
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario

Idón Moisés Chivi Vargas*

Sumario

I. Presentación. II. La Jurisdicción ordinaria o los problemas de cambiar los letrados de las puertas, sin ver el hecho colonial. 2.1. América Latina. 2.2. Bolivia. 2.3. Elementos para una re-interpretación política de la reforma judicial en Bolivia. 2.4. La Justicia boliviana: herencia colonial y procesos contemporáneos. 2.5. Bolivia: de las “reformas” a las políticas judiciales descolonizadoras. 2.6. Reforma judicial y pluralismo raquítico por América Latina. 2.7. Estado plurinacional y jurisdicción indígena: pluralidad y pluralismo. III. La jurisdicción “indígena originaria campesina”: las ventajas de mirar la realidad y no morir en el intento. 3.1. Jurisdicción indígena (I): una mirada al horizonte colonial. 3.1.1. Quipus legislativos. 3.2. Juan de Betanzos (1551) acciones prohibidas por el Inca. 3.3. Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas. 3.4. Fernando Santillán (1563) procedimientos de averiguación. 3.5. Cronista anó-

* Abogado Indígena, Jefe de la Unidad de Reformas Normativas del Ministerio de Justicia de Bolivia (2006), Miembro de la Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (2007-2008), actualmente Coordinador de la Reforma Integral del Código Penal del Ministerio de Justicia – gtz, Autor de: Justicia Indígena: Los Temas Pendientes (2006), Justicia Comunitaria: Perspectivas de Género (2007), Análisis de los informes de Mayoría y Minoría de la Comisión Judicial No. 6 en la Asamblea Constituyente (2008), Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado (2009).

nimo (1593) acciones prohibidas y procedimientos de averiguación 3.6. Relación anónima (ordenanzas). 3.7. Recopilación de las Leyes de Indias o el pluralismo jurídico colonial. 3.8. Jurisdicción indígena (II): ¿Y el siglo XIX? IV. Jurisdicción indígena (III): el largo siglo XX. 4.1. “Justicia comunitaria”: vida pasión y muerte de un concepto. V. Jurisdicción indígena originaria campesina. Bases de su construcción conceptual. 5.1. Del constitucionalismo como máscara del colonialismo, a la descolonización constitucional. 5.2. Igualitarismo jurisdiccional en Bolivia: pluralidad y pluralismo en clave constitucional. VI. Conclusiones VII. Bibliografía.

“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”¹.

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 está en el hoy...

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

1 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, párrafo 379 1986.

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...

I. 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 quedó.

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.

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 ha-

bitantes 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 raquíticas.

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 de 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 válidas 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 —culposos— de la realidad.

Juristas de enorme prestigio en el mundo indígena, por sus contribuciones al diálogo 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 homegeneizante, en un acto de comunión con la realidad real, conocimiento y comprensión de la misma, Bolivia y Ecuador han dado pasos fundamentales en eso que algunos teóricos del Derecho, han venido a denominar como *constitucionalismo plurinacional*.

A no dudarlo, 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 sí sola no cambia la realidad, pero es una poderosa ayuda para su transformación en beneficio de la dignidad humana.

El presente documento está 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 está dirigido a las autoridades indígenas originarias campesinas, que en el tiempo presente, no sólo pueden recuperar el pasado, sino construir nuevas formas de ejercicio jurisdiccional, defendiendo sustancialmente la dignidad humana, tenemos la autoridad histórica de nuestro lado.

Por eso 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 son *científicos idiotas*, por conveniencia política o por lucro mercachifle. Claro está que el documento no cierra el debate, sino que es sólo parte de uno mayor: desarrollo constitucional desde el Estado Plurinacional Comunitario.

II. La jurisdicción ordinaria o los problemas de cambiar los letreros de las puertas, sin ver el hecho colonial

2.1. América Latina

40 años de reforma judicial en América Latina, ponen en evidencia el gran problema de nuestros sistemas judiciales: su pesada herencia colonial².

2 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 *cabere* y construcciones políticas: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* de Edgardo Lander (comp.), CLACSO, Buenos Aires, 2000. Para una comprensión política de colonialidad y plurinacionalismo puede verse de Jorge Enrique González (ed.) su *Nación y Nacionalismo en América Latina*. Bogotá, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007, y muy especialmente el capítulo de Fernando Vizcaíno “Estado multinacional y globalización”, pp.

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 en la actualidad 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 estudios³, en general se nos plantea que:

29-64. Así mismo puede consultarse de ERHARD DENNINGER y DIETER GRIMM su *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Trotta, Madrid, 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.

- 3 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.), Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 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 Internet: <http://www.oas.org/juridical/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, (junio 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, Internet, 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, Internet, 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.

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.

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 EEUU por medio 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”⁴.

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 Latina⁵ 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

- 4 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, p 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.). México D.F., UNAM, 2004, aquí escriben: Mauricio Duce (Chile); Héctor 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*”, Internet, <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*, INECIP, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2005.
- 5 Cfr., De Alberto Binder, *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 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.

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 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 ley⁶.

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 méritos.
 - Organización y gestión administrativa del despacho.
 - Asignación de recursos y autarquía presupuestaria.
 - Introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

6 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*. Internet, http://www.dis.org.co/pdf/libros/cr_reformajudicial.pdf.

- Implementación del pluralismo jurídico para minorías culturales⁷.

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 judicial⁸.

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.

2.2. 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 1994⁹, menos aún de los logros, avances y perspectivas en más de diez años de reforma judicial luego de la modificación constitucional de 1994-95¹⁰.

7 Cfr., *En busca de una Justicia Distinta*, Pasará, Luis (comp.), UNAM, México D.F., 2004.

8 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, p. 7.

9 Cfr., *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*, ILANUD, La paz, Bolivia, 1992.

10 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

Uno de los primeros informes del cual se tiene noticia, es el encargado a la abogada costarricense Sonia Navarro y publicado por el Ilanud¹¹, otro posterior fue elaborado por la cooperación española a principios del 2000, denominado *Proyecto de Reforma Judicial en Bolivia*¹², el mismo año un reporte sumamente importante fue elaborado por Eduardo Rodríguez Veltzé¹³, ya al filo del 2003 se tiene un breve reporte de Julio César Torrico que no pasa de las tres páginas¹⁴.

El 2003 Daniel Mogrovejo y Ritcher, nos muestran un panorama más amplio sobre el sistema de justicia y el Consejo de la Judicatura¹⁵.

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 democracia¹⁶.

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

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.

- 11 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.
- 12 Internet, http://www.maec.es/nr/rdonlyres/d2523016-f539-4d6c-bf37-4f6e0ed07ab8/0/12evaproyecto_dereformajudicialenbolivia.pdf
- 13 *Informe sobre Independencia Judicial en Bolivia*, Internet, http://www.dplf.org/jit/span/la_jit01/la_jit01_bo.htm, acceso: agosto 2000.
- 14 La cita arriba mencionada es todo el reporte, sin duda que no representa en mucho los, problemas, avances y perspectivas hasta ese momento. Internet, http://www.cejamericas.org/sistemas_judiciales/dossier.php?revista=5&idioma=espanol&secc=107&remaniv2=107. Revista Sistemas Judiciales, Nro. 5, Santiago de Chile, septiembre de 2003.
- 15 Vid. "Informe sobre el Consejo de la Judicatura en Bolivia" (pp. 111=158), en *Consejos de la Magistratura: Los consejos de la magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*, Buenos Aires, Revista *Pena y Estado*, revista latinoamericana de política criminal.
- 16 Cfr., de Elizabeth Morató, *La Reforma Procesal Penal: Un proceso, varias visiones*. Compañeros de las Américas, La Paz, abril 2004.

sido precisamente la falta de coordinación entre las agencias de cooperación mayormente involucradas¹⁷.

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 Lorenzo¹⁸ por un lado y Carlos Alarcón¹⁹ por el otro, muestran perspectivas atrayentes aunque contrapuestas entre sí.

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: Ver cuadro 1

En pleno debate constituyente también, el Poder Ejecutivo presentó dos documentos, el primero del Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos²⁰ 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 bo-

17 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, p. 104.

18 Cfr., *Refundar Bolivia: Refundar la Justicia*, en *Reflexiones para el debate constituyente*, Vicepresidencia de la República, La Paz, 2007.

19 Cfr. *La justicia constitucional en Bolivia*, en *Análisis y Opinión*, La Paz, 2007.

20 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.

Cuadro 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.	

liviano 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 Desarrollo²¹ 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 Bo-

21 Cfr., de Ángel Allan y Julio Faundez, *La Reforma Judicial en América Latina: El Rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, Internet, http://www.cejamericas.org/sistemas_judiciales/muestrapagina.php?revista=0&idioma=espanol&secc=408&remaniv2=402

livia, a la vez que una opinión pública favorable para la jurisdicción indígena²².

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 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 la reproducción de la tragedia colonial, o la superación de la misma desde una Democracia Igualitaria efectivamente plurinacional comunitaria.

2.3. 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*”.

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 mencionado²³.

Este momento constitutivo del Poder Judicial evidencia tres hechos:

22 Cfr., *El Estado de la opinión: Los bolivianos, la Constitución y la Constituyente*, PNUD, La Paz, 2007, pp. 93-103.

23 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, números 87a 90, diciembre 1959.

- 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 1942²⁴, quien no sólo 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 cómplice²⁵ y centro de reproducción partidaria del poder político²⁶.

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.

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

25 Cfr., De Villamor Lucía, Fernando, *La Codificación Penal en Bolivia*, Popular, La Paz, 1978.

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

Los Códigos Bánzer —a través de sus “comisiones coordinadoras”²⁷—, 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 universitaria²⁸.

La década de los noventa, es testigo de una intensa reforma jurídica y judicial²⁹, 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 Judicial³⁰.

27 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.

28 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.

29 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.

30 Las modificaciones al Código Penal (1997) asentado en un finalismo poco comprendido menos aún puesto en práctica, 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

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 internacional³¹, ONG internacionales con aliados locales, universidades, colegios de abogados y el propio Poder Judicial.

Aprobada la Nueva Constitución Política del Estado en enero de 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 este mismo poder como núcleo problemático, reproduce casi intuitivamente viejos *habitus* coloniales actualizados y menos perceptibles, pero coloniales al fin.

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.

- 31 Comunicación personal de Bartolomé Clavero, Jörg Stippel y Raquel Irigoyen en ocasión del Seminario sobre Descolonización y Estado Plurinacional, Sucre, abril 25 de 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, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo, Mimeo, 2006.*

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 más abultadas del país —y el continente— sin embargo los resultados, o son poco alentadores, o no han logrado despegar desde sus viejos cimientos.

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.

2.4. 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	
<p>En la conformación <i>monoétnica</i> del poder judicial</p>	<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.
<p>En el sistema de selección, promoción, evaluación y disciplina judicial</p>	<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.
<p>En la estructura orgánica y funcional</p>	<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.
<p>En el diseño normativo y prácticas institucionales</p>	<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.

Persistencia Colonial en el Poder Judicial (continuación)	
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.

2.5. Bolivia: de las “reformas” a las políticas judiciales descolonizadoras

El paso de *reformas judiciales* a políticas judiciales³², 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 judicial³³.

³² Binder, 2006, 2007.

³³ Para un debate sobre este punto *cf.*, Lo trabajado en sistema judiciales desde la sociología organizacional y los neoinstitucionalistas en América Latina.

Pensar la justicia desde la descolonización, significa un replanteamiento crítico a la *geopolítica del conocimiento jurídico*³⁴, sus entendimientos sociales y sus prácticas institucionales³⁵.

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 emerge³⁶. Y una parte de la realidad y la verdad somos nosotros los descendientes de los primeros habitantes de estas tierras.

2.6. 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 Indígenas³⁷.

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

35 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).

36 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 valorados para la obtención de la verdad, el estatuto de quienes están a cargo de decir lo que funciona como verdadero. *Cfr.*, Un diálogo sobre el Poder, Alianza, Madrid, p. 143.

37 Hecho, que a decir del Prof. Bartolomé Clavero, es un derecho partido en K *Cfr.*, *Retablo Constitucional de Derecho Indígena: Ecuador, Venezuela, Bolivia, México*, 2006 (documento que me

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 o para su desarrollo por medio 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 profundamente desprestigiado. De ahí procede [...] el viraje constitucional [...] al que se asiste durante estos últimos años*”³⁸.

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.

2.7. 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

fue enviado por correo electrónico) pero se puede acceder a él, en Internet, <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>.

38 Cfr., *Geografía jurídica de América Latina: Derecho indígena entre constituciones no indígenas*, Internet, <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>.

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 igualdad³⁹.

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 noveno de la misma Constitución.

Esta misma jurisdicción está 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 convier-

39 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, Internet, www.clavero@us.es. Acceso: abril 2009.

ten en parte de sus reflexiones científicas, y políticas públicas, 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.

III. La jurisdicción “indígena originaria campesina”⁴⁰: las ventajas de mirar la realidad y 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 lugar⁴¹.

40 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 *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, p. 24.

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

3.1. 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: por medio 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 equívoco 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.

3.1.1. Quipus legislativos

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

Los *quipus* no sólo 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 tuvo alguna claridad de los estatutos que en tiempo de cada uno se había puesto (Porras, 1963: 121-122).

Padre José de Acosta

son quipus unos memoriales o registros hechos de ramales en que diversos nudos 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 nudos, 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 nudos y colores sacaban innumerables significaciones de cosas (Porras, 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... mandaba 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 más completa de la justicia de ayer que todavía podemos ver hoy, no en su integridad sino en su versión más contemporánea, más 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.

3.2. 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 ansi 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 restituido 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.

3.3. Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas

Como la cibdad del Cuzco era lo más principal de todo el Perú y en ella residían lo más del tiempo los reyes, tenían en la misma cibdad muchos de los principales 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 desaguizado 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 hacía la justicia de los que allí se prendían o de otra parte trayan presos, adonde les cortavan las cabezas y les davan muertes de otras maneras, como a ellos le agradava. Los motines y conjuracio-

nes castigavan mucho y más que todo los que eran traydores y tenidos ya por tales, los hijos de mugeres de los quales 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 cuatro 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 cuenta 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 pensía 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.

3.4. **Fernando Santillán (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 parecia 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).

3.5. **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 iz-

quierda 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 venia 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 matare algún 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 accla, que muera arrastrado o asaetado. 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 asaetado 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 perdon 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 si el casado y tiene hijo y mujer sirvan á la comunidad y ella á algun templo ó á las acclas.

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

Los incestos con los tios 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 delictos, 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 delicto, 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 estupro ó incestos (...) que muera por ellos ahorcado. Y lo mismo la hechiceria 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 si, 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.

3.6. Relación anónima (ordenanzas)

1ro: “Que todos los subieptos 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 mochos, 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 juro 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 quedese para el rey, y cuando los tales murieren por su delicto, 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 estupro 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 sí, 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).

3.7. **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 Svirichi 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.

4º Las Leyes de Indias que se dictaron reconociendo la capacidad jurídica de los indios y otorgándoles la libertad como Vasallos de la Corona de España⁴².

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.⁴³

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

42 Cfr., *Derecho Indígena Peruano* de Svirichí, Atilio, Kuntur, Lima, 1946, p. 79.

43 Cfr., *Basadre, Jorge, Historia del derecho peruano*, citado por Atilio Svirichí, *op. cit.*, p. 94.

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 indígenas⁴⁴ a ello se une la presión tributaria que hicieron estallar la insurrección general de 1780-1781.

El cerco a La Paz liderizado por Tupac Katari⁴⁵, la toma militar de Oruro por Jacinto Rodríguez y los indígenas de Paria y Carangas⁴⁶, la crisis del gobierno colonial en Potosí generado por los hermanos Tomas y Damaso Katari⁴⁷, 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 insostenibles⁴⁸, los procesos independentistas se dan cada vez con más 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 colonias⁴⁹, 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”.

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 por toda América La-

44 Carlos Mamani Condori, comunicación personal.

45 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, véase de María Eugenia del Valle de Siles, *Historia de la Rebelión Indígena de Tupac Katari 1781-1782*, Don Bosco, La Paz, 1990.

46 Cfr., Cajias, Fernando; así también el magnífico trabajo de Marcos Beltrán A., *Capítulos de la Historia Colonial de Oruro*, La República, La Paz, 1925.

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

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

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

tina, perdurará a lo largo del siglo XIX, vivirán 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 sólo 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 república 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.

IV. 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 Waitangi⁵⁰. 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 México⁵¹ 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 región⁵², 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 designa a Martínez Cobo a elaborar un informe sobre la situación de los pueblos indígenas, informe que entregó 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*.

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

50 *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, p. 9.

51 *Cfr.*, Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

52 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.

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*”⁵³.

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 Origi-

53 Cfr., Santos de Souza, 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, p. 152.

narias, 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).

—Percepción campesina sobre la legalidad⁵⁴.

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 Unidas⁵⁵, el Convenio 169 adquiere resonancia ya desde inicios de los no-

54 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, pp. 16-19.

55 *Chitakolla*, *Boletín*, N° 46, junio de 1990, La Paz, Tema del mes: “Derechos Indios, Derechos Humanos”, pp. 4-18.

venta pero en especial desde 1992⁵⁶.

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 propuestas⁵⁷.

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 Aby 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

56 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.

57 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, Internet, www.alertanet.org.

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 político⁵⁸.

4.1. “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, del gobierno de Bolivia y la Asociación Internacional de Fomento donde se encararon estudios y propuestas de institucionalización de la Justicia Tradicional o comunitaria⁵⁹.

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

58 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*.

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

de campo en distintas regiones del país, buscando obtener con ellos ilustrar y comprender las prácticas de justicia comunitaria en diferentes contextos socio culturales⁶⁰.

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 comunitaria⁶¹.

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”⁶².

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 homogenizante⁶³.

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 desarro-

60 *Ibidem*, p. 11.

61 *Ibidem*, p. 36.

62 *Ibidem*, p. 40.

63 Asumiendo, como lo dijimos arriba, la *versión comunitarista neoliberal*.

llados 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 implementación⁶⁴, 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 lo de Sica Sica un contrapunto demasiado alto dato que sin embargo ya fue anunciado en un estudio coordinado por Elizabeth Morató⁶⁵.

El Informe de Desarrollo Humano 2004 del PNUD hace especial énfasis en la libertad cultural⁶⁶, 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”,

64 Vid., *Conociendo el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Red Participación y Justicia, (2ª edición), La Paz, mayo 2004, pp. 83-91.

65 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, La Paz, abril 2004, p. 36.

66 Cfr., *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, PNUD, Mundi Prensa, Madrid, 2004, pp. 57-59.

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 XX⁶⁷.

Una excepción es la investigación realizada por René 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.

67 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.

V. Jurisdicción indígena originaria campesina. Bases de su construcción conceptual

5.1. Del constitucionalismo como máscara del colonialismo, a la descolonización constitucional

Si pensamos que la Constitución es sólo 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.

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 capitalismo⁶⁸; de la colonialidad en todas sus formas⁶⁹; la consolidación del patriarcalismo⁷⁰; una tecnología

68 Cfr. Althusser, Louis, *Para leer el Capital*, Siglo XXI, México, 1986.

69 Cfr., Clavero, Bartolomé, *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 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*, p. 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*, Textos de Aquí y Ahora, Bogotá, 2006. Para una caracterización del colonialismo interno y su funcionamiento jurídico puede verse de González Casanova, Pablo, *Sociología de la Explotación*, Siglo XXI, México, 1969.

70 Cfr., Brown, Wendi & Patricia Williams, *La Crítica de los Derechos*, Universidad de los Andes – Instituto Pensar – Siglo del Hombre, Bogotá, 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.

de subjetivación del/a ciudadano/a⁷¹, y; la sociedad disciplinaria en escala planetaria⁷², tomando en cuenta —además—, su enorme poder sobre los imaginarios colectivos contemporáneos⁷³ y por si fuera poco, vive y se desarrolla entrampado en una “miseria formalista” pernicioso a la creatividad política en nuestras tierras⁷⁴.

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,

71 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 gobernabilidad. Cfr., *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 (comp.), CLACSO, 2000, p. 149.

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

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

74 Esta frase la recogemos de Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, p. 76.

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.

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 sometién-dolo 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; género 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 está conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONG y agencias de cooperación internacional (Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional). 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 prácticas 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 planeando 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 Bien⁷⁵.
- 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.

75 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., Figueroa, Manuel, *La tesis de las tres economías*, Sucre, mimeógrafo.

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

5.2. **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 está 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 prácticas 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 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, sólo 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, está preñada de cooperaciones y coordinaciones que vienen de mandato constituyente y constitucional.

VI. 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 de 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:

- 1) 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.
- 2) 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.
- 3) Hoy, y lo afirmamos enfáticamente, la jurisdicción indígena originaria campesina, no es una forma alternativa de resolución de con-

fictos, 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.

- 4) 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.
- 5) 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 animam meam

VII. Bibliografía

- Althusser, Louis, *Para leer el Capital*, Siglo XXI, México, 1986.
- Arnade, Charles, *La dramática insurgencia de Bolivia*, Juventud, La Paz, 1964.
- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.
- Arze, René, *La participación popular en la guerra de la independencia de Bolivia*, Quipus, La Paz, 1987.
- Biebesheimer, Christina y Cordovez, Carlos (edit.), *La justicia más allá de nuestras fronteras experiencias de reformas útiles para América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo Washington D.C., 1999.
- Cajias, Fernando, *Capítulos de la historia colonial de Oruro*, La República, La Paz, 1925.
- Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

- _____, *El orden de los poderes: historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2006.
- Cordovez, Carlos (edit.), *Justicia un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Banco Interamericano de Desarrollo-INECIP, Washington D.C., 2007.
- Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990.
- Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- De Shazo, Peter y Vargas, Juan Enrique, *Reforma judicial en América Latina: Resultados*, CSIS Americas Program y Centro de Estudios Judiciales de las Américas, Santiago de Chile-Washington D.C., 2006.
- De Siles, María Eugenia del Valle, *Historia de la Rebelión Indígena de Tupac Katari 1781-1782*, Don Bosco, La Paz, 1990.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, 19ª edición, México, 1986.
- _____, *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- _____, *La verdad y las formas jurídicas*, GEDISA, 10ª reimpresión, Barcelona, 2005.
- Gonzalez, Jorge Enrique (edit.), *Nación y nacionalismo en América Latina*, CLACSO, Bogotá, 2007.
- González Casanova, Pablo, *Sociología de la Explotación*, Siglo XXI, México, 1969.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- Hammergren, Linn, *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*, 2000.
- _____, “¿Hemos llegado?: El desarrollo de estrategias empíricas para la reforma judicial”, *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, No. 23, Caracas, 2002.
- Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2000.
- Molina Rivero, Ramiro, *Justicia Comunitaria: Derecho Consuetudinario* (Vol. 9), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, La Paz, 1999.
- Morató, Elizabeth, *La Reforma Procesal Penal: un proceso, varias visiones. Compañeros de las Américas*, La Paz, 2004.

- Navarro Solano, Sonia, *Lineamientos de la modernización administrativa del poder judicial: Caso Bolivia*, Proyecto de Reformas Judiciales, Escuela Judicial de Costa Rica, ILANUD, Sucre, s/f.
- Pasará, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta*, UNAM, México D.F., 2004.
- Platt, Tristán, *Estado Tributario y Ayllu Andino*, IEP, Lima, 1982.
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, Mundi Prensa, Madrid, 2004.
- Popkin, Margaret, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa” en *Pautas para la promoción de independencia judicial e imparcialidad*, USAID, Due Process of Law Foundation (DPLF)/Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington D.C, 2002.
- Santos de Souza, 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.
- Sivirichi, Atilio, *Derecho indígena peruano*, Kuntur, Lima, 1946.
- Villamor Lucía, Fernando, *La codificación penal en Bolivia*, Popular, La Paz, 1978.