beltran A., Capítulos de la Historia Colonial de Oruro. La República, La Paz, 1925

⁴⁶ Cfr. Platt, Tristán; *Estado Tributario y Ayllu Andino*. IEP, Lima, 1982

⁴⁷ Cfr. Arnade, Charles; *La dramática insurgencia de Bolivia*. Juventud, La Paz, 1964.

⁴⁸ Cfr. Arze, René; *La participación popular en la guerra de la independencia de Bolivia*. Quipus, La Paz, 1987

por toda América Latina, perdurará a lo largo del siglo XIX, viviran así extrañados entre sí, unos con visos de adaptación los otros con visos duros de adopción, nacerán las justicias en periodo republicano.

No por resistencia obstinada de las autoridades indígenas y el mundo circundante, sino por obra y gracia de unas elites que miraron lo indio, como lo inferior y se desentendieron de ser nación, para quedar solo como Estado.

Un Estado precario y sumamente dependiente.

¿Qué papel jugaron las autoridades indígenas en la construcción de un orden jurídico que, contemporáneo con el liberalismo desdibujado y una republica señorial altamente patrimonialista, se erigió en la forma principal de resolución de conflictos y construcción de paz social?, es la pregunta que seguramente tendremos que responder con urgencia para contar con una base histórica sólida y no quedarnos en la etnografía y el debate normativo, que por otra parte ya han sufrido un desgaste profundo, a lo largo de los últimos años.

El siglo XIX -por lo mencionado-, constituye un escenario propicio para indagar en la inexistencia estatal, persistencia de la Autoridad indígena y la consolidación de un orden jurídico igualitario indígena recompuesto y paralelo al orden jurídico estatal, orden jurídico que hoy ha puesto en cuestionamiento la *uninación monocultural* y su sistema jurídico fallido, precario a las urgencias de la realidad. Pero eso es ya parte de otra investigación...

3. Jurisdicción indígena (III): el largo siglo XX...

En el siglo XX la cuestión indígena adquiere notoriedad en el mundo...

La presentación del Proyecto de Ley de Creación del Patronato Nacional de Indígenas por el Honorable A. Saavedra a fines de los años veinte en Bolivia, el envío del Jefe Deskaheh de la Nación Cayuga en 1923 a la Liga de las Naciones “[P]ara que informara sobre las infracciones perpetradas por el Gobierno canadiense de los tratados que había suscrito con los Cayuga. En 1925 los Maori de Aotearoa (Nueva Zelanda) enviaron a W.T. para que denunciara el incumplimiento por parte del gobierno de Nueva Zelanda del tratado de Waitangi⁴⁹. Y, a finales de los cuarenta, la presentación por un representante de Bolivia ante la ONU sobre la problemática de la cuestión indígena, habiendo recibido por ello, sendas reprimendas de parte de los delegados de Perú y México⁵⁰ son hitos que no se pueden perder de vista.

La revolución del 52 iniciará un proceso de *campesinización forzada* (sindicalización *MNRista*) a la vez que la desaparición paulatina de las Autoridades Originarias, porque éstas constituían una rémora en su proyecto de mestizaje cultural, propio de los planes integracionistas iniciados ya en los veinte por varios países de la región⁵¹, frente a ello las Autoridades Originarias en un acto de respuesta política mimetizan su legitimidad detrás de un orden representativo aceptado por los mestizos.

En la década de los sesenta los indígenas se encuentra suficientemente organizados y enviaban más delegaciones a la ONU, hasta que en 1972 la ONU designo a Martínez Cobo a elaborar un informe sobre la situación de los pueblos indígenas, informe que entrego a principios de los ochenta, es esta década que los ve reaparecer con toda su fuerza reivindicativa, retomando el camino iniciado al momento mismo de la conquista: *la restitución de los derechos conculcados*.

⁴⁹ Vid. “El reto de ejecutar la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” de Victoria Tauli – Corpuz. En: *La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Barcelona: Punto y Seguido. alterNativa Intercambio con Pueblos Indígenas. 2008, pág. 9.

⁵⁰ Cf. Clavero, Bartolomé; *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*. México. Siglo XXI. 1994

⁵¹ Instituto Indigenista Interamericano que tendrá a su cargo una acción académica que permitirá “ver”: primero las falencias del sistema de justicia formal en relación a los indígenas tratados por ella, y segundo conformar cuerpos legales que tomen el tratamiento jurídico especial para los indígenas considerados en situación de inferioridad social y minoridad psicológica, un segundo momento se inicia cuando el Instituto Interamericano Indigenista rompe su esquema lineal de desarrollo y se prodiga en pensar la realidad indígena como un lugar donde son los mismos indígenas quienes deciden el sistema de justicia del cual son depositarios

Esta misma década es una época especialmente particular porque la globalización de la economía recibe como contrapartida la globalización del derecho -en la versión no deseada por las transnacionales- y es en este preciso lugar donde “acceso a la justicia” y “pluralismo jurídico” adquieren una fuerza política reivindicativa que no puede dejarse de lado en el análisis, se inicia en efecto: “[...] el surgimiento de una coalición transformativa, transnacional, compuesta por ONG indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas”⁵².

Este hecho -sin embargo- es parte *complementaria* de un debate igualmente complejo en el derecho estatal donde el acceso a la justicia se convierte en un poderoso instrumento de las mayorías para cuestionar los efectos del modelo neoliberal al mismo tiempo que la justicia indígena cuestiona en los cimientos la existencia misma del sistema formal de justicia y su núcleo ideológico liberal, dejando así al Poder Judicial y su Sistema de Justicia desnudo ante dos vertientes de cuestionamiento, una enorme población que reclama acceso a la justicia –como promesa incumplida del liberalismo- y otra igualmente enorme población que hace prevalecer su *propia* justicia, como forma de desplazamiento político de un sistema de justicia extraño al cuerpo social indígena.

Un resultado práctico de estos debates lo encontramos en el “Ante Proyecto de Ley Agraria Fundamental” preparado por la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) el año ¡1984!, donde se establece que:

“Art. 17. Las controversias de naturaleza civil, agraria, como las faltas y delitos originados entre miembros de las comunidades serán resueltas o sancionadas en **forma definitiva** por los órganos internos de gobierno de la comunidad según sus costumbres, creencias y valores socioculturales. La forma de ejercicio de estas atribuciones será regulada a través de la correspondiente reglamentación. **Estas costumbres y tradiciones deberán también ser tomadas en cuenta por los tribunales de justicia ordinarios y especiales cuando se juzguen casos en los que estén involucrados comunarios**”

Este artículo precisaba la jurisdicción “extensiva” y “definitiva” de las resoluciones tomadas por las Autoridades Indígenas, Campesinas y Originarias, adelantándose media década a las disposiciones del convenio 169 de la OIT:

En 1985 se realiza un evento en la ciudad de La Paz, auspiciado por la Comisión Andina de Juristas donde se sugieren como temas de análisis la tierra/territorio, usos y costumbres y especial referencia a cuestiones penales y estado plurinacional, en efecto:

“SUGIEREN que como posibles temas a ser abordados con [...] enfoque interdisciplinario:

Los Derechos Consuetudinarios, Usos y Costumbres en grupos andinos, amazónicos y de los llanos, énfasis en los derechos referidos a la tierra/ territorio y a cuestiones penales. Descripción y visión prospectiva en torno a la conveniencia / inconveniencia de su codificación, registro, etc.

- Normas sustantivas y procesales del derecho consuetudinario que vienen siendo utilizados por algunos de los aparatos formales del Estado.

- Relación cosmovisiones/derecho: Límites en la aceptación de escalas de valores diferenciadas en torno al proyecto de un Estado Nacional multiétnico y pluralista.

- La administración de Justicia en el mundo andino y amazónico. Se busca analizar y formular propuestas tanto en lo que respecta al funcionamiento real de instancias que pertenecen al aparato del Estado teniendo funciones jurisdiccionales (Juzgados de Paz, por ejemplo) como en lo que se refiere a mecanismos en la propia base (justicia comunal, por ejemplo).

⁵² Cf. De Souza Santos, Boaventura; *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999. Pág. 152

- *Percepción campesina sobre la legalidad.*⁵³

Por la misma época hace su aparición el boletín indianista “Chitakolla” donde se expresan las primeras voces indígenas en la discusión de la formación discursiva del Derecho en países coloniales y a su vez la difusión del avance de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el seno de las Naciones Unidas⁵⁴, el Convenio 169 adquiere resonancia ya desde inicios de los noventa pero en especial desde 1992⁵⁵.

En los noventa, el mundo entero entra a un nuevo terreno fascinante de los planteamientos indígenas y con ello a la peligrosidad política de sus propuestas⁵⁶.

En Bolivia los noventa se inauguran con la marcha por el Territorio y la Dignidad (1991) el debate sobre los quinientos años de descubrimiento/conquista/saqueo o invasión (dependiendo del gusto) del Abya Yala (lengua kuna que describe al continente futuro), la misma década ve al katarismo en el poder con Víctor Hugo Cárdenas de vicepresidente, ve también la cúspide del modelo neoliberal, su dominio total y con ello el inicio de su debacle que tiene un punto político preciso: la Reforma Constitucional del 94-95 y la pluriculturalidad constitucional en clave de reconocimiento de la Justicia Indígena aunque en un lenguaje lleno de ambigüedades.

La región no se salva, en 1994 los zapatistas entran en escena y abren un nuevo horizonte: el de las autonomías indígenas en los municipios rebeldes y que hasta hoy tienen el control de la justicia indígena, sedimentando mucho más el debate sobre autonomías jurisdiccionales conseguidas por los Pueblos Indígenas de la Costa Atlántica allá por la Nicaragua de la revolución Sandinista y la Constitución Política de 1985.

En el plano local, tratamiento particular merece el Taller de Historia Oral Andina donde se iniciará un proceso de reflexión multidisciplinaria sobre la pertinencia, resistencia histórica y persistencia de lucha anticolonial en el seno de las Autoridades Originarias y su sentido territorial que son el Ayllu y la Marka, iniciando así el proceso de reconstitución de Ayllus y que hoy se conoce como CONAMAQ proceso además que ha llegado a un punto culminante con la reconstitución de Ayllus en países como Perú o Ecuador, Argentina y Chile, logró principal de un proceso iniciado hace dos décadas en el altiplano de Bolivia, los resultados contemporáneos nos hacen ver que éste es el período de quiebre en un eje discursivo, en prácticas sociales y dominios de saber que hoy adquieren resonancia en diversos ámbitos académicos así como de debate político⁵⁷

3.1.-. “Justicia Comunitaria”: vida pasión y muerte de un concepto...

Poco se ha escrito sobre el concepto “Justicia Comunitaria”, vale la pena -por ello- aclarar que este concepto es el resultado final de un proyecto encarado por el Ministerio de Justicia a inicios del 95 bajo el rótulo de “Proyecto de Reforma Judicial” convenio de crédito **2705-BO** del 21 de abril de 1995,

⁵³ Cfr. Por el Imperio del Derecho. *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N° 8, Agosto de 1985, Seminario “Derecho: Mundo Andino y Amazonía” La Paz Bolivia Págs. 16-19

⁵⁴ *Chitakolla*. Boletín, N° 46, Junio de 1990, La Paz. Tema del mes: Derechos Indios, Derechos Humanos. Págs. 4-18

⁵⁵ En diversos países se realizan publicaciones comentando el citado Convenio, dando pautas de su aplicación o realizando procesos de sensibilización para su ratificación en sus respectivos países, pero también son las mismas organizaciones indígenas quienes exigen a sus profesionales a conocer y explicar este Convenio y llevarlo a las comunidades, en el caso del autor, fue precisamente en ese momento donde ingresa a la discusión indígena y su vivencia práctica, así como sus construcciones políticas.

⁵⁶ Esto -sin lugar a dudas- ha repercutido en el ámbito constitucional latinoamericano, varios países tienen textos constitucionales cuyos diseños responden -en realidad- al grado de presión política y capacidad de negociación de los propios movimientos indígenas (Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela son casos representativos e ilustrativos porque sus reformas fueron parte de Asambleas Constituyentes). Para mayor profundidad conviene revisar los trabajos de Raquel Irigoyen, Bartolomé Clavero, Silvina Ramírez en: www.alertanet.org.

⁵⁷ La relación de intelectuales aymaras que inician este proceso de desplazamiento práctico y teórico se puede personificar en Carlos Mamani Condori, María Eugenia Choque, Ramón Conde, Juan Félix Arias, Silvia Rivera, sin duda una experiencia de lejos inédita tanto porque rompe el modelo de “investigador - objeto de investigación”, tanto porque en su producción teórica apela al “colonialismo” como categoría central en el análisis de los “campos de saber” y su conversión en *campos de lucha*.

del gobierno de Bolivia y la Asociación Internacional de Fomento donde se encararon estudios y propuestas de institucionalización de la Justicia Tradicional o comunitaria⁵⁸.

El autor del concepto –que es el mejor ejemplo de políticas públicas erráticas en Bolivia- fue el conocido intelectual Ramiro Molina quien señalaba:

“El gobierno Boliviano, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, llevó a cabo entre 1996 y 1998 el **Proyecto Justicia Comunitaria** con el objetivo de elaborar un Anteproyecto de Ley para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario vigente en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas del país [...] El **Proyecto Justicia Comunitaria** tuvo dos fases: En la primera fase el Proyecto se abocó a realizar cuatro estudios de caso basados en trabajos de campo en distintas regiones del país, buscando obtener con ellos ilustrar y comprender las prácticas de justicia comunitaria en diferentes contextos socio culturales”⁵⁹

El concepto acuñado pretendía contener elementos que atrapen a la realidad y la describan, por ello el citado autor nos dice de modo explícito:

“[...] en nuestros términos “**justicia comunitaria**” [...] tiene la ventaja de remitir no solo a las instituciones y prácticas de resolución de conflictos sino también a los contextos socioculturales que los definen, haciendo referencia fundamentalmente a la especificidad de la organización sociopolítica comunitaria...”⁶⁰

Sin embargo este concepto no es definitivo sino que puede ser tomado como punto de partida en la comprensión de la justicia indígena o de sistemas interlegales, en efecto Ramiro Molina nos lo dice con toda claridad: “[L]a *justicia comunitaria* es un campo de acción específica que deberá ser inicialmente definida, **aunque solamente sea como referencia conceptual**”⁶¹

Sin duda, la mayor concentración del debate estuvo signada por las definiciones que el Ministerio de Justicia y el Comité Nacional de Implementación del Nuevo Código Procesal tuvieron en sus manos, la *vacatio legis* declarada para el Código Procesal Penal tuvo como fin establecer un proceso de difusión y consolidación del NCPP y con ello la difusión de la Justicia Comunitaria como concepto homogenizante.⁶²

Las investigaciones de la década de los noventa (CEJIS, CASDEL, PROADE) como parte de consultorías elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las investigaciones publicadas por el mismo ministerio y posteriormente publicadas en diez volúmenes (1998), la investigación realizada por Marcelo Fernández en 1998 y publicada el 2000, los proyectos desarrollados en el contexto de la Red de Participación y Justicia se separan parcialmente o se adhieren a la definición dominante de Justicia Comunitaria -quedando como detalle obvio- que gran parte de las investigaciones caen en la descripción etnográfica, olvidando que las etnografías sin profundidad histórica y apreciación política del presente son solo eso: etnografías y no materiales para el diseño de políticas públicas viables.

Compañeros de las Américas, USAID, el Programa Ciudadanos Trabajando por la Justicia y la Red de Participación y Justicia tuvieron que enfrentar -en gran parte- todo el proceso de capacitación e implementación⁶³, en el camino se percataron que la Justicia Comunitaria encuentra su contrapunto más alto con los sucesos de Ayo Ayo donde ésta figura antes benévola y benigna de la justicia en pueblos indígenas adquiere nuevas connotaciones perversas e ilegales que aún hoy perduran, siendo

⁵⁸ Vid. *Justicia Comunitaria: Derecho Consuetudinario*. (Vol. 9) Ramiro Molina Rivero, La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, 1999 p. 6.

⁵⁹ id. p. 11

⁶⁰ Ibidem p. 36

⁶¹ Ibidem p. 40

⁶² Asumiendo -como lo dijimos arriba- la **versión comunitarista neoliberal**.

⁶³ Vid. *Conociendo el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Red Participación y Justicia, Mayo 2004, (2ª edición) especialmente las pag. 83-91, La Paz

lo de Sica Sica un contrapunto demasiado alto dato que sin embargo ya fue anunciado en un estudio coordinado por Elizabeth Morató⁶⁴.

El Informe de Desarrollo Humano 2004 del PNUD hace especial énfasis en al libertad cultural⁶⁵, donde el Acceso a la Justicia Plural, Justicia Indígena y Derecho Consuetudinario son componentes esenciales en la Construcción de Democracias Multiculturales, dándose por sentado que la aceptación de tradiciones y costumbres no es necesariamente la permisibilidad para dar continuidad a sanciones o costumbres violatorias de los Derechos Humanos, la aceptación o adopción de una memoria histórica, lengua o identidad indígena no es necesariamente una cuestión de culto político para retornar a la tradición.

Como se dice arriba, en todo este proceso poco esfuerzo se hace para cuestionar los soportes epistemológicos del concepto "Justicia Comunitaria", menos aún de sus soportes materiales, las mismas instituciones encargadas de su proceso de difusión no proponen cuestionamientos al concepto, hasta que el concepto se cae, lo de Ayo Ayo el 2004 y Sica Sica el 2008, ponen en evidencia un malentendido de dimensiones que nos recuerdan al colonialismo más radical sólo comparable a lo dicho y establecido por los penalistas de la primera mitad del siglo XX⁶⁶.

Una excepción es la investigación realizada por Rene Orellana (2005) que desde la sociología y la antropología del Derecho inicia un abordaje que ayuda -en mucho- a la clarificación de conceptos estableciendo campos normativos y campos judiciales como escenarios complementarios y de interlegalidad con la normatividad Estatal, y que bien pueden servir para ir construyendo conceptualmente aquello que ocurre materialmente, los puentes entre justicia indígena y justicia estatal.

Dicho de otro modo, existen prácticas jurídicas y judiciales indígenas que se conectan directamente con la normatividad y judicialidad estatal, pero éstas dependen del grado de autonomía que las comunidades deciden tener con los órganos representativos del Estado, la conceptualización de "campos", pone en evidencia que los estudios realizados hasta ahora, pierden de vista las nociones de orden y disciplinamiento que se practican en las comunidades indígenas y que si vemos con atención los datos etnográficos muestran una enorme experiencia histórica así como la capacidad de inventar derecho, y con ello de hacer jurisprudencia, así lo testimonia al menos, la Nueva Constitución Política del Estado.

4.- Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. Bases de su construcción conceptual.

4.1 Del constitucionalismo como *mascara del colonialismo*, a la descolonización constitucional...

Si pensamos que la Constitución es solo esa vieja y conocida definición universitaria, no habremos avanzado en el propósito de inaugurar una nueva *episteme* de lo que es el derecho constitucional y por supuesto el constitucionalismo y su desarrollo normativo.

Aún si nos quedáramos con la definición *Lasalleana*: *La Constitución es la suma de los factores de poder* (Ferdinand Lasalle 1860), no haríamos más que esclavizarnos ante un constitucionalismo en desprestigio, en crisis epistemológica.

⁶⁴ Para la citada autora: "*Los llamados pactos de silencio vinculan a autores con no autores de hechos extremos reñidos con los mandatos de la Constitución Política del Estado, en una complicidad de encubrimiento que también atenta contra toda forma de administración imparcial de justicia*" esta apreciación se adelanta en mucho a lo que ocurrió en Ayo Ayo junio 2003. Cfr. *La Reforma Procesal Penal: Un proceso, varias visiones*. Compañeros de las Américas, Abril 2004, La Paz, Pág. 36

⁶⁵ Cfr. *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*. PNUD, Mundi Prensa, Madrid, 2004, especialmente páginas 57-59

⁶⁶ En radio Panamericana, las declaraciones de ciudadanos de a pie, llegaban a extremos de señalar a los indígenas de salvajes, primitivos, alcohólicos, inadaptados, incapaces y etc. etc. que conviene recordar para establecer las bases del planteamiento que nos proponemos adelante.

Ni los soportes liberales clásicos, ni el constitucionalismo keynesiano o el neoliberalismo en su versión transnacionalizada de la constitución para la Unión Europea, pudieron dar respuesta a este agotamiento discursivo y político, sin duda, es un nuevo tiempo.

A estas alturas –pasada la asamblea constituyente–, se tiene certeza de que bajo el manto del constitucionalismo contemporáneo se ha escondido legalmente la reproducción del capital y del capitalismo⁶⁷; de la colonialidad en todas sus formas⁶⁸; la consolidación del patriarcalismo⁶⁹; una tecnología de subjetivación del/a ciudadano/a⁷⁰, y; la sociedad disciplinaria en escala planetaria⁷¹, tomando en cuenta –además–, su enorme poder sobre los imaginarios colectivos contemporáneos⁷² y por si fuera poco, vive y se desarrolla entrampado en una “miseria formalista” pernicioso a la creatividad política en nuestras tierras⁷³.

Poco se ha escrito sobre la relación entre la “continuidad colonial” y la constitución política. Primero por la escasa información que los “constitucionalistas” bolivianos nos brindan sobre los orígenes de la constitución de 1826, y segundo por el largo silencio histórico de los mismos al explicar las reformas constitucionales y sus soportes políticos. La “constitución” y los “constitucionalistas”, sus teorías lejanas de la realidad, las glosas de una vieja constitución, han sido cómplices por mentir y por callar, por mentirle a la historia verdadera, por callar lo evidente.

La colonialidad del pensamiento constitucional en tierras americanas, es simple de recorrer: la simplicidad estriba en que el constitucionalismo no piensa con cabeza propia, acude a las “vacas sagradas” de las ciencias sociales, en todas sus versiones, neoliberales multiculturalistas, libertarios neoliberales, *ejecutivos del pensamiento*, etcétera. Por su parte los científicos sociales, critican ácidamente a los abogados, pero no cuestionan a la Constitución Política del “Estado”, tanto así que la convierten en el escenario preferido de sus batallas académicas.

⁶⁷ Cfr. Althusser, Louis; *Para leer el Capital*. México: Siglo XXI, 1986.

⁶⁸ Cfr. Clavero, Bartolomé; *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta, 2006. El mismo autor haciendo referencia al constitucionalismo indigenista nos dice lo siguiente: “*Por América Latina existe ya una larga historia de políticas indigenistas que han resultado tan fallidas desde el punto de vista de los Estados como contraproducentes e incluso lesivas para los indígenas [...] Cfr. Geografía Jurídica de América Latina: Derecho Indígena en Constituciones no Indígenas*”. Pág. 261. Así también de Anne Sophie Berche, Alejandra María García y Alejandro Mantilla: *Los Derechos en Nuestra Propia Voz Pueblos Indígenas y DESC: Una lectura intercultural*. Bogotá: Textos de Aquí y Ahora. 2006. para una caracterización del colonialismo interno y su funcionamiento jurídico puede verse de González Casanova, Pablo; *Sociología de la Explotación*. México: Siglo XXI. 1969

⁶⁹ Cfr. Brown, Wendi & Patricia Williams; *La Crítica de los Derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes – Instituto Pensar – Siglo del Hombre. 2003. Para una reflexión sobre el lenguaje masculinizado del Derecho véase: *Módulo Instruccional de Género*. Sucre - La Paz: Ministerio de Desarrollo Sostenible – Viceministerio de la Mujer – Instituto de la Judicatura, 2004. Para una visión del feminismo radical véase de Paredes, Julieta; *Asamblea Feminista*. s/n/t, abril 2005

⁷⁰ Beatriz González Stephan, “Economías fundacionales. Diseño del cuerpo ciudadano”, en: B. González Stephan (comp.), *Cultura y Tercer Mundo. Nuevas identidades y ciudadanías*. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1996. Desde una crítica a la colonialidad. Santiago Castro-Gómez nos señala que “*La función jurídico-política de las constituciones es, precisamente, inventar la ciudadanía, es decir, crear un campo de identidades homogéneas que hicieran viable el proyecto moderno de la gubernamentalidad*. Cf. *Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”*. En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (Compilador). CLACSO, 2000, pág. 149

⁷¹ Cfr. de Foucault, Michel; *Vigilar y Castigar*. México, Siglo XXI, 1986 (19ª edición). Así también del mismo autor: *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: GEDISA, 2005. (10ª reimpresión), o su *Defender la Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003

⁷² Cfr. Nino, Santiago nos señala casi ingenuamente “[...] *el constitucionalismo en su sentido mas pleno es un fruto exótico que florece solo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales*.” Véase: *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993, Pág. 1. Véase también de Habermas, Jürgen: *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.

⁷³ Esta frase la recogemos de Colomer Viadel, Antonio; *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica. 1990, pág. 76.

La descolonización es -precisamente- la construcción contraria de lo que ocurre en la colonialidad, no derrumbando paredes ni pateando puertas, sino comprendiendo su funcionamiento, aprendiendo de sus soportes y sometiéndolo a una profunda crítica social.

Como en el principio, el final cuenta con los mismos actores, unos defendiendo lo individual oligárquico, y los otros tratando de salvar al país de la catástrofe social, unos defendiendo la sociedad de privilegios y otros construyendo a mano una sociedad de iguales, de verdaderamente hermanos.

Sin duda, Bolivia ha iniciado un momento político que no puede comprenderse desde los lentes monoculturales y uninacionales del constitucionalismo liberal, travestido como “moderno”.

Y es que el constitucionalismo tradicional es insuficiente, ha sido históricamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas, no ha tenido la suficiente claridad a la hora de explicar la ruptura con las metrópolis europeas y la continuidad de relaciones típicamente coloniales en sus respectivas sociedades a lo largo y ancho de los siglos XIX, XX y parte del XXI...

Es en este contexto donde conviene detenerse para explicar la Nueva Constitución Política de Bolivia, comencemos por el principio...

Artículo 1.- Nueva Constitución Política de Bolivia

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

El artículo primero de la Nueva Constitución Política del Estado sintetiza el programa de Estado en este siglo XXI, comprime el nuevo mapa institucional, define la nueva organización territorial, estructura las formas de economía que gozan de protección estatal y –principalmente-, define un sistema de estabilidad política que privilegia al ser humano –en su dimensión individual y colectiva; genero y generacional; cultural y política. Por ello es sumamente importante desglosar este artículo para tener claridad en la carta de navegación que nos dejaron quienes hicieron carne y responsabilidad del mandato popular.

¿Qué es un Estado Plurinacional Comunitario?. Es la pregunta que nos hacemos cuando comenzamos a leer la Nueva Constitución Política del Estado y nos tropezamos con el Artículo 1º

Sin duda, responder a esta pregunta parece una tarea demasiado compleja. Pero no es así.

Quién puede negar que Bolivia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONGs y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie...

Quien puede negar que debido a la inexistencia del Estado en las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originarios o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios y efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del periodo precolonial se mezclaron con practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas por la propia visión de los pueblos indígenas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida en común, en colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a un Estado hostil, un Estado eurocéntrico o norteamericanizado...

Alguien conoce que los indígenas, originarios y campesinos estén planteando conformar 36 "mini Estaditos". Nadie

De que se trata:

La constitucionalización de la realidad, se da en cuatro escenarios políticos:

- a) *Lo plurinacional*, como la constitucionalización de las formas gubernativas propias de los pueblos indígenas originarios campesinos, constitucionalización de sus economías, sistemas jurídicos, medicina, educación y reproducción cultural.
- b) *Lo comunitario*, como la constitucionalización de la redistribución de la riqueza social producida en el país, redistribución que tiene como misión construir una sociedad igualitaria y con justicia social: Vivir Bien^[74].
- c) *La Descolonización*, como fin esencial del Estado en Economía, Política y Sociedad.
- d) La *democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente superior de la democracia participativa, encuentra en la Nueva Constitución Política su correlato legal de primer orden.

Así, constitucionalización de la realidad, redistribución de la riqueza social entre los comunes, la descolonización del Estado y la Sociedad y principalmente la construcción de una Democracia Igualitaria, constituyen los ejes de referencia de la Nueva Constitución Política.

La descolonización no es la receta de un intelectual brillante, sino la síntesis de la resistencia política de los pueblos indígenas, convertida en estrategia de movilización, cuestionamiento al conocimiento dominante con sus prácticas sociales y estatales.

La descolonización es también, una forma táctica en la producción de conocimiento propio; una forma táctica en la forma de pensar y sentir, de hacer gestión pública en lo estatal desde la experiencia organizativa de nuestros movimientos sociales y gobiernos indígenas.

El constitucionalismo, máscara del colonialismo fue subvertido y fue en la *constituyencia* indígena, nacional y popular, como lugar material- donde sucedió lo realmente importante, lo realmente verdadero, aquello que no puede ser ignorado.

4.2 Igualitarismo Jurisdiccional en Bolivia: Pluralidad y Pluralismo en clave constitucional

Tiempos nuevos, la realidad del proceso constituyente en Bolivia es todavía poco conocida por el continente.

Es en este contexto que Bolivia esta viviendo un tiempo político y jurídico emancipatorio del tutelaje doctrinal *anglo-euro-céntrico*, emancipatorio por el desafío de crear derecho desde la realidad y no al revés, donde la cooperación y la coordinación de los saberes y sus practicas institucionales son materia, no de enfrentamientos, sino el lugar preciso para un *deslinde* de los equívocos permanentes, tal cual lo establece la Nueva Constitución Política Boliviana.

Por ello el presente documento toca este problema, desde una perspectiva plurinacional, vale decir desde una concepción que deja de lado las “políticas de reconocimiento”, para entrar de lleno en eso que hoy denominamos en Bolivia y Ecuador: *Políticas de descolonización*.

Y descolonización debe entenderse -en lo judicial-, como procesos de coordinación y cooperación entre saberes y prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio estatal, aunque todos con un mismo fin: Paz Social.

Debe entenderse también como la voluntad inequívoca de los pueblos indígenas de lograr óptimos políticos entre pueblos indígenas y *Estados No Indígenas*. El Estado Plurinacional es como lograr una foto completa del país, sin excluidos ni excluidores...

Estos procesos de cooperación y coordinación, requieren de una gran dosis de voluntad democrática entre la autoridad jurisdiccional ordinaria y la autoridad indígena; de mecanismos de apoyo en la

⁷⁴ La tesis principal de lo “comunitario” podría sintetizarse como: “*aquel conjunto de valores, criterios y normas de gestión pública que Sociedad y Gobierno movilizan, institucionalizan y adoptan para crear riqueza y asegurar empleo productivo a toda la fuerza de trabajo disponible generando ingresos de vida digna para eliminar, por este camino, manifestaciones de exclusión, pobreza e indigencia*”. Cfr. Manuel Figueroa: *La tesis de las tres economías*. Sucre: mimeógrafo.

solución de conflictividad compleja y altamente sensible; de mecanismos de cooperación en la investigación de la verdad histórica; de la posibilidad de que la prueba pueda ser valorada desde perspectivas múltiples y no unidimensionales; que la resolución en ambos mecanismos sea una resolución efectiva, no solo para las partes sino para la comunidad en su conjunto, en apego estricto a los Derechos Humanos Individuales y Colectivos.

La *democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente superior de la democracia participativa, encuentra en la Nueva Constitución Política su correlato legal de primer orden.

Pero esta democracia igualitaria, solo es posible mediante mecanismos de descolonización institucionales desde adentro del mismo Estado, *Descolonizar el Estado desde el Estado...*

El nuevo derecho que programa la Constitución Política encuentra sus raíces en la resistencia indígena y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional, al contrario el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales.

El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo “Plurinacional Comunitario” es el punto de ruptura con la *regulación, domesticamiento y disciplinamiento social* y el punto de partida de la *emancipación y la acción rebelde de individuos y colectividades*.

La igualdad jurisdiccional entre unos y otros, constituye el punto de partida de la descolonización en la Justicia “oficial”, es su lugar de redención con las aspiraciones de paz social... y de relación respetuosa con la madre naturaleza.

Y es un punto de partida, donde la autonomía jurisdiccional indígena – como eje previo-, esta preñada de cooperaciones y coordinaciones que vienen de mandato constituyente y constitucional.

5.- Jurisdicción Indígena Originaria Campesina: Bases para una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

A estas alturas ya sabemos que un principio de reserva legal aceptado en la Nueva Constitución Política es el aplicado al ejercicio de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

¿Cuáles son los soportes que desde la academia debemos tomar en cuenta para la construcción política de esta Ley de Deslinde Jurisdiccional?

Esta es la pregunta por la cual parte el presente apartado del documento.

Y la pregunta puede responderse esencialmente por el componente normativo que da pie a condiciones de igualdad jurisdiccional. Dicho de otro modo estableciendo un bloque de constitucionalidad que viabilice sin discriminación de ninguna naturaleza: a) El Derecho al Derecho y la Justicia Propias, y, b) Límites de Derechos Humanos al ejercicio del Derecho al Derecho y la Justicia Propias.

5.1.- Jurisdicción Indígena Originaria Campesina: Bloque material de Constitucionalidad.

“*El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*” señala parte del párrafo II del artículo 410 en la Constitución Política del Estado, es importante por ello no dejar ningún resquicio normativo para una interpretación constitucional adecuada a la voluntad del constituyente.

a) La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas ONU

[Ley de la República N° 3760 de 7 de Noviembre de 2007]

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

b) El Convenio 169 de la OIT

[Ley N° 1257 de 11 de Julio de 1991]

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

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

c) La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, CAN,

[Guayaquil, 26 de Julio del 2002]

Artículo 38.

Reconocen, igualmente, que los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes, dentro del marco de las legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos, tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la propiedad y posesión de las tierras o territorios que tradicionalmente ocupan; a no ser desplazados de ellos y a retornar en caso de serlo; a conservar sus propias formas de organización social, ejercicio de la autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible; y a la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y al ejercicio de sus prácticas tradicionales.

d) La Nueva Constitución Política del Estado

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. *Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. *Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.*

Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. *Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.*

[...]

4. *Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.//*

[...]

Artículo 14. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.

II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, *cultura*, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

III. *El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.*

IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.

[...]

Artículo 15. I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. *Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.*

[...]

Artículo 21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:

1. *A la autoidentificación cultural.*

[...]

CAPÍTULO CUARTO

DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

[...]

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

[...]

Artículo 32. El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 98. I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país.

Artículo 108. Son deberes de las bolivianas y los bolivianos:

1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes
2. Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución.
3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución.
4. Defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz.

[...]

Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. *El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.*

Artículo 119. I. *Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.*

II. *Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa.* El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

Artículo 120. I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

II. *Toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete.*

Artículo 121. I. En materia penal, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho de guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad.

II. *La víctima en un proceso penal podrá intervenir de acuerdo con la ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial.* En caso de no contar con los recursos económicos necesarios, deberá ser asistida gratuitamente por una abogada o abogado asignado por el Estado.

Artículo 122. *Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.*

TITULO III

ORGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 178. I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, *pluralismo jurídico, interculturalidad*, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

II Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial
2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

Artículo 179. I. *La función judicial es única.* La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; *la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades*; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. *La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.*

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

CAPÍTULO CUARTO

JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. *La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.*

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrente o recurrido.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

CAPITULO SEXTO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

[...]

3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.

[...]

6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

[...]

8. *Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.*

[...]

11. *Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.*

[...]

TERCERA PARTE:

ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

CAPÍTULO SÉPTIMO

AUTONOMÍA INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

Artículo 289

La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte

territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

Artículo 296. El gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley..

Artículo 304

I. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas:

[...]

8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley.

[...]

21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.

[...]

QUINTA PARTE

JERARQUÍA NORMATIVA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

TÍTULO ÚNICO

PRIMACÍA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

5.2.- El Bloque de Constitucionalidad y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

Como puede advertirse, no es suficiente establecer un núcleo concentrado sobre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, sino de comprender el bloque constitucional del cual esta compuesto, los principios que viabilizan el ejercicio del derecho humano para pueblos e individuos indígenas y los límites al ejercicio del mismo.

La idea central en el debate político, sobre la jurisdicción indígena originario campesina, días previos a la concertación congresal (21 de octubre del 2008) para viabilizar el Referéndum Dirimitorio y Aprobatorio (fijado para el 25 de enero del 2009), fue sin duda alguna: la cuestión de los límites de juzgar que debería tener una Autoridad Indígena Originaria Campesina.

Dicho de otra forma ¿Qué pueden juzgar los indios?, es la pregunta fundamental que separa las aguas en derechas e izquierdas, en indios y no indios, para los primeros, la respuesta es rápida, se puede juzgar todo (de hecho así se redactó la Nueva Constitución aprobada en Oruro en Noviembre del

2009), para los segundos, la figura varía, pues ellos consideran que las Autoridades no pueden juzgar todos los casos, sino solo una determinada cantidad de hechos, no mencionan –por supuesto- que es lo que no puede juzgarse, o que casos no pueden ser de conocimiento de la autoridad indígena....

Si vemos con atención, el bloque de constitucionalidad propuesto podremos dar cuenta, que la jurisdicción indígena originaria campesina, esta rodeada por todas las garantías constitucionales que tiene un justiciable en relación a otro, y cuando digo todas las garantías estoy haciendo referencia tanto a materiales, como formales.

Dicho de otro modo: los instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen una batería de disposiciones que ordenan los aspectos materiales (derecho sustantivo) y los aspectos formales de un justiciable (derecho adjetivo), en materia de jurisdicción indígena originaria campesina, se tiene la misma cualidad política, las Autoridades ya sean Indígenas, Originarias o Campesinas, tienen mandato constitucional asumido desde las organizaciones, para desarrollar y aplicar estrictamente los principios y garantías esenciales de un “juicio” en un Estado de Derecho, de Derecho Plurinacional Comunitario para el caso Boliviano. Estos principios son regla constitucional vinculante a la jurisdicción indígena originaria campesina, no hay donde perderse, pero veamos cuales son las garantías de un enjuiciado en la mencionada jurisdicción:

Jurisdicción Indígena Originaria Campesina	
Principios Rectores emergentes del “Bloque de Constitucionalidad”	
PRINCIPIOS MATERIALES	PRINCIPIOS FORMALES
De legalidad De irretroactividad De mínima intervención De protección de bienes jurídicos De racionalidad de las penas De culpabilidad De proporcionalidad de la pena De primacía de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y los principios constitucionales. De protección a la víctima De respuesta razonable y en base a la dignidad humana. De interculturalidad como condición de iguales	<p>Debido proceso</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales ○ Presunción de inocencia ○ Derecho a la defensa y la asistencia letrada ○ Derecho a ser informado (motivo de la detención) ○ Derecho al Habeas Corpus <p>Garantía Jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad (la autoridad indígena originaria campesina)</p> <p>Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena.</p> <p>Garantía de cooperación y coordinación jurisdiccional.</p>

Como se puede advertir, el procedimiento jurisdiccional indígena originario campesino, esta sujeto al cumplimiento de estos principios, pues constituyen el Bloque de Constitucionalidad, como señala Susana Albanese en relación al debido proceso legal señala que: “Para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva

y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables... El proceso es un medio para asegurar... la solución justa de una controversia”⁷⁵

Vayamos por una pregunta sencilla, puede una autoridad indígena sonar con chicotazos a un miembro que ha cometido una acción prohibida por la comunidad?

No, ya que: ““Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición absoluta de la tortura es completa e inderogable aún en las circunstancias mas difíciles tales como la guerra, amenaza de guerra, lucha con el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto exterior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”⁷⁶

Otro caso, ¿la jurisdicción indígena puede violentar los principios materiales de legalidad y de irretroactividad?. No, ni siquiera con una interpretación intercultural de la jurisdiccionalidad pueden violentarse estos dos principios rectores del ejercicio jurisdiccional, además: “En un estado de derecho los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectiva competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.⁷⁷

Las voces agoreras y detractoras de esta jurisdicción, ha sido voces de idiotas con un micrófono al frente.

De este modo, llegamos a una primera aproximación.

¿Si asumimos taxativamente los principios materiales y formales de un proceso judicial, sea cual fuere este, indígena o no indígena, sustentados en instrumentos internacionales de derechos humanos, puede la autoridad indígena violentarla arguyendo derechos indígenas?, no simple y llanamente no.

Somos parte de un pacto social, que ha puesto la jurisdiccionalidad indígena en complementariedad con los principios universales que regulan el ejercicio jurisdiccional, esta complementariedad constitucional, no es vista por los expertos en cuestiones judiciales, aunque ciegos ante la misma constitución. *No hay peor ciego que aquel que no quiere leer...*

6.- Bases para la Ley de Deslinde Jurisdiccional.-

Dice la constitución:

//Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios // Esta jurisdicción conoce *los asuntos indígena originario campesinos* de conformidad a lo establecido en una *Ley de Deslinde Jurisdiccional* // La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los *mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción*

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Párr. 117. Citado en: *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En: *El control de Convencionalidad*. AA.VV. (Susana Albanese, Coord.), Buenos Aires: EDIAR, 2008. Pág. 19.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Tibi c. Ecuador. 7 de septiembre de 2004. párr. 143; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. párr. 112; caso Maritza Urrutia, párr. 92. Citado en: *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En: *El control de Convencionalidad*. AA.VV. (Susana Albanese, Coord.), Buenos Aires: EDIAR, 2008. Pág. 20

⁷⁷ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros. 2 de febrero de 2001, párr. 107. Asimismo. Corte EDH. Caso S.W. y C.R. c. Reino Unido 22 de noviembre de 1995; Caso Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993; Caso Ecer y Zeyrec c. Turquía, 27 de febrero de 2001, en este último se recuerda que el artículo 7 de la Convención (principio de legalidad e irretroactividad) “...consagra de manera general el principio de legalidad de los delitos y de las penas y prohíbe, en particular, la aplicación irretroactiva del derecho penal cuando opere en detrimento del acusado” párr. 30. Citado en: *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En: *El control de Convencionalidad*. AA.VV. (Susana Albanese, Coord.), Buenos Aires: EDIAR, 2008. Pág. 22

indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Tenemos entonces que la Ley de deslinde tiene programado establecer:

- a) Límites en la competencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina.
- b) Mecanismos de cooperación y coordinación entre las jurisdicciones indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria, agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

a) Hasta donde pueden juzgar los indígenas, o que casos pueden conocer las Autoridades Indígena Originaria Campesinas, ha sido la pregunta que ha merecido tres tipos de respuesta.

- 1.- Conocer y resolver todos los casos por fuera de la legislación penal.
- 2.- Conocer y resolver todos los casos, incluidos los que se encuentran regulados penalmente
- 3.- Conocer y resolver todos los casos, incluidos los que se encuentran regulados penalmente, pero en cooperación decisional con juez ordinario.

Estas tres tendencias, marcan el debate actual, ¿cuál es la que los indígenas vemos como propio de un Estado Plurinacional Comunitario?

Ninguna, en realidad lo que nos interesa es afirmar que: a) Una vez que se ha asumido el bloque de constitucionalidad con todas sus consecuencias en lo material y lo formal, no se requiere establecer límites a la competencia material de las Autoridades Indígenas Originarias Campesinas, de hecho todas las reglas de derechos humanos referentes a pueblos indígenas, en materia de competencias no cierran el paso, sino que aperturan el mismo (Cfr. Convenio 169 y Declaración de Derechos de los pueblos indígenas de la ONU).

Por lo tanto, intentar recortar la capacidad de la Autoridad Indígena es negar la jurisdiccionalidad indígena originaria campesina, es una política etnocida planteada por ciertos genios malignos en el acuerdo congresal y sin tomar en cuenta la voluntad de la humanidad indígena.

Raquel Irigoyen dice al respecto:

“[s]i bien el nuevo texto ha introducido párrafos que no estaban en la versión original y que aparentemente buscarían reducir el alcance de su competencia personal y territorial, y dejar a una ley de deslinde la competencia material (texto abajo), sin embargo, por la misma forma imprecisa que han sido redactados, y debiéndose leer la Constitución conjuntamente con la Declaración y el Convenio 169 de la OIT, cabría interpretar

a) que si bien el proyecto explicita que la jurisdicción indígena "se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo" y dispone que "tales miembros estén sujetos a dicha jurisdicción" (el Convenio 169 también dice que se debe respetar los métodos de control de delitos que los pueblos aplican a sus miembros), ello no necesariamente prohíbe a la jurisdicción indígena a intervenir respecto de personas no indígenas que afecten bienes jurídicos indígenas (en particular dentro de sus territorios), pues tales pueblos, además del usar la jurisdicción indígena para reproducir sus patrones culturales con sus miembros, tienen el derecho de usar la misma para proteger su integridad frente a posibles agresiones de terceros a sus bienes jurídicos (personas, territorios, etc.) de acuerdo a su propio derecho consuetudinario, como lo vienen aplicando y como lo puedan desarrollar.

b) Al decir que "la jurisdicción indígena se aplica dentro de su jurisdicción", podría interpretarse que es de perogrullo. La jurisdicción indígena, que es un concepto abstracto, puede abarcar tanto el territorio de las comunidades y pueblos indígenas, como otros espacios territoriales que se consideren "su jurisdicción", por ejemplo, por ser las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, como ha hecho la jurisprudencia colombiana respecto

de territorios compartidos con no indígenas incluso, o, como plantea la LOPCI de Venezuela, que la jurisdicción indígena se aplica incluso fuera de su territorio comunal cuando se trata de hechos entre indígenas, no es dentro de su territorio, pero sí es su jurisdicción.

Dado que la Constitución no reduce la competencia territorial al territorio de una comunidad o pueblo, sino a "su jurisdicción" esta podría interpretarse de modo amplio.

c) en cuanto a la materia, al indicarse que deberá darse una Ley de deslinde jurisdiccional, cabe anotar que esta solo puede darse mediando participación y consulta a los pueblos indígenas, lo cual reduce el posible impacto negativo que podría pretender una reducción de competencias material.

Si bien el proyecto introduce la obligación de la jurisdicción indígena de " respeta[r] el derecho a la vida, el derecho a la **defensa y demás derechos y garantías** establecidos en la presente Constitución"

Cabe interpretar dichos derechos y garantías bajo el principio constitucional del pluralismo cultural y jurídico, esto es, bajo la conceptualización y contextualización cultural que los pueblos tienen de dichos derechos, por lo que no necesariamente ello significa que el derecho de defensa significa abogado y que las garantías son las que corresponden a un sistema de justicia formal.

Creo que con estas notas, podríamos ir elaborando una interpretación progresiva para neutralizar posibles interpretaciones restrictivas.

Y afirmar siempre el derecho de los pueblos a participar y ser consultados respecto de cualquier norma de desarrollo constitucional que les vaya a afectar. Ello incluye por supuesto no solo la ley de Deslinde, sino el Código penal y otras normas afines..."⁷⁸

Sin duda el aporte de Raquel Irigoyen, es valioso para comprender de una buena vez por todas, que cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas tiene que ser consultado previamente a los mismos, así está en el Convenio 169 y del mismo modo en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

La competencia material de las Autoridades Indígenas Originarias Campesinas, no puede sufrir restricciones de ninguna naturaleza, ya que afectaría directamente, al principio de Libredeterminación y Autogobierno del cual son titulares.

Siguiendo con la reflexión, toca ahora marcar las líneas prácticas para establecer *los mecanismos de cooperación y coordinación*, entre jurisdicciones, que partiendo de la humanidad indígena originaria campesina se conecta con otras jurisdicciones.

Vayamos al *Vocabulario Jurídico*, para tener claridad con lo que viene por delante:

- a) *Cooperación*: "Acción conjunta y coordinada de dos o mas Estados (o de Estados y personas privadas) en un determinado ámbito [...] *con el propósito de obtener resultados comunes en uno o varios sectores de la vida* internacional. Dicha cooperación puede llevarse a cabo, bien sea en contexto del cumplimiento de un tratado o de una organización internacional, o bien por fuera de todo marco contractual o institucional"⁷⁹
- b) *Coordinación*: "Acción de coordinar o el resultado de esa acción. Se refiere tanto la ordenamiento (previo) destinado a relacionar y ordenar los elementos que son complementarios, como al ensayo y esfuerzo por armonizar aquellos elementos que son designados".

⁷⁸ Comunicación personal de Raquel Irigoyen con el autor del presente documento vía correo electrónico.

⁷⁹ Cfr. *Vocabulario Jurídico*. (Bajo la dirección de Gérard Cornu) Bogotá: Temis, 1995. Pág. 228

Si vemos los contenidos de las palabras cooperación y coordinación, llegamos a la conclusión de que, la Ley de Deslinde Jurisdiccional debería tratar la cooperación como mecanismo de apoyo entre la jurisdicción indígena y no indígena, y coordinación como los pasos previos de esa cooperación.

Dicho de otra forma, *la cooperación es la acción conjunta*, y la coordinación *las formas de esa acción conjunta*.

6.- El anteproyecto...

Para una mejor comprensión de lo dicho veamos ahora, una idea de anteproyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Ante proyecto de ley de Deslinde Jurisdiccional

Art. 1 (Jurisdicción Indígena Originaria Campesina)

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina, integra el Órgano judicial y se regula por su igualdad jerárquica con las jurisdicciones: ordinaria y agroambiental.
- II. Su estructura funcional se rige por las formas internas de ejercicio gubernativo tradicionales y aquellas desarrolladas por las organizaciones indígenas existentes en el país.

Este artículo hace referencia a la realidad organizacional que actualmente existe en Bolivia, el criterio base que se tiene es el de autoadscripción identitaria, de este modo se puede ver con absoluta claridad que indígenas, originarios y campesinos son formas identitarias que tienen una memoria política, visión programática y propuesta de país diversa.

Desechamos la idea de *una* sola justicia y se asigna la *diversidad* de jurisdicciones adoptadas vía asamblea constituyente como eje de referencia, su igualdad jerárquica solo lo es en referencia a las jurisdicciones ordinaria y agroambiental, el control de garantías se ejerce mediante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Art. 2. (SUSTENTO HISTORICO Y NORMATIVO)

Se sustenta en la Libredeterminación y Autogobierno de los Pueblos que se encuentra en diversos instrumentos de Derecho Internacional Público relativos a los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas y la NCPE.

La libredeterminación y el Autogobierno constituyen el sustento fundamental de los derechos indígenas, así como en general de los Derechos Humanos. (Gross Spiell 1989), tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la ONU constituyen el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos a los cuales se remite el artículo en cuestión.

Art. 3 (PRINCIPIOS RECTORES)

Son Principios Rectores de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina:

- I. La descolonización, coexistencia, complementariedad y equidad en su persistencia histórica, construcción y desarrollo al interior de las organizaciones indígenas.
- II. Ejercicio jurisdiccional de mujeres y hombres en iguales condiciones y validez de sus resoluciones.
- III. Igualdad en la acción de la justicia comunitaria para el tratamiento de hombres y mujeres sujetos a su jurisdicción.

Los principios rectores constituyen el asentamiento epistemológico, un orden de saberes que orientan el espíritu de la Ley, en el caso presente se trata de asentar la descolonización como horizonte normativo, la complementariedad como táctica de construcción y la equidad como proceso social programático, todo esto se sostiene en el artículo noveno de la Nueva Constitución Política del Estado.

La igualdad tanto para ejercer jurisdicción como para ser sujeto de la misma está ya consolidada con el principio de igualdad ante la ley, pero se trata de desarrollar normativamente el principio en la acción de la jurisdicción indígena originaria campesina.

La igualdad jerárquica constituye el eje donde el “acceso a la justicia” como derecho humano y las atribuciones jurisdiccionales como medios para lograr paz social, se interrelacionan y confluyen de modo paradigmático.

Art.4 (AUTORIDAD INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA)

- I. La Autoridad Indígena es la que ejerce mandato y gobierno propio en los territorios del Oriente y Chaco del territorio boliviano.
- II. La Autoridad Originaria es aquella que ejerce mandato y gobierno propio en los territorios de Ayllus y en aquellos donde el proceso de reconstitución esta en marcha.
- III. El dirigente sindical es aquel que habiéndose emancipado de la hacienda tiene su propia organización sustentada en el sindicato campesino cuya representatividad es acción social delegada.

En este artículo se especifica la naturaleza de las autoridades que ejercen jurisdicción en un sentido mas descriptivo, tal y como sucede actualmente.

Como señalamos líneas arriba, indígena, originario y campesino, son categorías sociales que identifican la memoria política de cada una de ellas.

Art. 5 (SUJETOS SOMETIDOS A ESTA JURISDICCIÓN)

Son sujetos de la jurisdicción indígena los miembros; hombres y mujeres de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas sin excepción alguna.

En realidad, ya las normas de origen colonial establecían la posibilidad de juicio a terceros en los pueblos de indios, aunque esto no parece verosímil en su aplicación, constituye un antecedente válido en su normativización.

De acuerdo con varios intelectuales, los sujetos de la Jurisdicción Indígena pueden ser todos aquellos que al momento de la acción se encuentran en la jurisdicción de la autoridad indígena, ya luego las mismas autoridades verán si se remite a la jurisdicción ordinaria o asumen el caso.

Art. 6 (DERECHO APLICABLE)

Las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas aplicaran su derecho interno tradicional, restituido o jurisprudenciado.

Hace referencia al derecho que se usa, que puede usarse o que puede crearse en las lógicas territoriales de referencia.

En gran parte de la zona de Ayllus (La Paz, Potosí, Oruro, Cochabamba, Sucre y parte de Tarija) la jurisprudencia oral, es dominante, pero a su vez el proceso de reconstitución de Ayllus en la zona cercana al Lago Titicaca, Valles Altos de Cochabamba está emergiendo un modelo de prácticas jurídicas y judiciales que se expresan como procesos en marcha, como algo que está siendo creado.

Art. 7 (COMPETENCIAS)

Competencia Material: La jurisdicción indígena tiene competencia sobre todas las materias o el mandato que representaren.

¿Cuáles son las materias de su atención?. Todas las materias sin discriminación.

Art. 8 (LÍMITES EN SU APLICACIÓN)

La justicia de los pueblos indígenas, originario y comunidades campesinas tiene como límite de aplicación el bloque de constitucionalidad de derechos humanos de acuerdo al 410 de la Nueva Constitución Política del Estado.

En el orden normativo, los límites se constituyen por el bloque de constitucionalidad entre la Nueva Constitución Política del Estado, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT.

Los límites en la aplicación de la Justicia Comunitaria, se rigen por la dignidad de los seres humanos, su integridad física y esencialmente la protección de la vida como bien fundamental de las personas.

Este artículo pretende constituirse en la prenda de garantía social y política, para evitar la manipulación grosera que se hace del linchamiento y la tortura, que se mimetiza tras el concepto Justicia Comunitaria

Art. 9 (CONTROL DE GARANTÍAS)

El control de garantías de las decisiones que emanen de la jurisdicción indígena, así como los conflictos de competencia están sujeta al Tribunal Constitucional Plurinacional.

El artículo asume en todos sus extremos la directriz de la Nueva Constitución Política del Estado, así el órgano de cierre del control constitucional tiene una nueva atribución.

Art. 10. (CONTROL DE CONVENCIONALIDAD)

El control de convencionalidad se encuentra en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano de cierre en el control del cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.

Esta nueva figura pretende mecanismos de control y seguimiento al cumplimiento del Convenio 169 de la OIT que en Bolivia es ley de la Republica y junto a velar por el cumplimiento de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que como lo señala Bartolomé Clavero, es el primer instrumento de su especie que especifica su vinculatoriedad en el desarrollo de los Estados Nación.

Art. 11 (COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN)

Los niveles de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la ordinaria se sustentan en la construcción de Paz Social, siendo esto ultimo la base del igualitarismo jurisdiccional.

- a) Mecanismos de coordinación que se sustentan en el pleno respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales, establecidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.
- b) Mecanismos de cooperación que se establecen a partir de la interculturalidad y el dialogo de saberes de las jurisdicciones.

Art. 12 FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINAS

- I. El Estado deberá establecer políticas publicas para el fortalecimiento de la jurisdicción indígena, originaria y de comunidades campesinas, entre las que se deberá contemplar la reforma de las mallas curriculares en primaria, secundaria, educación superior y la formación de Jueces. Estas políticas deben diseñarse con participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en el marco de un diálogo intercultural amplio.

- II. En el marco del fortalecimiento de la jurisdicción indígena, se debe promover el ejercicio gubernativo de la mujer indígena en todas sus dimensiones y expresiones organizativas.

El anteproyecto visibiliza el horizonte de políticas públicas en educación secundaria y universitaria, tema que también se descuida en otros anteproyectos.

Es importante incidir en la formación educativa, pues de esta manera se consolida un *modelo de pluralidad jurídica de base social*, tal como lo plantea Boaventura de Sousa Santos.

Se hace hincapié, en el ejercicio gubernativo de la Autoridad Mujer Indígena, como ejercicio programático de construcción de una sociedad de iguales.

La ley no transforma el mundo, pero nos ayuda a hacerlo.

Art. 13. DISPOSICIONES FINALES.

Primera.- Mientras se actualicen los sistemas normativos estatales al nuevo marco descolonizador señalado en el artículo 9 inc. I de la NCPE, el Ministerio de Justicia a través de los Viceministerios correspondientes tendrá a su cargo la elaboración de Políticas Públicas sobre saberes jurídicos indígenas y su tratamiento curricular en el sistema de educación superior, formación de jueces, fiscales, y defensa pública.

Segunda.- El Poder Ejecutivo en estrecha colaboración con las organizaciones indígenas, originarias campesinas, serán los responsables de sistematizar la tradición jurídica, sus desarrollos contemporáneos y sus proposiciones futuras, para ello podrán solicitar la cooperación del Sistema Universitario Público, Organizaciones No Gubernamentales de carácter académico e instituciones financieras, en el marco de la descolonización y la solidaridad internacional.

Conclusiones.

El *nuevo derecho* que programa la Constitución Política encuentra sus raíces en la resistencia indígena y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional, al contrario el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales. El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo Plurinacional Comunitario es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social.

Es posible señalar con toda certeza que el desarrollo normativo programado en la Constitución parte de una lucha frontal contra la colonialidad del poder y el saber, contra el capitalismo organizado desde el centro en detrimento de las periferias, contra las relaciones sociales típicamente coloniales en nuestras sociedades.

Lo emancipatorio del desarrollo normativo, debe entenderse entonces, como un “proceso en marcha”, no hay recetas ni libros señeros, no se tiene moldes ni escaparates que oferten los resultados.

De hecho, no se tiene un modelo acabado, estamos en manos de la creatividad, las urgencias de la realidad y la poderosa influencia de la demagogia desparramada sin escrúpulos por los políticos esos que necesitan cinco minutos para propaganda.

Por tendencias de la historia, en materia de desarrollo normativo, tenemos entre manos un gran desafío, ser creativos ante las urgencias de la dignidad del ser humano y las exigencias de sociedades donde los excluidos son siempre los que menos derechos gozan y son indígenas.

La Ley de Deslinde jurisdiccional en escena...

El principio de reserva legal en materia de *jurisdicción indígena originaria campesina*, utilizado en los acuerdos congresales de octubre 2008 y con ello viabilizar el Referéndum Dirimitorio y Aprobatorio para enero del 2009, es nomás una de las evidencias de la colonialidad del pensamiento en nuestras elites políticas.

Esta pieza constitucional pasará a la historia, como un ejemplo a no seguir.

Sin duda, podemos decir mucho más, pero lo más importante esta en sintetizar que:

- a) Hay suficientes evidencias históricas para comprender los horizontes de la colonialidad en el sistema judicial y su insuficiencia para tratar asuntos de indígenas y sus propios asuntos.
- b) Existe suficiente evidencia histórica para señalar que el pluralismo y la pluralidad no son temas nuevos, vienen ya desde el momento mismo de iniciada la conquista.
- c) Hoy, y lo afirmamos enfáticamente, la jurisdicción indígena originaria campesina, no es una forma alternativa de resolución de conflictos, sino parte componente del Órgano Judicial, con todo lo que ello implica en el respeto de los principios material y formales en el ejercicio de la jurisdicción, principios que además son parte de nuestro bloque de constitucionalidad y del cual, la jurisdicción indígena originaria campesina no puede rehuir.
- d) Lo que no podemos admitir, es que los legisladores le quieran colocar chalecos de fuerza a la jurisdicción, y aquí hablamos no solo de la indígena originaria campesina, sino de todas las jurisdicciones habidas y por haber. No se puede “medir” la jurisdicción indígena originaria campesina, sin temer por que ocurra lo mismo en las otras jurisdicciones.
- e) Entonces, cooperación y coordinación son mecanismos para afianzar la Paz Social, y ello solo es posible desde la interculturalidad y el dialogo de saberes.

Dixit et salvavi animan meam