

Facultad de Derecho
Universidad de Ottawa

Estudio de Post Graduado en Derecho
DCL 7066T – TRABAJO DE INVESTIGACION

**Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos
Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo**

por

Kimberly Inksater

Versión original en inglés con fecha 28 de Julio, 2006

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| 1. Introducción | 1 |
| 2. Pluralismo jurídico y Autonomía Indígena | 5 |
| A. Definiendo el Pluralismo Jurídico | 6 |
| B. Autonomía del Derecho Indígena | 17 |
| Justificación para la Autonomía: Diferencia Indígena | 17 |
| Definiendo el Derecho Indígena | 23 |
| Interacción con el Derecho Estatal | 25 |
| C. Pluralismo Juri-Cultural Transformativo | 26 |
| 3. Sistemas Jurídicos de las Comunidades Indígenas en Bolivia y Colombia | 27 |
| A. Razonamiento de las Normas Penales y sus Sanciones | 28 |
| B. Castigos Corporales | 31 |
| C. Estudio de Caso: Bolivia | 34 |
| Información General del País | 34 |
| El Aymara en Yaku | 37 |
| D. Estudio de Caso: Colombia | 42 |
| Información General del País | 42 |
| La Comunidad Nasa de Toribio, en el Norte de Cauca | 43 |
| 4. Contexto Legal Nacional y Jurisprudencia Estatal | 50 |
| A. Bolivia | 50 |
| B. Colombia | 58 |
| 5. Normas Internacionales de Derechos Humanos | 67 |
| A. Pueblos Indígenas y Derecho Internacional | 68 |
| B. La Protección de la Integridad Física en el Derecho Internacional | 72 |
| 6. Hacia un Pluralismo Juri-cultural Transformativo | 82 |
| 7. Conclusión | 92 |
| BIBLIOGRAFÍA | 95 |

1. Introducción¹

El 14 de junio de 2004 Benjamín Altamirano, el alcalde de la comunidad de Ayo Ayo ubicada en el altiplano de Bolivia, quien había sido acusado de corrupción por los comunarios, fue secuestrado, torturado, asesinado y su cuerpo fue quemado y abandonado en la plaza central del pueblo² expuesto públicamente. La prensa nacional relató el asesinato como un ejemplo de justicia comunitaria, un uso cuestionable del término dado que generalmente es aplicado en Bolivia como referencia a los sistemas de justicia comunitarios de los pueblos indígenas en el país.³ Sin embargo, la idea de que este asesinato fuera en realidad una sanción jurídica aplicada por una comunidad de acuerdo con su propio sistema de justicia o también fue planteada por activistas indígenas y estudiosos⁴. Como abogada especialista en derechos humanos, justicia y resolución de conflictos en América Latina, el

¹ Entre los años 2000 y 2006 he realizado trabajo profesional en Bolivia y Colombia, países enfocados en la presente tesina. El asesinato de Benjamín Altamirano y algunas discusiones anteriores marcaron el génesis del proceso de reflexión académica sobre las tensiones entre justicias. Tuve la fortuna de procesar estas tensiones mediante mi trabajo en Colombia con la Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento de Conflicto. Los argumentos en este texto han sido enriquecidos por discusiones con individuos muy bien informados, incluyendo académicos, activistas de derechos y líderes indígenas. En Colombia, de particular ayuda en el desarrollo de mi entendimiento del pluralismo jurídico y leyes indígenas fueron: Edgar Ardila (Profesor de Derecho, Universidad Nacional), Jorge Caballero (Miembro del Consejo Regional Indígena de Cauca), Edgar Londoño (Miembro del Consejo Regional Indígena de Tolima), Manuel Jilacue (Consejo Regional Indígena de Tolima), Esther Sánchez Botero (Antropóloga Legal), Martín Tingana (Antropólogo, Miembro del Comité de Coordinación de Derecho Escuela del Pastos) y el equipo de proyecto de la Escuela de Justicia Comunitaria de la Red de Justicia Comunitaria. También fueron importantes las conversaciones que sostuve con Daniel Matul (Guatemala), René Orellana (Bolivia), Ramiro Molina (Bolivia) y correspondencia electrónica con Claudio Tusco (Bolivia). Agradezco a Edgar Ardila y Ximena Soruco para sus comentarios sobre el borrador del documento en julio 2006.

² Lindsay Reed “Bolivian Peasants turn to Lynch Law” *The Guardian Observer* (19 de Septiembre 2004), online: <<http://observer.guardian.co.uk/international/story/0,,1307818.00.html>>.

³ El mal uso o falta de entendimiento del término justicia comunitaria es exacerbado por los medios de comunicación impresos. Ver por ejemplo: “La autocrítica en la justicia,” Editorial, *La Razón* (11 de enero de 2006), online: <http://www.la-razon.com/versiones/20060111_005418/nota_245_237039.htm>. El editorial incluye el siguiente comentario: “... algunas veces la gente procede a aplicar justicia comunitaria que es una aberración en pleno siglo XXI.”

Ver también: “Justicia Comunitaria,” Editorial, *La Razón* (24 de marzo 2006), online: <http://larazon.glradio.com/Versiones/20060324_005490/nota_245_262840.htm>. El editorial comienza: “Nada justifica la aplicación de justicia comunitaria.”

⁴ “Los comunarios de Ayo Ayo se responsabilizan por crimen de Alcalde,” *Bolpress* (18 de junio de 2004), online: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2002081376&PHPSESSID=da1d0df57b>>. En un seminario al que asistí, el académico Marcelo Fernández sostuvo que el asesinato de Altamirano constituyó una legítima sanción de la pena de muerte al final de un proceso jurídico aymara (julio de 2004).

caso de Ayo Ayo ejemplificó para mí muchas de las tensiones que surgen cuando múltiples expresiones de justicia coexisten en un país y me sirvió para lanzar esta pregunta académica.

En este documento examinaré las tensiones existentes entre las sanciones penales corporales aplicadas en algunos sistemas jurídicos indígenas⁵ y normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos, como el derecho a la autodeterminación, el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado o sometido a la esclavitud.

Mientras en Canadá los pueblos indígenas no gozan, en su mayor parte, de autonomía en la aplicación de prácticas jurídicas tradicionales más allá de la participación en la sentencia criminal, en otros países de América, como en Bolivia y Colombia, el derecho de aplicar leyes indígenas está constitucionalmente reconocido. El desafío en estos países es definir ¿en qué medida las prácticas de la justicia comunitaria de los pueblos indígenas se deben limitar por el derecho internacional y nacional? El debate público y la jurisprudencia constitucional señalan a las sanciones penales como área de tensión significativa entre los sistemas jurídicos. Académicos y autoridades de gobierno, en sus intentos de promover el pluralismo jurídico están desafiados a reconciliar prácticas de la justicia comunitaria -tales como sanciones corporales que parecen ser violaciones *prima facie* de derechos humanos nacionales e internacionales- con el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas.

Las sanciones corporales aplicadas en algunas comunidades indígenas en Bolivia y Colombia como la flagelación, el cepo o la pena de muerte, presentan al sistema legal estatal -ente responsable del cumplimiento de las leyes de Derechos Humanos y tratados internacionales- complejos dilemas de interculturalidad. En Bolivia, se espera que el actual

⁵ Uso el término derecho indígena o sistema legal indígena alternativamente a través del documento. Evito el uso del término leyes indígenas consuetudinarias a menos que el término sea aplicado por algún participante en el contexto jurídico interno, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional en Bolivia. Autores han rechazado el uso de términos como Ley Folklórica o Leyes Indígenas Costumbristas. Ver: Sally Engle Merry, "Legal Pluralism" (1988) *Law & Soc'y Rev.* 869 p. 875-879; Marcelo Fernández Osco, *La Ley del Ayllu* (La Paz: PIEB, 2000) p. 28-30.

proceso de reformas constitucionales aborde asuntos de autonomía incluyendo el respeto por el derecho indígena⁶. Mientras el contexto político se ha transformado radicalmente debido a la elección del primer presidente de origen indígena del país, Evo Morales, las leyes estatales continúan juzgando a las autoridades indígenas por la aplicación de su propio derecho, pese a existir garantías constitucionales para la aplicación de su “derecho consuetudinario”. En Colombia, la autonomía de la jurisdicción indígena, incluyendo la aplicación de sanciones corporales, ha sido ampliamente considerada por la Corte Constitucional⁷ en los últimos quince años desde que la *Constitución Política 1991*⁸ fue promulgada.

Argumentaré que mientras las sanciones corporales pueden parecer *prima facie* al violar normas de derechos humanos, su aplicación legal por autoridades judiciales indígenas puede ser aceptable dentro de un marco de pluralismo jurídico que privilegia la autonomía del derecho indígena y mecanismos jurídicos interculturales.

Para avanzar sobre este argumento, propongo un acercamiento alternativo al pluralismo jurídico que intenta transformar el escenario donde múltiples culturas jurídicas en un solo territorio estatal pueden chocar. Para determinar los elementos de tal acercamiento examinaré enfoques teóricos actuales de pluralismo jurídico y demandas hechas por la autonomía de los pueblos indígenas y específicamente, el derecho indígena. Los atributos de un enfoque prescriptivo al cual llamo “pluralismo juri-cultural transformativo”⁹ proporcionarán

⁶ Para la discusión del proceso de reforma constitucional en Bolivia, ver: International Crisis Group, “Bolivia’s Rocky Road to Reforms” *America Latinan Report 18* (3 July 2006), online: International Crisis Group <<http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?l=1&id=4199>>.

⁷ En adelante Corte Constitucional.

⁸ *Constitución Política, 1991* (Colombia), Gaceta Constitucional No. 116, 1991 [En adelante *Constitución o Constitución Colombiana*].

⁹ El término “pluralismo juri-cultural” es usado por Bunn-Livingstone para incorporar aspectos culturales y jurídicos del derecho para reconocer que el derecho está culturalmente definido. Ver: Sandra L. Bunn-Livingstone, *Juricultural Pluralism vis-à-vis Treaty Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2002).

las bases para una evaluación de las tensiones entre las culturas jurídicas en el contexto nacional (en Bolivia y Colombia) y la esfera internacional.

En la segunda sección describiré distintos aspectos de las normas penales y las sanciones en términos generales antes de presentar estudios de caso de dos comunidades indígenas. El estudio de caso boliviano se refiere a una comunidad Aymara y la segunda comunidad estudiada es el territorio indígena Nasa en Colombia. Los estudios de caso proporcionarán la perspectiva local sobre los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas de manera que el subsiguiente análisis de las tensiones sea sensible al contexto político y social en lo local y nacional. Posteriormente, la situación legal de jurisdicción interna, en términos de artículos constitucionales, de legislación y de jurisprudencia constitucional, será examinada en relación a las cualidades del enfoque jurídico-cultural del pluralismo. El objetivo de esta revisión jurídica interna es destacar las tensiones entre culturas jurídicas en cada país, incluyendo el tratamiento actual de sanciones corporales por la ley y jurisprudencia estatal. Examinaré luego el derecho internacional que estipula la autonomía indígena¹⁰ así como también la integridad física individual, como el derecho a la vida¹¹ y la prohibición de ser sujeto de tortura o tratamiento inhumano.¹² Los límites sobre la jurisdicción legal indígena y los límites en sanciones corporales prescritos por instrumentos

¹⁰ Para garantías de autodeterminación, Ver: Human Rights Council, *Reporte de la Asamblea General en la Primera Sesión del Concejo de Derechos Humanos (Borrador)*, HRC Res. 2006/2, UN HRC, 1st Sess., UN Doc. A/HRC/1/L.10 (2006) p. 56, online <<http://www.ohchr.or/english/bodies/hrcouncil/1session/documentation.htm>> [En adelante *Declaración de Naciones Unidas*]; *El Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, OR OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.139/03 (2003) [En adelante *El Proyecto de Declaración Americana*].

¹¹ Para garantías del derecho a la vida, Ver: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, [En adelante *Pacto Civil Político*] 19 Diciembre 1966, 999 UNT.S. 171, 6 I.L.M. 368 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), online: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm> en Art. 6; *Convención Americana de Derechos Humanos*, 196, 22 de noviembre de 1969, 17955 UNT.S. 1144, O.A.S.T.S. 36 (entrada en vigor el 18 de julio de 1978) en Art. 4 [De aquí en adelante *Pacto de San José*].

¹² Para prohibiciones contra la tortura, Ver: *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11 Art. 7; *Pacto San José*, *supra* nota 11 at Art. 5; *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 10 de diciembre de 1984, 1465 UNT.S. 85, 23 I.L.M 1027 (entrada en vigor 26 de junio 1987) [En adelante *Convención contra la Tortura*].

jurídicos internacionales como la *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes*¹³ y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹⁴ serán revisados.

Finalmente, reflexionaré sobre las tensiones presentes en las esferas nacionales e internacionales a la luz del uso de castigos corporales por algunos sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el derecho nacional e internacional revisado en secciones precedentes. Concluiré mi argumentación considerando el actual grado de pluralidad jurídica en Bolivia y Colombia y propondré cómo el pluralismo juri-cultural transformativo puede enfocar, sino resolver, tensiones dentro un discurso intercultural innovador.

2. Pluralismo jurídico y Autonomía Indígena

Mi proposición para un pluralismo juri-cultural transformativo irá ampliándose en ésta sección. Argumentaré que este acercamiento desarrollará la autonomía indígena a mayor nivel que los actuales enfoques teóricos de pluralismo jurídico. Para establecer un acercamiento alternativo primero revisaré la teoría actual en el conocimiento sobre pluralismo jurídico para determinar si los aspectos de estos enfoques concuerdan con la autonomía indígena¹⁵. Examinaré los factores de la diferencia indígena, que requieren de una amplia noción de la autonomía del derecho indígena. Finalmente, señalaré los elementos del pluralismo juri-cultural transformativo, para avanzar en mi principal hipótesis de que pese a las tensiones entre culturas jurídicas, este acercamiento pluralista reconoce que un sistema jurídico autónomo puede sancionar actos criminales de los miembros de la comunidad de acuerdo a su propio derecho.

¹³ *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 27 de Junio 1989, 72 OIT Official Bull. 59, 28 I.L.M. 1382 (entrado en vigor el 5 de Septiembre de 1991), online: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> > [De aquí en adelante *Convenio 169*].

¹⁴ *Pacto Civil Político* supra nota 11.

¹⁵ Esta revisión es importante dado el empleo confuso de términos como el pluralismo jurídico y la pluralidad jurídica sin la definición clara o la descripción de su contenido.

A. Definiendo el Pluralismo Jurídico

Existen varias corrientes de pluralismo jurídico que podrían ser caracterizadas aproximadamente como pluralismo céntrico estatal (o pluralismo centralizado por el estado),¹⁶ pluralismo socio-jurídico,¹⁷ y pluralismo jurídico postmoderno.¹⁸ Pese a que el término pluralismo jurídico es empleado frecuentemente, especialmente con referencia a derecho indígena en América Latina, no siempre va acompañado de una completa discusión del significado que el autor le atribuye, más allá de un rechazo al monismo¹⁹ jurídico. Por ejemplo, el término es definido brevemente en notas de pie en artículos sobre pluralismo jurídico y derecho indígena en los trabajos de Raquel Yrigoyen,²⁰ Rachel Seider²¹ y Donna

¹⁶ John Griffiths caracteriza este como pluralismo débil puesto que mantiene un centralismo de la ley estatal. Ver: John Griffiths, "What is Legal Pluralism" (1986) 24 J. Legal Pluralism 1. Sally Engle Merry lo denomina pluralismo jurídico "clásico". Ver: Sally Engle Merry, *supra* nota 5. André Hoekema llama a esta forma de pluralismo como pluralismo formal legal unitario. Ver: André Hoekema, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario" (2002) 26-27 El Otro Derecho 63 (Colombia). Woodman lo denomina pluralismo de la ley estatal. Ver: Gordon Woodman, "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism" (1998) 42 J. Legal Pluralism 21.

¹⁷ Griffiths se refiere a este como pluralismo jurídico estricto. Merry llama a este pluralismo jurídico relacionado con normas sociales como "el nuevo" pluralismo legal. Woodman lo denomina pluralismo jurídico profundo. Es generalmente estudiado por antropólogos jurídicos y sociólogos. Ver: Griffiths, *supra* nota 16; Merry, *supra* nota 5; Woodman, *supra* nota 16.

¹⁸ Ver: Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995) [Santos 1995]; Martha-Marie Kleinhans & Roderick A. Macdonald, "What is a Critical Legal Pluralism" (1997) 12 C.J.L.S. 25; Margaret Davies, "The Ethos of Pluralism" (2005) 27 Sydney L. Rev. 87.

¹⁹ Monismo es usado de manera intercambiable con los términos de 'centralismo jurídico' (John Griffiths) o 'singularidad' (Margaret Davies) para referirse a la idea de que la ley estatal, en la tradición positivista, es coherente, unitaria y universal en su aplicación neutral y cultural. La propuesta del pluralismo jurídico intenta, de varios modos, responder a este monismo. Ver: Griffiths, *supra* nota 16 y Davies, *supra* nota 18.

²⁰ Raquel Yrigoyen Fajardo, "Perú: Pluralist Constitution, Monist Judiciary: A Post-Reform Assessment" en Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in America Latina: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 157 p. 178, nota al pie 2: "legal pluralism assumes that a number of legal systems can exist within the same geo-political space" [Yrigoyen 2002]. Aunque en otro artículo Yrigoyen examina el contenido de reformas constitucionales en los países andinos y propone algunos elementos que podrían ser llamados pluralismo jurídico formal. Ver: Raquel Yrigoyen Fajardo, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos" en 30 El Otro Derecho 171 (Colombia) [Yrigoyen 2003].

²¹ Rachel Seider, "Recognising Indigenous Law and the Politics of State Formation in Mesoamerica" en Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in America Latina: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 184 en nota al pie 2: "a plurality of continually evolving and interconnected processes enmeshed in wider power relations."

Lee Van Cott,²² quienes escriben frecuentemente acerca de pluralismo y derecho indígena en América Latina. La carencia de cuestionamientos sobre el significado de pluralismo jurídico es por un lado problemático, dado que estos y otros académicos están promoviendo el reconocimiento del derecho indígena basado en el concepto de pluralismo jurídico, pero por otro lado, debe admitirse que ha habido muy poco debate sobre modelos teóricos del pluralismo jurídico en los últimos 20 años.²³

El pluralismo céntrico estatal del Estado post-colonial se caracteriza por el reconocimiento de la pluralidad dentro del sistema legal estatal. A pesar del término aplicado (clásico, débil o formal) este pluralismo céntrico estatal se refiere a diferentes leyes para diferentes grupos de la sociedad, todavía en el marco del derecho estatal y a menudo en un contexto colonial o post-colonial. Donna Lee Van Cott sostiene que “El término pluralismo jurídico connota la simultanea existencia de sistemas normativos distintivos dentro de un solo territorio, una condición generalmente asociada a las reglas coloniales.”²⁴ Este tipo de pluralismo jurídico ocurre cuando el Estado reconoce el “otro” derecho, como el “derecho consuetudinario” de los pueblos originarios, pero puede restringir su aplicación a asuntos personales en los cuales el Estado no estaba o no está involucrado.²⁵ La tolerancia del

²² “Legal pluralism is ‘the coexistence of different normative orders within one socio-political space’.” Franz von Benda-Beckmann, “Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism” (1997) 9 *Law and Anthropology* 1, cited in Donna Lee Van Cott, “Legal Pluralism and Informal Community Justice Administration in America Latina” (Documento presentado en la Informal Institutions and Latin American Politics Conference April 2003) en nota al pie 3 [inédito][Van Cott 2003]. Ver también: Donna Lee Van Cott, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia (2000) 32 *J. Lat. Am. Stud.* 207 [Van Cott 2000].

²³ En 1986, John Griffiths planteaba “There are practically no explicit definitions of legal pluralism, in the descriptive sense with which we are concerned, to be found in the literature.” John Griffiths, *supra* nota 16 p. 9. En 1998, Gordon Woodman emprendió la tarea de reexaminar las líneas principales de pluralismo legal. Ver: Woodman, *supra* nota 16. Para una descripción útil del trabajo pasado y reciente sobre pluralismo jurídico relacionado con derechos indígenas en América Latina, Ver: Carlos Ochoa García, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico* (Guatemala: CHOLSAMAJ, 2002); Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, *Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas: Memoria* (La Paz: Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, 1998); Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos indígenas* (San José: IIDH, 1999).

²⁴ Van Cott 2000, *supra* nota 22 p. 209.

²⁵ *Ibid.*

Estado por “otras” culturas legales puede deberse a la falta de disposición o incapacidad de asegurar que la ley estatal alcance todas las áreas de su territorio. John Griffiths indica que esto es un “débil” pluralismo jurídico porque el Estado tolera la realidad social en su territorio reconociendo formalmente un orden legal paralelo, pero sin renunciar al objetivo del centralismo legal.²⁶ M. B. Hooker, en uno de sus importantes primeros trabajos sobre el pluralismo jurídico estatal, examinó la incorporación del derecho indígena en los sistemas jurídicos neo-coloniales y sin reservas argumenta que solo un derecho puede ser dominante, siendo el otro subordinado.²⁷

Argumentaré que este pluralismo jurídico céntrico estatal caracteriza la actual situación en países y entre investigadores que escriben sobre derechos indígenas en América Latina,²⁸ porque, a pesar del reconocimiento de la pluralidad cultural en un territorio del Estado,²⁹ hay aceptación de la conceptualización liberal del Estado y del Derecho. Este enfoque liberal implícitamente mantiene el mito del Estado-nación unitario con las culturas de naciones originarias subordinadas a la cultura legal dominante. El reconocimiento constitucional oficial por el Estado del “otro” derecho no estatal puede ser aplicado con la intención de mantener estas culturas jurídicas en una posición inferior.³⁰ Margaret Davies observa que el reconocimiento del derecho indígena por parte del poder judicial estatal en términos centralistas es inclusión excluyente y advierte la relación igualitaria entre sistemas

²⁶ Ver: Margaret Davies, *supra* nota 18 p. 91-93, para una descripción concisa de centralismo legal.

²⁷ M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford: Clarendon Press, 1975).

²⁸ Por ejemplo, Ver: los escenarios jurídicos internos en Bolivia y Colombia más abajo. Para ejemplos de trabajos de investigación sobre derechos indígenas y multiculturalismo o pluralismo jurídico, ver también: Camilo Borrero García, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas* (Bogotá: CINEP, 2003); Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación Entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal* (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999) c. 1, online: <<http://alertanet.org/b-pautas.htm>> [Irigoyen 1999].

²⁹ *Constitución Política del Estado, 1994* (Bolivia), enmendada por Ley No. 2650, 2004 Art. 1 [*Constitución o Constitución Boliviana*]; *Constitución Colombiana, supra* nota 8 Art. 1 y 7.

³⁰ Para una descripción de garantías constitucionales en países de América Latina, Ver: Cletus Gregor Barié, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2nd ed. (México: Instituto Indigenista Interamericano, 2003), online: <<http://www.indigenista.org/web/cletus/index.html>>.

jurídicos.³¹ Sin embargo, estoy de acuerdo con investigadores como Gordon Woodman³² quien indica que el pluralismo jurídico estatal no debería ser sumariamente descartado puesto que un orden legal puede exhibir una variedad de grados de pluralismo interno. Este pluralismo podría ser la opción más segura de pluralismo en una democracia liberal que mantiene la noción de Estado-nación.

El enfoque socio-legal del pluralismo jurídico promueve una definición sociológica más amplia de “sistema normativo plural en el mismo campo social”³³ o “heterogeneidad normativa.”³⁴ El derecho es definido como “auto regulación de un campo social semi-autónomo.”³⁵ Griffiths investiga el pluralismo jurídico empírico en un campo social, no en un sistema legal o con un enfoque jurídico.³⁶ Sally Engle Merry adopta este “nuevo pluralismo jurídico,”³⁷ a pesar de que reconoce el peligro en tan amplia definición social.³⁸ Woodman critica esta forma de pluralismo jurídico porque el límite entre el derecho no estatal y el fenómeno social no-legal es ambiguo o impreciso³⁹ y carece de una definición de los elementos constituyentes de una ley no estatal, esta produce un “océano ilimitado de normas sociales”⁴⁰. Este enfoque de la “versión de la ciencia social del pluralismo legal,”⁴¹

³¹ Davies, *supra* nota 18 p. 102.

³² Woodman, *supra* nota 16 p.38.

³³ Merry, *supra* nota 5 p. 873. Ambos, Merry y Griffiths adoptan el término de campos sociales “semi-autónomos”. Sally Falk Moore, *Law as Process* (London: Routledge, 1978).

³⁴ Griffiths, *supra* nota 16 p. 38.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* Griffiths argumenta: “Legal pluralism is an attribute of a social field and not of ‘law’ or a ‘legal system’.”

³⁷ Merry, *supra* nota 5 p. 873.

³⁸ Merry, *supra* nota 5 p. 878-879, “In writing about legal pluralism, I find that once legal centralism has been vanquished, calling all forms of ordering that are not state law by the term law confounds the analysis. The literature in this field has not yet clearly demarcated a boundary between normative orders that can and cannot be called law”. Merry, *supra* nota 5 p. 878-879.

³⁹ Woodman, *supra* nota 16 p. 44.

⁴⁰ Woodman, *supra* nota 16 p. 54. Ver también: Gregor McLennan, *Pluralism* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995) at 48: “law quickly disappears into a potentially endless mélange of customs, practices, sub-cultural norms, and rule –governed behaviour of any type whatsoever”. Ver también: Brian Z. Tamanaha, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism” (2000) 27 J. L. & Soc’y 296.

ejemplificado por antropólogos como Moore y Merry ha visibilizado los sistemas normativos y jurídicos no estatales, frecuentemente referidos como prácticas no oficiales o informales de resistencia⁴² en una localidad.

Este enfoque de la ciencia social del pluralismo jurídico ha sido estrechamente asociado al estudio antropológico del “derecho” por académicos “occidentales” en culturas “no occidentales”.⁴³ Los desafíos del estudio intercultural destacaron la necesidad de determinar sus propios conceptos de derecho y de definir un área de estudio medible con una definición del derecho que fuera útil a través de culturas. Este ejercicio en definición es complejo desde que, como Clifford Geertz y otros sugieren, el derecho es culturalmente construido y culturalmente entendido.⁴⁴ La premisa de que el derecho está dentro de la cultura, no separado o aislado del sistema, hace obvia la necesidad de contextualizar cualquier estudio de pluralismo jurídico y de iniciar desde una posición de diferencia.⁴⁵

Yo postularía que el enfoque socio-legal de la ‘pluralidad normativa’ promueve la interrogante de diversas experiencias “jurídicas” no consideradas previamente como derecho, pero la literatura diluye la definición del derecho hacia todos los tipos de control social que podrían ser considerados “derecho”.⁴⁶ Sin duda que la tarea de investigación es un reto cuando mucho del pluralismo jurídico es un ejercicio comparativo entre culturas jurídicas y sociales, sin embargo, la dispersión de un enfoque socio-legal no aborda la

⁴¹ Merry, *supra* nota 5 p. 872.

⁴² Merry, *supra* nota 5 p. 878: “The outside legal system penetrates the field but does not dominate it; there is room for resistance and autonomy.”

⁴³ Este enfoque de ‘la etnografía del derecho’ fue ejemplificado por Laura Nader y otros, en su renombrado libro: Laura Nader, *Law in Culture and Society* (Chicago: Aldine Publishing Company, 1969). El texto incluye capítulos de principales antropólogos que trabajan en la etnografía de ley: Paul Bohannan, Max Gluckman, Sally Falk Moore, Leopold Pospisil, entre otros.

⁴⁴ Clifford Geertz, *Local Knowledge* (New York: Basic Books, 1983) at 232. Ver también: Lawrence Rosen, *Law as Culture* (Princeton: Princeton University Press, 2006); Carol J. Greenhouse, “Legal Pluralism and Cultural Difference: What is the Difference? A Response to Professor Woodman”, (1998) 42 *J. Legal Pluralism* 61.

⁴⁵ Rosen, *supra* nota 44 p. 6.

⁴⁶ Woodman, *supra* nota 16 p. 45.

situación donde los sujetos de culturas jurídicas “informales” o “no oficiales” buscan jurisdicción “formal” mediante la autonomía. Acepto que la normativa de pluralidad es una realidad social empírica en la mayoría de los países,⁴⁷ pero esta aproximación no es provechosa al propósito de describir los sistemas jurídicos autónomos, y, como pluralismo céntrico estatal, ha dependido también de la continua dominación del derecho estatal como base para el análisis contrario o desconforme⁴⁸ sin contemplar la transformación del Estado.

El pluralismo jurídico crítico postmoderno es un “enfoque relativamente no desarrollado,”⁴⁹ pero es útil en su atención a la construcción del conocimiento y significado de los sujetos del derecho. Los sujetos son considerados activos en derecho cuando identifican a que orden jurídico pertenecen⁵⁰.

Un pluralismo jurídico crítico [...] se apoya en la idea de que es el conocimiento que mantiene y crea realidades. Los sujetos legales no están completamente determinados; poseen una capacidad de transformación que les permite producir conocimiento legal y formar las mismas estructuras del derecho que contribuyen a constituir su subjetividad legal. Esta capacidad de transformación está conectada directamente a su particularidad sustantiva. Esto otorga a los sujetos legales la responsabilidad para participar en las múltiples comunidades normativas por las cuales ellos reconocen y crean su propia subjetividad legal.⁵¹

Los principios del pluralismo jurídico crítico promovidos por Martha-Marie Kleinhans y Roderick Macdonald son compatibles con la autonomía y la identidad de los distintos pueblos. Su enfoque, aparentemente consecuente con el método de epistemología subjetiva, avanza en un número importante de factores metodológicos. Primero, los sujetos son la

⁴⁷ El monopolio de ley estatal en la administración de justicia es un mito. Ver: Griffiths, *supra* nota 16; Santos 1995, *supra* nota 18; Edgar Ardila, “Pluralismo jurídico: apuntes para el debate” (2002) 26-27 *El Otro Derecho* 49 p. 52-53 (Colombia).

⁴⁸ McLennan, *supra* nota 40 p. 49.

⁴⁹ Davies, *supra* nota 18 p. 107, en referencia al pluralismo crítico legal.

⁵⁰ Kleinhans & Macdonald, *supra* nota 18 p. 36, los autores plantean la pregunta “Within which legal order does the particular legal subject perceive himself or herself to be acting –whether resisting or sustaining?”

⁵¹ Kleinhans & Macdonald, *supra* nota 18.

autoridad legal e influyen activamente en “el derecho”.⁵² Segundo, reconocen que los sujetos legales poseen múltiples identidades y por ende, perciben múltiples sistemas jurídicos.⁵³ Tercero, el pluralismo jurídico crítico reconoce la habilidad de los sujetos de construir el derecho, o, en otras palabras, transforman lo que ellos creen que es el derecho a través de la “práctica emancipadora”.⁵⁴ Los autores reconocen que su enfoque parece individualista sin considerar al grupo social o comunidad, y que esto parece estar metodológicamente en oposición a la teoría sustantiva del pluralismo jurídico. Yo argumentaría que estas limitaciones no son adecuadamente resueltas por los autores. Boaventura de Sousa Santos,⁵⁵ por otro lado, promueve la idea de comunidades como sujetos legales colectivos. En mi consideración, parece que ambos, individuos y comunidades, como autoridades del derecho que poseen múltiples narrativas, son esenciales para el proceso transformativo. En mi opinión, la principal contribución del pluralismo crítico jurídico postmoderno: es la promoción de un método subjetivo de discurso contra-hegemónico y creación de conocimiento⁵⁶.

Como mencioné en líneas anteriores, la literatura sobre derecho indígena en América Latina retiene elementos del enfoque del pluralismo jurídico céntrico estatal sin prescribir soluciones para un mayor pluralismo jurídico expansivo. Han habido esfuerzos rudimentarios

⁵² Kleinhans & Macdonald, *supra* nota 18 p. 40: “A critical legal pluralism presumes that subjects control law as much as law controls subjects within its normative sphere.”

⁵³ *Ibid.* La situación real en Bolivia ilustra este punto: los pueblos rurales indígenas pueden identificarse con la ley estatal o comunal y los individuos que conservan derechos comunales pero viven en centros urbanos añaden otra nivel de identidad. Ver: Miguel Urioste F. de C., *Los Nietos de la Reforma Agraria* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005) p. 37-39, online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>.

⁵⁴ *Ibid.* p. 46.

⁵⁵ Ver: Santos 1995 *supra* nota 18 y también Boaventura de Sousa Santos, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights” en Berta Hernandez-Truyol, ed. *Moral Imperialism: A Critical Anthology* (New York: New York University Press, 2002), capítulo disponible online: <<http://www.ces.uc.pt/bss/papers.htm>> [Santos 2002] y Boaventura de Sousa Santos, “The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique” (2006) 40 *Law & Soc’y Rev.* 39 [Santos 2006].

⁵⁶ Santos 1995, *supra* nota 18 propone la práctica y el discurso contra hegemónico (que él llama ‘cosmopolitanismo’) y el ‘conocimiento emancipatorio’ que privilegia la narrativa local subjetiva.

formales “para establecer el pluralismo jurídico”⁵⁷ a través del reconocimiento constitucional⁵⁸ pero esto no se ha traducido en la jurisdicción autónoma deseada por los pueblos indígenas. Además, los académicos del pluralismo jurídico han sido criticados por su aceptación del Estado como un elemento estático y fijo del derecho sin ningún análisis político crítico⁵⁹. De hecho, los estudios académicos sobre derechos indígenas y pluralismo jurídico en América Latina no critican suficientemente el rol del Estado ni la definición del “derecho”. Considero el primer tema de debate emergente de la revisión del concepto de pluralismo jurídico es cómo definir derecho a través de las culturas sociales y jurídicas. También argumentaría que un enfoque transformativo debe buscar la transformación del derecho estatal (y por ende el Estado) para luego pluralizar los escenarios actuales.

Un pluralismo jurídico más relevante necesita mirar hacia adelante para tener una mayor precisión y re-definición, sin retroceder hacia un tradicional modelo neo-colonial.⁶⁰ Los sistemas jurídicos indígenas han evolucionado incorporando elementos del derecho colonial y moderno al mismo tiempo que ha retenido su particularidad. Santos ha denominado esta interacción entre tipos de derecho como “ínter-legalidad”.⁶¹ En su exhaustivo intento de examinar la paradigmática transición posmodernista del derecho, Santos también ofrece elementos claves en la definición de derecho y la reconfiguración del derecho estatal en una situación de pluralidad jurídica.⁶² Él define derecho como: “(...) un

⁵⁷ Van Cott 2003, *supra* nota 22 p. 2, ella sugiere la formalización de justicia informal en países andinos para establecer el pluralismo legal.

⁵⁸ El reconocimiento oficial a través de garantías constitucionales no implica automáticamente el respeto del Estado por otras culturas jurídicas. Seider sugiere que el reconocimiento oficial puede ser como una extensión de la dominación estatal en territorios y comunidades que antes estaban fuera de la influencia estatal. Seider, *supra* nota 21 p. 200.

⁵⁹ Santos 1995, *supra* nota 18 p. 117.

⁶⁰ Varios autores sostienen que la ley indígena no es un sistema premoderno congelado en tradiciones precoloniales. Santos 1995, *supra* nota 18 p. 473.

⁶¹ Santos 1995, *supra* nota 18 p. 473. Ver también: René Orellana Halkyer, *Interlegalidad y Campos Jurídicos* (Cochabamba, Bolivia: Huella Editores, 2004).

⁶² Santos 1995, *supra* nota 18 p. 114. Santos prefiere "la pluralidad de órdenes jurídicos" al término de pluralismo jurídico y sostiene también que la pluralidad legal siempre fue la realidad empírica. En recientes trabajos Santos

cuerpo de procedimientos regularizados y reglas normativas, consideradas justiciables en cualquier grupo, lo cual contribuye a la creación y prevención de disputas, y a su resolución a través de un discurso argumentativo, unido a la amenaza del uso de la fuerza.”⁶³ Percibo los elementos esenciales de esta definición como el establecimiento y la formalidad de normas y procedimientos; su administración o adjudicación por una autoridad legítima; y la otorgación de poder a la autoridad para sancionar transgresiones. La definición de Santos sugiere que hay decididamente un significado jurídico para que el sistema normativo sea considerado “derecho.”⁶⁴ Brian Tamanaha⁶⁵ critica a Santos por su exageradamente amplia definición jurídica a la cual él considera como funcionalista dado que la misma busca el orden social en un grupo a través de la imposición de normas. Yo argumentaría que esta definición jurídica es suficientemente amplia para captar cómo el derecho es identificado internamente por los sujetos legales pero también suficientemente limitada para enfocarse en convenciones culturales para la resolución de disputas. Tamanaha reconoce que el derecho es una construcción cultural y a la vez sugiere una definición metodológica basada en lo convencional en lugar de en un criterio sustantivo: Derecho es lo que las personas identifican y tratan a través de sus prácticas sociales como ‘derecho’.”⁶⁶

Esta construcción subjetiva de conocimiento jurídico es consistente con la autonomía del derecho indígena y con el derecho de autodeterminación. Los pueblos indígenas han

usa el término de hibridación legal para explicar la interacción entre derecho "tradicional" y el derecho estatal o "moderno" que resulta en "la pluralidad multicultural legal" en un estado heterogéneo como Mozambique. Ver: Bonaventura de Sousa Santos "El Estado Heterogéneo y el pluralismo jurídico en Mozambique", ver Santos 2006 *supra* nota 55.

⁶³ Santos 1995, *supra* nota 18 p. 428-429.

⁶⁴ Pluralismo Jurídico es el término usado en América Latina y a mí me parece el término más exacto para distinguir entre la administración de justicia por una autoridad reconocida con el poder de sancionar y el uso de la fuerza desde otros procesos sociales normativos que carecen de poder coercitivo.

⁶⁵ Brian Z. Tamanaha, *supra* nota 40 p. 302 y 303: "... Santos has in effect juridified the social world" p. 300-301, Tamanaha critica el análisis funcional de los conceptos de derecho en el pluralismo jurídico por dos motivos. Primero, la idea que ve el derecho como un fenómeno social no tiene fronteras. Segundo, el enfoque que define el derecho como la ejecución institucionalizada de normas asume erróneamente que el derecho es una fuente principal de orden social y también es sacada de una definición de derecho estatal.

⁶⁶ *Ibid.* p. 313.

construido históricamente su propio derecho basados en la práctica y el entretrejo de culturas jurídicas. Yo argumentaría que un enfoque de pluralismo jurídico que promueve la autonomía del derecho indígena debe considerar una combinación de la definición jurídica de Santos con la que los pueblos indígenas identifican como derecho. Mientras que el significado subjetivo del derecho podría ser priorizado, la investigación jurídica sobre la resolución de disputas expresamente define los límites de una cultura legal.⁶⁷ La manera subjetiva en que los pueblos indígenas definen sus propias normas, sanciones, procedimientos y dan legitimidad a sus autoridades, es esencial al desarrollo de un enfoque de pluralismo jurídico que asegure una relación dialéctica entre indígenas y otros sistemas jurídicos.⁶⁸ Sugiero este enfoque combinado de la definición del derecho porque, aparte de los órdenes jurídicos indígenas, el Estado necesita aparecer en el escenario, aunque en un rol transformador hacia una “sociedad radicalmente plural”⁶⁹.

André Hoekema describe un modelo formal igualitario el cual reconoce el derecho indígena como un sistema distinto, teniendo un status igual al derecho estatal.⁷⁰ Este modelo igualitario de pluralismo jurídico ve a la justicia indígena como constitutiva, operando paralelamente al sistema estatal, e integral al derecho de autodeterminación y autonomía

⁶⁷ “... defining a culture is a question of defining boundaries.” Immanuel Wallerstein, *Geopolitics and Geoculture* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) p. 187, citado en Santos 1995, *supra* nota 18 p. 257.

⁶⁸ Yo argumentaría que este acercamiento es compatible con la afirmación de Margarita Davies que el derecho es una expresión cultural y debe argumentarse en una fuerza política o social para su legitimidad porque es incapaz de argumentarse por sí mismo. Ver: Margarita Davies, *supra* nota 18 p. 109-110.

⁶⁹ Davies, *ibid.*, “If Law is essentially a cultural expression then the foundation for its legitimacy is a radically plural society”. Ver también: Luis Tapia, *La Condición Multisocietal: multiculturalidad, pluralismo, modernidad* (La Paz: Muela del Diablo, 2002) p. 34, Tapia describe el pluralismo radical en el ámbito político:

Un pluralismo radical, es decir, de las raíces y que se piensa como condición general y generalizable, no puede dejar de hacer una crítica de la explotación y de la exclusión y dominación política. Me parece que puede pensarse como idea regulativa el objetivo de un pluralismo radical en base a la idea de autodesarrollo en el proceso de cogobernarse con las otras libertades.

⁷⁰ Hoekema describe dos formas de pluralismo formal legal que funcionan a través del derecho constitucional: unitario e igualitario. Ver: André Hoekema, *supra* nota 16 p. 70-73.

política.⁷¹ Sin embargo, Hoekema se suscribe a un tribunal superior del Estado para asegurarse contra la desigualdad interna entre miembros de las comunidades.⁷² Yo argumentaría que la limitación de Hoekema sobre la autonomía indígena mantiene el centralismo e individualismo del Estado liberal sin otorgar suficiente respeto al derecho de autodeterminación y confianza en la capacidad de las comunidades indígenas para la autocritica y diversidad interna.⁷³ La transformación del Estado dentro de un pluralismo jurídico es señalada por Santos, quien menciona que el concepto liberal del Estado está siendo gradualmente reconfigurado “como la unidad y universalidad de la ruptura del sistema legal oficial, nuevas formas de pluralismo jurídico dentro de la legitimidad del Estado pueden levantarse, a lo cual llamaríamos pluralismo jurídico interno.”⁷⁴ En esta transición postmoderna global hacia el “conocimiento emancipatorio” y el sentido común, Santos arguye que el derecho debería ser “separado del Estado y el Estado separado de la nación.”⁷⁵ Esta idea de separación es crítica para la autonomía del derecho indígena. Un Estado “multi nacional”⁷⁶ o “multi societal”⁷⁷, como en el caso de Bolivia y Colombia, es

⁷¹ Hoekema, *supra* nota 16 p. 73-77; Fernández, *supra* nota 5 en la 30-31; Leon Sheleff, *The future of tradition: customary law, common law and legal pluralism* (London: Frank Cass Publishers, 1999) p. 17, Sheleff da el ejemplo de Nueva Zelanda donde no hay reconocimiento simple formal por un poder político dominante, pero un sistema paralelo.

⁷² Hoekema *supra* nota 16 p. 76. Esta posición de revisión por el Estado para asegurar la igualdad interna es compatible con las restricciones de Kymlicka sobre “prácticas contra valores liberales” de grupos nacionales. Ver: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1995) [Kymlicka 1995]. Sin embargo más tarde en su artículo Hoekema implícitamente refina su llamado a un tribunal de revisión, criticando la ausencia de magistrados indígenas en la Corte Constitucional Colombiana.

⁷³ Edgar Londoño Montoya & Nelson Romero Bossa, *Justicia Comunitaria Indígenas: El caso del CRIT* (Bogotá: Red de Justicia Comunitaria, 2005) p. 18, proporciona evidencia de autocritica en cuanto a la atención insuficiente de autoridades indígenas en ciertos casos como la manutención familiar. También, el Tribunal Indígena Superior de Tolima, como un tribunal de segundo instancia, es un ejemplo de revisión interna formalizada.

⁷⁴ Santos 1995, *supra* nota 18 p. 118.

⁷⁵ Santos 1995 *supra* nota 18 p. 96 (parafraseado).

⁷⁶ Will Kymlicka 1995, *supra* nota 72 usa el término multinacional o multi-nación para referirse a estados, como Canadá que tiene una multiplicidad de naciones o pueblos dentro de sus fronteras (ingleses, franceses y aborígenes).

⁷⁷ Luis Tapia, *supra* nota 69 p. 10-11. Tapia usa el término 'multisocietal' para contradecir la idea del Estado-nación, caracterizando multisocietal como la coexistencia y la sobreposición de diferentes sociedades. Kymlicka

inherentemente un arreglo “radicalmente plural” que necesitará un nuevo enfoque transformativo hacia el pluralismo jurídico.

Las demandas de los pueblos indígenas por autonomía nos brindan la oportunidad de evaluar la autodefinición subjetiva del derecho indígena como un campo jurídico y el repensamiento de un estado de múltiples naciones, dentro de un marco prescriptivo de pluralismo juri-cultural transformativo.

B. Autonomía del Derecho Indígena

Justificación para la Autonomía: Diferencia Indígena

La búsqueda de autonomía de los pueblos indígenas se basa en sus distintas identidades que son comúnmente descritas en términos históricos, culturales, territoriales y de soberanía. Esta distinción se observa para diferenciar el tratamiento que debería ser acordado a los pueblos indígenas en territorio estatal, comparado con el de grupos étnicos que no son considerados “naciones”.⁷⁸ La revisión de estos factores, a los cuales Patrick Macklem se refiere como “diferencia indígena”,⁷⁹ podría proveer una guía contextual sobre la precisión e identificación de los elementos de la definición del pluralismo juri-cultural transformativo que promoverán la autonomía.

La posición particular de los pueblos indígenas, comparada con la de las minorías étnicas, está basada en el factor histórico de que los pueblos indígenas ocuparon la tierra antes de la conquista y por ende, antes de la formación de los Estados. La desventaja histórica de los pueblos indígenas está bien documentada en la literatura legal e histórica.⁸⁰

usa el término cultura societal para referirse a las culturas territorialmente concentradas que han compartido idioma e instituciones. Kymlicka 1995, *supra* nota 72 p. 57; y Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 2001) [Kymlicka 2001].

⁷⁸ Ver: Kymlicka 1995, *supra* nota 72; Santos 1995, *supra* nota 18 p. 319.

⁷⁹ Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitución of Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2001).

⁸⁰ Ver: Ronald Wright, *Stolen Continents* (Toronto: Penguin Books, 1992); Rodolfo de Roux, *Dos Mundos Enfrentados* (Bogotá: CINEP, 1990); Bartolomé de Las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las*

La historia demuestra la imposición forzada de la cultura política, económica, legal y social de occidente sobre las culturas de los pueblos indígenas. En efecto, la colonización por las potencias europeas proporcionó el impulso en el desarrollo del derecho internacional como una categoría jurídica que reguló las relaciones entre colonizadores y pueblos indígenas. El derecho, en las esferas nacionales e internacionales, fue usado como un instrumento para avanzar la colonización a través de la subyugación de los pueblos indígenas a los poderes coloniales.⁸¹ Pese a la opresión a través de la conquista y la asimilación de políticas,⁸² los pueblos indígenas han resistido la subordinación “occidental” de sus culturas, incluyendo los sistemas jurídicos, habiendo sobrevivido, sino prosperado, en Bolivia y Colombia, entre otros países.⁸³ Los derechos indígenas han tomado un perfil sobre saliente en esferas nacionales e internacionales desde 1980,⁸⁴ facilitados por el surgimiento de los movimientos de derechos humanos⁸⁵ y un proceso al que Santos denomina cosmopolitanismo.⁸⁶ Este

Indias, 2nd ed. by Isacio Pérez Fernández (Madrid: Tecnos, 2004); Rodolfo Stavenhagen, “Indigenous Peoples and the State in America Latina: An Ongoing Debate” in Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in America Latina: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 24.

⁸¹ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* 2d ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004) p. 28; Russell Smandych and Rick Linden, “Co-existing forms of Aboriginal and private justice: An historical study of the Canadian West” in Kayleen Hazlehurst, ed. *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Hants, England: Avebury, 1995) 1 p. 5.

⁸² Académicos en América Latina mencionan que en la era colonial los españoles impusieron estructuras, roles, religión y trabajo forzado sobre los pueblos indígenas, pero por la segregación se permitió la continuidad de estructuras indígenas. Después de la independencia de España, en la era Republicana, los Estados de América Latina desarrollaron políticas de asimilación en un esfuerzo por fortalecer la creación de un Estado-nación basado en una identidad mestiza. Ver: Stavenhagen, *supra* nota 80; Yrigoyen 2002, *supra* nota 20 p.157; Rachel Seider, *supra* nota 21 p. 187-193.

⁸³ Estas publicaciones mencionan como el reclamo de prácticas jurídicas ha reforzado la identidad indígena: Londoño & Romero, *supra* nota 73 p. 19 y Martín Tingana, *Justicia Comunitaria Indígena: una Mirada desde la reivindicación del pueblo indígena de los Pastos* (Bogotá: Red de Justicia Comunitaria, 2005) p. 25.

⁸⁴ Xavier Albó, “Bolivia: From Indian and Campesino Leaders to Councillors and Parliamentary Deputies” in Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in America Latina: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 74 p. 76-77.

⁸⁵ Stavenhagen, *supra* nota 80 p. 31. Stavenhagen menciona la proliferación de movimientos de derechos humanos hacia el final de la guerra fría en los años 1980 y el apoyo de éstos a movimientos de derechos indígenas.

⁸⁶ Como mencioné *supra* nota 56, Santos usa ‘cosmopolitanismo’ para significar un discurso y práctica contra-hegemónica que suceden por relaciones transnacionales entre estados subordinados, regiones, clases y grupos: Santos 1995, *supra* nota 18 p. 263-264.

resurgimiento ha reforzado o permitido la práctica abierta del derecho indígena, donde antes éste había sido clandestino⁸⁷.

La diferencia cultural, como un factor de diferencia indígena, está intrínsecamente unida a la diferencia histórica. Macklem indica que las diferencias culturales de los pueblos indígenas están aferradas a prácticas de pre-contacto y resistencias de post-contacto y que las mismas caracterizan su modo de vida.⁸⁸ La cultura ha sido considerada igual a los conceptos de nación o sociedad por algunos académicos con el propósito de obtener protección expansiva para las culturas societales.⁸⁹ Una cultura, desde esta perspectiva, se refiere a la comunidad, nación o pueblos considerados como agrupaciones unidas por su historia común, identidad, instituciones e idioma.⁹⁰ Por supuesto, hay riesgos al generalizar sobre “culturas indígenas” en el sentido singular dado que cada nación indígena es distinta. Pese a este reconocimiento, los académicos observan una distinción común y predominante de las culturas indígenas, una visión de mundo (*cosmovisión*) que sirve como un concepto primordial para organizar cada nación espiritual, política, económica y socialmente. Las sociedades indígenas, como todas las colectividades, interpretan y aplican su visión de mundo a través de expresiones culturales, incluyendo su propio derecho.

Las distintas concepciones de tierra y territorio mantenidas por los pueblos indígenas también forman las bases del tratamiento diferencial dentro de los territorios estatales. La visión de mundo está basada en la sagrada relación entre los pueblos indígenas y la tierra. La usurpación de las tierras indígenas fue hecha a través de la conquista violenta en algunas áreas de las Américas, pero también a través de la imposición del derecho y la ficción judicial que supuso la tierra como vacante si los habitantes no eran lo suficientemente “civilizados” o

⁸⁷ Entrevista a Jorge Caballero, Miembro del Consejo Regional Indígena de Cauca. (1 Octubre 2005) Bogotá, Colombia.

⁸⁸ Macklem, *supra* nota 79 p. 48.

⁸⁹ Luis Tapia, *supra* nota 69.

⁹⁰ Ver: for example, Kymlicka 1995, *supra* nota 72 p. 18.

cristianos.⁹¹ La invasión de los conquistadores y colonizadores europeos a tierra sagrada y la relocalización forzada de las comunidades de sus territorios tradicionales tuvo efectos devastadores en el modo de vida indígena; pero la necesidad de usar la violencia o la fuerza legal es también indicativa de la fuerte resistencia de las naciones indígenas.⁹² En Bolivia y Colombia la recuperación de territorio ha sido crucial para el proceso de descolonización y reconstitución de la identidad indígena,⁹³ incluyendo el derecho indígena.⁹⁴

El uso distinto de la tierra es decisivo para las diferencias indígenas. Los estudios de casos, *infra*, demuestran el uso colectivo de la tierra y su posición central en la organización de la vida comunal. En Bolivia y Colombia la posesión de la propiedad es generalmente colectiva. Las autoridades comunales designan parcelas de tierra para uso familiar y para la subsistencia a través del trabajo agrícola.⁹⁵ Para disfrutar de la tierra comunitaria se deben cumplir con obligaciones hacia la comunidad.⁹⁶ El título legal y la jurisdicción sobre el territorio comunitario, proveen las bases para la autonomía de la nación o la sub unidad de las naciones indígenas.⁹⁷ El tema complicado para el pluralismo surge cuando la población

⁹¹ Macklem, *supra* nota 79 p. 91.

⁹² Rodolfo de Roux, *supra* nota 80 p. 176-177.

⁹³ Meredith Dudley, “Tierras e identidades en la intersección del Altiplano y la Amazonía: la reivindicación de los Lecos de Apolo” en N. Robins, ed. *Estudios Bolivianos Vol. II: Cambio y continuidad en Bolivia: etnicidad, cultura e identidad* (La Paz: Plural, 2005) 77.

⁹⁴ Londoño y Romero, *supra* nota 73 p. 19.

⁹⁵ En Bolivia las concepciones indígenas de tierras comunales han sido alteradas por la expropiación del estado colonial y luego republicano y/o la legislación, creando varias categorías de títulos, tanto colectivos como privados. Ver: Urioste F. de C., *supra* nota 53; Miguel Urioste F. de C. y Cristóbal Kay, *Latifundios, avasallamientos y autonomías* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005) p.7-10, online:

<http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>; Defensor del Pueblo, *Estudio de Derechos Humanos en Bolivia* (La Paz: Defensor del Pueblo, 2003) p.42.

⁹⁶ Ver estudio de caso, más abajo; Ver también: Gonzalo Colque Fernández, *Titikani Takaka* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005) p.47, online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>.

⁹⁷ Donna Lee Van Cott, “Constitucional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State relations” en Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in America Latina: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 45 [Van Cott 2002]. Van Cott sostiene que los derechos de propiedad colectivos están reconocidos en la legislación y Constitución boliviana pero la jurisdicción independiente sobre estas tierras no está admitida. Por otra parte, en Colombia la Constitución reconoce la autonomía sobre el territorio indígena.

de la nación no está situada dentro de una sub unidad geográfica definida por el Estado⁹⁸. Discutiblemente, esto será a futuro más complicado por la migración hacia las áreas urbanas.

Cuarto, la soberanía es “la expresión legal de la diferencia colectiva”.⁹⁹ La soberanía es la expresión del derecho de autodeterminación. En efecto, el debate¹⁰⁰ sobre autodeterminación de los pueblos indígenas en el derecho internacional está cerca a la resolución a través de su reconocimiento formal.¹⁰¹ La soberanía es frecuentemente interpretada como la independencia de una nación territorialmente definida, como ha sido el caso de la soberanía de Estado en el derecho internacional. Esta noción de “soberanía como Estado” es consistente con la idea de autodeterminación externa que implica la soberanía y relaciones igualitarias entre estados independientes. Sin embargo, hay otros modelos posibles de soberanía¹⁰² que implican soberanía territorial dentro de un Estado moderno, (autodeterminación interna) o soberanía igualitaria dentro de un Estado.¹⁰³ La mayoría de los grupos indígenas de América buscan alcanzar alguna forma de soberanía interna.¹⁰⁴

⁹⁸ Anaya 2004, *supra* nota 81 p.101. Posiblemente éste es el caso en la mayor parte de países donde los pueblos indígenas se han dispersado. Bolivia, sin embargo, representa esto a un mayor grado no sólo por la dispersión sino porque las numerosas naciones indígenas hacen que la mayoría de la población se identifique como perteneciente a un grupo indígena.

⁹⁹ Macklem, *supra* nota 79 p.111.

¹⁰⁰ Ver más abajo para mayor información sobre los actuales avances en el debate sobre autodeterminación.

¹⁰¹ Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 10.

¹⁰² Macklem, *supra* nota 79 p.108-112.

¹⁰³ S. Weissner, “Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis” in James Anaya, ed., *International Law and Indigenous Peoples* (Hants, England: Dartmouth Publishing, 2003) 257 p.283, sugiere soberanos co-iguales dentro de una estructura federal de 3 niveles de soberanía triádica.

¹⁰⁴ Van Cott 2000, *supra* nota 22 p.211. Van Cott hace esta conclusión con respeto a Bolivia y Colombia. [Nota del autor: Al menos un líder aymara en Bolivia, Felipe Quispe, ha abogado para la autodeterminación externa]. Las Seis Naciones también han mantenido su posición para la independencia del Estado canadiense: Ver: Darlene Johnston, “The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination” en James Anaya, ed., *International Law and Indigenous Peoples* (Hants, England: Dartmouth Publishing, 2003) 85 en nota al pie 2.

El auto-gobierno es la expresión esencial de soberanía. Sin embargo, los ejemplos genuinos de auto-gobierno en las Américas que incluyen autonomía para el derecho indígena son pocos.¹⁰⁵ Hay una gama de formulaciones y definiciones de auto-gobierno que varían de acuerdo a las distintas concepciones de autodeterminación.¹⁰⁶ Mientras que la autonomía política y el auto-gobierno pueden ser aspiraciones de algunas naciones indígenas, yo argumentaría que ellas no son necesariamente precursoras de un modelo autónomo de pluralismo jurídico.¹⁰⁷

Las culturas indígenas, incluyendo el derecho indígena como una expresión de esas culturas, pueden ser sostenidas a través de una generosa implementación de la autodeterminación. Un enfoque de pluralismo jurídico debería consecuentemente asegurar la administración autónoma de su propio derecho por los pueblos indígenas.

¹⁰⁵ Hoekema, *supra* nota 16 p.75-77, describe tres conceptos de autonomía: autonomía formal política; autonomía política efectiva y auto gobierno genuino. Él sugiere que existen ejemplos del segundo, que implican la devolución de poderes administrativos a los niveles locales o regionales de gobierno, pero esto no es realmente auto gobierno (como en las regiones autónomas indígenas en Nicaragua, la descentralización municipal en Bolivia o el territorio de Nunavut en Canadá). Para alcanzar formalmente el pluralismo formal igualitario Hoekema demanda que la tercera forma de autonomía es necesaria: el auto-gobierno genuino.

Acuerdos canadienses como los de James Bay y Norte y Noreste de Quebec, la Sechelt Indian Band, las Primeras Naciones Yukón y los Acuerdos Nisga'a generalmente delegan poderes municipales y, en algunos casos, limitaron la jurisdicción de la legislación relacionada a la administración de la tierra, el matrimonio, asistencia médica, servicios sociales y educación. Sin embargo no hay ninguna jurisdicción criminal admitida. Ver: Canada, Parliament, "Aboriginal Self-Government" by Jill Wherett in *Library of Parliament Current Issue Review*, No. 96-2E (1999) p.9-12.

¹⁰⁶ Kymlicka 1995, *supra* nota 72 p.181. Como un teórico liberal político, él define el auto gobierno cautelosamente y dentro la autodeterminación interna porque "self government rights pose a more serious challenge to the integrative function of citizenship". Múltiples comunidades políticas pueden crear múltiples ciudadanías. En un acercamiento compatible con la restringida y liberal autodeterminación interna, Kymlicka describe la autonomía como "a matter of transferring *some aspects* of their powers of self government to the larger polity, on the condition that other powers remain in their own hands". Ver: Johnston, *supra* nota 104. Hacia el otro extremo del abanico, Darlene Johnston examina la cultura histórica de gobernanza, contenida en el Gran Tratado de Paz, de las Seis Confederaciones de Naciones para apoyar una demanda de soberanía más amplia compatible con la autodeterminación externa.

¹⁰⁷ Entrevista a Edgar Ardila, Profesor de Derecho, Universidad Nacional de Colombia (27 de mayo 2006), Bogotá, Colombia. En la conversación con el Profesor Ardila se tocó el punto que, aunque la lucha por la autonomía del derecho indígena es política, el logro de autonomía en la esfera legal no necesariamente requiere la autonomía política o auto gobierno. Por ejemplo, los Wayuu en Colombia tienen un complejo sistema jurídico y buscan autonomía en este reino pero ellos realmente tienen o buscan un aparato político. Por otra parte los Nasa ven su ley como una parte integral de autonomía política Ver: Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca, abajo en nota 112.

Definiendo el Derecho Indígena

La particularidad de cada cultura indígena y las múltiples identidades jurídicas involucradas en las comunidades modernas resultaron en una variedad de concepciones de derecho. La revisión de los actuales acercamientos al pluralismo jurídico me lleva a concluir que una definición de derecho es un componente necesario de una propuesta pluralista. Afirmo que el derecho debería ser definido a través de una combinación de elementos subjetivos y objetivos consistente con la mezcla de las definiciones de Santos y Tamanaha. La perspectiva de un grupo indígena, definido por su nación o localidad, debería ser privilegiada, mientras que al mismo tiempo los observadores o académicos externos tengan criterios para su análisis en la consideración de normas, procedimientos, autoridades legítimas y sanciones.¹⁰⁸

Para definir un orden legal indígena se requiere un análisis del contexto local político, social y espiritual en amplios términos así como un análisis más específico sobre el grado y naturaleza de los principios adjudicativos, instituciones, procedimientos y eventos en una comunidad social y/o geográficamente definida.¹⁰⁹ Las generalizaciones que caracterizan los sistemas jurídicos indígenas dentro un modelo homogéneo y aislado son inadecuadas y se equivocan al reconocer la distinta naturaleza del contexto local y el grado en el cual los sistemas jurídicos indígenas interactúan con el derecho estatal. A pesar de esta precaución, algunos autores han intentado sintetizar los elementos comunes que se encuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos indígenas. Por ejemplo, Xavier Albó¹¹⁰ afirma que el

¹⁰⁸ Considerando que esta investigación no ha incluido estudios de campo he tenido que confiar en textos escritos por académicos en Bolivia y Colombia. Por lo tanto allí es limitada la información elaborada directamente por organizaciones indígenas o académicos. El estudio de caso boliviano en este artículo es un resumen de una de las tres comunidades estudiadas por Marcelo Fernández, un investigador aymara en Bolivia. La Información recopilada en Colombia incluye documentos de los Consejos Regionales Indígenas de Cauca y Tolima.

¹⁰⁹ Tingana, *supra* nota 83 p. 19; Orellana, *supra* nota 61 p. 35 - 41, distingue los elementos judiciales de una resolución de litigio (campo judicial) del contexto legal más amplio (campo jurídico).

¹¹⁰ Xavier Albó, "Como Manejar la Interculturalidad Jurídica en un País Intercultural?" in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003) 85 p. 89 – 90. Ver

derecho indígena generalmente puede ser descrito por unas características comunes. Derecho indígena es una acumulación de prácticas históricas, que han sido localmente definidas y aplicadas por la comunidad entera en asamblea y sus autoridades designadas. Está integralmente organizado al compararlo con el derecho estatal occidental que está fragmentado en áreas temáticas aisladas. También se han adherido históricamente procedimientos orales, a pesar de que algunas comunidades en Bolivia y Colombia han comenzado a mantener archivos escritos.¹¹¹

Los principales elementos de la definición de derecho de Santos, presentados anteriormente, están también de acuerdo con el derecho indígena local. Las normas y procedimientos de los sistemas jurídicos indígenas son guiados por la visión de mundo de la cultura particular¹¹² consecuentemente proveyendo legitimidad e institucionalismo¹¹³ al derecho. El aspecto procedimental del derecho indígena está frecuentemente mezclado con rituales religiosos¹¹⁴ o es al menos está impregnado con simbolismo.¹¹⁵ Las normas jurídicas, procedimientos y sanciones están localmente establecidas con el propósito de mantener el equilibrio de la comunidad y proteger los valores culturales.¹¹⁶ Los procedimientos jurídicos frecuentemente forman parte de las responsabilidades

también: John Pratt, "Aboriginal Justice and the 'good citizen': an essay on population management" en Kayleen Hazlehurst, *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Hants, England: Ashgate Publishing Ltd., 1995) 39 p. 43.

¹¹¹ Sin embargo, la interacción con el derecho estatal ha dado lugar al uso de resoluciones escritas en algunas comunidades. Ver por ejemplo, Fernández, *supra* nota 5 p.152.

¹¹² Fernández, *supra* nota 5 p. 2; Johnston, *supra* nota 104, explica el Gran Tratado de Paz de la Seis Confederaciones de Naciones; Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca (ACIN), *Reconstruyendo el Derecho Propio Protegemos la Vida, para Seguir en Resistencia* (Santander de Quilichao, Colombia: ACIN, sin fecha) explica el derecho de origen de los pueblos Nasa.

¹¹³ Enrique A. Mier Cueto, "Las Prácticas Jurídicas aymaras desde una Perspectiva Cultural" in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003) 61.

¹¹⁴ Fernández, *supra* nota 5 p.170, explica que las prácticas de justicia en la región andina no son distintas del reino religioso o espiritual. Por ejemplo, rituales religiosos son usados dentro de la fase investigativa en comunidades del altiplano boliviano.

¹¹⁵ La sanción corporal de azotes explicada más abajo es un símbolo de iluminación, una fuerza de purificación entre la luz y la oscuridad, Ver: *Gembuel Pechene v. Passu* (15 de octubre 1997), Corte Constitucional Colombiana, T-523/1997.

¹¹⁶ Ver los estudios de caso abajo.

predeterminadas de las autoridades políticas y espirituales, y las disputas, traídas a la atención de las autoridades por las partes agraviadas o sus familiares, son arbitradas por estos líderes. A veces, la decisión final referente a un caso es tomada directamente por la Asamblea General de la comunidad entera.¹¹⁷ Los líderes de la comunidad son asignados con el poder de sancionar las transgresiones de acuerdo a sanciones predeterminadas, a veces simbólicas, que pueden ser de naturaleza compensatoria o punitiva.

Interacción con el Derecho Estatal

Las múltiples concepciones del derecho resultarán también en varios grados de interacción o articulación entre los sistemas indígenas de justicia y el sistema legal estatal, pero muchos autores¹¹⁸ están de acuerdo en que la justicia indígena no siempre puede operar de manera aislada pre-colonial aunque en algunos lugares lejanos eso todavía ocurre. Más aún, el uso de algunos aspectos del derecho estatal por parte de las autoridades indígenas no implica la abdicación de la jurisdicción indígena, sino más bien evidencia el uso estratégico del sistema estatal para avanzar los intereses de la comunidad.¹¹⁹ Alternativamente, sugeriría que la falta de interacción puede ser evidencia de la ausencia del Estado, ya sea física o figurativamente. En algunas comunidades de Bolivia y Colombia, puede existir la práctica de referir los casos más serios de tipo criminal, como el asesinato, al sistema judicial estatal¹²⁰ o para buscar asistencia en el cumplimiento de sanciones

¹¹⁷ Albó 2003, *supra* nota 110; Ver los estudios de caso abajo.

¹¹⁸ Anaya 2004, *supra* nota 81; Orellana, *supra* nota 61; Santos 1995, *supra* nota 18; Santos 2006, *supra* nota 55; Stavenhagen, *supra* nota 80.

¹¹⁹ Orellana, *supra* nota 61 p. 32. Ver también: “Ayllus sancionan asesinato con dos vacas y multas” *La Prensa* (12 de mayo 2006), online: La Prensa (Bolivia) <<http://166.114.28.115/20060512/politica/politica03.htm>>. Las autoridades indígenas de la comunidad encontraron a 3 hombres culpables de homicidio y los sancionaron con pagar una multa y dos vacas a la familia de la víctima así como una multa a las autoridades comunales. Las autoridades indígenas acudieron al fiscal y a la policía local para hacer cumplir la ejecución de la sanción. El fiscal estatal detuvo a uno de los líderes indígenas por obstruir la justicia para el fallo y para reportar el asesinato.

¹²⁰ Carlos César Perafán Simmonds & Luis José Ascárate García. *Sistemas Jurídicos: uitoto, yukpa, u'wa y tikuna* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2001) p.217 [Perafán 2001]. Ver también: Carlos Perafán, Luis José Azcárate García & Hildur Zea Sjoberg, *Sistemas Jurídicos: tukano, chamí, guambiano, sicuani* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000) p. 261 [Perafán 2000].

prescritas en el derecho indígena.¹²¹ La interacción entre derecho estatal y derecho indígena es también un reflejo de las múltiples identidades operando en un contexto pluralístico jurídico.

C. Pluralismo Juri-Cultural Transformativo

Yo propongo un enfoque de pluralismo jurídico que refiero como “pluralismo juri-cultural transformativo”. Este enfoque busca resolver las limitaciones de los tres enfoques de pluralismo jurídico, discutidos arriba, particularmente con referencia a la definición del derecho y la interacción entre los sistemas jurídicos existentes dentro del territorio estatal. Al mismo tiempo, mi enfoque propuesto busca promover la autonomía de derecho indígena basada en la diferencia indígena, incluyendo el derecho a la autodeterminación.

Mi enfoque es transformativo en el hecho de que es prescriptivo¹²² y para este propósito adopta una metodología orientada hacia el futuro que busca cambiar el *status quo* dominante. Propongo una metodología coherente con la categoría del pluralismo jurídico a la cual me refiero como “pluralismo jurídico crítico postmoderno.” Esta metodología está basada en el “conocimiento emancipatorio”¹²³ el cual implica el conocimiento subjetivo de las comunidades locales creado a través del discurso dialéctico y la “práctica emancipatoria”,¹²⁴ la cual privilegia multiplicidad de narrativas jurídicas. Una nueva configuración del orden legal en el territorio de un Estado guiado por la metodología emancipatoria es coherente con las demandas de autonomía de los pueblos indígenas y promovería la actual descolonización de las justicias a través del reposicionamiento de los órdenes jurídicos. El

¹²¹ “Ayllus sancionan asesinato con dos vacas y multas” *supra* nota 119.

¹²² Propongo un modelo establecido más que el modelo descriptivo. El acercamiento descriptivo es sugerido por John Griffiths y adoptado por Bunn-Livingstone.

¹²³ Ver: Santos 1995, *supra* nota 18 p.27-37.

¹²⁴ Kleinhans y Macdonald, *supra* nota 18 p.46.

propósito no es describir escenarios pluralísticos, sino más bien transformarlos para alcanzar una pluralidad profunda o radical.

El término “pluralismo juri-cultural” reconoce la diversidad de definiciones subjetivas del derecho, pero considera necesario el elemento jurídico transversal para que un sistema normativo sea determinado “derecho”. Este elemento jurídico es forjado con la epistemología emancipatoria en un esfuerzo de reconocer la subjetividad cultural y de distinguir el derecho de otras formas de regulación.

Los elementos esenciales del pluralismo juri-cultural transformativo son (i) el respeto por la autonomía de las justicias demostrado por la no interferencia del Estado con las decisiones de las autoridades judiciales locales indígenas, (ii) respeto por la diferencia desde la perspectiva auto crítica que la cultura es incompleta¹²⁵ y (iii) la existencia de mecanismos igualitarios para la interacción inter-juri-cultural. Este dialogo intercultural entre autoridades judiciales buscaría definir los procedimientos interculturales y los principios normativos a ser aplicados en los sistemas estatales e indígenas.¹²⁶ Estos tres elementos serán evaluados en relación a las tensiones manifestadas a través de la aplicación de sanciones corporales por las autoridades judiciales indígenas en Bolivia y Colombia y normas de derechos humanos.

3. Sistemas Jurídicos de las Comunidades Indígenas en Bolivia y Colombia

Esta sección desarrolla el contexto del derecho indígena en dos comunidades, una en Bolivia y la otra en Colombia. Primero, presentaré las características generales o razonamientos para las normas penales y sus sanciones en los sistemas jurídicos indígenas estudiados. En segundo lugar los ejemplos específicos de sanciones corporales están

¹²⁵ Santos usa el término “cultural incompleteness” para referirse a una perspectiva crítica que la propia cultura es incompleta dado que ninguna cultura puede reclamar tener la completa concepción de la dignidad humana, Ver: Santos 2002, *supra* nota 55.

¹²⁶ Van Cott sugiere dos criterios para medir el éxito de modelos pluralistas jurídicos: “the extent to which multiple legal systems are able to operate without interference and the extent to which conflicts among legal systems are managed institutionally” Van Cott 2000, *supra* nota 22 p. 209.

descritos, los cuales son potenciales violaciones a los derechos humanos. Tercero, las comunidades estudiadas son descritas en mayor detalle para proveer el contexto en el cual baso mi análisis de las tensiones entre sistemas jurídicos en las esferas nacionales e internacionales en términos de las garantías constitucionales e internacionales de los derechos humanos. Estos estudios también proveen información sobre la pluralidad empírica en Bolivia y Colombia que será evaluada en relación al pluralismo juri-cultural transformativo.

A. *Razonamiento de las Normas Penales y sus Sanciones*

Las reglas normativas específicas varían entre comunidades pero las bases para la tipología de los crímenes son el equilibrio de la vida comunal y su coherencia con la visión de mundo, no necesariamente del individuo o su propiedad personal. Por ejemplo, la excesiva explotación de los recursos naturales, especialmente tierras históricas y sagradas, constituye una ofensa criminal en algunas comunidades.¹²⁷ La falta de respeto a la cultura comunal o a las autoridades comunales, o el hecho de no asistir a las asambleas comunales pueden también ser considerados como crímenes severos.¹²⁸ En muchas comunidades, el robo, particularmente de ganado o de cualquier otra propiedad comunal, es considerado un crimen mayor¹²⁹ y por ende, severamente castigado. Otros crímenes mayores incluyen el adulterio, la brujería, el asesinato, el incesto y las violaciones.

Sin embargo, en algunas comunidades los efectos del comportamiento son menos determinantes de la tipología del crimen o la sanción que la atribución de la causa u origen del mismo. Por ejemplo, los guaraníes en el Izozog, Bolivia, consideran si el conflicto es de

¹²⁷ Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 75 (Tukano) y Perafán 2001, *supra* nota 120 p 147 (Yukpa).

¹²⁸ Perafán 2001, *supra* nota 120 p 146 (Yukpa).

¹²⁹ Weilder Guerra Curvelo, *La Disputa y la Palabra: La Ley en la Sociedad Wayuu* (Bogotá: Ministerio de Cultura, 2001). Fernández, *supra* nota 5 p. 43, explica la justicia mayor y la justicia menor en comunidades aymaras en Bolivia con cada esfera de justicia que trata con cuestiones graves o menores con los correspondientes procesos.

origen humano o super-natural.¹³⁰ La clasificación del origen del crimen determina la jurisdicción judicial que tratará el tema. El tema jurisdiccional relacionado a problemas de origen humano pasa a otro criterio relacionado a si los autores o víctimas pertenecen al pueblo Guaraní.

También, consistente con la orientación comunal de la justicia indígena, la responsabilidad criminal no necesariamente cae sobre el ofensor, sino más bien sobre la unidad social a la cual él o ella pertenece.¹³¹ En consecuencia, el razonamiento para las sanciones y sus aplicaciones implica a la unidad social inmediata, la cual se extiende a la familia y luego a la comunidad. El objetivo general de las sanciones en los sistemas judiciales indígenas -ya sea corporales o no- es el de restaurar el equilibrio y armonía de las relaciones sociales en la comunidad y de rehabilitar al individuo social, espiritual y moralmente.¹³² Las sanciones son rituales importantes de la comunidad que respetan la visión de mundo tal como es interpretada por esta comunidad en particular.¹³³ Por ejemplo, en el sistema jurídico de la Chiquitanía en Bolivia,

[...] Dado que el crimen es considerado una gran vergüenza por haber roto la tranquilidad social, con la aplicación de la sanción las autoridades y la comunidad buscan el reconocimiento del error, el arrepentimiento del autor y la reparación del daño a través de la reconciliación entre partes, todo con el propósito de curar al individuo y recuperar la armonía comunal.¹³⁴

¹³⁰ CEJIS, *Justicia Comunitaria 2: Los Guaranes del Izozog* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999) p. 68-69 [CEJIS 1999].

¹³¹ Carlos Perafán, *Sistemas Jurídicos: Paez, Kogi, Wayúu y Tule* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología-Colcultura, 1995) p. 39 [Perafán 1995]; Guerra Curvelo, *supra* nota 129; Fernández, *supra* nota 5 p. 10 y 222.

¹³² CERES, *Justicia Comunitaria 3: Los Quechuas de Tapacari* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999) p. 93; Albó 2003, *supra* nota 110 p. 90 y 95; Londoño & Romero, *supra* nota 73 p. 19; Defensor del Pueblo, *supra* nota 95 p. 42.

¹³³ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 37-41.

¹³⁴ Elba Flores Gonzáles, "Chiquitanos (Monte Verde y Lomerío)" en CEJIS, *Sistema Jurídico Indígena: Diagnóstico en comunidades de los pueblos: Chiquitano, Mojeno-Ignaciano y Tacana* (Santa Cruz de la Sierra: CEJIS 2003) 57 p. 131

[...] dado que el delito es considerado una gran vergüenza que ha roto la tranquilidad social, con la aplicación de la sanción, las autoridades y la comunidad buscan el reconocimiento de la falta, el arrepentimiento del infractor y la reparación del daño da través de la reconciliación de las partes, para recomponer a la persona y recuperar la armonía comunal.

Los estudios de caso realizados por investigadores en Bolivia y Colombia muestran que mientras los castigos corporales todavía son aplicados en algunas comunidades, las principales sanciones son ahora de naturaleza económica.¹³⁵ Las comunidades pueden optar por castigos corporales para las ofensas más serias cuando las compensaciones no han sido suficientes para alcanzar los objetivos restaurativos, de rehabilitación y armonía social.¹³⁶ Los castigos corporales también son aplicados como una forma de disuadir o de prevención general que mantiene el tejido social.¹³⁷ La prevención se busca a través de la aplicación pública de castigos corporales por parte de las autoridades de la comunidad o por los miembros de la familia en un esfuerzo de avergonzar al individuo y a su grupo social y servir como un ejemplo a la comunidad.¹³⁸ Los líderes indígenas y algunos académicos declaran que los castigos corporales son más humanos que un encarcelamiento largo, ya que se permite al individuo quedarse en la comunidad para su rehabilitación.¹³⁹ Discutiblemente, el análisis del uso de los castigos corporales necesita ser considerado dentro del contexto comunal de la comunidad indígena. Los estudios de caso, explicados en líneas siguientes, ilustran como el contexto comunal está caracterizado por una compleja red de relaciones sociales y obligaciones que incluyen la resistencia a las amenazas de la cultura dominante. La aplicación rigurosa de las obligaciones y reglas para mantener la

¹³⁵ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 40; Flores, *supra* nota 134 p. 132.

¹³⁶ Ver: Guerra, *supra* nota 129; Perafán 2000, *supra* nota 120 (Guambiano) y Fernández, *supra* nota 5 p. 108-109 (en Sica Sica).

¹³⁷ Fernández, *supra* nota 5 p. 7, las transgresiones más serias han sido históricamente castigadas con severidad en la región andina con latigazos, expulsión, o la pena de muerte para disuadir futuras transgresiones en generaciones jóvenes.

¹³⁸ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 40.

¹³⁹ Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 165 (Chamí); Ricardo Calla Ortega, *Justicia Indígena y Derechos Humanos: Hacia la Formulación de una Política Estatal de la Diferencia* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999) p. 66-67, Calla pregunta si la prisión puede ser considerada más humana que azotamientos y si esto no es también castigo corporal.

armonía y la cohesión de la comunidad son consideradas esenciales para preservar la cultura indígena y para mantener la autonomía.

B. Castigos Corporales

En Colombia y Bolivia algunos grupos indígenas continúan usando la flagelación, el cepeo y hasta la pena de muerte como castigos criminales.¹⁴⁰ Estas sanciones físicas, desde una perspectiva legal positivista, pueden ser consideradas como violaciones *prima facie* de normas internacionales de derechos humanos como el derecho a la vida y la prohibición contra la tortura y crueldad y tratamiento inhumano. La flagelación continúa siendo usada por el pueblo Nasa de Colombia,¹⁴¹ los Tukano de la región amazónica Colombiana,¹⁴² los aymaras del altiplano boliviano¹⁴³ y los Chiquitanos¹⁴⁴ en las tierras bajas de Bolivia, para

¹⁴⁰ El empleo de la pena de muerte es cada vez más una sanción excepcional. Ver: Calla, *supra* nota 139 p. 64. También Fernández, *supra* nota 5 p. 108-109, observa que es difícil determinar el grado al cual la pena de muerte continúa siendo aplicada ya que esta puede ser una sanción clandestina. Perafán clasifica los asesinatos por venganza socialmente sancionados como la aplicación de la pena de muerte, sin embargo él no describe un proceso jurídico como es el caso de azotamientos y otras sanciones, Ver: Perafán 1995, *supra* nota 131 (Wayuu); Perafán 2001, *supra* nota 120 (Yukpa).

¹⁴¹ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 92 (nota al pie 124), El latigazo es aplicado con:

“de rama de Madera fina al cual se amarra una tira de cuero liso de entre 3-5 mm. de ancho, 1 mm. de espesor y hasta 1.5 metros de largo, que no va trenzada.”

Ver: Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 80 (nota al pie 91 y 92): Donde no existen circunstancias agravantes el autor recibe un latigazo por cada una de las 25 autoridades comunales del Consejo gobernante. Los crímenes que merecen azotes en Toribio son aquellos considerados más serios: asesinato y robo. La sanción a menudo es aplicada conjuntamente con otras sanciones. El robo agravado podría causar hasta 5 latigazos por el alguacil, cinco años de trabajo en la empresa de la comunidad y la compensación por parte de los perpetradores a las familias de las víctimas, como en un caso en 1993 cuando un grupo de 8 hombres fueron responsables de 3 robos en la comunidad.

¹⁴² Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 79: Los pueblos Tukano de la región de Amazonas colombiana también usan azotes para crímenes serios como el homicidio y el asalto. Cuando el autor no es Tukano la sanción puede ser aplicada directamente por la familia de la víctima. Los casos citados por Perafán son a partir de 1950: dos casos en los cuales los sacerdotes de un internado fueron hallados responsables de crímenes. En un caso un sacerdote había forzado a un niño a trabajar mientras él estaba enfermo y el niño se ahogó. El sacerdote fue azotado por el padre y los hermanos del niño difunto (p. 79, nota al pie 91) y en el segundo caso, un sacerdote abusó físicamente de una muchacha por lo que la familia de la víctima azotó al sacerdote con el lado plano de un machete (p. 79, nota al pie 93).

¹⁴³ Fernández, *supra* nota 5 p. 109: En la comunidad de aymara de Sica Sica los latigazos son aplicados cuando otras sanciones, como negociaciones, multas o trabajo forzado no fueron suficientes para reformar al individuo. El autor cita a un individuo que implícitamente lamenta que la sanción tradicional de 12 latigazos para un crimen mayor en Sica Sica ahora sólo es sancionada solo con 3 azotes, por miedo de represalias de las autoridades

castigar crímenes mayores. El cepo¹⁴⁵ no es usado comúnmente. Sin embargo, en Colombia al menos dos grupos, los pueblos Nasa y Chami continúan usando el cepo para sancionar crímenes serios, tales como la violación, venta de tierras, robo y homicidio.¹⁴⁶

La pena de muerte, como ya se mencionó, es más difícil de estudiar por su aparente uso limitado o clandestino en Bolivia y su desuso discutible en las comunidades indígenas colombianas. En Bolivia, la pena de muerte parece haber sido impuesta bajo sistemas indígenas jurídicos de las comunidades del Altiplano Aymara estudiadas por Marcelo

estatales. También en Fernández, p. 326, una autoridad en el "ayllu" (o el territorio tradicional) de Laymi-Puraka, explica que en crímenes serios 3 "chicotazos" o latigazos serían aplicados, otra vez como parte de numerosas intervenciones comunales, incluyendo recomendaciones colectivas o consejos. Ver también: PROA, Justicia Comunitaria 1: Los aymaras de Machaca (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999) p. 62-63: En Machaca los latigazos son aplicados en casos de homicidio y robo y son acompañados por la compensación, en forma del dinero o animales, pagados a la víctima o a sus familias.

¹⁴⁴ Flores, *supra* nota 134 p. 115: En una comunidad Chiquitana en Bolivia una mujer en la comunidad pidió a las autoridades tradicionales aplicar la sanción generalmente prescrita de 12 latigazos sobre su marido quien cuando bebió, hizo un escándalo en la casa.

¹⁴⁵ Lo siguiente es una descripción concreta del cepo en la comunidad Chami de Docabu. Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 164-165.

Consiste en dos pedazos de madera de 4" por 10" y 3,20 m de largo, con hasta veinte huecos cilíndricos de dimensiones pequeñas y grandes para acomodar los tobillos de personas de diferentes tamaños, de una manera tal que cada pedazo de madera forme la mitad de un cilindro, con el propósito de que cuando se juntan los dos pedazos de madera se formen los cilindros completos. Sobre el madero inferior se colocan las piernas, a la altura de los tobillos, para que el madero superior, al colocarse encima, coincidiendo con los huecos, atrape al preso –dejándose flojo, con poca luz–, el cual no se puede soltar porque por dichos cilindros no le caben los pies. Los maderos están unidos por un extremo con una bisagra y se aseguran por el otro con un candado. ... El cepo, utilizado continuamente, no es soportable por más de 24 horas. Por esta razón, muchas penas menores se castigan solamente con 12 o 24 horas de cepo. En penas más graves se pueden prescribir hasta ocho días de cepo, pero con periodos de descanso de una hora dos veces al día y con salidas adicionales a defecar y orinar. Se considera que "según los huecos", una persona, sometida continuamente al cepo, se enferma – hinchándosele las piernas – después de ocho o quince días. En el cepo la persona esta acostada de cubito-dorsal. Se puede sentar, aferrándose con las manos al cepo, para fumar, charlar, pero no puede girarse, lo que al cabo de poco tiempo, "aburre".

¹⁴⁶ Algunos pueblos indígenas ya no aplican el cepo, pero lo hicieron hasta muy recientemente: Guambiano en el departamento de Cauca, aplicó el cepo y azotes hasta la década de 1950. Ahora los casos más serios son enviados al sistema de justicia estatal, ver: Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 255; Ver: información sobre Nasa (Paez) en Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 45-118; Ver: información sobre los pueblos Chami en Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 154-161. El Chami en la comunidad de Docabu, por ejemplo, aplica esta sanción a delincuentes generalmente en combinación con trabajo forzado en la comunidad (el delincuente es puesto en el cepo por la noche y trabaja en la tierra comunal o en una empresa de la comunidad durante el día). Los crímenes sancionados con el cepo en la comunidad citada incluyen la violación, la venta de tierra, robo, y homicidio. Esta última ofensa puede ser castigable con la detención en el cepo de noche y el trabajo forzado en la comunidad durante el día.

Fernández¹⁴⁷ y también en la comunidad Guaraní de Izizog en las tierras bajas. Históricamente, la pena de muerte fue aplicada por pueblos Aymaras y Quechuas de Bolivia para crímenes considerados mayores como el asesinato, el adulterio, el robo y la brujería maléfica.¹⁴⁸ En la comunidad Aymara de Sica Sica en Bolivia, bajo la amenaza de juzgamiento, las autoridades tradicionales solo insinuaron a Fernández que los crímenes mayores continúan siendo sancionados con la pena de muerte.¹⁴⁹ En el territorio tradicional de Laymi-Puraka las sanciones como la pena de muerte y el exilio están siendo abandonadas en favor de multas mayores pagadas en dinero, ganado o tierras.¹⁵⁰ En la comunidad de Izozog, en las tierras bajas, algunas mujeres acusadas de brujería han sido exiliadas de la comunidad Guaraní bajo la amenaza de muerte si es que retornasen.¹⁵¹

Los estudios de las comunidades indígenas colombianas no muestran la pena de muerte como un castigo judicialmente sancionado siguiendo el procedimiento criminal regular de la comunidad. Carlos Perafán¹⁵² aplica el término pena de muerte a las matanzas por venganza, erróneamente según mi parecer, cuando estas sanciones son socialmente aceptadas para vengar la muerte de un familiar. La muerte del perpetrador no infiere ninguna responsabilidad criminal en los miembros de la familia que actúan en venganza. Por ejemplo, los pueblos Sikuni, en casos de homicidios, primero insisten en el pago de una

¹⁴⁷ Ver el estudio de caso de Bolivia de la región Yaku, más abajo.

¹⁴⁸ Fernández, *supra* nota 5 p. 221.

¹⁴⁹ Fernández, *supra* nota 5 p. 108: Un líder tradicional en la comunidad de Sica Sica explica que los miembros de la comunidad obligan las autoridades tradicionales a ejecutar a ladrones y otros delincuentes colgándolos antes de que la policía llegue porque la policía los liberará sin sanciones. Toda la justicia Mayor en Sica Sica es aplicada clandestinamente según las fuentes de Fernández. Esto es debido a la influencia de estructuras estatales, incluyendo los sindicatos agrarios.

¹⁵⁰ Fernández, *supra* nota 5 p. 327.

¹⁵¹ Ver: Van Cott 2000, *supra* nota 22 p. 229-230: Van Cott explica que en al menos un caso una mujer y su marido, antes expulsado, habían retornado a la comunidad donde fueron disparados y quemados. Las autoridades estatales no procesaron a nadie ya que la comunidad entera se hizo responsable. Pero también Ver: CEJIS 1999, *supra* nota 130 p. 69. Este estudio describe que la sanción por brujería es la expulsión o una multa.

¹⁵² Perafán realizó estudios en varias comunidades indígenas en Colombia, ver generalmente, Perafán 1995, 2000 y 2001, *supra* notas 120 y 131. Sobre la aplicación de la 'pena de muerte', ver: Perafán 2001, *supra* nota 120 p. 68-69 (Uitoto) y 151 (Yukpa) y nota 126 p. 210-211. Ver también: Guerra Curvelo, *supra* nota 129 (Wayuu).

compensación por parte del perpetrador a la familia de la víctima. En casos agravados, o cuando la compensación no llega, es aceptada que la familia de la víctima puede proceder a la venganza de sangre.¹⁵³ Los pueblos Wayuu de la Guajira tienen un complejo sistema de compensación entre clanes, mediante negociaciones conducidas por un mediador o tercera parte.¹⁵⁴ Sin embargo, si una familia se rehúsa proveer compensación a la familia de la víctima por un crimen serio como el homicidio o el robo de ganado, la familia “damnificada” puede vengar el crimen. Los asesinatos en venganza pueden llevar largo tiempo de confrontación armada entre clanes matrilineales.¹⁵⁵ Los Yukpa tienen una larga historia de asesinatos por venganza como una reacción al homicidio, sin embargo, la rivalidad entre grupos ha continuado por años, alarmando a los líderes de la comunidad y a las instituciones estatales.¹⁵⁶ La comunidad Yukpa esta tratando de cambiar estas prácticas sociales trayendo a los perpetradores ante las autoridades de la comunidad para la determinación de culpa dentro del sistema legal de la comunidad, sin embargo, las sanciones alternativas no están aún especificadas claramente.¹⁵⁷

C. Estudio de Caso: Bolivia

Información General del País

El estudio de la colonización de las Américas y su devastador efecto en los pueblos indígenas es crítico para entender las raíces históricas del contexto actual en Bolivia.¹⁵⁸

¹⁵³ Perafán 2000, *supra* nota 120 p. 315, nota al pie 55: En 1991 un muchacho indígena de 15 años fue asesinado con un cuchillo por un peón agrícola borracho no indígena. La comunidad llevó al autor ante la familia del difunto, quien indicó que “él que mata debe morir” y el autor fue asesinado con el mismo cuchillo.

¹⁵⁴ Guerra Curvelo, *supra* nota 129.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 100-107 y 210 -211 y Perafán 1995, *supra* nota 131.

¹⁵⁶ Perafán 2001, *supra* nota 120 p. 151 (Yukpa).

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Se estima que aproximadamente el 80% de la población indígena murió durante la colonización como consecuencia de la violencia, enfermedades y trabajo forzado. Las prácticas que comenzaron bajo la regla colonial española a menudo continúan de alguna forma hoy. En términos de prácticas de trabajo durante la colonia en Bolivia, se forzó a hombres indígenas a trabajar en las minas de plata causando hasta 9 millones de

Bolivia obtuvo su independencia de España en 1825 después de que los poderes coloniales habían subordinado a los pueblos y culturas indígenas. Las demandas de los indígenas y campesinos agricultores para las reformas sobre tierras a principios de 1950 contribuyeron a la Revolución de 1952 la que significó el inicio de la Reforma Agraria, que hasta el presente, no ha sido completada. La revolución y la Reforma Agraria de 1953 impusieron una identidad de clase trabajadora en el campo rural y principalmente en las comunidades indígenas a través del sindicalismo agrario.¹⁵⁹ Esta sobreposición de estructuras e identidades ha llevado al uso general del término combinado “campesino-indígena”¹⁶⁰ Hoy, las prácticas tradicionales indígenas pueden estar mezcladas en varios grados con el sindicato agrario o la estructura de gobiernos municipales.¹⁶¹ Bolivia es un país diverso caracterizado por casi

fallecimientos. Ver: International Crisis Group, *Bolivia's Divisions: Too Deep to Heal?* America Latinan Report No. 7, 6 July 2004 p. 2, online at: <<http://www.icg.org/home/index.cfm?id=2853&l=1>> (Reportaje completo).

El trabajo obligatorio impago (Pongueaje) para grandes terratenientes no fue suprimido hasta 1945 después de que una marcha nacional campesina convergió en La Paz para realizar el primer Congreso Indígena, aunque de hecho ésta práctica desaparecería sólo después de la Revolución Nacional de 1952. Ver: José de Mesa Figueroa, Teresa Gisbert y Carlos D. Mesa Gisbert, *Historia de Bolivia* (La Paz: Editorial Gisbert, 2003) p. 607. Podría ser argumentado que campesinos y pueblos indígenas siguen siendo explotados en Bolivia en un sistema rural feudal. Ver: “Forced labour, Iraq war take center stage at the World Social Forum” *Terra Wire* (29 de enero 2005), online: <<http://www.terradaily.com/2005/050128230535.87sy61nm.html>>.

¹⁵⁹ *Ley de Reforma Agraria*, Decreto de Ley 3464 Bolivia 1953, Art. 42, 122, y 123, online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_legislacion.asp>. Ver por ejemplo: El Art. 42 que estipula que la tierra confiscada a pueblos indígenas a partir de 1900 debía ser devuelta; el Art. 122 que reconoce a las comunidades campesinas como entidades jurídicas; el Art. 123 que identifica 3 categorías de comunidades campesinas incluyendo los grupos de más de 50 familias “Comunidades de Hacienda”, grupos de menos de 50 familias “comunidades campesinas” y comunidades indígenas.

¹⁶⁰ *Campesino* es el término español para un agricultor de subsistencia rural. Albó 2002, *supra* nota 84 p. 74-75, explica la introducción del término después de la revolución de 1952 en Bolivia que sobrepuso un trabajo y el análisis de clase sobre la identidad indígena.

¹⁶¹ *Ley de Participación Popular*, Ley No. 1551 Bolivia, 1993, Art. 17(3), online:

<http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_legislacion.asp>; *Decreto Reglamentario de la Ley de Participación Popular*, Decreto Supremo No. 24447 Bolivia, 1996, Art. 2, 19, y 20.

El Distrito Municipal Indígena no es una jurisdicción legal actual. Comunidades indígenas aprovecharon la designación de distrito municipal en la ley citada y la regulación para definir áreas territoriales dentro de municipios basados en la identidad étnica. Ver: Ana María Lema et al. *De la Huella al Impacto* (La Paz: PIEB, 2001) p. 172-196.

Para descripciones de comunidades con múltiples estructuras, Ver: Colque, *supra* nota 96 p. 9; Paulino Guarachi Huanca, *Patarani: La vida en torno a la tierra* (La Paz: Fundación TIERRA 2005) p. 30, online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>; y Esteban Sanjinés D., *Ayllu Jila Taypi Uta*

treinta y siete grupos étnicos con diferentes lenguas,¹⁶² los pueblos indígenas representan aproximadamente el 62% del total de la población.¹⁶³ Históricamente, el país ha sido gobernado continuamente por un grupo minoritario dominante de clases de elite excluyendo a los pueblos indígenas de la escena política nacional. En Diciembre de 2005, las elecciones nacionales cambiaron el escenario político nacional cuando el primer candidato presidencial indígena, Evo Morales del Movimiento al Socialismo, ganó las elecciones. Su victoria también fue excepcional debido al hecho de ser el primer gobierno mayoritario desde el retorno de la democracia en Bolivia en 1982.¹⁶⁴ A nivel local, los pueblos indígenas han ido aumentando su participación en posiciones políticas dentro del gobierno municipal¹⁶⁵ debido a la Descentralización y a la Participación Popular, procesos iniciados en 1993.¹⁶⁶ Este proceso de descentralización fue la respuesta del gobierno del momento a las demandas de las organizaciones indígenas particularmente de los pueblos indígenas de las tierras bajas del oriente.¹⁶⁷

La descentralización del poder y la autonomía indígena están siendo debatidas al presente ya que el país está iniciando un proceso de reforma constitucional que significará

Collana: una visión de la tierra desde la norma (La Paz: Fundación TIERRA, 2005) p. 14-15, online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>.

¹⁶² Ethnologue, "Languages of Bolivia" *Ethnologue: Languages of the World*, 14th ed. (2005), online: Ethnologue <http://www.ethnologue.com/14/show_country.asp?name=Bolivia>.

¹⁶³ Fernando Calderón *et al.*, "Interculturalismo y Globalización: La Bolivia Posible" *Informe de Desarrollo Humano en Bolivia 2004* (La Paz: UNDP, 2004), capítulo 3 p. 106, online: <<http://idh.pnud.bo/Informes/2004/index.html>>. El Informe de Desarrollo Humano en Bolivia publicado por NNUU en 2004 cita la estadística del Instituto Nacional de Estadísticas. El siguiente porcentaje de encuestados se auto identificaron como: Quechuas 31%; aymaras 25.23 %; otros pueblos indígenas 6.10 % (guaraní, chiquitano, mojeño, otro) p. 104.

¹⁶⁴ El país ha sido gobernado durante veinte años por sucesivas dictaduras militares.

¹⁶⁵ Xavier Albó 2002, *supra* nota 84 p. 82 (464 indígenas elegidos para los gobiernos municipales en las elecciones municipales de 1997); Xavier Albó & Víctor Quispe, *Quiénes son indígenas en los gobiernos municipales* (La Paz: Plural Editores y CIPCA, 2004) p. 35 (la cifra estimada de alcaldes indígenas y concejales en el gobierno municipal es de 1,010).

¹⁶⁶ *Ley de Participación Popular*, *supra* nota 161.

¹⁶⁷ Diego Ayo Saucedo, *Voces Críticas de la Descentralización: una década de Participación Popular* (La Paz: FES-ILDIS, 2004) p. 13 (entrevista con Iván Arias).

una transformación de las estructuras políticas, sociales y económicas del país, y la completa inclusión de los pueblos indígenas en todos los aspectos de estas estructuras.

*El Aymara en Yaku*¹⁶⁸

Yaku es una *marka* o región, reconocida desde tiempos pre-hispánicos en el altiplano andino, consta de cinco sub-regiones llamadas *ayllus*. Después de la independencia en 1825, el territorio de la *marka* fue dividido por el Estado en dos provincias. Las autoridades originarias se resistieron a esta reconfiguración del Estado y han sido capaces de defender la integridad del territorio ante el Consejo Nacional de Reforma Agraria. Las divisiones territoriales artificiales del Estado son usadas estratégicamente por las comunidades para reducir y aislar los poderes estatales en beneficio de la comunidad.¹⁶⁹

Los derechos de usar la tierra dependen del servicio comunal otorgado por los miembros de la comunidad. Los servicios voluntarios y obligatorios proveen al individuo y a su familia cierto status social y político en la *marka*. Cada familia tiene garantizada una parcela de tierra para su subsistencia a través de la agricultura y esta es la única tierra donde las familias tienen todos los derechos de uso, sin embargo estas tierras no pueden ser vendidas. Otras parcelas de tierra son para cultivos de la comunidad, pero bajo control específico de familias designadas. Otras tierras comunales aún son usadas para recaudar fondos para pagar impuestos sobre la tierra y pagar contribuciones al sindicato agrario.

Las categorías sociales en Yaku incluyen tres designaciones, 'originarios' o miembros nativos, los 'agregados' o miembros nuevos y los 'sobrantes'. Los miembros 'originarios' ocupan las principales tierras comunales debido a fueron ocupadas por sus ancestros en la misma comunidad desde los tiempos pre-coloniales. Estos miembros 'originarios' pueden asumir posiciones más altas dando lugar a acumular mayor capital político y social. Los

¹⁶⁸ Este estudio de caso confía en y resume los puntos pertinentes del estudio de caso en Fernández, *supra* nota 5 p. 115 – 229 (Capítulo 3 “La marka Yaku”).

¹⁶⁹ Fernández usa esto como un ejemplo de descolonización.

miembros 'agregados' no pueden acumular demasiada tierra por su falta histórica de servicio a la comunidad. Ellos tampoco pueden asumir una posición en el consejo gobernante de la comunidad. Los 'sobrantes' son aquellos miembros de la comunidad que han llegado más recientemente de otras localidades y quienes deben establecer sus hogares en las áreas marginales, en tierras de pobre calidad. Esto hace necesario tener que alquilar o trabajar la tierra de los miembros 'originarios' para poder subsistir. Mientras que los miembros de esta categoría social menor también deben proveer servicio comunitario, ellos solo pueden asumir roles menores que el más alto permitido a los miembros 'agregados'.

El status social en la comunidad está garantizado a través del servicio comunitario, sea trabajo en terreno comunitario o el desempeño de un puesto tradicional en la comunidad. Sin embargo, otros rituales y conductas también determinan las relaciones sociales. Los acuerdos 'solemnes', *ayni*, implican una serie de rituales cuando un miembro de la comunidad requiere la colaboración de otros miembros. Una vez obtenido el acuerdo *ayni*, el trabajo es proveído por los miembros de la comunidad. Este trabajo no es directa e inmediatamente remunerado, pero es posteriormente reciprocado con trabajo o regalos de mayor valor. Las sanciones morales son aplicadas por un pobre desempeño de las obligaciones bajo el *ayni*. Los acuerdos sencillos o alternativos para el uso de las tierras tienen semejanza con los contratos modernos. Los contratos escritos no son de más de 3 años de duración y los acuerdos de alquiler son generalmente usados solamente por los miembros 'agregados' y 'sobrantes' en un esfuerzo por acceder a tierra más fértil.

La *marka* es gobernada política y administrativamente a través de una combinación de autoridades estatales e indígenas, éstas últimas nombradas anualmente en asambleas.¹⁷⁰ Las autoridades jurídicas y políticas indígenas son seleccionadas por la comunidad e

¹⁷⁰ Esta coexistencia de autoridades tradicionales y estatales es común en Bolivia, aunque las estructuras municipales y el territorio y estructuras indígenas y territorio no sean siempre completamente compatibles. La completa o reflejada coexistencia del Estado y las estructuras tradicionales sociopolíticas es observada en Jesús de Machaca. Ver: Colque, *supra* nota 96 p. 9.

incluyen un *Corregidor*¹⁷¹ o magistrado, un Consejo Gobernante (Alcalde Ordinario, Alcalde Mayor y Regidor) y jueces.¹⁷² Estas posiciones son mantenidas por hombres pero los roles y responsabilidades son compartidas y desempeñadas en pareja. Las mujeres son la imagen de las posiciones jerárquicas mantenidas por sus esposos y llevan el mismo nombre que el de su esposo, precedido por la palabra *Mama*. Por ejemplo, la esposa del Alcalde será llamada como *Mama Alcalde*. La única autoridad judicial que no conlleva esta función dual femenina es la del *Corregidor*, ya que esta figura de autoridad fue introducida por los Estados coloniales.

Las autoridades estatales están lideradas por el *Corregidor* e incluyen a los líderes municipales (Alcalde y concejales), sindicatos, oficiales judiciales, notarios, policía y asociaciones de la comunidad. Las estructuras de los sindicatos agrarios -una creación de la Reforma Agraria- fueron resistidas por los líderes de la *marka* y sus estructuras funcionaron solamente por seis meses en 1980. El desempeño de estas funciones estatales, aparte de las del *Corregidor*, está visto como un servicio comunitario no obligatorio.

La administración de justicia está integrada por ritos religiosos en Yaku, así como también en otros sistemas jurídicos indígenas. El monitoreo o control de las normas de la comunidad es ejercido por los ancianos, quienes ya han desempeñado el servicio comunitario obligatorio. El sistema de justicia está categorizado por ofensas menores y mayores, las cuales son tratadas por las autoridades competentes, quienes aplican las sanciones de justicia mayor o menor. El *Corregidor* es el lazo entre la justicia mayor y menor y constituye la última jurisdicción de apelación en la justicia menor. El *Corregidor*¹⁷³ resuelve los casos que las autoridades originales no han sido capaces de resolver, como los conflictos

¹⁷¹ Una autoridad estatal de invención colonial, pero que ha sido integrada en la ley indígena.

¹⁷² Estos roles son realizados como parte del servicio obligatorio a la comunidad. Tanto el servicio obligatorio como voluntario aumenta la acumulación de capital social de los interesados.

¹⁷³ Yo uso el término “él” dado que el estudio de caso revisado en Bolivia solamente se refiere a hombres en ésta posición. No tengo conocimiento de alguna instancia donde una mujer haya asumido este rol.

matrimoniales, robos, adulterio y peleas entre miembros de la comunidad, entre otros. El *Corregidor* también administra las ofensas relacionadas a la tierra y el ganado conjuntamente con los tres miembros del consejo gobernante. Los casos atendidos son registrados en un libro de actas, el cual ha sido una tradición en las *marka* por más de 50 años. Esto es visto como un medio de consolidar los procedimientos tradicionales orales y de proveer evidencia de ofensas previas y antecedentes. La función judicial combinada del *Estado-marka* demanda la acreditación del Corregidor sobre las muertes e intentos de suicidio. Él también actúa en un rol supervisor con relación a las otras autoridades originarias y a sus desempeños en los cinco ayllus. A pesar de que hay una amplia jurisdicción asignada a su posición, el Corregidor no resuelve las ofensas mayores que afectan al interés colectivo.

Las autoridades 'originarias' a saber los tres miembros del consejo gobernante, el *Mallku* líder supremo Aymara en cada *ayllu* y los jueces rurales son las autoridades jurídicas de más alto rango. Ellos son principalmente responsables por proteger las tierras de la comunidad, incluyendo las cosechas y ganado, desempeñando roles ceremoniales durante los eventos de la comunidad asegurándose de la nominación de los líderes subsecuentes en fechas específicas anualmente. El *Alcalde Ordinario* es el líder con el mayor conocimiento de leyes internas y normas y su aplicación.¹⁷⁴ El *Alcalde Mayor* es responsable por la actividad agrícola junto con otros miembros del consejo gobernante. El *Regidor* debe asegurarse del protocolo apropiado en eventos públicos y es responsable por el uso de los símbolos sagrados llevados por las autoridades originarias. El *Mallku* actúa en asociación con los *alcaldes de campo* para asegurar la administración de la justicia en el *ayllu* y el uso apropiado de la tierra. El *Mallku* es la última instancia de justicia en conflictos internos en cada *ayllu*.¹⁷⁵ Los *alcaldes de campo* resuelven los casos, organizan el trabajo público y

¹⁷⁴ El Alcalde Ordinario encabeza el nivel inferior de los jueces que consisten en el *Mallku* y los jueces rurales ya que su función principal está relacionada con las tierras de originales. Con el *Corregidor* él ofrece el consejo a otras autoridades.

¹⁷⁵ Las ofensas que requieren investigación más extensa son remitidas por el *Mallku* al *Corregidor*.

supervisan las cosechas. Ellos llevan los símbolos sagrados de justicia, incluyendo un látigo de igual manera que otras autoridades de alto nivel.

Las ofensas menores (Justicia Menor), están categorizadas en asuntos internos y externos a la unidad familiar. El individuo no es el sujeto principal en el Yaku. La familia es la unidad central y la responsabilidad legal recae sobre el matrimonio. Las autoridades de nivel menor resuelven las disputas relacionadas a: las relaciones maritales, separación, manutención de los niños, adulterio, ganado, cosechas, asaltos e insultos y difamación. Las ofensas mayores, (Justicia Mayor), incluyen los conflictos que afectan negativamente los intereses colectivos de los miembros de la comunidad: disputas territoriales por límites, robo, robo de ganado, violación, incesto, brujería y asesinato. La Justicia Mayor es de jurisdicción de la Asamblea General de la comunidad, la cual es presidida por el *Corregidor*.

Las sanciones generalmente aplicadas en Yaku son económicas, morales y espirituales. En tiempos recientes, las multas de montos significativos son sanciones aplicadas con mayor frecuencia. Las ofensas mayores son castigadas en público a través de sanciones morales las cuales buscan obtener una confesión pública, una declaración de arrepentimiento y una promesa de no repetir la ofensa. La familia actúa como un garante para este último aspecto del procedimiento público. Esta sanción moral generalmente acompaña todas las sanciones. Las sanciones espirituales incluyen la detención del acusado en la capilla de una iglesia con las almas de los muertos en un esfuerzo de forzar una confesión cuando no existen testigos del crimen.

Existen ejemplos de expulsiones y castigos corporales, incluyendo flagelación y la pena de muerte. La expulsión es decidida por la asamblea comunal y parece haber sido recientemente aplicada en los años 70 cuando un miembro de la comunidad fue encontrado cometiendo adulterio repetidamente, pese a las sanciones monetarias. El azote es aplicado en ofensas criminales. En estos casos el culpable es exhibido en la plaza principal con sus manos atadas. El número de latigazos aplicados depende de la gravedad de la ofensa. En

casos serios que amenazan el bienestar de la comunidad, las autoridades 'originarias' determinan el número de latigazos. Estas autoridades o miembros de la comunidad son generalmente 'encargados' de aplicar no más de tres latigazos por persona. Es también permitido el insultar al ofensor hasta que él o ella se arrepientan públicamente y ruegue por el perdón.

La pena de muerte no parece haber sido aplicada en los últimos 20 años. Sin embargo es sabido que esta sanción es probablemente aplicada clandestinamente, y es por ende, difícil de estudiar con precisión. En un caso en los años 80, dos hermanos fueron encontrados culpables de robo de ganado y otros artículos, y fueron sentenciados a muerte bajo la Justicia Mayor después de una larga investigación y procedimientos. La madre de los ofensores tuvo que administrar veneno a sus hijos lo cual causó sus muertes. En estos casos, los padres están obligados a participar en la ejecución de la sentencia como su propio castigo por haber fallado en su misión de educar a sus hijos dentro de las normas de la comunidad.¹⁷⁶

D. Estudio de Caso: Colombia

Información General del País

La historia de Colombia está caracterizada por la violencia. Desde su independencia que fue alcanzada a principios de 1820, los conflictos internos han sido parte del escenario político.¹⁷⁷ Desde la Guerra de los Mil Días (de 1897 a 1899) a La Violencia (1948-1958),

¹⁷⁶ Fernández se refiere a otro caso, también a partir de 1980. El segundo caso 1980 implicó el suicidio bajo la presión de la comunidad. Nuevamente una serie de robos originaron una intensa investigación en la comunidad cuando los objetos fueron encontrados en la casa del acusado. La Asamblea General de la comunidad sentenció a muerte al acusado. La policía estatal intervino y detuvo al individuo en el recinto policial de la región. La comunidad no se había despojado de su jurisdicción y había demandado que el acusado aparezca ante la Asamblea general para arrepentirse y devolver los objetos robados. En su traslado a la comunidad -bajo la custodia de autoridades originarias y la policía- el acusado, viajando por un pase de montaña, se lanzó de un precipicio. De este modo el acusado evitó la aplicación de la pena de muerte y la mancha del honor de su familia.

¹⁷⁷ Ver las siguientes fuentes para una descripción histórica de la violencia en Colombia: J. Pearce, *Colombia dentro del laberinto* (Bogotá: Altamir Ediciones, 1992); Garry M. Leech, "Fifty Years of Violence", (1999) Colombia Journal Online, online: <<http://www.colombiajournal.org/fiftyyearsofviolence.htm>>.

las fuerzas liberales y conservadoras han promovido la guerra por el control territorial y político, especialmente en áreas rurales. El conflicto armado actual comenzó a principios de la década de 1960, cuando los insurgentes de izquierda se organizaron. En los 80, las fuerzas paramilitares también se organizaron. Los resultados han sido devastadores para la población civil colombiana¹⁷⁸ incluyendo los pueblos indígenas. Varios procesos de paz en las pasadas dos décadas han fracasado y los conflictos armados continúan, alimentados por el tráfico de drogas, extremismo ideológico y el gran número de actores armados. Paradójicamente, Colombia es el país que tiene la historia más larga de democracia formal sin interrupciones en Sur América. La población indígena en Colombia representa sólo un pequeño porcentaje del total de la población¹⁷⁹ y está dividida en aproximadamente 84 grupos dispersados a través del territorio nacional.¹⁸⁰ Pese a su escasa población, estimada en el 2.7%, los territorios indígenas cubren aproximadamente el 25% del territorio nacional.¹⁸¹

*La Comunidad Nasa de Toribio, en el Norte de Cauca*¹⁸²

El territorio de la comunidad indígena de Toribio es un territorio indígena designado territorio autónomo o un ‘*resguardo*’,¹⁸³ localizado en la parte norte del departamento de

¹⁷⁸ Las estimaciones son que entre 2 y 3 millones de personas son desplazadas internamente debido al conflicto armado. Ver: Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *The State of the World's Refugees: Human Displacement in the New Millennium* (Oxford: Oxford University Press, 2006) p. 170-171 (capítulo 7), online: <<http://www.unhcr.org/cgi-in/texis/vtx/template?page=publ&src=static/sowr2006/toceng.htm>>.

¹⁷⁹ Hay aproximadamente 850,000 pueblos indígenas en el país, Ver: Sistema Nacional de Estadísticas (Colombia), Noticia: “Indígenas reciben 36% Más en recursos que Colombianos de otras Regiones” (25 de septiembre 2005), online: <<http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/septiembre/25/05252005.htm>>; Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 38, el Estado sostiene que hay 81 grupos indígenas en aproximadamente 428 comunidades en el país.

¹⁸⁰ Organización Nacional Indígena de Colombia, “Pueblos Indígenas” (sin fecha), online: ONIC <<http://www.onic.org.co/nuevo/pueblos.shtml>>.

¹⁸¹ Van Cott 2000, *supra* nota 22 p. 213.

¹⁸² Este estudio de caso está basado en el capítulo de Perafán sobre el sistema de justicia Paez con los datos concretos de una comunidad en Cauca llamada Toribio. Ver: Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 45-188. El nombre indígena para la gente de Paez es Nasa. Debería notarse que el trabajo de Perafán ha sido criticado por su descontextualización de la ley indígena por la clasificación ‘occidental’. Ver: Willem Assies, “Multiethnicity, the State and the Law in America Latina” (1999) 43 J. Legal Pluralism 145 p. 151.

Cauca. Este departamento tiene la más alta población indígena que cualquier otro departamento, 182,000 habitantes y 82 territorios indígenas.¹⁸⁴ El grupo indígena predominante en el Cauca es el Nasa o Paez, siendo el primero el término usado en su propia lengua.¹⁸⁵ Los indígenas de Toribio y de dos otros ‘resguardos’ cercanos han sido designados como tal desde la era colonial a fines de 1600, cuando las autoridades españolas de Quito designaron un largo territorio y luego lo subdividieron por fronteras en 1735. Pese a que el territorio se convirtió en lugar de asentamientos de blancos y *mestizos* a fines del siglo XIX por la producción de café en la región, y la comunidad Nasa fue marginada debido al sistemático racismo, el resguardo fue recuperado como parte del movimiento indígena para reclamar los territorios en los años 70. En efecto, Toribio fue el sitio donde el Consejo Indígena Regional del Cauca (CRIC) fue organizado en 1971¹⁸⁶ y fue el primer frente en fortalecer la autonomía a través de una estrategia de desarrollo de largo plazo llamada Proyecto Nasa. La cooperación entre los territorios autónomos es significativa, con varios emprendimientos económicos, programas escolares bilingües, comités para el manejo de los recursos naturales, recuperación de tierras, tiendas comunitarias, organizaciones de mujeres y equipos consejeros. El proyecto político de Nasa está desarrollado en medio de los conflictos armados de Colombia. La presencia de grupos insurgentes y frentes paramilitares en el Cauca dio lugar a que Nasa sufra el índice más alto de homicidios entre todos los grupos nacionales indígenas entre los años 2000 y 2004.¹⁸⁷

¹⁸³ “Resguardo” se refiere al territorio indígena en español; esto no es el equivalente a una “reserva” en el contexto canadiense.

¹⁸⁴ Sistema Nacional de Estadísticas, *supra* nota 179.

¹⁸⁵ Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte (ACIN), *supra* nota 112.

¹⁸⁶ Ver: Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte, “Historia General” (sin fecha), online: ACIN <http://www.nasaacin.net/historia_general.htm>.

¹⁸⁷ Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Noticia: “Norte y Centro las Zonas mas Afectadas por Violaciones a Derechos Humanos en Cauca” (sin fecha), online: <<http://www.derechoshumanos.gov.co/modules.php?name=informacion&file=article&sid=514>>.

Perafán observa la distinta historia de los pueblos Nasa y su tendencia a ser sumamente centralizados políticamente lo que explica el grado significativo de autonomía legal y política de los pueblos Nasa:

Una característica especial del pueblo Paez es la de no haber sido vencidos por el conquistador, razón por la cual este pueblo ha conservado, a pesar de los procesos de dominio y aculturación en la Colonia y República, su unidad cultural, dentro de una lucha por el mantenimiento de su autonomía para el manejo de su economía, de sus relaciones sociales y de su jurisdicción, dentro de los patrones culturales dictados por su concepción del mundo - representada en su complejo mágico-religioso- y su desarrollo histórico particular.¹⁸⁸

En Toribio, durante el estudio legal antropológico conducido por Perafán, el territorio estaba habitado por 3,500 personas en 625 familias. Se considera que la tierra está bajo un título colectivo con las familias que tienen derecho de usufructo por vida en un área limitada, según lo decidido por el Cabildo gobernante del *resguardo*. Existen también tierras comunales para el beneficio económico de los miembros de la comunidad y para financiar la administración del Cabildo. En el momento en que el estudio fue llevado a cabo existían 10 empresas de la comunidad que fueron recuperadas durante el “periodo de lucha indígena entre 1977 a 1986”.¹⁸⁹ Una porción de las tierras designadas a las familias puede ser usada para la subsistencia familiar, sin embargo el resto es usado para cultivar sembradíos para el beneficio de la comunidad, incluyendo la alimentación del ganado de propiedad de la comunidad. Una serie de normas sociales regulan el trabajo agrícola cooperativo. Los derechos de uso del subsuelo son aprovechados por los *resguardos* en Colombia, permitiendo en Toribio, la explotación de minerales como el mármol, piedra caliza, mica y oro

¹⁸⁸ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 49:

Una característica especial del pueblo Paez es la de no haber sido vencidos por el conquistador, razón por la cual este pueblo ha conservado, a pesar de los procesos de dominio y aculturación en la Colonia y República, su unidad cultural, dentro de una lucha por el mantenimiento de su autonomía para el manejo de su economía, de sus relaciones sociales y de su jurisdicción, dentro de los patrones culturales dictados por su concepción del mundo -representada en su complejo mágico-religioso- y su desarrollo histórico particular.

¹⁸⁹ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 53: “el periodo de la lucha indígena de 1977 a 1986...”

para el beneficio económico no solo del resguardo de Toribio, sino también de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte de Cauca (ACIN).

Los miembros plenos del resguardo son aquellos individuos que tienen ‘linaje indígena’ (no necesariamente Nasa) maternal y paternamente, se identifican y comportan como indígenas, participan y respetan las prácticas culturales, se sujetan a la jurisdicción del Cabildo y proveen servicios públicos en el Cabildo. La disconformidad con estas normas puede resultar en la pérdida de la tierra familiar o la expulsión de la comunidad. Las obligaciones sociales son reguladas por la reciprocidad, redistribución y prácticas culturales y espirituales específicas de los Nasa.

El territorio autónomo es gobernado por un consejo o Cabildo. Pese a que esto fue originalmente una imposición del gobierno de Colombia,¹⁹⁰ los pueblos Nasa asumieron e incorporaron la figura dentro de su propia forma de auto-gobierno. Las elecciones son celebradas anualmente para las siguientes posiciones en el Cabildo: Gobernador, Asistente del Gobernador, Alcalde Mayor (Jefe de policía)¹⁹¹ y Administrador. Los candidatos deben presentarse para posiciones específicas en el Cabildo, en grupos de a 4 y su candidatura debe ser validada por varias aldeas dentro del territorio. En enero, los comités de las aldeas eligen a la policía (Alguacil)¹⁹² y al Alcalde de la aldea para trabajar en colaboración con el Cabildo.

El Gobernador es la más alta autoridad en la organización política del territorio y en la administración de justicia. El asistente del Gobernador actúa en ausencia del Gobernador y es el delegado para la comunicación con las autoridades estatales. El Alcalde Mayor o jefe

¹⁹⁰ *Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*, Ley 089 de 1890, Colombia, Art. 3, online: <<http://www.ideam.gov.co/legal/ley/1900/ley089-1890.htm#up>>.

¹⁹¹ Perafán usa el término *Alcalde Mayor* o Cabeza Mayor. Sin embargo las funciones son las de un Jefe de policía, por tanto usaré el término relevante a las funciones actuales.

¹⁹² El término *Alguacil* se refiere a una posición, en este *resguardo*, conferido por mandato con funciones de policía.

de policía coordina las acciones de la policía de las aldeas (los Alguaciles), supervisa la detención de acusados, revisa cualquier queja recibida e indaga el progreso en las investigaciones criminales. El Administrador actúa como secretario y tesorero del Cabildo, administrando las finanzas de la comunidad. La policía actúa bajo las órdenes del Cabildo y tiene la autoridad para investigar crímenes, conducir búsquedas y arrestar y detener a los sospechosos. El Alcalde Mayor toma nota de conflictos potenciales o actuales en las aldeas, comunica los problemas graves al Cabildo y apoya el trabajo de la policía.

La Asamblea General, constituida por todos los miembros del *resguardo*, se reúne cada dos meses y extraordinariamente cuando es requerido. La Asamblea desempeña una función legislativa, aprobando los cambios en las normas y procedimientos, también actúa como una corte de segunda instancia para la revisión de las decisiones relacionadas a las sanciones prescritas por el Cabildo. La Asamblea puede ratificar o ajustar las sanciones. Las funciones descritas son designadas por consenso. La Asamblea también evalúa el trabajo judicial y administrativo del Cabildo.

Los anteriores Gobernadores forman un grupo de consejeros o Consejo de “viejos” o “ancianos” para ayudar al mandato del Cabildo. Sus funciones incluyen: convocar a los miembros del Cabildo, la intervención en las investigaciones si son llamados por el Cabildo y el de aconsejar a las partes en conflicto para asegurar las relaciones armoniosas y la rehabilitación moral de los acusados, también aseguran los recursos para la ejecución de los tradicionales rituales sagrados por parte de los shamanes o curanderos y están en contacto con las instituciones estatales cuando es requerido.

En Toribio y los dos resguardos vecinos un Consejo de Shamanes, conocido como los Te Wala, fue formado para asegurar la transferencia de sus conocimientos y con propósitos solidarios, estos guías espirituales han sido blancos de grupos armados en el

conflicto armado colombiano.¹⁹³ A los Te Wala se les puede solicitar ayuda para las investigaciones criminales, no solo para crímenes de brujería, sino también en otras situaciones cuando no existen testigos o una confesión de culpa. En estos últimos casos, el ‘Shaman’ puede examinar el ‘aura’ del sospechoso y los resultados son considerados como evidencia en el proceso.

El Cabildo tiene jurisdicción sobre el resguardo y también sobre otros territorios indígenas -donde los residentes de Toribio han migrado- si hubiera acuerdos establecidos entre Cabildos. Los miembros del resguardo están sujetos a la jurisdicción del Cabildo pero la justicia también ha sido administrada cuando una de las partes no es indígena y hasta cuando ambas partes no son indígenas, si es que sus propias familias traen los casos ante el Cabildo para la aplicación de la ley Nasa. En estos últimos casos, los latigazos no son administrados pero el trabajo comunitario puede ser establecido.

Las ofensas menores son resueltas con los *Palabrerros*¹⁹⁴ o mediadores. Los *Palabrerros* son mandados por el Cabildo para prestar particular atención a las situaciones en las que niños y jóvenes se ven involucrados. Las violaciones menores son generalmente de naturaleza privada e incluyen la mala conducta en el hogar, infidelidad, conflictos maritales y los chismes. Sin embargo, si la conducta inaceptable continúa, se la considera una ofensa pública y entonces el caso es enviado al Cabildo para que lo resuelva en lo que se consideraría un proceso penal.

Se consideran violaciones penales aquellos actos que dañan la vida de la comunidad. Los procedimientos penales son iniciados cuando una queja de la familia de una de las partes afectadas es presentada ante el Cabildo. Las quejas pueden también ser iniciadas por la policía o por el Alcalde de la aldea. Una confesión ante el Gobernador y luego ante la

¹⁹³ Entre 1979 y 1980 15 “Whalas” fueron asesinados por la insurrección izquierdista más grande, la FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia): Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 112.

¹⁹⁴ Traducción de “Pueblos del Mundo”.

Asamblea General es esperada una vez que el sospechoso es detenido. Si no existe un sospechoso o si el acusado no confiesa, se designa un equipo de investigación.¹⁹⁵ El Gobernador juzga la evidencia y toma su decisión sobre el grado de culpabilidad personal de los actos criminales y el grado familiar de responsabilidad. El comité directivo del Cabildo decide la sanción que luego tiene que ser aprobada por la Asamblea General. El Cabildo es responsable por la ejecución de la sentencia.

Los Nasa usan una combinación de sanciones penales para restaurar la armonía en la comunidad y asegurar la rehabilitación e integración del individuo. Las sanciones para lo que sería considerado ofensas criminales incluyen las compensaciones a la familia de la víctima, multas pagadas al Cabildo, latigazos y trabajo comunitario. Los latigazos son frecuentemente aplicados en Toribio, pero reemplazan el uso del cepo, un castigo muy común en otras comunidades Nasa. El látigo usado para las flagelaciones tiene una vara de madera usada como mango con una pieza de cuero suave que tiene entre tres a cinco milímetros de ancho, un milímetro de grosor y hasta 1.5 metros de largo.¹⁹⁶ El Gobernador u otra autoridad pública administran los latigazos. El segundo castigo más común es el trabajo comunitario forzado que generalmente se desarrolla en las minas de la comunidad o vías públicas por hasta 5 años. El castigo más extremo es la expulsión del *resguardo*.

Las ofensas que merecen latigazos como castigo incluyen el asalto físico a las autoridades, conducta irresponsable de los miembros del Cabildo,¹⁹⁷ falso testimonio, organización de grupos para actividades criminales, infidelidad (si el acusado (a) es casado (a) por la Iglesia Católica), detención arbitraria por parte de miembros del Consejo, hacer

¹⁹⁵ El equipo de investigación es integrado por ex-gobernadores pero si fuera necesario el Whala también está implicado.

¹⁹⁶ Perafán 1995, *supra* nota 131 en nota al pie 126.

¹⁹⁷ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 65: Los informes de un caso donde el Gobernador se durmió cuando él, como se suponía, asistía una inspección ocular. Él fue enviado al calabozo durante dos días y sería azotado si hubiera un recurrente comportamiento irresponsable.

delinquir (forzar a alguien a cometer un crimen),¹⁹⁸ transmisión de enfermedades sexuales como resultado del intercambio sexual con una prostituta, asalto sexual, conducta sexual abusiva, robo, daño a los sembradíos por el ganado, extorsión, falta de respeto por los sitios sagrados, homicidio y brujería con plantas venenosas.

Estas dos últimas ofensas son las más severamente castigadas, sin embargo el uso de plantas venenosas para la brujería es el único crimen que podría derivar en latigazos, tres a cinco años de trabajos, compensación a la familia de las víctimas y hasta la pena de muerte (por envenenamiento).¹⁹⁹ Los casos de homicidio son resueltos por la Asamblea General con las familias del acusado y de la víctima acordando el no buscar venganza y no iniciar un proceso en el sistema judicial estatal. La sanción para el homicidio premeditado incluye los latigazos, compensación a los familiares de la víctima y dos a cinco años de trabajos forzados.

4. Contexto Legal Nacional y Jurisprudencia Estatal

A. Bolivia

El Artículo 1 de la *Constitución Política del Estado*²⁰⁰ describe a Bolivia como un Estado unitario caracterizado como multiétnico y pluricultural. La práctica de la justicia comunitaria indígena en Bolivia ha generado debates significativos por dos principales razones. Primero, mientras la *Constitución* y el *Código de Procedimiento Penal*²⁰¹ reconocen la jurisdicción de las autoridades naturales indígenas en la esfera penal, actualmente sus

¹⁹⁸ Esta ofensa causa lo que Perafán describe como el azotamiento severo (6 latigazos por cada miembro del Consejo) y 3 a 4 años de trabajo comunal. La repetición causa la expulsión del territorio. Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 73.

¹⁹⁹ Perafán 1995, *supra* nota 131 p. 66 (nota al pie 43), describe el último caso prescrito de muerte por envenenamiento por el crimen de uso impropio de plantas venenosas ocurrió en 1975.

²⁰⁰ *Constitución Política del Estado*, (1994), *supra* nota 29.

²⁰¹ *Código de Procedimiento Penal*, Ley No. 1970 Bolivia 1999, online: <<http://www.ncppenalbo-tz.org/index.html>> [*Código de Procedimiento Penal*].

sentencias son socavadas por el derecho estatal.²⁰² Segundo, algunas organizaciones en Bolivia usan la justicia comunitaria de una manera corrupta para justificar lo que son indiscutiblemente actos ilegales no sancionados por un proceso tradicional o reconocido dentro de un sistema jurídico indígena.²⁰³

El Artículo 171 de la *Constitución* protege los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, reconoce la personería jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y permite la aplicación, por parte de las autoridades naturales indígenas y campesinas, de las normas y prácticas acostumbradas para la resolución de conflictos, siempre y cuando las mismas no violen la *Constitución*.²⁰⁴ El Artículo 28 del *Código de Procedimiento Penal* reconoce la jurisdicción penal de las autoridades indígenas cuando el acusado y la víctima son de la misma comunidad y la resolución del caso no viola los derechos humanos garantizados en la *Constitución*.²⁰⁵ Sin embargo, hasta la fecha no se

²⁰² Por ejemplo, los fiscales continúan iniciando procesos penales contra líderes de comunidad. Ver: “Ayllus sancionan asesinato con dos vacas y multa”, *supra* nota 119 (el informe de periódico del caso en el cual las autoridades tradicionales buscaron al fiscal de distrito para ayudar a hacer cumplir la sanción y en cambio el fiscal inició un proceso criminal contra los líderes por encubrir un asesinato

Ver casos: *Tarqui Ajnota v. Chávez Bravo* (5 de marzo 2003), Tribunal Constitucional de Bolivia, 0273/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6314.html>>; *Gaspar Hilario v. Hilario* (7 de Junio 2005), Tribunal Constitucional de Bolivia, 0019/2005-CDP, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11858.html>>.

²⁰³ Ver: el caso contra los líderes del Movimiento Sin Tierra que organizan tomas de tierra de propiedad privada según se dice improductiva: *Campuzano Vda. de Iturralde v. Pinto Tola* (1 de julio 2004), Tribunal Constitucional de Bolivia, 1008/2004-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion9765.html>>.

²⁰⁴ *Constitución Política del Estado*, 1994 (Bolivia), *supra*, nota 29 Art. 171.

171(3) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.

²⁰⁵ *Código de Procedimiento Penal*, *supra* nota 201 en c. 1, Art. 28.

Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

ha aprobado ninguna ley que sirva para orientar el nexo entre el derecho estatal y el derecho indígena a pesar de las garantías constitucionales en uso impuestas desde 1994 y más recientemente el reconocimiento del *Código de Procedimiento Penal*.

Los derechos fundamentales, como se encuentran definidos en el primer capítulo de la *Constitución* boliviana, incluyen el derecho a la vida,²⁰⁶ el derecho a la libre asociación,²⁰⁷ el derecho a la libertad de movimiento en el territorio nacional²⁰⁸ y el derecho a la propiedad individual y colectiva mientras la misma cumpla una función social.²⁰⁹ Las garantías individuales en el segundo capítulo incluyen la prohibición contra la tortura²¹⁰ y la prohibición contra la pena de muerte en todos los casos.²¹¹ En el Artículo 171(1) los pueblos indígenas están garantizados para el uso de los recursos naturales y su identidad, valores, lenguas, usos y costumbres e instituciones en el territorio nacional, pero especialmente en las tierras comunitarias de origen. A pesar de que existen personerías jurídicas otorgadas a las comunidades campesinas e indígenas y a los sindicatos agrarios, no existe una autonomía territorial otorgada.²¹²

A pesar de que hubo debates públicos con referencia a las sanciones corporales en el derecho indígena, no existen decisiones sobre las mismas en el Tribunal Constitucional.²¹³ Indiscutiblemente, este puede ser un indicativo de la significativa conformidad con los

²⁰⁶ *Constitución Política del Estado*, 1994 (Bolivia), *supra*, nota 29 Art. 171

²⁰⁷ *Ibid.* Art. 7(c).

²⁰⁸ *Ibid.* Art 7(g).

²⁰⁹ *Ibid.* Art. 7(i).

²¹⁰ *Ibid.* Art. 12.

²¹¹ *Ibid.* Art. 17. Observa que la información de Amnistía Internacional considera Bolivia por haber suprimido la pena de muerte sólo para crímenes ordinarios, información que no es compatible con el Artículo 17, que expresamente declara que los crímenes excepcionales de asesinato, parricidio y traición deben ser castigados con 30 años prisión. Bolivia abolió la pena de muerte por crímenes ordinarios en 1997. Ver: Amnesty International, *Abolitionist and Retentionist Countries: Abolitionist for Ordinary Crimes Only*, online: <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-abolitionist2-eng>> (actualizado el 24 de Mayo 2005).

²¹² *Constitución Boliviana*, *supra* nota 29 Art. 171(2).

²¹³ En adelante Tribunal Constitucional.

castigos corporales por parte de los miembros de la comunidad. En mi opinión, los casos que fueron revisados por el Tribunal Constitucional no respetan el principio de la no interferencia y respeto por la diferencia cultural. Mi observación está basada en las decisiones del Tribunal que han interpretado el contexto del Artículo 171(3) de manera limitada en relación a que las autoridades pueden aplicar el derecho “consuetudinario” y en que circunstancias puede ser aplicado. Las sentencias del Tribunal Constitucional han limitado la autonomía de las autoridades indígenas para sancionar los crímenes de acuerdo a las normas establecidas por la comunidad, a través de la interferencia y la falta de un análisis contextual que respete la diferencia cultural²¹⁴.

Mientras que el Artículo 171 de la Constitución garantiza a las autoridades campesinas e indígenas el derecho a resolver conflictos de acuerdo al “derecho consuetudinario” el Tribunal Constitucional ha interpretado generalmente esta medida constitucional de una manera limitada con escaso análisis. Admito, sin embargo, que el lenguaje ambiguo en el que el Artículo 171 está redactado, da lugar a controversia sobre el alcance de su aplicación.²¹⁵ El texto del Artículo 171(3) reconoce el derecho de “las autoridades naturales de las comunidades campesinas e indígenas”²¹⁶ a administrar y aplicar las normas de la comunidad, sin embargo el Tribunal Constitucional, en su veredicto en *Cornejo Romero contra Orosco López*,²¹⁷ dio señales contradictorias. En un párrafo la decisión reconoce el derecho de los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y los

²¹⁴ Para un análisis de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Bolivia en relación de la Justicia Comunitaria en general ver: Idon Moisés Chivi Vargas, “Justicia Indígena y Jurisdicción Constitucional Bolivia 2003-2005”, (2006) 1 Derechos Humanos y Acción Defensorial 45 (Bolivia).

²¹⁵ El texto del Artículo 171 es ambiguo y podría ser interpretado como la concesión de una jurisdicción distinta de la ley estatal o integrarla y subordinarla. Ver: Van Cott 2000, *supra* nota 22 p. 227. Ver también: A. Mansilla Arias, “El Derecho Indígena y las Pautas para la Conformación de una Línea Jurisprudencial Constitucional en Bolivia” 10 Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (2004) p. 16 – 19, online: <<http://www.uv.es/CEFD>>. Mansilla argumenta que a los redactores de la Constitución erraron por la inclusión de “campesinos” en la sección 3 del artículo 171.

²¹⁶ *Constitución Boliviana*, *supra* nota 29 en Art. 171(3).

²¹⁷ *Cornejo Romero v. Orosco López* (6 de Febrero 2003) Tribunal Constitucional de Bolivia, 0143/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6151.html>>.

sindicatos agrarios a aplicar sus propias normas internas.²¹⁸ Sin embargo, en el siguiente párrafo, el Tribunal Constitucional indica que las sanciones de los sindicatos agrarios no pueden ser consideradas como costumbres tradicionales de una comunidad indígena y por lo tanto quedan excluidas de las protecciones garantizadas en el Artículo 171.²¹⁹ Este hallazgo carece de un análisis contextual dado las múltiples identidades y estructuras en juego en las comunidades rurales de Bolivia.²²⁰ Así también, esta decisión rechazó implícitamente las sanciones aplicadas bajo los procedimientos establecidos de la comunidad por las autoridades del sindicato agrario por violar los derechos individuales constitucionalmente protegidos.²²¹ Sin embargo, otra decisión del Tribunal Constitucional no rechaza directamente a los sindicatos agrarios del alcance del Artículo 171.²²² Esta última interpretación es la más apropiada a la descrita en el texto del Artículo 171 leído en su totalidad y a las múltiples identidades sobrepuestas en formas tradicionales de organización y toma de decisiones.²²³

Las sentencias del Tribunal Constitucional se refieren a la garantía constitucional utilizando varios términos tales como derecho consuetudinario o la justicia comunitaria,²²⁴

²¹⁸ *Ibid.* en III.2 (Bases jurídicas para decisión).

²¹⁹ *Ibid.* en III.3 y III.4.

²²⁰ Estructuras tradicionales indígenas pueden seguir funcionando conjuntamente con una estructura sindical agraria. Ver: Guarachi, *supra* nota 161.

²²¹ *Cornejo Romero v. Orosco López*, *supra* nota 217. Las sanciones aplicadas por líderes sindicales incluyeron la pérdida total de los derechos de propiedad sobre la tierra de los demandados, su expulsión de la comunidad porque no cumplieron con la decisión aprobada por la mayoría de los miembros de la comunidad de acorrallar a sus porcinos. Cuando los demandados no obedecieron uno de sus cerdos fue faenado y distribuido entre miembros de comunidad, y después de que uno de los demandados amenazó a las autoridades de la comunidad él fue detenido en la celda de detención de la comunidad.

²²² *Cazón Ocampo v. Ocampo Ramos* (10 March 2004), Tribunal Constitucional de Bolivia, 0313/2004-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion8885.html>>. Este caso fue presentado por miembros de la comunidad contra la asociación local de cultivadores de fruta, establecido conforme a la ley como un sindicato agrario que organiza la vida de comunidad incluyendo la educación.

²²³ La política estatal en Bolivia, como en otros países, procuró asimilar a los pueblos indígenas en una más homogénea población mestiza imponiendo estructuras. Ver: *Ley de Reforma Agraria*, *supra* nota 159 en el capítulo IX; y Mansilla, *supra* nota 215.

²²⁴ *Cazón Ocampo v. Ocampo Ramos*, *supra* nota 222. El magistrado plantea su preferencia por el término de justicia comunitaria.

pero no definen el alcance jurisdiccional de esta garantía. Actualmente los fallos del Tribunal parecen restringir la administración y aplicación de las normas de la comunidad en un contexto criminal pese al hecho de que el *Código de Procedimiento Penal* estipula el cese del proceso penal estatal si el caso ha sido resuelto por el “derecho consuetudinario indígena”. Por ejemplo, en *Gaspar Hilario contra Hilario*²²⁵ el Tribunal afirmó la decisión del Juez de primera instancia en la aplicación de un *habeas corpus*, el cual limitó el contenido del derecho consuetudinario indicando que los “hechos suscitados se refieren a la presunta comisión de un delito y no a un conflicto en el que las autoridades originarias puedan resolver conforme al Derecho consuetudinario indígena”²²⁶ El Tribunal no aclara en que situaciones las autoridades indígenas pueden resolver casos criminales bajo su derecho propio.

En *Tarqui Ajnota contra Chávez Bravo*,²²⁷ las autoridades indígenas buscaron evitar un procedimiento penal en su contra después de haber sancionado a la familia de un joven detenido in fraganti en el acto de robar. Las autoridades indígenas sancionaron a la madre y abuela del joven, aunque el Tribunal no hace referencia a dicha sanción o las circunstancias del robo por el joven. Una hermana del joven presentó una queja al Fiscal del Distrito contra los líderes de la comunidad por el delito de asalto, intento de asesinato, y detención arbitraria del padre del joven. El Tribunal otorgó la aplicación y retornó el caso al Fiscal para corregir los errores técnicos en la orden de aprensión de las autoridades indígenas. La decisión del Tribunal no consideró si las acusaciones de la familia estaban relacionadas a las sanciones jurídicas aplicadas a los miembros de la familia por las autoridades indígenas, ni consideró la posible aplicación del Artículo 28 del *Código de Procedimiento Penal*.

²²⁵ *Gaspar Hilario v. Hilario*, *supra* nota 202.

²²⁶ *Gaspar Hilario v. Hilario*, *supra* nota 202, párrafo 1.2.3. Los hechos del caso implicaron la detención de un joven por el Corregidor (el demandante es el hijo de Corregidor) el demandante fue considerado por los miembros de comunidad como sospechoso de robo de ganado.

²²⁷ *Tarqui Ajnota v. Chávez Bravo*, *supra* nota 202.

Los fallos del Tribunal no respetan la diferencia cultural y por lo tanto no promueven la autonomía del derecho indígena. Por ejemplo, el fallo del Tribunal en *Ticona Mamani contra Cruz*,²²⁸ el cual representa el análisis más comprensivo entre las decisiones citadas, describe el pluralismo judicial en Bolivia como un hecho histórico.²²⁹ A pesar de la revisión del derecho internacional y la jurisprudencia colombiana que garantiza una autonomía más amplia al derecho indígena,²³⁰ la Magistrada que escribió la decisión, define de limitado el alcance del derecho indígena en Bolivia. Ella encuentra que las sanciones de expulsión violan las normas nacionales de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de libre movimiento en territorio nacional²³¹ y el derecho a trabajar²³² sin discutir completamente cómo el Tribunal debería equilibrar la tensión entre estos derechos individuales y el derecho colectivo de aplicar el derecho indígena. .

Mientras que esta decisión parece ser la única en la cual el Tribunal ordenó un estudio social antropológico como una ayuda memoria para la corte, el análisis contextual de las actuales normas de la comunidad es mínimo. La Magistrado otorgó el recurso interpuesto por la familia con la estipulación de que ellos cumplan las normas comunitarias y que las autoridades de la comunidad reporten al Tribunal sobre la conformidad de los demandantes con el modo de vida de la comunidad.

Las sentencias del Tribunal, arribas citadas, parecen privilegiar las reglas jurídicas “occidentales” y los derechos individuales sin considerar suficientemente los atributos del pluralismo jurí-cultural. Constantemente, el Tribunal falla al no considerar las reglas jurídicas locales como las bases para evaluar los derechos, como el derecho del individuo al debido

²²⁸ *Ticona Mamani v. Cruz* (11 de marzo 2003), Tribunal Constitucional de Bolivia, 0295/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6348.html>>.

²²⁹ *Ticona Mamani. v. Cruz*, *supra* nota 228 p. 37-43.

²³⁰ Ver discusión de la jurisprudencia Colombiana más abajo.

²³¹ *Constitución Boliviana*, *supra* nota 29 en Art. 7 (g).

²³² *Ibid.* en Art. 7(d).

proceso. Por ejemplo, en *Cazón Ocampo contra Ocampo Ramos*,²³³ otro caso que lidia con la expulsión de un individuo de la comunidad, el Tribunal encuentra que la decisión de la comunidad, hecha por la Asamblea General y la cual se adhiere a regulaciones escritas conocidas por toda la comunidad, violaba los derechos del acusado a un debido proceso y al derecho a una defensa.²³⁴ En uno de los pocos casos donde el Tribunal falló en favor de las autoridades de la comunidad, *Herrera Mamani contra Alconce*,²³⁵ el Tribunal fundamentó su decisión sobre elementos técnicos. Específicamente, el Tribunal encontró que la instancia correcta para resolver la disputa, la cual tenía que ver con la revocación de los derechos al agua del demandante, era el Tribunal Agrario.

Las múltiples identidades culturales, las estructuras políticas y los órdenes jurídicos actuales hacen de Bolivia un estudio de caso particularmente difícil. Yo sostengo que las sentencias del Tribunal no han sido congruentes con la realidad social e histórica de un pluralismo radical empírico en el país. Dado que el Artículo 171(3) es ambiguo sobre el alcance de la aplicación del derecho indígena, los Magistrados que presiden han escogido interpretar el texto de ese artículo y otros, incisos supuestamente jerárquicos del Capítulo 1 de la Constitución, de forma restrictiva que privilegia los derechos individuales sobre los derechos colectivos. Asegurar el respeto e inclusión de la justicia comunitaria es una prioridad para el actual gobierno²³⁶ y es también uno de los temas relacionados a la

²³³ *Cazón Ocampo v. Ocampo Ramos*, *supra* nota 222.

²³⁴ *Ibid.* Los demandados fallaron en conducir el trabajo de la comunidad.

²³⁵ *Herrera Mamani v. Alconce* (14 June 2005), Tribunal Constitucional de Bolivia, 0661/2005-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11917.html>>.

²³⁶ El actual gobierno creó un Viceministerio de Justicia comunitaria dentro del Ministerio de Justicia para formalizar la ley indígena en el país. Ver: “Gobierno y asociaciones originarias desean legalizar la justicia comunitaria” *Diario el Correo del Sur* (3 February 2006), online: <http://www.correodelsur.net/2006/0203/w_nacional24.shtml>.

autonomía y diversidad que serán tratados por el proceso de reforma constitucional en curso.²³⁷

B. Colombia

A pesar de que Bolivia es empíricamente pluralista, por comparación Colombia ha formalizado la jurisdicción del derecho indígena a un grado mayor. Por ejemplo, la *Ley 89 de 1890*,²³⁸ aun racista y colonialista, ha permitido a las comunidades indígenas mantener sus costumbres debido a la segregación y a través de la incorporación de sus propios procesos culturales de organización política y jurídica dentro las estructuras coloniales impuestas.²³⁹ La ley garantiza jurisdicción económica al Consejo²⁴⁰ y jurisdicción penal específicamente al Gobernador del Consejo.²⁴¹ La ley también sostiene y protege el concepto de los territorios indígenas en la forma de *resguardos*.²⁴²

La Constitución de Colombia es el resultado de un proceso de reforma participativa que culminó en 1991 con medidas que garantizan, al menos formalmente, un grado

²³⁷ Los miembros de la asamblea constituyente considerarán la pregunta de autonomía y descentralización de poderes, ver: *Ley de Convocatoria de Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales*, Ley No. 3356, Bolivia, 2006; la Asamblea Constituyente considerará las leyes indígenas o ‘justicia comunitaria’: Agencia Boliviana de Información, Noticia: “Arrancó debate sobre compatibilización de la justicia comunitaria con la ordinaria” (13 de julio 2006), online: <http://www.comunica.gov.bo/index.php?i=noticias_texto&j=20060713195236>.

²³⁸ *Ley 089 de 1890*, *supra* nota 190, tiene un tema textual: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.”

²³⁹ *Ibid.* en Art. 1 y 3.

Artículo 1: “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes...”

Artículo 3: “En todos lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El periodo de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1 de enero a 31 de diciembre....”

Ver también: Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca (ACIN), *supra* nota 112 p. 7: “...aunque el cabildo no es una forma de gobierno propia, la hemos adaptado a nuestros intereses y necesidades.”

²⁴⁰ *Ley 089 de 1890*, *supra* nota 190 en Art. 4.

²⁴¹ *Ley 089 de 1890*, *supra* nota 190 en Art. 5.

“Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan uno o dos días de arresto.”

²⁴² *Ley 089 de 1890*, *supra* nota 190 en Art. 2.

significativo de autonomía de los pueblos indígenas en el país.²⁴³ La Constitución dedica su primer título a los principios fundamentales que guían la interpretación de todo el texto. El primer artículo reconoce a Colombia como un Estado organizado como una sola República pero caracterizada como “(...) descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (...)”²⁴⁴ El Artículo 7 proclama que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.”²⁴⁵ El segundo título dispone los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida²⁴⁶ y la prohibición contra la tortura.²⁴⁷

Las siguientes secciones de la Constitución brindan un amplio grado de autonomía para el derecho indígena en los territorios indígenas. Los Artículos 329 y 330 garantizan, respectivamente, la formación de territorios colectivos indígenas y su auto-gobierno mediante Cabildos basados en las costumbres y prácticas de la comunidad. El Artículo 287 garantiza a todas las entidades territoriales en el país, incluyendo los territorios indígenas, el derecho a autonomía y auto gobierno, al cobrar y administrar los recursos financieros y beneficiarse del ingreso nacional. El Artículo 246 de la Constitución permite a las autoridades indígenas aplicar su propio derecho dentro de sus territorios.²⁴⁸ La Corte Constitucional²⁴⁹ ha identificado cuatro criterios esenciales para el ejercicio de la jurisdicción indígena garantizada

²⁴³ Para una descripción de la participación indígena en la asamblea constituyente mirar: Van Cott 2000, *supra* nota 22 en 213-217.

²⁴⁴ *Constitución Colombiana*, *supra* nota 8 Art. 1 “...organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”

Entidades territoriales son definidas más tarde en el texto (in s. 286) como: departamentos (como provincias en Canadá), distritos, municipios y territorios indígenas.

²⁴⁵ *Constitución Colombiana*, *supra* nota 8 en Art. 7.

²⁴⁶ *Constitución Colombiana*, *supra* nota 8 en Art. 11.

²⁴⁷ *Constitución Colombiana*, *supra* nota 8 Art. 12. El Estado de Colombia suprimió la pena de muerte para todos los crímenes en 1910. Ver: Amnistía Internacional, *supra* nota 211.

²⁴⁸ Este límite es muy amplio, abarcando la Constitución entera y todas las leyes nacionales. El Tribunal Constitucional generalmente ha interpretado el límite sobre la jurisdicción indígena de una manera más limitada, que es compatible con los “derechos fundamentales” de la *Convención 169 de la OIT*, *supra* nota 13.

²⁴⁹ En adelante usaré la traducción “Corte Constitutional”

por esta medida constitucional: (i) la existencia de autoridades judiciales indígenas; (ii) el poder de los pueblos indígenas para establecer sus propias normas y procedimientos; (iii) la sujeción de estas normas y procedimientos indígenas a la Constitución y legislación nacional; y (iv) el poder del legislador para prescribir la forma de coordinación entre la jurisdicción indígena y las autoridades jurídicas estatales.²⁵⁰ Mi revisión de las sentencias de la Corte, *infra*, se enfoca en los criterios segundo y tercero. En relación del cuarto criterio, la legislación para coordinar la interacción entre los indígenas y normas jurídicas estatales no ha sido promulgada pese a consultas en varios borradores de leyes.²⁵¹

Este marco constitucional ha permitido el reforzamiento²⁵² y la recuperación²⁵³ de los sistemas jurídicos de pueblos indígenas, pero discutiblemente esto no ha resultado en una autonomía política amplia.²⁵⁴ Las garantías constitucionales, junto con la jurisprudencia razonablemente progresiva de la Corte Constitucional, respetan los elementos del pluralismo jurí-cultural transformativo a un nivel mayor que en el caso boliviano. La jurisprudencia colombiana demuestra menos interferencia en la jurisdicción de las autoridades indígenas y

²⁵⁰ Ver: *Torres Forero v. Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca de la Zona Oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta* (18 septiembre 1998), en la corte Constitucional, SU-510/1998.

²⁵¹ Assies sugiere que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya sido desarrollada a tal grado que sirve al propósito de legislación de coordinación, ver: Willem Assies “Indian Justice in the Andes: Re-rooting or Re-routing?” en T. Salman y A. Zoomers (editores). *Imaging the Andes: Shifting Margins of a Marginal World* (Amsterdam: Centre for America Latinan Research and Documentation, 2003) 167 p. 177. Las tentativas han sido hechas para bosquejar una ley de coordinación en consulta con autoridades indígenas pero hasta el momento no ha sido alcanzado un acuerdo. El Tribunal ha definido varios aspectos del alcance de jurisdicción indígena, incluyendo criterios para evaluar la ley competente a ser aplicada en un caso criminal basado en la posición geográfica del delito y la situación subjetiva cultural del acusado, Ver: *Guainas Finscuc v. Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila* (26 de septiembre 1996), Corte Constitucional Colombiana, T-496/1996.

²⁵² Por ejemplo, la gente Nasa en el Norte de Cauca ha establecido su propio colegio de abogados,, Escuela de Formación en Derecho Propio “Cristobal Secue”, ver: “Quinto Aniversario del Cristobal Secue” *Asociación de Cabildos Indígenas del Norte de Cauca* (30 de junio 2006), online: <http://www.nasaacin.net/noticias.htm?x=2319>.

²⁵³ Londoño y Romero, *supra* nota 73 p 18-19. El primer paso entre algunos pueblos indígenas que han perdido tradiciones jurídicas es la recuperación de costumbres y prácticas, como el Pijao en Tolima.

²⁵⁴ Jorge Caballero, *supra* nota 87.

un mayor respeto por la diferencia cultural que el Tribunal Constitucional en Bolivia.²⁵⁵ A pesar de que la Corte Constitucional Colombiana ha revisado muchos casos relacionados a la jurisdicción indígena,²⁵⁶ dos casos determinantes tratan de castigos corporales.²⁵⁷ En efecto, desde estos dos casos, decididos en 1996 y 1997, no parecen haber más recursos de tutela a la Corte Constitucional en asuntos concernientes a castigos corporales. Estos dos casos, discutidos más adelante, junto a la sentencia unificadora de 1998,²⁵⁸ brindan los principios interpretativos articulados por la Corte en su revisión de recursos de tutela.

La Corte avanzó la autonomía de la justicia indígena significativamente con la decisión en 1996 en *González Wasorna contra La Asamblea General de Cabildos indígenas Región Chami y Cabildo Mayor*,²⁵⁹ la cual consideró un caso de asesinato donde el acusado

²⁵⁵ En algunas decisiones del Tribunal Constitucional ha sido limitado el respeto del Tribunal por la autonomía de justicia indígena por interpretar las restricciones contra su autonomía legal de una manera más amplia. Ver por ejemplo: *Narvaez v. Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo* (30 de mayo 1994), Tribunal Constitucional de Colombia, T254/1994. El Tribunal limitó la jurisdicción indígena por una gama de derechos fundamentales incluyendo el derecho al proceso previsto y la libertad de asociación. Por ejemplo el Tribunal encontró que mientras la sanción de expulsión no violó la Constitución (dado que tanto la Constitución como la ley internacional de derechos humanos se refiere a la expulsión del territorio nacional) la confiscación del terreno trabajado por el acusado y el uso implícito de la sanción a la familia entera del acusado violó la provisión constitucional de libertad de asociación, la prohibición contra la expropiación y de manera más importante, fue encontrada desproporcionada al crimen de robo de ganado y cosechas y por su aplicación a la familia del acusado. Esta decisión, en mi opinión, no respeta la naturaleza colectiva de territorio indígena, ni normas de comunidad y procedimientos establecidos para el objetivo de mantener la armonía en la vida comunitaria. Las decisiones subsecuentes del Tribunal redujeron al mínimo las restricciones contra la jurisdicción indígena. El Tribunal posteriormente decidió de una manera contradictoria. En 1997 el Tribunal sostuvo que la sanción de expulsión del territorio indígena no violaba la Constitución y encontrar lo contrario violaría la autonomía de las autoridades indígenas. Ver: *Gembuel Pechene v. Passu*, *supra* nota 115. Sin embargo en al menos un otro caso el Tribunal siguió la decisión de 1994 sobre *Narvaez v. Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo*, encontrando que la expulsión viola numerosas disposiciones de la Constitución, incluyendo el derecho a la identidad cultural y la prohibición contra sanciones perpetuas, Ver: *Ortiz Trillera v. Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima* (31 de enero 2002), Tribunal Constitucional de Colombia, T-048/2002.

²⁵⁶ Para una revisión completa y el sumario de jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la jurisdicción indígena hasta 2004, ver: Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, 2nd ed. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004).

²⁵⁷ Ver: *Gembuel Pechene v. Passu*, *supra* nota 115 y *González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor Único* (8 de agosto 1996), Tribunal Constitucional de Colombia, T-349/1996.

²⁵⁸ *Torres Forero v. Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca de la Zona Oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta*, *supra* nota 250.

²⁵⁹ *González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor*, *supra* nota 257. En situaciones donde el acusado y la víctima no son de la comunidad indígena hay dos factores para la

y la víctima pertenecían a la misma comunidad Embera-Chami. El caso contra el acusado fue procesado por los procedimientos regulares de la comunidad en su Asamblea General, con la sanción impuesta de veinte años de prisión en una cárcel “blanca.” El acusado planteó un recurso de tutela contra la sentencia, reclamando que sus derechos constitucionales al debido proceso, defensa, vida e integridad física fueron violados. El tema contencioso en la Corte fue la definición del alcance de la administración de justicia penal por parte de las autoridades indígenas permitido por la Constitución. La Corte reconoció que el análisis requiere un ejercicio de equilibrio de derechos, tomando en consideración la jerarquía de los principios interpretativos indicados en el capítulo uno, los cuales incluyen el principio de protección de la diversidad étnica y cultural. La sentencia de la Corte define ambas, reglas interpretativas para la jurisdicción indígena y criterios de análisis para casos penales.

La Corte concluyó que un alto grado de autonomía es necesario para la sobrevivencia cultural y que el principio interpretativo debería ser el de maximizar la autonomía y minimizar las restricciones en ella. Para sobrevivir, una restricción sobre la jurisdicción indígena debe llenar dos condiciones: debe ser necesaria para salvaguardar una garantía constitucional de jerarquía superior y debe ser lo menos restrictiva. Esta regla interpretativa debe ser aplicada caso por caso, tomando en cuenta las circunstancias específicas de la comunidad. La Corte falló que no todas las acciones asociadas a las violaciones *prima facie* de los derechos fundamentales limitan la autonomía del derecho indígena, sino solamente aquellas verdaderamente intolerables por su contravención a los más altos valores humanos. La Corte falló que tres derechos reúnen las dos condiciones para restricciones en la autonomía indígena por su consenso intercultural por ser de naturaleza no derogable: el derecho a la vida, la prohibición contra la tortura y la prohibición contra la esclavitud. La Corte también incluyó en esta lista, fundamentada en su interpretación del artículo 246 que otorga la

determinación de jurisdicción a ser considerados: la característica persona individual relativa a la identidad indígena y el lugar del acto o actos criminales.

jurisdicción indígena, que cualquier procedimiento y sanción aplicada debe gozar de legalidad, es decir no ser arbitrario.²⁶⁰

Los procedimientos aplicados en la comunidad, específicamente relacionados al derecho al debido proceso y el derecho a la defensa,²⁶¹ fueron evaluados por la Corte en base a los estándares de la comunidad y la cosmovisión de la comunidad Embera-Chami, y se encontró que dichos procedimientos no violan las normas y procesos tradicionales. En otras palabras, los procedimientos aplicados no fueron arbitrarios. La Corte procedió a considerar la legalidad de las ofensas y de las sanciones en comparación de aquellas generalmente aplicadas en la comunidad por casos de asesinato. Dado que una combinación de cepo en la noche y trabajo forzado en las empresas de la comunidad durante el día, en un periodo de 3 a 8 años es la sanción convencional para homicidio, la Corte retornó el caso a la comunidad para su reconsideración por parte de la Asamblea General.

Las sanciones del cepo y trabajos forzados fueron evaluadas en relación a los tres derechos fundamentales mencionados arriba pero específicamente la prohibición contra la tortura. La Corte encontró que el uso del cepo no se considera un tratamiento cruel e inhumano por las siguientes razones. Primero, esta es una sanción tradicionalmente aplicada en la comunidad²⁶² por su valor disuasivo. Segundo, que a pesar de los rigores físicos de la sanción, esta no daña física o mentalmente la integridad del acusado. Tercero, no es un castigo desproporcionado para el homicidio.

²⁶⁰ El tribunal encuentra que el concepto de legalidad es usado cuando el proceso y sanciones no son arbitrarios, esto es cuando exista un grado de previsibilidad en cuanto a las ofensas y sanciones.

²⁶¹ En *González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor*, supra nota 257, el acusado se quejó que el proceso era arbitrario desde que la Asamblea General revisó y cambió la sentencia impuesta por el Consejo (de 8 años a 20 años en una cárcel "blanca") y a él no se le dio derecho al consejo de defensa (aunque le permitieran tener a un representante de la comunidad hablando a su nombre).

²⁶² *Ibid.* El Tribunal toma nota del hecho de que el acusado era un líder de la comunidad unos años antes y no procuró reducir al mínimo o prohibir el uso del cepo como un castigo para crímenes serios.

En *Gembuel Pechene contra Passu*²⁶³ el acusado era del pueblo Nasa y fue encontrado culpable de ser el autor intelectual de la muerte del Alcalde de una comunidad en la Zona Norte del Cauca. Él apeló a la Corte Constitucional después de que fue sentenciado por la Asamblea General de la comunidad a 60 latigazos (dos latigazos por cada miembro del Cabildo Regional de la zona), la expulsión y la prohibición permanente de asumir posiciones de liderazgo en la comunidad. La Corte siguió las reglas interpretativas delineadas en el caso descrito anteriormente para decidir si los aspectos procedimentales del caso eran consistentes con la ley Nasa y para evaluar si las sanciones específicas impuestas excedían el alcance de las autoridades indígenas. En el primer tema, la Corte encontró que los procedimientos seguían las reglas de la comunidad y que por tanto el debido proceso y el derecho a la defensa no fueron violados por las autoridades.

En el asunto de sanciones corporales la Corte encontró que las sentencias eran aplicadas por los Nasa con el propósito de restaurar el equilibrio en la comunidad y para purificar al individuo. Las sanciones penales generalmente aplicadas en la ley Nasa, como se encuentran descritas en el estudio *infra*, son latigazos, trabajo en las empresas de la comunidad, compensación a la familia de las víctimas y expulsión. Los latigazos, a pesar de ser una práctica heredada de los españoles, han tomado un significado simbólico para el pueblo Nasa. El látigo es considerado un símbolo de iluminación, una fuerza mediadora entre la luz y la oscuridad. La Corte encontró que no puede privilegiar la cosmovisión de un grupo dominante de la sociedad sobre la cosmovisión de los grupos indígenas, dadas las garantías constitucionales de diversidad cultural. Falla, después de considerar la intensidad, duración, efectos, condición personal del acusado, el contexto político-social y el derecho internacional,²⁶⁴ que la flagelación no constituye una violación de la prohibición contra la

²⁶³ *Gembuel Pechene v. Passu* (15 October 1997), *supra* nota 115.

²⁶⁴ El Tribunal aplica criterios del Tribunal europeo de decisiones de Derechos Humanos en el caso de *Tyrer v. United Kingdom* (1978) 26 Eur.Ct.H.R. (Ser. A).

tortura por dos razones primarias. Primero, es una sanción legítima en la cultura Nasa, y segundo porque los latigazos son aplicados en la pantorrilla mientras el acusado está completamente vestido, y por tanto no causa el nivel de daño que constituye la tortura.

La Corte trató la tensión entre el derecho colectivo de aplicar el derecho indígena y la prohibición contra la tortura y el trato cruel e inhumano al examinar las sanciones del cepo y latigazos dentro de su contexto cultural y sin aplicar los valores de la cultura dominante. La Corte, en su análisis de las prohibiciones nacionales e internacionales, declaró que el sufrimiento severo, la humillación intensa y el uso arbitrario de la fuerza resultarían en una violación de las normas interculturales. Argumentaré que, a pesar de la ausencia de un actual diálogo inter juri-cultural, el análisis de la Corte sobre la prohibición contra la tortura parece respetuoso y razonable.

Mientras la Corte ha demostrado respeto por la diferencia cultural basada en el principio fundamental de la diversidad cultural en la Constitución, su interferencia en la jurisdicción indígena ha estado justificada en el criterio de “legalidad” y no en los tres derechos fundamentales identificados en *González Wasorna contra la Asamblea General de Cabildos indígenas Región Chami y Cabildo Mayor*. El concepto amplio de “legalidad” ha permitido a la Corte rechazar las sanciones penales por ser desproporcionadas al crimen, sin respetar la diferencia cultural en la tipología de los crímenes.²⁶⁵ Tampoco el principio de máxima autonomía y mínima restricción, confirmado por la Corte en su sentencia “unificadora” en 1998, ha sido consistentemente respetado en decisiones subsecuentes. Por

²⁶⁵ Ver: *Narvaez v. Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo*, *supra* nota 255; *Libardo Pillimúé v. Asamblea General de Cabildo y el Cabildo Indígena de Quizgó* (27 de agosto 2004), Tribunal Constitucional de Colombia, T-811/2004; *Ortiz Trillera v. Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima*, *supra* nota 255. En el segundo caso citado los demandados, como provocadores de agresión contra una víctima difunta, fueron condenados más severamente por la comunidad que el individuo declarado culpable de cometer el asesinato. El Tribunal encontró esto desproporcionado y devolvió el caso al Consejo. En el tercer caso la sanción de expulsión fue encontrada desproporcionada y en sí misma inconstitucional y el Tribunal también encontró que el Consejo y la Asamblea General violaron varios artículos de sus propios procedimientos y los artículos de proceso previstos en la Constitución

lo tanto los tres derechos primordiales interculturales y el criterio de legalidad no han sido los únicos límites al derecho indígena.²⁶⁶

Ambos tribunales constitucionales de revisión en Bolivia y Colombia, tienen que equilibrar las tensiones entre las estipulaciones constitucionales que garantizan el derecho colectivo a los pueblos indígenas para la aplicación de propio derecho y otras que protegen los derechos del individuo. El Tribunal Constitucional en Bolivia no ha desarrollado principios interpretativos fundamentados en el Artículo 1 de la Constitución boliviana para facilitar el equilibrio de derechos en un país formalmente reconocido por su pluralismo cultural. El Tribunal, en los casos analizados, consistentemente restringió el derecho colectivo garantizado en el Artículo 171(3) privilegiando la protección individual sobre el derecho colectivo de aplicar el derecho indígena. La Corte Constitucional en Colombia, por otro lado, ha desarrollado los principios interpretativos que están dirigidas a maximizar la autonomía indígena. Sin embargo, indiscutiblemente este no ha sido siempre el resultado de sus decisiones. Los límites sobre jurisdicción indígena han sido de un mínimo alcance, aunque la interpretación de “restricciones mínimas” varía entre sentencias de la Corte. La Corte declaró, después de un estudio sobre el desarrollo histórico de los derechos humanos, que los tres derechos gozan de aceptación intercultural. Yo argumentaría, basada en los elementos del pluralismo juri-cultural transformativo, que el derecho estatal no debería hacer estas determinaciones unilateralmente. En el enfoque que yo propongo el tribunal estatal no tendría la competencia de revisar el derecho indígena de una manera unilateral. Mecanismos inter juriculturales serian desarrollados para tratar temas y casos contenciosos. Un consejo multicultural de la judicatura negociaría los parámetros o restricciones en sanciones penales en base d la interpretación intercultural de la dignidad humana. El

²⁶⁶ Esto está demostrado en *Ortiz Trillera v. Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima*, *supra* nota 255, en el cual el Tribunal aplica una serie de disposiciones constitucionales para limitar la autonomía de la ley indígena.

consejo solo tendría jurisdicción en los casos individuales después de que una instancia interna hubiese fallado sobre el caso.

El derecho a la autodeterminación en el derecho internacional, discutido en líneas siguientes, reconoce el derecho específico de los pueblos indígenas de aplicar su propio derecho en sus comunidades. Si los pueblos indígenas supuestamente gozan del derecho a la autodeterminación, ¿cómo pueden los sistemas jurídicos nacionales e internacionales no confiar en la habilidad de los pueblos autónomos a circunscribir las acciones de sus propias autoridades? Existen ejemplos de esta autorregulación y auto crítica emergentes en las comunidades indígenas. En efecto, los estudios de caso descritos en líneas anteriores contenían ejemplos de limitaciones internas en sanciones corporales, incluyendo la limitación en el número de latigazos permitidos en Yaku Bolivia y el abandono del uso del cepo en Toribio, Colombia.

5. Normas Internacionales de Derechos Humanos

Las secciones previas examinaron la aplicación de sanciones corporales y otras sanciones en los sistemas jurídicos indígenas de Bolivia y Colombia y la respuesta del sistema de derecho estatal a estas prácticas jurídicas distintas. Las tensiones emergentes en los escenarios nacionales entre el derecho indígena y las normas de derechos humanos son derivadas de las normas internacionales de derechos humanos. Mientras la preocupación aquí son las sanciones corporales, otras sanciones como la expulsión y las labores forzadas podrían también ser consideradas como contrarias a las protecciones de los derechos humanos.²⁶⁷ En esta sección, dos áreas de las normas de derechos internacionales serán examinadas. Primero, los derechos colectivos de los pueblos

²⁶⁷ *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11. Por ejemplo el Artículo 12 del *Pacto Civil Político* cita que todos deberían disfrutar el “derecho al libre movimiento y libertad a elegir su residencia.” Y el Artículo 8(3)(a): “nadie debería ser obligado a hacer trabajos forzados”. Sin embargo los trabajos forzados para el castigo de un crimen son una excepción en la sanción de una corte competente. Ver Artículo 8 (3)(b).

indígenas, específicamente con referencia a sus sistemas jurídicos. Posteriormente, serán examinadas las normas de derechos humanos que protegen la integridad física de los individuos, particularmente cómo son aplicadas las sanciones corporales. Las tensiones en la jurisdicción nacional entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y las protecciones de los derechos de los individuos también existen en el derecho internacional y serán examinadas en términos de los atributos del enfoque de pluralismo juri-cultural transformativo.

A. Pueblos Indígenas y Derecho Internacional

En el siglo veinte, el derecho internacional se convirtió en una herramienta para los pueblos indígenas; especialmente a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, desarrollados después de la segunda guerra mundial. Las disposiciones de autodeterminación de varias declaraciones y convenios de las Naciones Unidas promovieron la independencia de países colonizados²⁶⁸ reconociendo el derecho de autodeterminación de los pueblos.²⁶⁹ El término “pueblos” fue definido restrictivamente como pueblos enteros de un territorio colonizado por un poder extranjero, y excluían a aquellos pueblos en situación de colonización interna.²⁷⁰ El debate se concentró en la lucha de los pueblos indígenas para su inclusión en la definición de “pueblos”²⁷¹. Hasta recientemente, convenios o

²⁶⁸ Ver: *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, Can. T.S. 1945 No. 7; *Declaration Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, GA Res. 1514 (XV), UN GAOR, 15th Sess., Supp. No. 16, UN Doc. A/4684 (1960); *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), UN GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, UN Doc. A/5217 (1970); *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 19 December 1966, 993 UNT.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entró en vigor el 3 de enero de 1976) [ICESCR].

²⁶⁹ *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11 en Art. 1, “All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”.

²⁷⁰ Anaya 2004, *supra* nota 81 p. 100.

²⁷¹ El criterio generalmente usado para definir “pueblos” es compartido o único: historia, etnicidad, cultura, lengua, religión o espiritualidad, y una relación única con la tierra. Ver: Johnston, *supra* nota 104 p. 110; Weissner, *supra* nota 103 p. 372.

declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas no habían reconocido el derecho a la autodeterminación porque los Estados miembros buscaron evadir las implicaciones de una aplicación comprensiva de los principios de autodeterminación para asegurar su integridad territorial.²⁷²

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recientemente aprobó la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*,²⁷³ representando un significativo avance en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. La *Declaración de las Naciones Unidas* y el *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*²⁷⁴ reconocen los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación,²⁷⁵ autonomía o auto-gobierno²⁷⁶ y sus propios sistemas jurídicos.²⁷⁷ Mientras la *Declaración de las Naciones Unidas* limita los “sistemas jurídicos indígenas o costumbres, de acuerdo con las reglas internacionales de derechos humanos”²⁷⁸, no hace referencia de la subordinación de los sistemas jurídicos indígenas a los sistemas jurídicos nacionales. El *Proyecto de Declaración Americana* claramente incluye las instituciones jurídicas indígenas dentro y subordinadas al derecho estatal.²⁷⁹ En términos del pluralismo juri-cultural transformativo, la *Declaración de*

²⁷² Weissner, *supra* nota 103 p 302.

²⁷³ Declaración de Naciones Unidas, *supra* nota 10. El Consejo de Derechos humanos adopta la Declaración y recomienda su adopción a la Asamblea general el 29 de junio de 2006.

²⁷⁴ *Proyecto de Declaración Americana*, *supra* nota 10.

²⁷⁵ Declaración de Naciones Unidas, *supra* nota 10 Art. 3; *Proyecto de Declaración Americana*, *supra* nota 10 cap. III. La última limita la definición de autodeterminación a autodeterminación interna mientras que la Declaración de Naciones Unidas no precisa el término.

²⁷⁶ Declaración de Naciones Unidas, *supra* nota 10 Art. 3 bis, y *Proyecto de Declaración Americana*, *supra* nota 10 Art. XX.

²⁷⁷ Declaración de Naciones Unidas, *supra* nota 10 Art. 33 y *Proyecto de Declaración Americana*, *supra* nota 10 Art. XXI. Otra vez, la última declaración es más limitada por plantear que la ley indígena es parte del sistema estatal legal y puede ser aplicada a asuntos internos a las comunidades.

²⁷⁸ Declaración de Naciones Unidas, *supra* nota 10 Art. 33.

²⁷⁹ *Proyecto de Declaración Americana*, *supra* nota 10 Art. XXI, establece:

las Naciones Unidas, a ser finalmente considerada por la Asamblea General en Septiembre del 2006,²⁸⁰ ofrece un mayor alcance para la autonomía y mecanismos igualitarios para el diálogo inter-cultural que el texto del *Proyecto de Declaración Americana*.

El Convenio 169, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989, ha sido el único instrumento internacional reciente disponible a las organizaciones indígenas y académicos para promover el reconocimiento del derecho indígena en la esfera nacional.²⁸¹ Mientras que la mayoría de los países de América Latina han ratificado e integrado las disposiciones del *Convenio 169* dentro de las constituciones nacionales, su uso es cuestionable como una base para el pluralismo juri-cultural transformativo. Internacionalmente el Convenio tiene un bajo nivel de ratificación,²⁸² contiene un reconocimiento débil del derecho a una jurisdicción indígena independiente en el ámbito nacional y falla en reconocer la autodeterminación de los pueblos indígenas.²⁸³

Sobre el segundo punto, Yrigoyen argumenta que el *Convenio 169* no subordina la jurisdicción indígena a la del sistema estatal.²⁸⁴ Sin embargo, yo argumentaría que mientras el Artículo 8(2) garantiza un derecho específico para retener las costumbres jurídicas e instituciones, el texto complementario del mismo está dirigido hacia la consideración de las costumbres indígenas *dentro* del sistema estatal. Existe una cierta ambigüedad entre la

(1) La ley indígena será reconocida como parte del sistema legal y del marco de los Estados para el desarrollo social y económico. (2) Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos para dirigir asuntos internos en sus comunidades, y aplicarlos conforme a sus propias reglas y procedimientos, incluyendo asuntos relacionados con la resolución de conflictos dentro de y entre pueblos indígenas, y a la preservación de la paz y armonía.

²⁸⁰ “Inaugural session of UN Human Rights Council marked by progress on key issues” *UN News Service* (1 Julio 2006), online: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=19069&Cr=Human>>.

²⁸¹ *Convenio 169*, *supra* nota 13. El *Convenio 169* ha sido ratificado por 17 países incluyendo Bolivia y Colombia.

²⁸² Trece de los diecisiete Estados que han ratificado la Convención son de las Américas.

²⁸³ *Convenio 169*, *supra* nota 13 Art. 1(3): “La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

²⁸⁴ Yrigoyen 2003, *supra* nota 20 p. 187.

aplicación autónoma del derecho indígena y la aplicación de costumbres indígenas por el derecho estatal. Por ejemplo, el Artículo 8(2) dice:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.²⁸⁵

Pero por otro lado, el Artículo 8(1) obliga al derecho estatal a considerar las costumbres o “derecho consuetudinario” en la aplicación del derecho nacional.²⁸⁶

La dualidad o ambigüedad continúa en el Artículo 9(2), que obliga al sistema legal nacional a considerar las costumbres indígenas en casos penales cuando una corte encuentra tales asuntos.²⁸⁷ En el Artículo 9(1) la aplicación de la sanción indígena es considerada: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”²⁸⁸

Estas disposiciones implican que la ley estatal puede aplicar el “derecho consuetudinario” o las autoridades indígenas pueden aplicar sus leyes dentro de los límites de las normas fundamentales de derechos humanos. Yo argumentaría que estas constituyen disposiciones de autonomía minimalista y confieren a los países miembros a garantizar la ‘restricción’ del derecho indígena. Al contrario, la *Declaración de las Naciones Unidas* estipula la protección activa del derecho indígena, declarando que los pueblos indígenas

²⁸⁵ *Convenio 169, supra* nota 13 Art. 8(2).

²⁸⁶ *Ibid.* Art. 8(1): “En aplicación de las leyes y regulaciones a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho.”

²⁸⁷ *Ibid.* Art. 9(2): “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

²⁸⁸ *Ibid.* Art. 9(1).

pueden promover, desarrollar y mantener sus sistemas jurídicos.²⁸⁹ Es importante notar que el *Convenio 169* no limita la aplicación del derecho indígena de una manera amplia, refiriéndose solamente a los derechos humanos fundamentales en comparación a las normas internacionales de derechos humanos en general. Sin embargo, yo argumentaría que el *Convenio 169* y el *Proyecto de Declaración Americana* ofrecen un respeto limitado al derecho indígena dentro del sistema legal estatal y no promueven la autonomía.

Los instrumentos revisados en esta sub-sección ilustran las tensiones que se originan de las varias interpretaciones del derecho a la autodeterminación, específicamente con referencia al derecho indígena. Los derechos colectivos desafían la hegemonía del centralismo estatal, y por consiguiente, yo argumentaría que los Estados miembros en los convenios arriba mencionados, restringen la autonomía del derecho indígena al querer defender el predominio de la ley estatal y el mito del universalismo. Específicamente, las garantías de derechos individuales son usadas como el medio para limitar la autonomía del derecho indígena. Las tensiones que emergen en el campo penal con respecto a las sanciones corporales aplicadas en algunos sistemas jurídicos indígenas y las protecciones a los derechos individuales son discutidas en líneas siguientes.

B. La Protección de la Integridad Física en el Derecho Internacional

La aplicación de la pena de muerte en algunos sistemas judiciales indígenas es potencialmente la sanción más controversial. Sin embargo, el uso de la sanción, si en efecto se lleva a cabo, raramente llega a ser de conocimiento público. El Artículo 6 de la *ICCPR* limita la aplicación de la pena de muerte asegurando que la misma no es aplicada de manera arbitraria y sin que “una determinación final haya sido hecha por una corte competente.”²⁹⁰ *El*

²⁸⁹ Declaración de las Naciones Unidas, *supra* nota 10 Art. 33.

²⁹⁰ *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11 Art. 6.

*Pacto de San José*²⁹¹ restringe la capacidad de los Estados a reinstaurar la pena de muerte o ampliar su aplicación a crímenes no contemplados al momento de ratificación por los países miembros. De modo interesante, la prohibición contra la tortura, incluyendo los castigos corporales, parece tener más importancia para el Comité de Derechos Humanos que la pena de muerte. El Comité indica, en sus *Comentarios Generales No. 20*, que cuando la pena de muerte se lleva a cabo por los crímenes más serios ésta debe ser “llevada a cabo de manera que cause el menor sufrimiento mental y físico.”²⁹² Esta es una de las tensiones existentes dentro del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dado el hecho de que la pena de muerte no está actualmente prohibida por el Artículo 6 del tratado.

Los casos de pena de muerte en la *marka* Yaku en la década de 1980²⁹³ implicaron sanciones prescritas según procedimientos regularizados de la comunidad, sin embargo los casos de “pena de muerte” descritas por Perafán en comunidades colombianas parecen no ser sanciones resultantes de procedimientos judiciales. De hecho, Perafán consistentemente se refiere a los asesinatos en venganza por miembros de la familia dentro de las secciones que según se dice tratan con la pena de muerte aplicando, en mi opinión una definición socio-legal del derecho que encapsula ampliamente las normas sociales. En mi opinión esta categorización de los asesinatos de venganza confunde homicidios con una discusión de sanciones jurídicas. Yo argumentaré que estos asesinatos de venganza, independientemente del grado de aceptación social, no constituyen una sanción legal legítima ejecutada por una autoridad judicial indígena.²⁹⁴

²⁹¹ *Pacto de San José*, *supra* nota 11 Art. 4.

²⁹² Comité de Derechos Humanos, *General Comment No. 20, Article 7*, 44th Sess., *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.7 (2004) 150 párrafo 6.

²⁹³ Ver: Fernández, *supra* nota 5 p. 222.

²⁹⁴ Ver por ejemplo la expresión en el *Pacto Civil Político*, *supra* nota 11 Art. 6(2) y la discusión de la definición de derecho, arriba en páginas 8 y 9.

La práctica de la flagelación y el uso del cepo fueron analizados por la Corte Constitucional de Colombia con específica referencia a la prohibición internacional en contra de la tortura, tratamiento cruel, inhumano y degradante encontrado en varios instrumentos.²⁹⁵

La *Convención contra la Tortura*²⁹⁶ define la misma como:

(...) todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.²⁹⁷

A primera vista, el uso de sanciones corporales legalmente definido parece ser excluido del alcance de la definición, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁹⁸ y Manfred Nowak el anterior Rapporteur Especial sobre la Tortura,²⁹⁹ ha indicado que el castigo corporal, aún si está previsto en la ley, es contrario a esta disposición.³⁰⁰ El Rapporteur Especial observó que el Comité para los Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura han declarado que la flagelación es un castigo cruel, inhumano o degradante.³⁰¹

²⁹⁵ *Pacto Civil Político*, supra nota 11 Art. 7; *Pacto de San José*, supra nota 11 Art. 5; *Convención sobre la tortura*, supra nota 12.

²⁹⁶ *Convención sobre la tortura*, supra nota 12.

²⁹⁷ *Ibid.* Art. 1.

²⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, supra nota 292 párrafo 5.

²⁹⁹ Manfred Nowak, *Interim Report of Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN GA, 60th Sess., UN Doc. A/60/316 (2005) párrafo 18-28.

³⁰⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos *Fact Sheet No. 4: Combating Torture* (Geneva: OHCHR, 2002) p. 33, online: <http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs4rev1.pdf> >: “Lawful sanctions refer only to penal practices that are widely accepted as legitimate by the international community and are compatible with basic internationally accepted standards.”

³⁰¹ Manfred Nowak, *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN CHR, 62nd Sess., UN doc. E/CN.4/2006/6 (2005) y *Errol Pryce v. Jamaica* CCPR/C/80/D/793/1998 (13 de mayo 2004). En el caso contra Jamaica el Comité de Derechos Humanos expresó su opinión indicando que independientemente del crimen comprometido por los castigos corporales al acusado se constituye una violación de artículo 7 del *Pacto Civil Político*. En aquel caso azotaron al demandado seis veces con

Sin embargo, estos convenios no examinan los castigos corporales aplicados por actores jurídicos no estatales.³⁰²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también condenó la sentencia legal de un prisionero a quince latigazos con una cuerda anudada.³⁰³ En este caso, el prisionero había sufrido una cirugía dos semanas antes de la aplicación del castigo corporal y fue obligado a acostarse desnudo con los brazos abiertos mientras se encontraba atado a una estructura de metal. Él fue flagelado en la espalda y luego permaneció en la enfermería de la prisión por otros dos meses después de su castigo. La Corte sostuvo que, a pesar de haber sido prescrita dentro de la ley, la sanción aparecía como tortura.³⁰⁴ Se puede sostener que los casos citados de flagelación sancionados por el Estado y las situaciones consideradas

una rama de tamarindo encendido en las nalgas con sus pantalones quitados y con aproximadamente 25 guardianes de la prisión observando. El Comité de Derechos Humanos, en el párrafo 2.4, describe la administración del castigo como fue relatado por el demandante en su declaración jurada:

... le vendaron los ojos y le ordenaron quitarse sus pantalones y calzoncillos. Sus pies fueron levantados y colocados en ranuras en el piso delante de un barril que estaba a su lado. Sus brazos fueron puestos delante de modo que su cuerpo estuviera sobre barril. Un carcelero colocó el pene del autor en una ranura recortada en el lado del barril. Sus muñecas y tobillos fueron atados con correas a la plataforma. Él declara que un doctor y aproximadamente 25 carceleros de la prisión estaban presentes durante el azotamiento. Según el autor, el doctor no lo examinó después.

³⁰² Por ejemplo, los informes de países como Colombia y Bolivia, presentados al Comité de Derechos humanos y al Comité Contra la Tortura no proporcionan o evalúan la información sobre sistemas jurídicos indígenas. Ver: por ejemplo: Human Rights Committee, *Fifth Periodic Report: Colombia (State Party Report)*, UN HRC, UN Doc. CCPR/C/COL/2002/5 (2002); Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*. UN HRC, 80th Sess., UN Doc. CCPR/CO/80/COL. (2004); Committee Against Torture, *Concluding Observations of the Committee Against Torture: Bolivia*, UN CAT, 26th Sess., UN Doc. A/56/44, paras. 89-98 (2001); Committee Against Torture, *Consolidation of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Bolivia*, UN CAT, 26th Sess., UN Doc. CAT/C/52/Add.1 (2000).

Sin embargo, el Comité Contra la Tortura, considerando un informe y clarificaciones presentados por Ecuador preguntó si realmente había “monitoring or review mechanism to ensure that decisions by indigenous bodies complied with international law”. Ver: Committee Against Torture, *Summary record of the 673rd Meeting (partial): Ecuador*, UN CAT, 35th Sess., UN Doc. CAT/C/SR.673 (2005).

³⁰³ *Caesar v. Trinidad y Tobago* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 123 en párrafo 72 (una descripción de “una pita con varios nudos para flagelar”).

³⁰⁴ *Ibid.* en párrafo 88.

por el Comité contra la Tortura³⁰⁵ son más severos o humillantes comparados con los casos de flagelación en los estudios de caso de Bolivia y Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia encontró que la flagelación no inflige penas severas o sufrimiento, ni era una sanción humillante al ofensor dado su contexto cultural³⁰⁶ y distinguió los latigazos administrados por la comunidad indígena del caso europeo, *Tyrer contra El Reino Unido*.³⁰⁷ En ese caso, la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que la flagelación del demandado no se hallaba en el rango de tortura o “tratamiento inhumano.”³⁰⁸ Sin embargo, evaluó los factores del caso a la luz de la prohibición contra un tratamiento “degradante”. La Corte sugirió que el criterio más importante para la determinación fue el grado de humillación sufrido por el demandado.³⁰⁹ La Corte Europea también observó que la evaluación debe ser hecha en base a las circunstancias de un caso y, “en particular, en la naturaleza y contexto del castigo mismo y la manera y método de su ejecución.”³¹⁰ La Corte encontró que los latigazos en las nalgas desnudas del joven delincuente por parte de extraños, alcanzaron el nivel de humillación para ser considerado

³⁰⁵ El Comité Contra la Tortura ha considerado jurídicamente sancionable el azote y la amputación de miembros en Arabia Saudia, encuentro ambas formas de castigo una violación de la Convención. Ver: Committee Against Torture, *Conclusions and Recommendations: Saudi Arabia*, UN CAT, 524th mtg., UN Doc. CAT/C/CR/28/5 (2002). El Comité declara que los castigos corporales de azote y amputación no están en conformidad con la Convención, pero no describe casos de azotamiento. El empleo de azote en Arabia Saudí puede ser distinguido de los estudios de caso, infra, por su severidad y grado de humillación, dado que los prisioneros son desnudados completamente y puestos grilletes en sus manos y pies. Amnistía Internacional da ejemplos de sentencias de 4,750 y 1,500 latigazos son aplicados a razón de 50 latigazos cada 6 meses sobre la duración de encarcelamiento (en los casos referidos de encarcelamiento de 15 años). Ver: Amnesty International, “Saudi Arabia: Remains a Fertile Ground for Torture with Impunity” (1 de mayo 2002), online: Amnesty International <<http://web.amnesty.org/library/index/engmde230042002>>.

³⁰⁶ En Colombia, los Nasa aplican latigazos atrás de la pantorrilla con el individuo totalmente vestido.

³⁰⁷ *Tyrer v United Kingdom*, supra nota 264 párrafo 10 declara que el joven tuvo que quitarse sus pantalones y calzoncillos e inclinarse sobre una mesa para que los latigazos le sean administrados.

³⁰⁸ *Ibid.* párrafo 29.

³⁰⁹ El Tribunal observa que cualquier castigo criminal puede ser humillante si alcanza a ser una violación del Artículo 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la humillación debe ser significativamente más alta que el nivel inevitable de humillación. Expresamente la Corte establece “la humillación o la desvalorización involucrada debe lograr un nivel particular y en cualquier caso debe ser otra que aquel elemento habitual de humillación...” *Tyrer*, supra nota 264 párrafo 30.

³¹⁰ *Ibid* párrafo. 30.

tratamiento degradante. Sostengo que, los casos tratados por los tribunales internacionales parecen ser de una naturaleza más dolorosa o de humillación que el caso colombiano. En todos los casos los demandados fueron ya sea parcial o completamente desnudados y obligados a tenderse sobre una mesa o estar atados a una mesa o algún otro aparato. Los latigazos, a pesar de no ser significativos en número, fueron aplicados sobre la piel desnuda. A pesar de todo, agencias internacionales de derechos humanos ha indicado claramente que todos los castigos corporales aplicados por un funcionario del Estado constituyen una violación de la prohibición, una norma que se reclama ser universal.³¹¹

Sugeriría que las disposiciones de derechos, casos individuales y observaciones de los organismos de las Naciones Unidas discutidos anteriormente, generan varias líneas de interrogación que necesitan ser consideradas en el contexto del pluralismo juri-cultural transformativo. Primero, ¿las autoridades indígenas que aplican las costumbres tradicionales actuando de manera oficial son consecuentemente consideradas funcionarios públicos conforme al Convenio contra la Tortura? Mientras los Estados miembros son el sujeto primario del derecho internacional, sus obligaciones implican no solamente la responsabilidad directa, en el sentido de que los funcionarios públicos explícitamente no deben violar disposiciones de los derechos humanos, sino también la responsabilidad de asegurar el pleno ejercicio de los derechos.³¹² Disposiciones preliminares en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos, como el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, obligan al Estado "(...) a asegurar a todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su

³¹¹ Ver: *Caesar v. Trinidad y Tobago*, *supra* nota 303 en párrafo 70. Sin embargo, el concepto de universalidad de derechos es criticado para ser una construcción cultural 'occidental' en la cual los derechos humanos fueron universalizados por el 'oeste' sin un debate genuino intercultural. Santos 1995, *supra* nota 18 p. 337-342. Santos y otros no discuten el 'relativismo cultural', reclamando que el universalismo versus dualidad de relativismo es un falso debate, ver: Santos 1995, *supra* nota 18 p. 339; Macklem, *supra* nota 79 p. 40-43.

³¹² Ver: Jennifer Moore, "From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents" (1999) 31 Colum. H.R.L. Rev. 81 at 92 y Dinah Shelton, "Protecting Human Rights in a Globalized World" (2002) 25 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 273 p. 282-284.

jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Convenio (...).³¹³ La *Convención Contra la Tortura* no adopta este enfoque. En lugar de ello indica “los Estados no sólo son designados los garantes de la protección de los derechos humanos; ellos son también definidos como los agentes necesarios de una forma extrema de abuso”.³¹⁴ Reconociendo el derecho a la autodeterminación y autogobierno, argumento que las autoridades indígenas actúan en nombre de su nación o pueblo y no en la capacidad oficial estatal como es requerida por la *Convención Contra la Tortura* y por no haber ratificado dichos convenios. Sin embargo, los instrumentos arriba mencionados que promueven los derechos indígenas, circunscriben la jurisdicción indígena basados en las normas internacionales de derechos humanos. Por ende, los límites contenidos dentro de la *ICCPR*, incluyen la prohibición en el Artículo 7,³¹⁵ que limita el derecho indígena e infiere una obligación de los Estados miembros a asegurar respeto por esta prohibición dentro de su territorio. El pluralismo juri-cultural transformativo propone un mecanismo de dialéctica entre el Estado y los actores jurídicos no-estatales que proporcionará un espacio de negociación para avanzar en la obligación del Estado de asegurar normas de los derechos internacionales. Sin embargo, yo precisaría esta obligación. El Estado, en un escenario transformativo, debería promover el dialogo para alcanzar consenso en las normas de derechos interculturales.

La segunda línea de interrogación es crítica para el pluralismo juri-cultural transformativo. ¿Es actualmente una norma universal la prohibición contra la tortura y trato cruel, degradante e inhumano, y por deducción, todas las formas de castigo corporal?³¹⁶

³¹³ *Pacto Civil Político*, supra nota 11 Art. 2.

³¹⁴ Moore, supra nota 312 p. 93.

³¹⁵ *Pacto Civil Político*, supra nota 11 Art. 7: “Nadie será sujeto de tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante o castigado”.

³¹⁶ La misma pregunta podría ser planteada en cuanto a la pena de muerte. Posiblemente la prohibición contra la pena de muerte no es universal. Amnistía Internacional observa que en la legislación de 87 países se ha suprimido la pena capital para todos los crímenes; 11 han suprimido la pena de muerte para todos excepto los crímenes más serios 27 países conservan la pena en sus leyes, pero no la practican y 71 conserva el empleo de la pena de muerte. Posiblemente la prohibición contra la pena de muerte no es universal. ³¹⁶ Ver: Amnesty

Indiscutiblemente, las normas internacionales de derechos humanos han sido declaradas universales por el discurso dominante. Abdullahi Ahmed An-Na'im³¹⁷ examina la paradoja sobre la supuesta universalidad del asunto.

Los derechos humanos son, por definición, universales, porque éstos son los derechos de los seres humanos, en todas partes, en virtud de su humanidad, y sin ninguna distinción alguna como raza, sexo, religión o nacionalidad. Pero la calidad de ser una norma universal sólo puede ser alcanzada a través de la elaboración de un proceso de contexto global, y no asumida, ni impuesta a través de la hegemonía de reclamos universalizantes desde una perspectiva relativista u otra³¹⁸.

Yo sostendría que mientras la prohibición contra la tortura es más una norma intercultural en el sentido de prohibir el uso arbitrario y flagrante de fuerza por parte de funcionarios del Estado, el castigo corporal en formas múltiples mantiene una prescripción por conducta aberrante en muchas culturas y su prohibición, como tratamiento degradante, no puede ser declarado universal. En realidad, las prácticas estatales pueden negar las declaraciones de universalismo por parte de los Estados o los miembros de las Naciones Unidas.³¹⁹ Por lo tanto, la sugerencia de que las sanciones jurídicas sean prácticas ampliamente aceptadas como legítimas por la comunidad internacional requiere de un diálogo intercultural exhaustivo para determinar criterios compartidos sobre lo que constituyen sanciones legítimas.³²⁰

International, "Facts and Figures on the Death Penalty" (27 de junio 2006), online: <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-eng>>.

³¹⁷ Abdullahi Ahmed An-Na'im, "Mediating and Negotiating the Universality of Human Rights Through Practice," in Jude Morrison, Anne Griffiths and Kenneth King, eds., *Remaking Law in Africa: Transnationalism, Persons and Rights* (Edinburgh: Centre of African Studies, 2004) 99.

³¹⁸ *Ibid.* p. 101.

³¹⁹ El Tribunal Supremo de Canadá no encontró una provisión del Código criminal que permite a padres y profesores aplicar fuerza para corregir a niños mientras es razonable dada la circunstancia. Ver: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. The Attorney General in Right of Canada*, [2004] 1 S.C.R. 76, 234 D.L.R. (4th) 257, 2004 SCC 4. También observa que el concepto de que es el castigo tolerable se desarrolla a tiempo. En Canadá por ejemplo, el atar con sogas y azotar fue permitido como una forma de disciplina en prisiones hasta 1972, cuando la sección relevante del Código criminal fue abrogada. La correa, el azote o el palo fueron aplicados sobre el trasero desnudo o nalgas. Ver: Colin Farrell, "The Canadian Prison Strap" *World Corporal Punishment Research* (no date), online: <<http://www.corpun.com/canada.htm>>.

³²⁰ Santos 1995, *supra* nota 18; Santos 2002 *supra* nota 55; Otfried Hoffe, *Derecho Intercultural* (Barcelona: Gedisa, 2000). Hoffe demanda que el derecho penal intercultural tiene que ser definido por principios morales compartidos que rechazan un acercamiento técnico y codificado a los derechos humanos internacionales.

Tercero, ¿es posible diferenciar los latigazos de los estudios de casos de los citados casos internacionales? La Corte Europea en *Tyner* observó que todas las sanciones penales implican un cierto grado de humillación,³²¹ así, para ser considerada como tratamiento degradante “la humillación o degradación implicada debe alcanzar un nivel particular y debe, en cualquier caso, ser otro que el elemento usual de humillación (...).”³²² La Corte evaluó si los latigazos en este caso resultaron en severos efectos físicos o mentales. Adicional y ambiguamente, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que la prohibición se debe extender a castigos corporales que involucren “castigos excesivos”³²³ Yo argumentaría que las flagelaciones descritas en los estudios de caso pueden diferenciarse de los casos internacionales revisados. Primero, no parece haber un nivel de degradación o humillación en las comunidades indígenas que alcanza la prohibición de “degradación”. Por ejemplo, los ofensores en las comunidades indígenas estudiadas parecen estar completamente vestidos cuando los latigazos son aplicados. Reconociendo que los estudios de caso revisados no incluyen la narración subjetiva de individuos que han recibido los latigazos, los efectos físicos o mentales son difíciles de determinar. Los estudios de caso tampoco tocan el tema de la no conformidad con las sanciones corporales dentro de las comunidades. Sin embargo, para los objetivos de este estudio, la información sobre flagelaciones se podría interpretar como menos humillante que en los casos ante los tribunales internacionales. Los estudios de caso de Bolivia y Colombia indican que los latigazos son generalmente aplicados por miembros de los Consejos gobernantes en la cantidad de 3 latigazos por miembro a una persona que está completamente vestida. Asumiendo una posición cultural “desde lo incompleto” yo argumentaría que es extremadamente difícil para las autoridades jurídicas estatales determinar si estas sanciones constituyen un tratamiento degradante, incluyendo el castigo

³²¹ *Tyner*, *supra* nota 264 en el párrafo 29.

³²² *Ibid.* en el párrafo 30.

³²³ Comité de Derechos Humanos, *supra* nota 292 en el párrafo 5.

excesivo, sin establecer un dialogo inter-juricultural. De otra manera, una cultura legal está imponiendo unilateralmente su punta de vista o cosmovisión en cuanto a sanciones legítimas sin el respeto por la diferencia cultural. Yo opinaría que estas flagelaciones no constituyen un tratamiento degradante ya que no parecen rebasar el límite de repugnancia ya sea por humillación o dolor y sufrimiento. Este estudio no pretende hacer un examen detallado sobre el significado de humillación y sus diversas interpretaciones en distintas culturas. Sin embargo, dicho examen podría confirmar mi opinión. Propongo que, como parte de un dialogo inter.-juricultural, se discuta el concepto de “dignidad humana: desde la posición cultural “desde lo incompleto” para así lograr un entendimiento intercultural.³²⁴

Finalmente, ¿pueden las tensiones en el derecho internacional entre el derecho a la autodeterminación y los derechos que protegen la integridad física de los individuos, no ser resueltas dentro de los sistemas jurídicos indígenas sin la interferencia del derecho internacional y consecuentemente, de las leyes estatales? Yo argumentaría que las líneas de interrogación discutidas anteriormente, requieren de dialogo inter juri-cultural y una reflexión intra juri-cultural. An-Na'im arguye por la auto regulación local de los derechos humanos para contrarrestar la dependencia perpetuada a través del enfoque del régimen internacional en la ley estatal.³²⁵ Yo diría que el derecho internacional a la autodeterminación debe incluir el derecho a la auto-regulación, de otra manera se perpetúa el universalismo del discurso de los derechos y la autonomía se convierte en un derecho vacío.

Las tensiones giran alrededor de contradicciones aparentes entre las protecciones internacionales a los derechos. Las varias líneas de cuestionamiento, presentadas anteriormente, reflejan tensiones en la esfera internacional que, como he sugerido, necesitan ser resueltas primordialmente en la esfera nacional. En las líneas siguientes, el pluralismo

³²⁴ Santos 2002, *supra* nota 55 p. 47. Santos reconoce que todas las culturas tienen distintos conceptos sobre la dignidad humana.

³²⁵ An-Na'im, *supra* nota 317 p. 105-109.

juri-cultural transformativo, como un remedio para estas tensiones, es examinado en mayor detalle.

6. Hacia un Pluralismo Juri-cultural Transformativo

En esta sección reflexionaré sobre los niveles de las tensiones que surgieron entre los sistemas jurídicos indígenas, estatales e internacionales en las secciones precedentes. Esta reflexión se basa en los tres principales elementos del pluralismo juri-cultural transformativo que elaboré al principio. Estos tres elementos del enfoque transformativo aseguran el respeto por la autonomía del derechos indígena: la no interferencia por parte de derecho estatal, el respeto por la diferencia desde la perspectiva auto critica de cultural como una situación incompleta, y medidas igualitarias para un dialogo Inter-juricultural. Después de la discusión de las tensiones generales, propondré cómo un enfoque alternativo puede trascender las tensiones entre las culturas jurídicas en Bolivia y Colombia y promover un pluralismo profundo o radical.

La amplia tensión obvia que surge en la esfera nacional es entre la promoción y la protección de la pluralidad cultural y las garantías de los derechos individuales vigentes dentro de un país. El reconocimiento de la pluralidad cultural se traduce en protección colectiva para las culturas indígenas lo cual inherentemente provoca tensiones con los derechos de los individuos. Esta tensión puede ser caracterizada por la dualidad colectiva/individual, a pesar de que no es apropiado nombrar esta tensión como dicótoma. Podría ser más puntualmente analizada a través de una progresión desde la autonomía colectiva extrema al individualismo extremo.

En Bolivia, el texto Constitucional no resuelve esta tensión dada su ambigüedad y el Tribunal Constitucional ha interpretado los límites constitucionales en el derecho campesino e indígena de manera muy amplia. El Tribunal maximizó los derechos individuales y redujo al mínimo la autonomía del derecho indígena, no encontrando así, yo diría, un equilibrio dentro

de la amplia gama de derechos. Por otro lado, tratando con las mismas restricciones a la jurisdicción indígena en el texto Constitucional, la Corte Constitucional de Colombia ha lidiado con la tensión de una manera mas equilibrada. Respetó el principio superior de la diversidad cultural maximizando la autonomía del sistema legal indígena, pero identificando tres normas de derecho como restricciones que, de acuerdo a la Corte, trascienden las culturas jurídicas.³²⁶ Como indico en líneas anteriores, esta declaración unilateral de la naturaleza intercultural de las normas de derecho no es consistente con los elementos del pluralismo juri-cultural transformativo. Un dialogo intercultural podría definir verdaderamente los derechos interculturales y por consiguiente reducir la interferencia por parte del sistema jurídico estatal en el sistema jurídico indígena.

En la cuarta restricción impuesta por la Corte Colombiana, el elemento de legalidad ha sido criticado³²⁷ porque como se discute, el concepto es de construcción “occidental” y no así un procedimiento de criterio intercultural. Sin embargo, yo argumentaría que la exigencia de legalidad puede ser compatible con la definición combinada sustancial y objetiva del derecho el cual desarrollé al principio. La Corte ha usado esta restricción con regularidad para retornar casos a las comunidades indígenas para un nuevo juicio en base a la presunta arbitrariedad o sanciones desproporcionadas o poco convencionales. En mi opinión, este criterio de legalidad debería ser evaluado desde el lado de las normas y procedimientos de la comunidad en un diálogo inter juri-cultural. Este criterio de legalidad de las convenciones de la comunidad no debería ignorar la realidad de inter-legalidad o múltiples identidades jurídicas. Estos fenómenos desafían la interrogante de legalidad para ver más allá de las normas y procedimientos preestablecidos históricamente y considerar la multiplicidad de

³²⁶ Esto es más compatible con el *Convenio 169* dado que el Artículo 8(2) establece que los derechos fundamentales limitan la jurisdicción indígena. Esto es compatible con Santos y Hoffe, ambos se suscriben al diálogo inter cultural para definir principios comunes. Ver: Santos 1995, *supra* nota 18 y Hoffe, *supra* nota 320.

³²⁷ Hoekema, *supra* nota 16 p. 82-84.

identidades jurídicas.³²⁸ Reconocer esta multiplicidad y sobre posición entre los órdenes jurídicos, es especialmente importante en Bolivia, pero estos factores complejos no deberían ser utilizados para negar la autonomía del derecho indígena.

Una formula para esta tensión entre derechos colectivos e individuales podría ser encontrada en un innovador arreglo juri-cultural constitucional que priorice el derecho a la autodeterminación expresado en la forma de autonomía de sistemas jurídicos indígenas sin ignorar los derechos individuales. La pluralidad de las culturas jurídicas interactuaría multilateralmente en una dimensión igualitaria a través del mecanismo de dialogo juri-cultural para definir un procedimiento compartido y principios sustantivos en un esfuerzo para encontrar equilibrio entre el abanico colectivo/individual. Adicionalmente, este balance colectivo/individual también necesita ser enmarcado dentro de límites internos definidos por las comunidades. Yo argumentaría que la metodología emancipatoria, que privilegia la generación del conocimiento local subjetivo, demanda respeto por los procesos de revisión interna. El Tribunal Superior Indígena en Tolima³²⁹, Colombia es un ejemplo de un mecanismo interno de revisión. El Tribunal fue establecido por la organización regional de Cabildos locales indígenas para fortalecer sus sistemas jurídicos, comunicarse con los funcionarios del Estado si fuera necesario y resolver conflictos jurisdiccionales entre Cabildos, que son traídos ante la atención del Tribunal.³³⁰ Un análisis del derecho indígena en Tolima reconoce que la auto-evaluación crítica fortalece la aplicación de la jurisdicción indígena en las comunidades. Por ejemplo, el análisis demuestra un interés particular por la

³²⁸ En *González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor*, *supra* nota 257, el Tribunal Constitucional en Colombia devolvió el caso a la comunidad de modo que la Asamblea General pudiera reconsiderar la sentencia de encarcelamiento en una cárcel 'blanca'. Considerando que el derecho no está congelado en el tiempo y hay un alto grado de interacción entre sistemas jurídicos, la práctica de mirar normas preestablecidas y procedimientos tiene que ser contextualizado para considerar la multiplicidad del derecho.

³²⁹ En lo sucesivo usaré el término Tribunal Superior Indígena. Ver: Londoño & Romero, *supra* nota 73, en relación al Tribunal Indígena formado por el Consejo Regional Indígena de Tolima.

³³⁰ *Ibid.* p. 28-33.

falta de obligatoriedad en casos de mantenimiento familiar por algunos consejos locales.³³¹ Según a An-Na'im un enfoque que permita a las comunidades locales proteger sus propios derechos contrarrestaría la dependencia perpetuada por los mecanismos de protección de los derechos humanos porque "ésta respeta y confía en la organización humana de aquellas comunidades."³³² Este enfoque hacia el empoderamiento local de las comunidades es consistente con la metodología emancipatoria del pluralismo juri-cultural transformativo que, -sustentado- ayudaría al proceso de de descolonización de la practica de los derechos humanos.

También en el dominio nacional, la tensión más específica entre sanciones corporales aplicadas en algunas comunidades indígenas y protecciones específicas, como el derecho a la vida y la prohibición contra la tortura, fue evidente en los estudios de caso, pero tratada de forma particularmente por el derecho estatal solamente en Colombia. Aunque las perspectivas culturales sobre sanciones claramente varíen, las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, las observaciones de los órganos internacionales responsables por los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia apelan a los Estados miembros a asegurar la conformidad con el discurso de derechos humanos dominante y posiblemente 'occidental'. Puede parecer que las culturas jurídicas indígenas castigan a los transgresores duramente, sin embargo, yo sugeriría que el castigo es simplemente diferente que el castigo "occidental" actual. El modo de vida comunal, ilustrado en los estudios de caso, requiere un alto grado de cohesión entre miembros para equilibrar los intereses comunales y de la familia. Argumenté que las sanciones corporales aplicadas en las comunidades indígenas estudiadas no constituyen un tratamiento degradante, porque no parecen causar intenso dolor o humillación. Dicha determinación, debería ser hecha en el contexto nacional a través de un proceso que sea respetuoso de la diferencia juri-cultural.

³³¹ *Ibid.* p. 18.

³³² An-Na'im, *supra* nota 317 p. 110-11.

Un diálogo inter juri-cultural basado en un enfoque combinado de la definición de derecho, por el que abogué en la primera sección, podría tratar esta tensión específica entre los acuerdos culturales de derechos humanos, la dignidad humana y las sanciones legítimas. La perspectiva subjetiva de la comunidad es considerada y los aspectos jurídicos de las normas y sanciones jurídicas de la comunidad son evaluadas en un proceso dialéctico. La pena de muerte es un ejemplo donde tal análisis combinado sería provechoso. ¿Los sujetos de la comunidad definen la pena de muerte como una sanción criminal dentro de su cultura legal?³³³ El punto importante aquí es si los miembros de la comunidad aceptan la pena de muerte como una sanción convencional y legítima dentro de su sistema legal. ¿Cuándo la aceptación de las muertes por venganza pasa de ser una norma social a ser una norma legal? ¿Necesita tal sanción ser aplicada frecuentemente para ser una convención? Yo argumentaría que estas dos últimas preguntas pueden ser determinadas a través de una visión más jurídica de la definición del derecho. En este examen se indagaría si ofensas particulares requieren la sanción, qué procedimientos regulares son respetados en la comunidad y si las autoridades encargadas de juzgar las ofensas han aplicado la sanción siguiendo estos procedimientos regulares. La exploración de estas tensiones específicas a través del diálogo inter juri-cultural con la perspectiva auto crítica de cultura y respeto a la diferencia es compatible con la propuesta de Santos para la transformación de los derechos humanos en un concepto verdaderamente multicultural en lugar de un concepto universalizado 'occidental'.³³⁴

La dimensión internacional está también caracterizada por las tensiones entre los instrumentos de derecho y el mito del universalismo y la realidad de una práctica estatal

³³³ El punto importante aquí es si los miembros de la comunidad definen la pena de muerte como una sanción legítima dentro de su sistema jurídico. ¿A que punto la aceptación del asesinato por venganza pasa de una norma social a una legal? Yo argumentaría que el punto puede ser determinado por la definición más jurídica del derecho de Santos.

³³⁴ Santos 1995, *supra* nota 18 p. 340-363 y Santos 2002, *supra* nota 55.

pluralista. Los acuerdos sobre derechos humanos, desarrollados después de la II Guerra Mundial, fueron el resultado de un debate político que resultó en un enfoque más individualista. El *Convenio 169* y ahora la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos indígenas*, para ser finalmente considerada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, desafía a los Estados a resaltar los derechos colectivos de los pueblos indígenas que han sido ignorados y negados por las normas internacionales de derechos humanos. Desde su inicio, el régimen de los derechos humanos ha servido para desafiar el status quo penetrando gradualmente la soberanía del Estado, promoviendo una jurisdicción universal en el dominio criminal³³⁵ y redefiniendo los temas del derecho internacional.³³⁶ El “éxito” de los derechos humanos es aminorado por la resistencia de los Estados a adoptar completamente los tratados y los mecanismos internacionales para la resolución de disputas.³³⁷ Este deseo de proteger la esfera jurídica interna del escrutinio internacional puede ser considerado un signo de pluralidad en el dominio internacional, pero, desde una perspectiva nacional, podría ser visto como un deseo de mantener el status quo del centralismo estatal.

³³⁵ Chandra Lekha Sriram, “Revolutions in Accountability: New Approaches to Past Abuses” (2003) 19 Am. U. Int’l L. Rev. 301.

³³⁶ Hubo una introducción gradual de actores no estatales en el derecho internacional, sobre todo en la ley de conflicto armado y derechos humanos. Ver por ejemplo: *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, 1125 UNTS 609 (entró en vigor el 7 de diciembre de 1978), reimpresso en *Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1996). Ver: también: Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actor* (Oxford: Oxford University Press, 2006), c. 1 online: <<http://www.oup.co.uk/pdf/0-19-829815-3.pdf>>.

³³⁷ La oposición de los Estados Unidos al Tribunal Criminal Internacional está bien documentada. Ver por ejemplo: Todd Prichard, “The Rome Statute of the International Criminal Court: Should the United States Sign on the Dotted Line?” (2003) 13 Transnat’l L. & Contemp. Probs. 727; Andrew Walker, “When a Good Idea is Poorly Implemented: How the International Criminal Court Fails to be Insulated from International Politics and to Protect Basic Due Process Guarantees” (2004) 106 W. Va. L. Rev. 245.

Los Estados Unidos tiene una historia de renuencia a la ratificación de tratados de derechos humanos multilaterales. Por ejemplo EE UU the Genocide Convention in 1948, pero no la ratificó hasta 1988 con 2 reservas y 4 declaraciones. Ver: *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 December 1948, 78 UNT.S. 277, (reservations and declarations) en *Tratados Multilaterales depositados con el Secretario General* <<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty1.asp>>.

Sandra Bunn-Livingstone³³⁸ analizó declaraciones y reservas expresadas por los Estados miembros a las convenciones internacionales de derechos humanos, para determinar el grado de pluralismo en los tratados internacionales. Ella encontró que a pesar de la amplia participación,³³⁹ un alto número de reservas depositadas con la ratificación³⁴⁰, y la justificación basada en prácticas jurídicas internas, es un indicativo de tensiones y pluralismo juri-cultural. La “universalidad” de los tratados de derechos humanos, actualmente un signo de amplia participación, es contradecida por el significativo número de reservaciones. El hecho que el sistema internacional permite reservas a los tratados multilaterales sugiere una tolerancia por el pluralismo. El grado significativo de las prácticas estatales relacionadas a estas reservas, demuestra la realidad del pluralismo y el mito del universalismo.³⁴¹

Los tres elementos del pluralismo juri-cultural transformativo también podrían ser aplicados por los órganos internacionales de los tratados de derechos humanos para tratar las tensiones dentro de una realidad pluralista de dimensión internacional. El primer elemento de no interferencia que yo argumentaría es el status quo en el derecho internacional. A no ser que los Estados miembros ratifiquen los acuerdos de protocolo opcionales para someterse a mecanismos internacionales de resolución de disputas, el derecho internacional generalmente no puede interferir en el derecho estatal. El segundo elemento de respeto por la diferencia cultural basada en la metodología emancipatoria y la

³³⁸ Bunn-Livingstone, *supra* nota 9.

³³⁹ Bunn-Livingstone encontró que el uso del término 'universalidad' por Partidos de Status es una referencia a la participación universal y no la aceptación uniforme de normas. Bunn-Livingstone, *supra* nota 9 p. 204.

³⁴⁰ En el momento de su estudio había 910 reservas a 6 tratados (la Convención sobre los Derechos del Convenio Infantil, Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres). El porcentaje de Estados miembros que hacen reservas a estas convenciones es generalmente más del 30 %, el número más bajo de reservas hechas fue sobre la Convención de Genocidio. Ver: Bunn-Livingstone, *supra* nota 9 p. 296.

³⁴¹ *Ibid.* p. 300-301.

cultura como una situación incompleta exige un cambio dramático de paradigmas en el derecho internacional que de manera convencional ha mantenido y ha promovido el mito de universalismo. Santos con optimismo llama a los derechos humanos la escritura emancipatoria de tiempos modernos con el potencial de convertirse en la base para una verdadera cultura global.³⁴² El tercer elemento involucra la creación de mecanismos de interacción intercultural que privilegien el enfoque del “cosmopolitanismo”³⁴³ sobre el universalismo.³⁴⁴ En otras palabras, las relaciones transnacionales entre los Estados periféricos y los grupos subordinados crearán mecanismos internacionales para contrarrestar el discurso dominante sobre los derechos.

Mientras que la adopción del pluralismo juri-cultural transformativo en el plano internacional puede parecer altamente ambiciosa, yo creo que las posibilidades de este enfoque en las esferas nacionales son considerables. En Bolivia, pese a que la situación empírica actual es radicalmente plural, el escenario jurídico formal es característico de un débil pluralismo de derecho estatal interno. Sin embargo, la oportunidad para la transformación es significativa en la actual coyuntura. Hasta hace poco, las propuestas para incrementar la autonomía de pueblos indígenas se han enfocado en la organización política municipal,³⁴⁵ el gobierno federativo lingüístico-cultural³⁴⁶ y territorios mantenidos colectivamente dentro de fronteras geográficas o ecológicas.³⁴⁷ Estas propuestas están

³⁴² Santos 2002, *supra* nota 55 p. 3-4.

³⁴³ Santos 1995, *supra* nota 18.

³⁴⁴ Tal mecanismo puede ser un consorcio judicial comisionado para establecer criterios procesales consensuados y criterios normativos para la interacción de sistemas jurídicos. Este consorcio también podría organizar tribunales (o comisiones) mixtos para la revisión de los casos más difíciles de sanciones corporales.

³⁴⁵ Específicamente sobre el reforzamiento de la idea de distritos indígenas municipales, ver: Ayo, *supra* nota 167.

³⁴⁶ Álvaro García Linera, “Autonomías indígenas y Estado multicultural: una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales” en *La descentralización que se viene: propuestas para la (re) constitución del nivel estatal intermedio* (La Paz: FES-ILDIS, 2003).

³⁴⁷ Ver: Enrique Camargo Manuel, “Visiones indígenas de descentralización: una mirada guaraní” en *Visiones Indígenas de Descentralización* (La Paz: FES-ILDIS, 2005) 25; Simón Yampara H., “Descentralización y

marcadas por un rango de concepciones de autonomía, desde una completa autonomía política a la administración territorial dentro de las estructuras gubernamentales, pero ellas no contemplan la autonomía del derecho indígena. La investigación sobre el pluralismo juri-cultural ha sido en su mayoría descriptiva,³⁴⁸ combinada con algunos intentos de propuestas legislativas³⁴⁹ para definir los puntos de interacción entre las culturas jurídicas. Sin embargo, un debate más completo en miras al proceso de reforma constitucional ha comenzado recientemente.³⁵⁰ El desafío y la oportunidad coexisten en la multiplicidad de los sistemas jurídicos indígenas basados en la comunidad, la dispersión geográfica de los pueblos indígenas y la complejidad de las estructuras políticas sobrepuestas en áreas geográficas. En mi opinión es fundamental que el concepto de “comunidad” en el derecho indígena o justicia comunitaria sea debatido plenamente para clarificar su aplicación en los espacios rurales y urbanos.

Los tres elementos del pluralismo juri-cultural transformativo podrían ser dirigidos en el proceso de reforma constitucional para avanzar en la autonomía del sistema legal indígena en el país. El primer elemento de no interferencia requiere del reconocimiento constitucional de la autonomía de la multiplicidad jurí-cultural. Desde luego, estos sistemas jurídicos están sobrepuestos y se requiere de mecanismos para manejar múltiples narrativas jurídicas en Bolivia pero, yo discutiría, el principio de no interferencia en la jurisdicción autónoma de las distintas culturas jurídicas debería ser primordial. El segundo elemento de respeto por la diferencia basado en la metodología emancipatoria y la cultura como una

autonomía desde la visión de los pueblos originarios” en *Visiones Indígenas de Descentralización* (La Paz: FES-ILDIS, 2005) 37.

³⁴⁸ CEJIS 1999, *supra* nota 130; CEJIS 2003, *supra* nota 134; CERES, *supra* nota 132; PROA, *supra* nota 143; Lorena Ossio y Silvina Ramírez, *Justicia Comunitaria 8: Análisis Jurídico* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999).

³⁴⁹ Ver: Instituto de la Judicatura de Bolivia, “Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas-Campesinas” in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003) 143.

³⁵⁰ El Ministerio de Justicia recientemente inició el debate sobre la formalización de la justicia comunitaria en la preparación del proceso de reforma constitucional. Ver: Agencia Boliviana de Información, *supra* nota 237.

situación incompleta demanda transformaciones internas dentro de las culturas jurídicas en Bolivia. El derecho estatal y los sistemas jurídicos indígenas tienen el desafío de adoptar una posición autocrítica para ser capaces de equilibrar los aspectos subjetivos y objetivos de sus leyes. El tercer elemento es crítico a la transformación del escenario. El dialogo inter.-juri-cultural puede tratar las tensiones descritas en líneas anteriores a través de un enfoque equilibrado y consensual. Este dialogo podría resultar en un acuerdo sobre las normas de derecho que serían consideradas como límites en la autonomía jurisdiccional de todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, el diálogo podría resultar en acuerdos interculturales sobre lo que constituyen sanciones dignas y legítimas en el ámbito penal.

Colombia, caracterizada por un pluralismo interno estatal más profundo que Bolivia, ha demostrado un grado de aplicación de los atributos del pluralismo juri-cultural transformativo. El grado de interferencia en la jurisdicción indígena ha variado en la jurisprudencia e indiscutiblemente, podría ser disminuido a un cierto grado dentro del actual marco constitucional. La Corte Constitucional podría reducir significativamente su interferencia por ejemplo mediante la rigurosa aplicación de las cuatro restricciones, Óptimamente, sin embargo, el derecho estatal no debería continuar revisando unilateralmente las decisiones de los sistemas jurídicos indígenas. El segundo requerimiento de respeto por la diferencia cultural ha sido demostrado por algunos magistrados a través de una posición crítica de lo cultural como un concepto incompleto.³⁵¹ Algunos sistemas jurídicos indígenas también han demostrado una posición de autocrítica estableciendo procesos de revisiones internas y adaptando y restringiendo la aplicación de las sanciones corporales. Sugeriría que la debilidad significativa en la situación colombiana es la ausencia

³⁵¹ A saber, el antiguo Magistrado, Carlos Gaviria Díaz, el magistrado ponente en *Guainas Finscue v. Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila*, *supra* nota 251, y *Gembuel Pechene v. Passu*, *supra* nota 115. También, el Tribunal ha conducido visitas *in situ* para entender mejor la cultura jurídica indígena, ver: *Torres Forero v. Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca de la Zona Oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta*, *supra* nota 250.

de mecanismos igualitarios para un diálogo inter juri-cultural.³⁵² La transformación de los sistemas jurídicos hacia una configuración circunferencial profundizaría la pluralidad en Colombia e incrementaría el respeto por la autonomía del derecho indígena.

7. Conclusión

Los dos países enfocados en este ensayo ilustran las tensiones entre las culturas jurídicas que salen a la luz en las esferas nacionales e internacionales y que están caracterizadas, al menos empíricamente, por el pluralismo. Las sanciones corporales de latigazos y en un menor grado la pena de muerte y el cepo, fueron situadas en su contexto juri-cultural para poder examinar críticamente los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales y la jurisprudencia que impugna, generalmente desde una posición universalista, la legitimidad de estas prácticas. La jurisprudencia nacional en Bolivia y Colombia demuestra las tensiones entre los derechos colectivos y derechos individuales y también diferentes grados de respeto por la autonomía del derecho indígena cuando se equilibran estas tensiones. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia enmarcan las tensiones desde una perspectiva universalista, la cual yo argumenté que actualmente es un mito que perpetúa el dominio de la cultura legal “occidental”.

Pese a ello, las sanciones corporales pueden contravenir *prima facie* las garantías de derechos humanos nacionales e internacionales. Yo argumenté que un enfoque alternativo de pluralismo juri-cultural trasformativo y en contra de la hegemonía, puede encontrar que estas sanciones sean aceptables. Argumenté que el uso de latigazos, aplicados como una

³⁵² Los pueblos indígenas han organizado para reforzar su propio derecho e interactuar con el poder estatal judicial a través de la escuela estatal judicial pero un mecanismo formal para la interacción intercultural está todavía pendiente a pesar de numerosas tentativas en la legislación preliminar. Hay a las menos dos escuelas de Derecho Indígena que funcionan en Colombia, una en Nasa al norte de Cauca y la otra en Pastos. Ver: “Quinto Aniversario del Cristobal Secue”, *supra* nota 252. También, el Tribunal Superior Indígena de Tolima fue creado para reforzar los sistemas jurídicos indígenas en Tolima y actuar como un tribunal de segunda instancia. Ver: Londoño & Romero, *supra* nota 73 p. 28-33 y *Estatutos*, Asociación de Cabildos y Autoridades Indígenas Tradicionales del Consejo regional Indígena del Tolima (2003), s. 43-45.

sanción legítima de manera de no causar dolor intenso y humillación, podría ser considerado como respetuoso del principio de la dignidad humana en una concepción intercultural de derechos humanos. Esta determinación de si las sanciones corporales aplicadas en las comunidades indígenas vendrían a ser una violación a la prohibición contra el trato degradante requiere un acuerdo inter juri-cultural.

El cepto también sería una sanción aceptable basada en mi análisis. La pena de muerte plantea un caso más difícil y no me siento preparada para esbozar una conclusión en este punto. La información disponible sobre su legítima aplicación actual por parte de las autoridades judiciales indígenas parece ser muy limitada, además, el uso corrupto de las garantías de derecho indígena para justificar asesinatos en venganza, presenta otro desafío. El trabajo de Perafán parece demostrar la prominencia de los asesinatos en venganza a diferencia de la pena capital. Algunos sistemas jurídicos indígenas, como el Nasa en Colombia, últimamente promueven una investigación eficiente y procedimientos de toma de decisiones precisamente para evitar asesinatos por venganza.

Las tensiones que surgieron en el análisis de las sanciones corporales y las protecciones internacionales de derechos no pueden ser resueltas de manera concluyente. El amplio dilema colectivo/individual y las tensiones basadas en los derechos se mantendrán tanto en las esferas nacionales como internacionales. Sin embargo, el pluralismo juri-cultural transformativo que propongo debería ayudar a manejar las tensiones de una manera innovadora que respete las diferencias juri-culturales. Este enfoque contrarresta la hegemonía de la práctica y el discurso dominante mediante la autonomía de las culturas jurídicas indígenas y las interpretaciones compartidas juri-culturales del derecho. Para participar en un proceso circunferencial multicultural representantes de las culturas jurídicas necesitan comprometerse al concepto de lo cultural como una situación incompleta. Argumento que, basados en el derecho a la autodeterminación, los pueblos indígenas deberían revisar internamente y limitar su propio derecho sin la intervención estatal. Esto no

significa que el Estado esté ausente. A diferencia de otras categorías de pluralismo jurídico examinadas al principio, éste enfoque desafía a ambos, al derecho estatal y al derecho indígena, a transformarse intra e inter-legalmente. El enfoque juri-cultural transformativo, específicamente por la adopción de una metodología emancipatoria y los tres elementos esenciales, ofrece el medio de trascender la débil realidad pluralista hacia un pluralismo radical caótico y complejo.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Bolivia

Constitución Política del Estado, 1994 am. by Ley No. 2650 Bolivia, 2004.

Código de Procedimiento Penal, Ley No. 1970 de 1999, Bolivia, online:
<<http://www.ncppenalbo-gtz.org/index.html>>.

Decreto Reglamentario de la Ley de Participación Popular, Decreto Supremo No. 24447 de 1996, Bolivia.

Ley de Convocatoria de Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales, Ley No. 3356 de 2006, Bolivia.

Ley de Reforma Agraria, Ley 3464 de 1953, Bolivia, online:
<http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_legislacion.asp>.

Ley de Participación Popular, Ley No. 1551 de 1993, Bolivia, online:
<http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_legislacion.asp>.

Colombia

Constitución Política, 1991. Gaceta Constitucional No. 116, Colombia 1991.

Estatutos, Asociación de Cabildos y Autoridades Indígenas Tradicionales del Consejo regional Indígena del Tolima (2003), s. 43-45.

Ley 089 de 1890, Colombia, online: <<http://www.ideam.gov.co/legal/ley/1900/ley089-1890.htm#up>>.

MATERIALES INTERNACIONALES

Tratados

United Nations

Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, 1465 U.N.T.S. 85, 23 I.L.M 1027 (entered into force 26 June 1987).

Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 27 June 1989, 72 ILO Official Bull. 59, 28 I.L.M. 1382 (entered into force 5 September 1991), online:
<<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 U.N.T.S. 277, (reservations and declarations) at Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, online:
<<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty1.asp>>.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNT.S. 277, (reservations and declarations) at Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General
<<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty1.asp>>.

International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, 999 U.N.T.S. 171, 6 I.L.M. 368 (entered into force 23 March 1976).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 19 December 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entered into force 3 January 1976).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609 (entered into force 7 December 1978), reprinted in *Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1996).

Inter-American

American Convention on Human Rights, 1966, 22 November 1969, 17955 U.N.T.S. 1144, O.A.S.T.S. 36 (entered into force 18 July 1978).

Documentos

United Nations

Charter of the United Nations, 26 June 1945, Can. T.S. 1945 No. 7.

Committee Against Torture, *Conclusions and Recommendations: Saudi Arabia*, UN CAT, 524th mtg., UN Doc. CAT/C/CR/28/5 (2002).

Committee Against Torture, *Concluding Observations of the Committee Against Torture: Bolivia*, UN CAT, 26th Sess., UN Doc. A/56/44, paras. 89-98 (2001).

Committee Against Torture, *Consolidation of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Bolivia*, UN CAT, 26th Sess., UN Doc. CAT/C/52/Add.1 (2000).

Committee Against Torture, *Summary record of the 673rd Meeting (partial): Ecuador*, UN CAT, 35th Sess., UN Doc. CAT/C/SR.673 (2005).

Declaration Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res. 1514 (XV), UN GAOR, 15th Sess., Supp. No. 16, UN Doc. A/4684 (1960).

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), UN GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, UN Doc. A/5217 (1970).

Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, UN HRC, 80th Sess., UN Doc. CCPR/CO/80/COL. (2004).

Human Rights Committee, *Fifth Periodic Report: Colombia (State Party Report)*, UN HRC, UN Doc. CCPR/C/COL/2002/5 (2002).

Human Rights Committee, *General Comment No. 20, Article 7*, 44th Sess., Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.7 (2004).

Human Rights Council, *Report to the General Assembly on the First Session of the Human Rights Council (Draft)*, HRC Res. 2006/2, UN HRC, 1st Sess., UN Doc. A/HRC/1/L.10 (2006) at 56, online: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/1session/documentation.htm>>.

Nowak, Manfred. *Interim Report of Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN GA, 60th Sess., UN Doc. A/60/316 (2005) at para. 18-28.

Nowak, Manfred. *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN CHR, 62nd Sess., UN doc. E/CN.4/2006/6 (2005).

Inter-American

Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, OR OEA/Ser.K/XVI/GT/ DADIN/doc.139/03 (2003).

Publicaciones

United Nations

Calderón, Fernando *et al.* "Interculturalismo y Globalización: La Bolivia Posible" *Informe de Desarrollo Humano en Bolivia 2004* (La Paz: UNDP, 2004) 106, online: <<http://idh.pnud.bo/Informes/2004/index.html>>.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Fact Sheet No. 4: Combating Torture* (Geneva: OHCHR, 2002) at 33, online: <<http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs4rev1.pdf>>.

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *The State of the World's Refugees: Human Displacement in the New Millennium* (Oxford: Oxford University Press, 2006) at 170-171 (chapter 7), online: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/template?page=publ&src=static/sowr2006/toceng.htm>>.

JURISPRUDENCIA

Canadiense

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. The Attorney General in Right of Canada, [2004] 1 S.C.R. 76, 234 D.L.R. (4th) 257, 2004 SCC 4.

Internacional

Caesar v. Trinidad y Tobago (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 123.

Errol Pryce v. Jamaica CCPR/C/80/D/793/1998 (13 may 2004).

Tyrer v. United Kingdom (1978) 26 Eur.Ct.H.R. (Ser. A).

Boliviana

Campuzano Vda. De Iturralde v. Pinto Tola (1 July 2004), Bolivia Constitutional Tribunal, 1008/2004-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion9765.html>>.

Cazón Ocampo v. Ocampo Ramos (10 March 2004), Bolivia Constitutional Tribunal, 0313/2004-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion8885.html>>.

Cornejo Romero v. Orosco López (6 February 2003), Bolivia Constitutional Tribunal, 0143/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6151.html>>.

Gaspar Hilario v. Hilario (7 June 2005), Bolivia Constitutional Tribunal, 0019/2005-CDP, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11858.html>>.

Herrera Mamani v. Alconce (14 June 2005), Bolivia Constitutional Tribunal, 0661/2005-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11917.html>>.

Tarqui Ajnota v. Chávez Bravo (5 March 2003), Bolivia Constitutional Tribunal, 0273/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6314.html>>.

Ticona Mamani v. Cruz (11 March 2003), Bolivia Constitutional Tribunal, 0295/2003-R, online: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6348.html>>.

Colombiana

Gembuel Pechene v. Passu (15 October 1997), Colombia Constitutional Court, T-523/1997.

González Wasorna v. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor Único (8 August 1996), Colombia Constitutional Court, T-349/1996.

Guainas Finscue v. Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila (26 September 1996), Colombia Constitutional Court, T-496/1996.

Libardo Pillimué v. Asamblea General de Cabildo y el Cabildo Indígena de Quizgó (27 August 2004), Colombia Constitutional Court, T-811/2004.

Narvaez v. Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo (30 May 1994), Colombia Constitutional Court, T-254/1994.

Ortiz Trillera v. Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima (31 January 2002), Colombia Constitutional Court, T-048/2002.

Torres Forero v. Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca (18 September 1998), Colombia Constitutional Court, SU-510/98.

DOCUMENTOS GUBERNAMENTALES

Parliament, Canada. "Aboriginal Self-Government" by Jill Wherett in *Library of Parliament Current Issue Review*, No. 96-2E (1999).

MATERIALES SECUNDARIOS

Libros

Albó, Xavier & Quispe, Víctor. *Quienes son indígenas en los gobiernos municipales* (La Paz: Plural Editores and CIPCA, 2004).

Anaya, James. *Indigenous Peoples in International Law* 2d ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004).

- Asociación de Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca. *Reconstruyendo el Derecho Propio Protegemos la Vida, para Seguir en Resistencia* (Santander de Quilichao, Colombia: ACIN, no date).
- Ayo Saucedo, Diego. *Voces críticas de la descentralización: una década de Participación Popular* (La Paz: FES-ILDIS, 2004).
- Barié, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2nd ed. (México: Instituto Indigenista Interamericano, 2003), online: <<http://cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/index.html>>.
- Borrero García, Camilo. *Multiculturalismo y Derechos Indígenas* (Bogotá: CINEP, 2003).
- Bunn-Livingstone, Sandra L. *Juricultural Pluralism vis-à-vis Treaty Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2002).
- Calla Ortega, Ricardo. *Justicia Indígena y Derechos Humanos: Hacia la Formulación de una Política Estatal de la Diferencia* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999).
- Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS). *Justicia Comunitaria 2: Los Guaranes del Izoqog* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999).
- Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS). *Sistema Jurídico Indígena: Diagnóstico en comunidades de los pueblos Chiquitano, Mojeno-Ignaciano y Tacana* (Santa Cruz de la Sierra: CEJIS, 2003).
- CERES. *Justicia Comunitaria 3: Los Quechuas de Tapacari* (La Paz: Ministry of Justice and Human Rights, 1999).
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actor* (Oxford: Oxford University Press, 2006), c. 1, online: <<http://www.oup.co.uk/pdf/0-19-829815-3.pdf>>.
- Colque Fernández, Gonzalo. *Titikani Takaka* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005), online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>.
- Defensor del Pueblo. *Estudio de Derechos Humanos en Bolivia* (La Paz: Defensor del Pueblo, 2003).
- de Las Casas, Bartolomé. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, 2nd ed. by Isacio Pérez Fernández (Madrid: Tecnos, 2004).
- de Mesa Figueroa, José; Gisbert, Teresa & Mesa Gisbert, Carlos D. *Historia de Bolivia* (La Paz: Editorial Gisbert, 2003).
- de Roux, Rodolfo. *Dos Mundos Enfrentados* (Bogotá: CINEP, 1990).
- Fernández Osco, Marcelo. *La Ley del Ayllu* (La Paz: PIEB, 2000).
- Geertz, Clifford. *Local Knowledge* (New York: Basic Books, 1983).
- Guarachi Huanca, Paulino. *Patarani: La vida en torno a la tierra* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005), online: <http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp>.
- Guerra Curvelo, Weilder. *La Disputa y la Palabra: La Ley en la Sociedad Wayuu* (Bogotá: Ministerio de Cultura, 2001).

- Hooker, M.B. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford: Clarendon Press, 1975).
- Hoffe, Otfried. *Derecho Intercultural* (Barcelona: Gedisa, 2000).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos indígenas* (San José: IIDH, 1999).
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1995).
- Kymlicka, Will. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Lema, Ana María et al. *De la Huella al Impacto* (La Paz: PIEB, 2001).
- Londoño Montoya, Edgar & Romero Bossa, Nelson. *Justicia comunitaria indígena: el caso del CRIT* (Bogotá: Red de Justicia Comunitaria, 2005).
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2001).
- McLennan, Gregor. *Pluralism* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995).
- Moore, Sally Falk. *Law as Process* (London: Routledge, 1978).
- Nader, Laura. *Law in Culture and Society* (Chicago: Aldine Publishing Company, 1969).
- Ochoa García, Carlos. *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico* (Guatemala: CHOLSAMAJ, 2002).
- Orellana Halkyer, René. *Interlegalidad y Campos Jurídicos* (Cochabamba, Bolivia: Huella Editores, 2004).
- Ossio, Lorena & Ramirez, Silvina. *Justicia Comunitaria 8: Análisis Jurídico* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999).
- Pearce, J. *Colombia dentro del laberinto* (Bogotá: Altamir Ediciones, 1992).
- Perafán Simmonds, Carlos César. *Sistemas Jurídicos: Paez, Kogi, Wayúu y Tule* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología-Colcultura, 1995).
- Perafán Simmonds, Carlos César & Ascárate García, Luis José. *Sistemas jurídicos: uitoto, yukpa, u'wa y tikuna* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2001).
- Perafán Simmonds, Carlos, Azcárate García, Luis José & Zea Sjoberg, Hildur. *Sistemas jurídicos tukano, chamí, guambiano, sicuani* (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000).
- PROA, *Justicia Comunitaria 1: Los Aymaras de Machaca* (La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999).
- Rosen, Lawrence. *Law as Culture* (Princeton: Princeton University Press, 2006).
- Sánchez Botero, Esther. *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, 2nd ed. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004).

- Sanjinés D., Esteban. *Ayllu Jila Taypi Uta Collana: una vision de la tierra desde la norma* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005), online: http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995).
- Sheleff, Leon. *The future of tradition: customary law, common law and legal pluralism* (London: Frank Cass Publishers, 1999).
- Tapia, Luis. *La Condición Multisocietal: multiculturalidad, pluralismo, modernidad* (La Paz: Muela del Diablo, 2002).
- Tingana, Martín. *Justicia Comunitaria Indígena: una Mirada desde la reivindicación del pueblo indígena de los Pastos* (Bogota: Red de Justicia Comunitaria, 2005).
- Urioste F. de C., Miguel. *Los Nietos de la Reforma Agraria* (La Paz: Fundación Tierra, 2005), online: http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp.
- Urioste F. de C., Miguel & Kay, Cristóbal. *Latifundios, avasallamientos y autonomías* (La Paz: Fundación TIERRA, 2005), online: http://www.ftierra.org/ftierra1104/bd_publicaciones_carpetas.asp.
- Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios. *Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos indígenas: Memoria* (La Paz: Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, 1998).
- Wright, Ronald. *Stolen Continents* (Toronto: Penguin Books, 1992).
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal* (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), online: <http://alertanet.org/b-pautas.htm>.

Artículos y Ensayos

- Albó, Xavier. "Bolivia: From Indian and Campesino Leaders to Councillors and Parliamentary Deputies" in Rachel Seider, ed. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 74.
- Albó, Xavier. "Como Manejar la Interculturalidad Jurídica en un País Intercultural?" in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003) 85.
- An-Na'im, Abdullahi Ahmed. "Mediating and Negotiating the Universality of Human Rights Through Practice," in Jude Morrison, Anne Griffiths and Kenneth King, eds., *Remaking Law in Africa: Transnationalism, Persons and Rights* (Edinburgh: Centre of African Studies, 2004) 99.
- Ardila, Edgar. "Pluralismo jurídico: apuntes para el debate" (2002) 26-27 *El Otro Derecho* 49 (Colombia).
- Assies, Willem. "Indian Justice in the Andes: Re-rooting or Re-routing?" in T. Salman & A. Zoomers, eds., *Imaging the Andes: Shifting Margins of a Marginal World* (Amsterdam: Centre for Latin American Research and Documentation, 2003) 167.

- Assies, Willem. "Multiethnicity, the State and the Law in Latin America" (1999) 43 J. Legal Pluralism 145.
- Camargo Manuel, Enrique. "Visiones indígenas de descentralización: una mirada guarani" in *Visiones Indígenas de Descentralización* (La Paz: FES-ILDIS, 2005) 25.
- Chivi Vargas, Idon Moisés. "Justicia Indígena y Jurisdicción Constitucional Bolivia 2003-2005", (2006) 1 Derechos Humanos y Acción Defensorial 45 (Bolivia).
- Davies, Margaret. "The Ethos of Pluralism" (2005) 27 Sydney L. Rev. 87.
- Dudley, Meredith. "Tierras e identidades en la intersección del Altiplano y la Amazonía: la reivindicación de los Lecos de Apolo" in N. Robins, ed. *Estudios Bolivianos Vol. II: Cambio y continuidad en Bolivia: etnicidad, cultura e identidad* (La Paz: Plural, 2005) 77.
- Flores, Elba. "Chiquitanos (Monte Verde y Lomerio)" in CEJIS, *Sistema Jurídico Indígena: Diagnóstico en comunidades de los pueblos: Chiquitano, Mojeno-Ignaciano y Tacana* (Santa Cruz de la Sierra: CEJIS, 2003) 57.
- García Linera, Álvaro. "Autonomías indígenas y Estado multicultural: una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales" in *La descentralización que se viene: propuestas para la (re) constitución del nivel estatal intermedio* (La Paz: FES-ILDIS, 2003) 169.
- Greenhouse, Carol J. "Legal Pluralism and Cultural Difference: What is the Difference? A Response to Professor Woodman", (1998) 42 J. Legal Pluralism 61.
- Griffiths, John. "What is Legal Pluralism" (1986) 24 J. of Legal Pluralism & Unofficial Law 1 at 9.
- Hoekema, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario" (2002) 26 El Otro Derecho 63.
- Instituto de la Judicatura de Bolivia, "Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas-Campesinas" in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003) 143.
- Johnston, Darlene. "The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination" in James Anaya, ed. *International Law and Indigenous Peoples* (Hants, England: Dartmouth Publishing, 2003) 85.
- Kleinhans, Martha-Marie & Macdonald, Roderick A. "What is a Critical Legal Pluralism" (1997) 12 C.J.L.S. 25.
- Mansilla Arias, A. "El Derecho Indígena y las Pautas para la Conformación de una Línea Jurisprudencial Constitucional en Bolivia" 10 Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (2004), online: <<http://www.uv.es/CEFD>>.
- Merry, Sally Engle. "Legal Pluralism" (1988) Law & Soc'y Rev. 869, 875.
- Mier Cueto, Enrique A. "Las Prácticas Jurídicas aymaras desde una Perspectiva Cultural" in *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, 2003).
- Moore, Jennifer. "From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents" (1999) 31 Colum. H.R.L. Rev. 81.

- Pratt, John. "Aboriginal Justice and the 'good citizen': an essay on population management" in Kayleen Hazlehurst, ed., *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Hants, England: Ashgate Publishing Ltd., 1995) 39.
- Prichard, Todd. "The Rome Statute of the International Criminal Court: Should the United States Sign on the Dotted Line?" (2003) 13 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 727.
- Santos, Boaventura de Sousa. "Toward a Multicultural Conception of Human Rights" in Berta Hernández-Truyol, ed., *Moral Imperialism: A Critical Anthology* (New York: New York University Press, 2002), online: <<http://www.ces.uc.pt/bss/papers.htm>>.
- _____. "The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique" (2006) 40 *Law & Soc'y Rev.* 39.
- Seider, Rachel. "Recognising Indigenous Law and the Politics of State Formation in Mesoamerica" in Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 184.
- Shelton, Dinah. "Protecting Human Rights in a Globalized World" (2002) 25 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 273.
- Smandych, Russell & Linden, Rick. "Co-existing forms of Aboriginal and private justice: An historical study of the Canadian West" in Kayleen Hazlehurst, ed. *Legal Pluralism and the Colonial Legacy* (Hants, England: Avebury, 1995) at 5.
- Sriram, Chandra Lekha. "Revolutions in Accountability: New Approaches to Past Abuses" (2003) 19 *Am. U. Int'l L. Rev.* 301.
- Stavenhagen, Rodolfo. "Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate" in Rachel Seider, ed. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 24.
- Tamanaha, Brian Z. "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism" (2000) 27 *J. L. & Soc'y* 296.
- Van Cott, Donna Lee. "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia" (2000) *J. of Lat. Am. Stud.* 207.
- _____. "Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State relations" in Rachel Seider ed. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 45.
- _____. "Legal Pluralism and Informal Community Justice Administration in Latin America" (Paper presented to the Informal Institutions and Latin American Politics Conference, April 2003) [unpublished].
- von Benda-Beckmann, Franz. "Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism" (1997) 9 *Law and Anthropology* 1.
- Walker, Andrew. "When a Good Idea is Poorly Implemented: How the International Criminal Court Fails to be Insulated from International Politics and to Protect Basic Due Process Guarantees" (2004) 106 *W. Va. L. Rev.* 245.
- Weissner, S. "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis" in James Anaya, ed., *International Law and Indigenous People* (Hants, England: Dartmouth Publishing Company, 2003) 257.

Woodman, Gordon. "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism" (1998) 42 J. Legal Pluralism 21.

Yampara H., Simón. "Descentralización y autonomía desde la visión de los pueblos originarios" in Friedrich Ebert Stiftung – ILDIS, ed., *Visiones Indígenas de Descentralización* (La Paz: FES-ILDIS, 2005) 37.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary: A Post-Reform Assessment" in Rachel Seider, ed., *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (Hampshire, England: Palgrave MacMillan, 2002) 157.

_____. "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos" (2003) in 30 *El Otro Derecho* 171 (Colombia).

Noticias

"Ayllus sancionan asesinato con dos vacas y multas" *La Prensa* [Bolivia] (12 May 2006), online: [La Prensa <http://166.114.28.115/20060512/politica/politica03.htm>](http://166.114.28.115/20060512/politica/politica03.htm).

"Forced labour, Iraq War take center stage at World Social Forum" *Terra Wire* (29 January 2005), online: <http://www.terradaily.com/2005/050128230535.87sy61nm.html>.

"Gobierno y asociaciones originarias desean legalizar la justicia comunitaria" *Diario el Correo del Sur* (3 February 2006), online: http://www.correodelsur.net/2006/0203/w_nacional24.shtml.

"Inaugural session of UN Human Rights Council marked by progress on key issues" *UN News Service* (1 July 2006), online: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=19069&Cr=Human>.

"Justicia Comunitaria," Editorial, *La Razón* (24 March 2006), online: http://larazon.glradio.com/Versiones/20060324_005490/nota_245_262840.htm.

"La autocrítica en la justicia," Editorial, *La Razón* (11 de enero de 2006), online: http://www.la-razon.com/versiones/20060111_005418/nota_245_237039.htm.

"Los comunarios de Ayo Ayo se responsabilizan por crimen de Alcalde," *Bolpress* (18 de junio de 2004), online: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2002081376&PHPSESSID=da1d0df57b>.

"Quinto Aniversario del Cristobal Secue" *Asociación de Cabildos Indígenas del Norte de Cauca* (30 June 2006), online: <http://www.nasaacin.net/noticias.htm?x=2319>.

Reed, Lindsay. "Bolivian Peasants turn to Lynch Law" *The Guardian Observer* (19 September 2004), online: <http://observer.guardian.co.uk/international/story/0,,1307818,00.html>.

Comunicados de Prensa

Agencia Boliviana de Información, News Release, "Arrancó debate sobre compatibilización de la justicia comunitaria con la ordinaria" (13 July 2006), online: http://www.comunica.gov.bo/index.php?i=noticias_texto&j=20060713195236.

Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, News Release, "Norte y Centro las Zonas más Afectadas por Violaciones a Derechos Humanos en Cauca" (undated), online: <http://www.derechoshumanos.gov.co/modules.php?name=informacion&file=article&sid=514>.

Sistema Nacional de Estadísticas, News Release, "Indígenas reciben 36% más en Recursos que colombianos de otras regiones" (25 September 2005), online: <<http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/septiembre/25/05252005.htm>>.

Sitios de Internet

Amnesty International, "Abolitionist and Retentionist Countries: Abolitionist for all Crimes" (27 June 2006), online: Amnesty International <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-abolitionist1-eng>>.

_____, "Facts and Figures on the Death Penalty" (27 June 2006), online: Amnesty International <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-eng>>.

_____, "Saudi Arabia: Remains a Fertile Ground for Torture with Impunity" (1 May 2002), online: Amnesty International <<http://web.amnesty.org/library/index/engmde230042002>>.

Association of Indigenous Councils of Northern, "Historia General" (no date), online: ACIN <http://www.nasaacin.net/historia_general.htm>.

Colombia Human Rights Network, "An Overview of Recent Colombian History" (no date), online: Colombia Human Rights Network <<http://colhrnet.igc.org/timeline.htm>>.

Ethnologue, "Languages of Bolivia" *Ethnologue: Languages of the World*, 14th ed. (2005), online: <http://www.ethnologue.com/14/show_country.asp?name=Bolivia>.

Farrell, Colin. "The Canadian Prison Strap" *World Corporal Punishment Research* (no date), online: <<http://www.corpun.com/canada.htm>>.

International Crisis Group, "Bolivia's Divisions: Too Deep to Heal?" in Latin American Report No. 7, 6 July 2004, online: <<http://www.icg.org/home/index.cfm?id=2853&l=1>> (Full report).

_____, "Bolivia's Rocky Road to Reforms" in Latin American Report 18 (3 July 2006), online: <<http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?l=1&id=4199>>.

Leech, Garry M. "Fifty Years of Violence" Colombia Journal Online (May 1999), online: Colombia Journal <<http://www.colombiajournal.org/fiftyyearsofviolence.htm>>.

Organización Nacional Indígena de Colombia, "Pueblos Indígenas" (no date), online: ONIC <<http://www.onic.org.co/nuevo/pueblos.html>>.

Entrevistas

Ardila, Edgar. Profesor de Derecho, Universidad Nacional (27 May 2006) Bogotá, Colombia.

Caballero, Jorge. Asesor al Consejo Regional Indígena de Cauca (1 October 2005) Bogotá, Colombia.