

Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina

Farit Rojas Tudela (Bolivia)
Horst Schönbohm (Alemania)
Fernando García (Ecuador)
Ramiro Molina (Bolivia)
Waldo Albarracín (Bolivia)
Lourdes Tibán (Ecuador)
Guillermo Padilla (Colombia)
Mirva Aranda (Perú)
Eduardo Rodríguez (Bolivia)

Coordinador: Eddie Córdor

© 2011 Konrad Adenauer Stiftung e.V.

Prefacio

Susanne Käss

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de Participación Política Indígena

Presentación

Eddie Córdor Chuquiruna

Coordinador

Área de Gobernabilidad y Democrática Comisión Andina de Juristas

Coordinador de publicación

Eddie Córdor Chuquiruna

Autores

Farit Rojas Tudela

Horst Schönbohm

Fernando García Serrano

Ramiro Molina Rivero

Waldo Albarracín Sánchez

Lourdes Tibán

Guillermo Padilla Rubiano

Mirva Aranda Escalante

Eduardo Rodríguez Veltzé

Editoras Responsables

Susanne Käss

Claudia Heins

Revisión y corrección

Eddie Córdor Chuquiruna

Claudia Heins

Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

(Ex Av. Arequipa casi esquina Plaza Humboldt)

Teléfonos: (+591-2) 2786910 2786478 2784085 2125577

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz - Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

Página Web: www.kas.de/ppi

D.L. 4 - 1 - 2238 - 11

Impresión

Impresores & Editores "Garza Azul"

Teléfono: 2232414 - Email garzaazul@megalink.com

Impreso en Bolivia - Printed in Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican a continuación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

CONTENIDO

<i>PREFACIO</i>	5
<i>PRESENTACIÓN</i>	7
<i>INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN PREVIA</i>	9
DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL <i>Farit L. Rojas Tudela</i>	21
EL PLURALISMO JURÍDICO - UNA COMPARACIÓN A NIVEL DE AMÉRICA LATINA <i>Horst Schönbohm</i>	35
LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS <i>Fernando García Serrano</i>	43
LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURIDICO EN BOLIVIA <i>Ramiro Molina Rivero</i>	53
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL <i>Waldo Albarracín Sánchez</i>	67
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA <i>Lourdes Tibán</i>	89

**COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS
LEGALES EN CENTROAMÉRICA**

Guillermo Padilla Rubiano 105

**LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS DE
JUSTICIA EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ**

Mirva Aranda Escalante..... 127

**LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL-
DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

Eduardo Rodríguez Veltzé..... 141

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... 153

ANEXO: EJES TEMÁTICOS DEL PROGRAMA DEL SEMINARIO 165

DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Farit L. Rojas Tudela²¹
Bolivia

Exergo y Localización

El título del presente texto precisa en sí de un exergo y una localización.

Entendemos por exergo una condición del discurso, pues apela al ritmo del discurso. Ex (fuera) ergon (de la obra). Es un decir antes de decir el discurso, se encuentra entre un afuera y un adentro del discurso. Entonces un exergo tiene un sitio decidido que convoca a la entrada, por ello debe asediar a lo que se propone como texto.

Nuestro exergo propone localizar el pluralismo en los márgenes de la deconstrucción:

Lo que propicia la posibilidad del pluralismo es la posibilidad de entender el Derecho como un tejido complejo (inte) legible a través de capas sobre capas, pliegues sobre pliegues, hebras sobre hebras, de manera que el Derecho sería siempre un despliegue plural, múltiple.

Y entendemos por localización a la acción hermenéutica que se sitúa en un lugar socio-histórico determinado:

Nuestra localización propone situarnos en el desarrollo de un constitucionalismo latinoamericano, entendido como la experiencia de nuestras constituciones latinoamericanas y específicamente del desarrollo más reciente a partir de las constituciones de Ecuador y de Bolivia (la CPE más reciente), ésta última aún más insistentemente pues consideramos que es la que abre con mayor fuerza el tema del pluralismo jurídico.

21 Profesor titular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo".

Introducción: Monismo y Pluralismo

Por monismo jurídico entendemos a un solo productor soberano del Derecho, así como un solo sistema jurídico. El monismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura central del poder, que deposita la soberanía en el Estado, tanto como único productor y dador de normas, tanto como un administrador de justicia. Es, en consecuencia, una manera de concebir el poder.

Por pluralismo jurídico entendemos una pluralidad de soberanos, así como pluralidad y variedad de sistemas jurídicos. El pluralismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura que disemina el poder, éste ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía, pues esta en todo caso sería una construcción colectiva que supondría a la vez múltiples espacios de construcción de la norma, múltiples sistemas jurídicos, y a la vez otros espacios de administración de justicia, incluso un descentramiento del sujeto de derecho como veremos más adelante. Ya no es el Estado en su centralidad sino una pluralidad en movimiento.

La diferencia entre monismo y pluralismo, entonces, no es sólo una diferencia cuantitativa de sistemas jurídicos, sino en el fondo es una diferencia/desplazamiento en toda la lógica del constitucionalismo moderno. Consideramos que este nuevo constitucionalismo es distinto de las exposiciones del neo-constitucionalismo que pretende fundar el profesor Miguel Carbonell, sino que es posible afirmar que estamos delante de un Constitucionalismo Otro, cuyo adjetivo “Otro” hace tanto referencia a un adjetivo como a la construcción de un sujeto diferente.

En consecuencia es posible abordar este desplazamiento del Constitucionalismo moderno a partir de una estrategia de acontecimiento.

Modernidad del Constitucionalismo y Desplazamiento de un Constitucionalismo – Otro.

En la modernidad, la Constitución se fue convirtiendo en un determinado arquetipo²² jurídico, por ello podíamos decir la Constitución y

22 Se entiende por arquetipo a aquel modelo o forma primaria y original. Mircea Eliade señala que se puede entender al arquetipo de la siguiente manera: “un objeto o una acción adquieren valor y de esta forma llegan a ser reales porque participan, de una manera u otra, en una realidad que los trasciende” (Eliade 2002, 14). Esta participación es en si el arquetipo.

no así las Constituciones. En tanto arquetipo “la Constitución” recreaba un modelo original o primario de idea de organización política. Ya Montesquieu caracterizaba el arquetipo al señalar que no hay Constitución sin división de poderes²³. El carácter arquetípico es por su misma naturaleza (de modelo único y originario) monista y a la vez genera un conjunto de fuerzas centrípetas en los procesos constituyentes dirigidas a habilitar el referido arquetipo jurídico. Su fuerza se encuentra en la discursividad jurídica la misma que es mono-referente, es decir desarrolla como referencias misma de una Constitución el lenguaje de la discursividad jurídica constitucional continental.

Consideramos que no nos encontramos, respecto a la Constitución ecuatoriana y boliviana, con constituciones típicas, heredada de la tradición republicana y del constitucionalismo continental, sino con constituciones-acontecimiento²⁴ que posibilitan pensar en una constante expansión constitucional. Esta fuerza (o conjunto de fuerzas) son externas a la teoría constitucional e incluso al texto mismo de la constitución, que más bien parece presentar una constitución con postulados aparentemente puntuales.

Los físicos, al momento de tratar la constante expansión del universo, han apostado estos últimos años a la teoría de las cuerdas, la cual señala que las partículas materiales aparentemente puntuales son en realidad estados vibracionales de un objeto extendido llamado cuerda. Esta cuerda no sólo puede moverse sino a la vez oscila, posibilitando comprender la posible expansión del universo.

En un sentido similar, los postulados emergentes de los procesos constituyentes ecuatoriano y boliviano, y su resultado aún móvil, que denominamos nueva Constitución Política del Estado, se presentan como

23 Idea que finalmente se plasmará en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el mismo que señala: “Toda sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

24 La concepción de una “constitución-acontecimiento” hace referencia en sí a un principio epistemológico: la verdad de la Constitución radica en su posibilidad de acontecimiento único, que concierne en sí a la lógica de fuerzas políticas vivas que trascienden a una interpretación dogmática, realizada a partir de otras fuentes de interpretación constitucional. La verdad acontecimiento de la constitución la sitúa necesariamente en el entramado de fuerzas que si bien no se exployó en el nuevo texto, sí dejó un conjunto de pautas para su realización futura. Asimismo una “constitución-acontecimiento” abre una nueva temporalidad, una nueva forma o manera de representarnos las temporalidades, no sólo porque el Derecho sea en sí una forma o manera de temporalidad, sino porque en tanto acontecimiento abre una nueva lógica temporal de transición como veremos más adelante.

cuerdas oscilantes con la posibilidad de prever una posible expansión del pluriverso constitucional en nuestros países²⁵. Este carácter oscilante evita pensar en una constitución política como punto de llegada del poder constituyente (ya sea trascendente o inmanente), ni tampoco pensar en un poder constituyente que se hubiera integrado a la nueva constitución²⁶. El poder constituyente mantiene aún una relación viva, compleja, de exterior constitutivo respecto al poder constituido o constitución.

El carácter oscilante de los postulados aparentemente puntuales permite pensarlos como una fuerza vibracional expansiva del conocimiento constitucional, que podemos encontrarlo en una institucionalidad nueva (Estado plurinacional), una ética jurídica y políticamente nueva (vivir bien) una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico) un régimen político nuevo (democracia intercultural, democracia comunitaria), nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, colectividades, pueblos indígenas originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas), descentramiento del sujeto de derecho (resguardo jurídico en tanto sujeto de derechos a la naturaleza y a los seres vivos) y que son sólo un conjunto de pautas, de postulados en oscilación y con una fuerza vibracional que muchas veces no coincide con otras partes de la Constitución, en las que existe más un efecto centrípeto hacia un estado de cosas mucho más familiar a la teoría constitucional continental²⁷.

Es necesario que el carácter vibracional de los postulados de este nuevo constitucionalismo, nos permita tratar una porosidad del Derecho y de los derechos que permita a la vez construir nuevos entendimientos colectivos de transformación social.

25 Utilizamos la denominación pluriverso en contraste de la noción universo, y en consecuencia sus efectos, el pluriverso genera lo pluriverbal, es decir, la diferencia en constante transformación, en tanto el universo genera lo universal, cuyo movimiento tiende a ser centrípeto o tiende a lo estático. La idea de centro supone que algo se busca estar estático, busca eliminar el movimiento.

26 Las teorías del poder constituyente generalmente han planteado su naturaleza de tres maneras: el poder constituyente como trascendente (Kelsen), el poder constituyente como inmanente (Rawls) y el poder constituyente como integrado (Schmitt). En el caso boliviano, el poder constituyente aún conserva su carácter de exterior constitutivo, de fuerza y reflujo externo que no es ni inmanente ni integrado al nuevo texto constitucional, sino que es posible pensar en que el mismo va más allá.

27 La interpretación jurídica generalmente va entender su objeto desde el punto de vista eminentemente jurídico, en consecuencia ante un concepto distinto, ante una categoría ajena tenderá generalmente a cercarla, a hacerla cognoscible desde su discursividad. En este sentido la interpretación jurídica opera de manera muy similar a lo que Boaventura denomina razón metonímica: "que se reivindica como la única forma de racionalidad y, por consiguiente, no se dedica a descubrir otros tipos de racionalidad o, si lo hace, es sólo para convertirlas en materia prima" (de Sousa 2006, 68)

La porosidad del Derecho hace referencia en si a su constante no completitud en la gestión de la conflictividad y en el desarrollo de un derecho en devenir. El carácter de “constitución – acontecimiento”, al que nos referíamos anteriormente, permite tratar a los textos constitucionales como el resultado de un complejo campo político en el que se trató de constituir una nueva gramática jurídica y política y que una buena parte de las contradicciones, vacíos y deficiencias, además de los indecibles de los textos constitucionales, adquieren una interpretación coherente, sin dejar de ser complejas ni completas.

Plurinacionalismo y Pluralismo Jurídico

Consideramos que el plurinacionalismo se encuentra íntimamente ligado al pluralismo. Lógicamente el pluralismo no es sólo jurídico, sino y ante todo político, económico, cultural, institucional²⁸ y lingüístico. Sin embargo, consideramos que en el reconocimiento del pluralismo jurídico se está poniendo en juego las relaciones jurídicas de poder del Estado, que habilitan los demás pluralismos, siempre con sus particularidades y complejidades. Por esta razón, en este subtítulo unimos tanto al plurinacionalismo y al pluralismo jurídico, enfatizando el carácter de ensayo interpretativo que supone el presente texto.

En el caso boliviano, el carácter plurinacional del Estado es transversal en todo el texto constitucional; se lo menciona 130 veces. Asimismo cabe resaltar que no sólo caracteriza al Estado y sus instituciones, sino asimismo al gobierno, a la diversidad, a la conciencia popular y a los criterios de elegibilidad de magistrados, tribunales, etc. En consecuencia, es un indecible complejo y fundamental y que creemos opera paradigmáticamente, inicialmente, como soporte de los otros indecibles como pluralismos, descolonización, autonomías y vivir bien, y, posteriormente, como movimiento de transformación estatal pues los indecibles suponen flujos y reflujos, estadios vibracionales, de un derecho en devenir.

Si lo plurinacional no puede encontrarse en si en el Derecho constitucional (tal vez con excepción al tratamiento del federalismo plurinacional de Miguel Caminal para las circunstancias españolas), es necesario ir en busca de este

28 En tanto el artículo 2 de la nueva Constitución Política del Estado reconoce el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a sus instituciones, y el artículo 30, parágrafo II, numeral 5, señala que es un derecho de éstas a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado, estamos habilitados para hablar de un pluralismo institucional.

exterior constitutivo, que nos permita otras lecturas del fenómeno. Conforme a nuestra estrategia de acercarnos a la comprensión de estos indecibles, revisaremos algunas resoluciones del proceso constituyente.

Lo que está en juego en el proceso constituyente boliviano es justamente la manera en la que se concibe el Estado, se refunda el Estado, que lo entendemos como el núcleo duro mediante el cual se desarrolla la institucionalidad estatal, la caracterización de la población, los criterios de elegibilidad de determinados funcionarios públicos, el funcionamiento de la justicia, de la democracia y del control social, las territorialidades y el desarrollo de las autonomías y de la descentralización, etc. Véase como ejemplo el informe de minoría de la Comisión de derechos, deberes y garantías de la Asamblea Constituyente, que comienza señalando lo siguiente:

“Acompañamos esta propuesta de texto constitucional que corresponde al ámbito de la Comisión, nuestras exposiciones sobre Visión en la Plenaria de la Asamblea Constituyente y un artículo reciente y crítico sobre la propuesta de ‘Estado Plurinacional Comunitario’, que estimamos es el tema central del debate en la Constituyente.”

Es interesante que el informe de minoría de la Comisión de derechos, deberes y garantías, destaque inicialmente la concepción de Estado como el tema central del proceso constituyente, pues detrás de esta concepción no se puede alojar la filosofía política liberal, y, en consecuencia, se cancela una manera, una forma de comprender no solamente los derechos, los deberes y las garantías, sino a la vez la relación del Estado con la sociedad. La forma republicana del Estado boliviano es afectada a partir de introducir el paradigma Estado Plurinacional Comunitario, que en el fondo se refiere a la manera en la que se gestiona esta relación Estado – sociedad.

De manera acertada, el informe de minoría mencionado retrata la importancia de la concepción filosófica que está en juego en el proceso constituyente. Dicho de otra manera, lo que está en juego, que habíamos empezado a caracterizar, es la concepción misma del Estado.

En el informe de mayorías de la Comisión Visión de País, la transversalidad del Estado plurinacional como núcleo fundante de la nueva gramática política es mucho más enfática, es más nuclear y decisiva al manifestar en su propuesta de artículo primero de la Constitución que *“Bolivia es un Estado Unitario Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, social, descentralizado y con autonomías territoriales, se funda en la pluralidad y*

el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico”, redacción que proviene de la propuesta del Pacto de Unidad (un exterior constitutivo, un afuera del proceso constituyente, propiciado por las organizaciones sociales indígenas de Bolivia), y en parte se conserva ya en el texto de Constitución vigente de Bolivia.

Asimismo, en la fundamentación de la propuesta de Estado Plurinacional Comunitario, que encontramos en el informe de mayoría de la Comisión Visión de País se señala:

“Las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos hoy tenemos el desafío de participar en la refundación de Bolivia, construyendo un nuevo país fundamentado en los pueblos como sujetos colectivos, hacia la construcción de un Estado plurinacional, que trascienda el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual”.

Es un Estado plurinacional porque:

1. Lo nacional es diverso y no mono cultural
2. Su organización económica, social, jurídica y política reconoce y articula a todas las naciones y pueblos indígenas, originarios, campesinos y población intercultural del campo y la ciudad.
3. Respeta, garantiza y promueve la identidad, el gobierno, el pluralismo jurídico y la integración intercultural de cada una de las naciones y pueblos del campo y las ciudades.
4. Respeta la diversidad de formas de representación política.”

Prestemos atención a mencionada fundamentación que se realiza del Estado Plurinacional Comunitario en Bolivia.

La voluntad constituyente entiende al Estado Plurinacional Comunitario como una manera de de construir el Derecho de individuos y reconstruir un Derecho de los pueblos, como sujetos colectivos. Asimismo, se menciona enfáticamente al pluralismo jurídico pero como una comprensión de articulación e interculturalidad, lo cual nos invita a repensar la manera de comprender el Derecho y los derechos de distintas maneras inicialmente.

El constituyente nos pide no razonar de manera exclusiva y principal en torno a individuos, sino debe razonarse en torno a colectividades; entonces existe una intención de abandonar el paradigma liberal en la concepción de derechos y avanzar a una nueva manera de comprenderlos. En este sentido, la relación Estado - sociedad también se ve afectada, puesto que ya no son

los individuos los que realizan el pacto social, sino que se habilitan otros sujetos, y a la vez se descentra el sujeto de derecho al habilitar en el texto constitucional a otros seres vivos (artículo 33) como sujetos de derechos, en consonancia con lo establecido para la naturaleza en la Constitución Política del Ecuador (artículos 71 al 74).

El Derecho puede crear sujetos y objetos; es también una estrategia de poder, en tanto genera saberes y verdades con efectos funcionales a los sistemas de poder (en sintonía con lo que Foucault señala respecto a la relación Poder - subjetividad). Esta es una reflexión interesante para observar como el Derecho y las estrategias de poder generaron subjetividades diversas y que se expresaron con mayor nitidez en los procesos constituyentes.

Ahora, si se debe razonar en torno a colectividades, el reconocimiento de derechos y de protecciones jurídicas en el canon de los individuos y en el marco de la filosofía política liberal, no transforma la construcción política del Estado de las correlaciones de fuerza que son en sí el núcleo duro de esta legalidad, pero sí el Estado ha mudado o pretende hacerlo de un Estado-nación liberal y monista a un Estado Plurinacional Comunitario, determinado por el pluralismo jurídico. El núcleo duro del Derecho y de los derechos también han mudado o pretende hacerlo a una concepción distinta a momento de tratar un lenguaje de los derechos. En este sentido, el complejo Estado Plurinacional Comunitario presenta un nuevo paradigma oscilante que genera y generará transformaciones en la relación Estado - sociedad.

Este núcleo duro del Derecho y de los derechos, que parte por reconstruir la lógica jurídica desde las colectividades y transformando el canon individual, no supone de facto una negación de los derechos, los deberes y las garantías comprendidos desde la filosofía del constitucionalismo liberal, primero por que los mismos todavía se conservan en el catálogo de derechos establecidos en las Constituciones, y segundo porque el Estado plurinacional debe habilitar un proceso de transcrición²⁹ y traducción intercultural que posibilite pensar en un pluralismo jurídico distinto a un dualismo jurídico, en el que se preste atención a la cualidad porosa del Derecho. Sobre este punto es interesante prestar atención a la fundamentación del informe de la subcomisión de justicia ordinaria del Proceso Constituyente boliviano:

29 La transcrición es un proceso complejo que pasa por el conocimiento de otras matrices culturales, en el caso específico respecto a su gobierno, sus formas de administrar los conflictos, su justicia. Es un proceso de enriquecimiento mutuo de culturas, para autocriticarse y construir de manera colectiva formas nuevas de vida cotidiana.

“Se pretende impregnar las normas constitucionales promoviendo principalmente los derechos naturales fundamentales de todo ser humano con las nuevas corrientes doctrinales el expreso reconocimiento vinculado a los derechos de los pueblos originarios.”

Asimismo el tratamiento en la subcomisión de justicia comunitaria, en cuyo informe se señala:

“La jurisdicción indígena originario campesina respetará los valores y derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente.”

La condición del tratamiento de los derechos fundamentales, entonces, sustentan una especie de transcrición y de traducción intercultural, entendida a partir de esta impregnación de las normas constitucionales a partir de matrices civilizatorias y culturales distintas, y a partir de la interpretación intercultural de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; todo esto de acuerdo a la voluntad del constituyente. Debe recalcarse que mencionada interculturalidad, en el discurso que acompaña las explicaciones de las comisiones de la Asamblea Constituyente boliviana, trata de desmarcarse del multiculturalismo de orden liberal.

Entonces, es necesario revisar cuáles son estas condiciones de posibilidad de construcción del Estado plurinacional, más allá del liberalismo constitucional.

El pluralismo en este contexto vendría a ser la aceptación de los varios “otros” distintos en el sentido que se complementan y se enriquecen mutuamente, expresada en el pluralismo jurídico.

Una corriente reciente del pluralismo jurídico, de la cual son tributarios Boaventura de Sousa Santos, Sally Engle Merry, John Griffiths entre otros, es la que podemos llamar pluralismo postcolonial o nuevo pluralismo, que la vemos destilarse en los informes del proceso constituyente. Este pluralismo es el que acompaña como correlato a otros fenómenos, de característica política, económica, cultural, etc. El nuevo pluralismo *“no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado (...) los derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales (...) la comunicación y la constitución mutua*

de los distintos ordenamientos jurídicos serían sus principales elementos (...) Los derechos no presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas, sino que sus límites serían porosos, nunca plenamente abiertos, pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar” (Ariza y Bonilla 2007, 53-54).

En esta compleja concepción de pluralismo jurídico, desde la mirada postcolonial, encontramos la posibilidad de fusionar horizontes en lo que a justicia se trata y a la manera de pensar los derechos, deberes y garantías desde una esfera no necesariamente perteneciente al constitucionalismo liberal. Para comprender la dimensión de lo que pone en juego este tipo de pluralismo, analicemos a continuación algunas aclaraciones e implicancias del mismo.

Primero, no se debe concebir los ordenamientos jurídicos como entidades separadas ni independientes. Esto supone que entre los ordenamientos jurídicos se genera una compleja interrelación, no existiría independencia de uno sobre otro, sino un criterio de interlegalidad, de mutuo enriquecimiento, de interdependencia que posibilita pensar en una porosidad jurídica de emergencia, en el sentido planteado por Boaventura de Sousa Santos: “es el modo en que el futuro se inscribe en el presente y lo dilata” (Sousa 2010, 38).

Segundo, existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos: Ninguno se mantendría “puro” sino se transformarían de manera conjunta, mostrando cada vez más su carácter de “incompletitud” y la posibilidad de pensar en un retorno de la política al Derecho, en el momento de empezar a construir un nuevo constitucionalismo.

Tercero, sus elementos principales serían la comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos. Esto supone trabajar en estos elementos principales, que en materia jurídica serían los principios jurídicos, y que a la vez deban plasmarse en normativa performativa que de nacimiento a esta interlegalidad. La comunicación y constitución mutua precisa de los márgenes de una traducción intercultural y una hermenéutica pluritópica, en la que los saberes se impregnarían mutuamente y generarían formas de gestionar la conflictividad.

Cuarto, órdenes jurídicos sin fronteras, es decir, sin la explicitación de un deslinde, sino en constante interrelación y en constante construcción de

interlegalidad, como se puede ver de manera manifiesta en los informes de la subcomisión de justicia comunitaria, así como en los textos de proyectos de Constitución de Chuquisaca (la Calancha) y el de Oruro, en los cuales no se planteaba una ley de deslinde sino una comprensión intercultural del Derecho.

Quinto, órdenes jurídicos porosos, es decir, con una complejidad de no estar ni totalmente abiertos ni totalmente cerrados. El carácter de porosidad es el que debe trabajarse para dar nacimiento a un pluralismo jurídico “post colonial”. El carácter de porosidad que ya fue mencionado constantemente en el presente texto debe trabajarse teórica y prácticamente, a parte de buscar un derecho que responda en sí al caso concreto más que a la legalidad positivista.

Sexto, su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar. Esto significa que no se hablaría ya de muchos Derechos, o muchos órdenes jurídicos, sino de un solo Derecho intercultural y un solo orden jurídico plural, abierto y en constante construcción, en consonancia con lo señalado con los artículos 1, 9, 30, 98, 179 del texto vigente de la Constitución.

Un pluralismo jurídico “post colonial”, un pluralismo jurídico que se adecúe a los procesos de sedimentación y acumulación histórica en nuestro país, entonces, debe prestar atención a esta manifestación que se hace evidente en el trabajo constituyente.

Una de las primeras consecuencias de tomar como eje paradigmático un pluralismo jurídico post colonial, supone ingresar a repensar un Derecho posnacional, en el que el reconocimiento de la existencia de comunidades interculturales, afrobolivianas, pueblos y naciones indígena originario campesinos, debe llevarnos a reflexionar en lo que se encuentra en juego después del fin del paradigma Estado-nación; es decir, emprender una reflexión post nacional que supone dejar sin efecto la concepción de que el Estado sea la única fuente de Derecho, y encontrar en el Estado una síntesis de las correlaciones de fuerzas vivas de una compleja sociedad plural. En este sentido, el Estado existe en sí como pacto y principio del Derecho en devenir, y no como monopolio de la violencia jurídica monolítica, ni del establecimiento de la verdad del Derecho, elemento que juega de manera fundamental a momento de conceptualizar el lenguaje de los derechos, deberes y garantías.

Una segunda consecuencia del pluralismo jurídico “post colonial” y “post nacional”, pasa por comprender que las divisiones de Derecho Público y Derecho Privado quedarían en algunos momentos constitutivos (momentos de constitución de interfase e interlegalidad), necesariamente en suspenso. Entendamos que el Derecho Público ha sido comprendido como el conjunto de normas que subordinan la voluntad individual, y el Derecho Privado como el conjunto de normas que coordinan las voluntades individuales. En ambos casos el Derecho tiene como garantía de performatividad (de subordinar o coordinar) la fuerza y el monopolio de violencia legal en el Estado. En este caso de construcción colectiva del Derecho, a momento de dejar en suspenso la concepción monolítica del Estado, es necesario suspender la división clásica del Derecho en materias, y en consecuencia generar la imposibilidad de pensar, dentro de un pluralismo jurídico, en una supresión de materias, pues el sólo hecho de pensar en materias supone una definición de las mismas por parte del Estado, o por la pre configuración de un poder (que puede expresarse en el saber jurídico²⁹), por ello afirmamos que el pluralismo jurídico post colonial es a la vez post nacional, y post academicista, es decir supone en su construcción la interrelación y transcítica de los saberes, entendiendo la noción de transcítica como el proceso de conocimiento entre matrices culturales y civilizatorias y la utilización de ese conocimiento para autocriticarse y reformar la organización y la vida política, jurídica, económica y social de las referidas matrices culturales y civilizatorias.

Una tercera consecuencia del pluralismo jurídico “post colonial”, “post nacional” y “post academicista”, supone comprender una nueva concepción del Derecho, y, en consecuencia, de sus instrumentos con los que interactúa. No puede pensarse más en que los derechos humanos, la Constitución, las leyes y otros órdenes jurídicos son los que jerárquicamente conciben al pluralismo jurídico, sino debe pensarse en ellos como parte de la construcción de un nuevo Derecho, debe verse en ellos el carácter de ductilidad y transitoriedad a nueva forma de Derecho en devenir, el cual se manifestaría siempre en su carácter poroso. En consecuencia, un nuevo pluralismo jurídico supone la posibilidad de intersección, mezcla e interrelación de los órdenes jurídicos que darán nacimiento a una nueva forma de comprender el Derecho y los derechos,

30 Tomamos aquí la reflexión de Foucault que se resume en entender, percibir que detrás de un saber existe la necesaria correlación de un ejercicio de poder, que saber y poder se precisan mutuamente, que la prórroga de un ejercicio de poder sólo puede lograrse si a la vez se pone en funcionamiento un determinado saber. En este sentido es necesario reflexionar que una de las condiciones fundantes del Derecho en su praxis académica (de discurso, de disciplina, de saber) supone a la vez el ejercicio de poder.

por y en la dinámica de la sociedad plural y compleja. Esto significa dejar en suspenso la jerarquía normativa que se traduce en la pirámide jurídica.

Entonces, estas tres consecuencias nos llevan a plantear primero una transitoriedad del sistema jurídico boliviano, de sus instrumentos (Constitución, leyes), sus instituciones, su base económica y su modo de producción de la realidad, afectado y enriquecido por esta síntesis de fuerzas, saberes y praxis política, que supone una refinada comprensión epistemológica del Derecho. Y a la vez la posibilidad de que la Justicia, y el Derecho en sí puedan salir de la esfera monolítica estatal, no sólo abandonándola, sino que reconstruyendo el Estado, repensando el Estado. Por ello, la importancia que atribuimos a la revisión discursiva en la construcción del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia en los archivos de la constituyente.

Esta condición de transitoriedad del Derecho y del Estado puede leerse en el preámbulo de la nueva Constitución Política del Estado boliviana, cuando los constituyentes manifiestan que:

“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”

Entonces debemos comprender la interculturalidad del Estado constitucional como transcítica, como interpretación intercultural.

No debe olvidarse que de acuerdo al artículo 1 de la Constitución de Bolivia “Bolivia se funda en la pluralidad”, es decir, la sustancia en la que se funda el Estado boliviano supone el reconocimiento de una pluralidad previa, anterior. Este es un dato por demás interesante, debido a que no se parte de la unidad pueblo, sino de la pluralidad relacional que construye al Estado. Esta pluralidad no conforma en última instancia una síntesis, sino que habilita un proceso complejo de política, entendida esta última como democracia.

Tomando a la pluralidad como momento previo y constitutivo de la sociedad (y del Estado), el pluralismo jurídico presenta (o se presenta en) una acción en devenir (que llega una y otra vez), una acción en movimiento, pues no hay forma de agotar finalmente y de manera definitiva la pluralidad del pueblo soberano en una sola forma de organización, pues éste es en sí una polifonía de voces a momento de pluralizarse.

Esta pluralidad/multiplicidad/devenir la podemos denominar “coral”, en el sentido de polifonía de voces. En este caso lo “coral” es partera de la multiplicidad. La condición coral opera desde una suerte de multi lugar, pues tiene la condición de hablar desde lo múltiple, desde el nosotros, que no se cerraría a la unidad. Un nosotros central, departamental, regional, municipal e indígena que tiene por condición de ser el antagonismo de la pluralidad. Uno varios nosotros de escrituras plurales en la construcción colectiva de las leyes.

Bibliografía

Ariza, Libardo José (2009) *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá – Colombia: Ed. Siglo del hombre.

Ariza, Libardo José/Bonilla, Daniel (2007) “Pluralismo Jurídico”, en Engle, et al. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá – Colombia: Ed. Siglo del hombre.

De Sousa Santos, Boaventura (2010) *Refundación del Estado en América Latina*. La Paz – Bolivia: Ed. Plural.

Rodríguez Veltzé, Eduardo/Rojas Farit et al (2011) *Pluralismo Jurídico y ley de deslinde*. Texto sin publicar.

Rojas, Farit (2010) (...) *derechos deberes y garantías*. En Documentos de la Enciclopedia Jurídico Constitucional. Texto sin editar.

Zeballos, Mariana (2010) “El Estado Plurinacional. La Paz – Bolivia”. Tesis de Ciencias Políticas, UCB.