

RICARDO JOSÉ MIRANDA RIVERO

**PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS Y
SU TRASCENDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
INDÍGENA ORIGINARIA Y CAMPESINA EN LA CONSTITUCIÓN
DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA DEL AÑO 2009**

DIRECTOR: Gustavo Beade

Índice

Capítulo I: Marco Histórico

1. Constitución boliviana de 1967
 - 1.1 Reconocimiento de derechos fundamentales
2. Constitución boliviana de 2009
 - 2.1. Guerra del agua
 - 2.2. Guerra del gas
 - 2.3. Composición de la asamblea constituyente
 - 2.3.1. Derechos Humanos
 - 2.3.2. Reconocimiento de pueblos indígenas y sus derechos

Capítulo II: Marco Normativo

- 2.1. Justicia indígena en la Constitución
 - 2.1.1. Principios, derechos y deberes
 - 2.1.2. Fuentes jurídicas en instrumentos internacionales
- 2.2. Leyes Orgánicas promulgadas por mandato de la Constitución
 - 2.2.1. Ley de Deslinde Jurisdiccional
 - 2.2.2. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

INTRODUCCIÓN

El tema elegido responde al interés de develar cuál es la magnitud y cuales alcances de la implementación de preceptos constitucionales modernos con un

enfoque de adecuación e implementación de estándares de los derechos humanos referidos al pluralismo jurídico y al reconocimiento de sistemas de administración de justicia en Bolivia, como resultado de la reforma constitucional del año 2009.

Dicho reconocimiento, es de particular interés debido a que la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009 surge como resultado de la lucha de la ciudadanía en general respecto a las prácticas desfavorables y perniciosas aplicadas por los gobiernos que administraron el país prácticamente desde la época republicana hasta la promulgación de la constitución actual; cabe señalar que parte de la insatisfacción generalizada en los bolivianos residía en la marginación a la que eran relegados; no hay que olvidar que de acuerdo al último censo poblacional hecho en Bolivia, más del 80% de la población es de origen indígena, ello conlleva a su vez un bagaje cultural y diverso que no era reconocido por el Estado que se alineaba de forma conservadora al modelo uniformador del Estado-Nación.

A ello hay que sumar el hecho que Bolivia experimentó severas conmociones sociales a principios de la década como producto de las malas prácticas liberales que el gobierno estaba efectuando; ello que condujo a una crisis con consecuencias políticas severas, generando inestabilidad tanto administrativa como política en el gobierno.

En ese contexto, la Constitución Política de 2009 es promulgada bajo criterios de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural existente en el país, introduciendo dentro de su cuerpo legal tratados y convenios de derechos humanos y sobre todo, introduce principios que garantizan la libre determinación de los pueblos así como de sus usos y costumbres, lo que conllevó a un reconocimiento de diferentes sistemas de administración de justicia.

De esa manera, nos interesa analizar el alcance de estas premisas y principios que se encuentran consolidados en el texto constitucional boliviano ya que las mismas responden a la implementación de criterios plurales en la administración de justicia, en razón a que a partir de la promulgación y publicación de la nueva

Constitución se han generado leyes orgánicas que están orientadas a concretar y efectivizar los principios señalados; de esta manera se pretende generar un cambio trascendental en la forma en la que se concibe a la justicia por un lado y el modo en el que el Estado la administra por el otro.

El análisis de la implementación del pluralismo en la administración de justicia es fundamental en el sentido en el que se abren campos de acción que no solo conciben al derecho y a la justicia con una visión occidentalizada, sino que reconocen la administración de justicia y sus valores en comunidades indígena-originario-campesinas.

Para lograr hacer efectivas las declaraciones enunciadas dentro de la constitución, la misma determinó la promulgación de leyes orgánicas especializadas que tienen la finalidad de regular, coordinar y articular la instauración de los sistemas indígenas de administración de justicia. En razón a ello se promulga la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que tiene como objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

Sin embargo, pese al objetivo que persigue la Ley de Deslinde Jurisdiccional, creemos que las previsiones que ella adopta para determinar límites y esferas de cooperación y competencia contradicen en muchos sentidos lo determinado por los instrumentos internacionales reconocidos por la constitución como parte de su bloque de constitucionalidad, al mismo tiempo consideramos que las precisiones en materia de reconocimiento de sistemas jurisdiccionales hechas por la constitución son mucho más aplicables que las que determina la Ley de Deslinde.

Por ello, durante el desarrollo de nuestra investigación, nos enfocaremos en definir conceptualmente los elementos del pluralismo jurídico así como de los ámbitos de vigencia en los que se aplica; ello nos ayudará a establecer que la Ley de Deslinde Jurisdiccional es contraria en sus disposiciones a la Constitución y a su bloque de constitucionalidad y que coarta en muchos sentidos la consolidación del

pluralismo jurídico.

En adición, haremos una breve enunciación de las fuentes jurídicas de la Constitución así como un análisis respecto a su aplicación dentro de la Constitución.

CAPÍTULO I

Marco Histórico

"El inconsciente es la historia de la humanidad desde los tiempos inmemoriales."

- Carl Gustav Jung

1. Constitución boliviana de 1967

La historia constitucional Boliviana se remonta a la primera Constitución Política denominada "Constitución Bolivariana" que fue concebida en los albores de la independencia y redactada inmediatamente después a la fundación de la República por el Libertador Simón Bolívar. La misma, fue aprobada por la Asamblea Constituyente el 6 de noviembre de 1826 con influencias eminentemente francesas.

A pesar de que desde un principio el procedimiento de reforma siempre fue complejo, el país ha tenido 19 textos constitucionales que, sin embargo, no han modificado su esencia original. Hasta la fecha, estas reformas se realizaron en 1831, 1834, 1839, 1943, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1899, 1931, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994 y 2004. De ellas, la última constitución en ser reformada sin generar mayores cambios sustanciales fue la de 1967, que pese a los esfuerzos realizados en dos momentos históricos cruciales, no pudo acomodarse a los requerimientos que demandaba la población en general. Para el año 2009 se aprobó una constitución totalmente nueva que no guardaba relación con las anteriores por su enfoque plural y por su carácter eminentemente proteccionista.

En este sentido, cabe resaltar que el sistema constitucional boliviano es producto de cambios, resultado de adecuaciones a realidades históricas, ocurridas en el marco de una democracia abatida constantemente como resultado de continuos golpes de Estado durante la última mitad del siglo veinte. El sistema constitucional vigente hasta la constitución de 1967 y sus dos posteriores reformas, contaba una acentuada influencia del liberalismo francés y en menor grado del constitucionalismo inglés y norteamericano¹, lo cual implicaba su tendencia hacia un determinado modelo económico y social que se hizo insostenible e inviable con relación a la realidad a la que se enfrentaba el país.

Respecto a la etapa de la conformación de la República, García Linera señala que una parte esencial de la historia boliviana se centra en el periodo posterior a la declaración de independencia, sobre todo de los criollos que logra romper con la dependencia política de España. Sin embargo continua reprisando la estructura colonial, tanto en el ámbito social, como en el económico, el cultural y por lo tanto en el estatal.

Esta estructura se caracterizó por la exclusión y la discriminación, las mismas que impedirían la participación de sectores indígenas en la toma de decisiones del Estado. Se desarrolló un colonialismo interno basado en el color de la piel, el idioma y el linaje, convirtiendo la exclusión étnica en el eje articulador de la cohesión estatal².

1.1. Reconocimiento de derechos fundamentales

En el capítulo correspondiente al reconocimiento de derechos fundamentales, la constitución no declaraba ni consagraba muchos derechos individuales ni el

¹ Rivera, José Antonio. (2006) Acceso (18/07/2012). *La reforma constitucional en América Latina*. <http://www.cibera.de/fulltext/1/1650/Articuloid-7.pdf>

² García A.(2007), "Estado Plurinacional" en *La transformación pluralista del Estado de Bolivia*. La Paz. Ed. Muela del Diablo

acceso a ellos. Evidentemente enunciaba la protección del derecho a la vida, a la salud y a la seguridad como derechos esenciales e incuestionables. Sin embargo, derechos como el acceso a la educación estaban protegidos parcialmente, en el caso en particular, el Estado se obligaba a garantizar solo la formación primaria en escuelas públicas.

De la misma forma planteaba la protección de derechos civiles y políticos que se aplicaban de forma estable, pero que marginaba a ciertos sectores históricamente desplazados; asimismo, enunciaba la tutela de derechos sociales y económicos mas no culturales ya que éstos estaban limitados a un reconocimiento insubstancial bajo la premisa de su desarrollo y vigencia de acuerdo a las posibilidades del Estado para efectivizarlos a través de normas especiales y políticas públicas, que vale mencionar nunca se elaboraron o aplicaron.

De esa manera, se dejaba de lado la protección de los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos para incluirlos sutilmente dentro de un sector agropecuario estratégico-productivo respecto a la explotación y parcelación de tierras. Finalmente, se excluía de la constitución el reconocimiento de derechos ambientales ligados a comunidades y sectores vulnerables de la población, así como derechos colectivos de los pueblos (como el derecho a la consulta o a la autodeterminación entre otros). De la misma forma, se evitó circunscribir la soberanía y potestad de Estado como propietario de sus recursos, introduciendo por el contrario, artículos que regulaban la adjudicación de los mismos a terceros para su comercialización y distribución a la población.

2. Constitución boliviana de 2009

La Constitución Política de 2009 es el decimoséptimo texto constitucional en la historia republicana de Bolivia y surge como resultado de dos eventos significativos durante la primera década del siglo veintiuno, la “guerra del agua” en 2000 y la “guerra del gas” en 2003, los cuales serán explicados a continuación.

Dichos eventos surgieron como resultado de la insuficiencia por parte del Estado para garantizar y satisfacer derechos fundamentales que encarecidamente reclamaba la población y por la ineficacia del aparato estatal para promover la explotación estratégica y sostenible de recursos naturales, además de aplicar políticas liberales en detrimento del país para favorecer a empresas transnacionales que se regían bajo un sistema económico constitucionalizado fomentado por el Banco Mundial.

2.1. Guerra del agua

La guerra del agua en Bolivia detonó en abril del año 2000, como resultado de la promulgación de la Ley N° 2066, "Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario", que tuvo por objeto establecer las formas y procedimientos para otorgar concesiones, licencias y registros para la prestación de los servicios y utilización de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario.

El proceso legislativo irregular en la formulación, aprobación y posterior promulgación de la Ley generó una serie de efectos que resultaron contrarios a los derechos e intereses de sectores vulnerables y de la clase media en general. Sin embargo, el gobierno de turno aplicó dicha ley promoviendo a lo largo del país concesiones y privatizaciones de empresas estatales que brindaban servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado.

La ciudad más afectada fue Cochabamba, ya que debido a problemas históricos de abastecimiento de agua potable se vio considerablemente contravenida cuando el consorcio *Bechtel* de capital norteamericano, suspendió el proyecto múltiple "Misicuni" que consistía en la perforación de un túnel de paso de agua de 20 kilómetros a través del área montañosa de la Cordillera Oriental boliviana, la cual dotaría de agua potable y riego a la ciudad de Cochabamba, así como contribuiría en la generación de energía eléctrica para consumo de la misma ciudad. Cabe resaltar que dicha obra se suspendió debido a la recomendación hecha por el

Banco Mundial, que señaló que la inversión era poco rentable. A ello, se sumó la decisión de la nueva empresa privatizada de incrementar tarifas sin mejorar servicios.

Como medida de protesta, se empezaron a organizar huelgas y marchas a lo largo de la ciudad y posteriormente a lo largo del departamento de Cochabamba; cuando la situación se tornó insostenible el gobierno del presidente Hugo Banzer declaró el 8 de abril de ese año estado de sitio.

Después de semanas de machas y protestas enardecidas, el gobierno en un intento de lograr apaciguar los crecientes disturbios, prometió eliminar el aumento de las tarifas del servicio de agua en un plazo corto. Sin embargo, dicha promesa no fue cumplida y las marchas se iniciaron nuevamente y con mayor fuerza.

Frente a ello y a la incapacidad del gobierno de resolver el conflicto, se optó por enviar policías antidisturbios desde la sede de gobierno (La Paz) para reprimir las movilizaciones; los entrenamientos que siguieron se convirtieron en una encarnizada batalla entre manifestantes y la policía, generando una violenta represión que se prolongó durante días, dejando un saldo de más de 175 heridos y 10 fallecidos. Nuevamente la intensidad de la protesta popular forzó al gobierno y a la empresa capitalizada a prometer la suspensión en el aumento de tarifas de forma efectiva.

Esta significativa victoria producto de las feroces protestas, animó a la sociedad en general a exigir la resolución del contrato firmado con *Bechtel* y poner fin al proceso de privatización.

Tras la negativa del gobierno se instauró nuevamente una contundente huelga generalizada en el Departamento de Cochabamba que se radicalizó tras la adhesión de seis de los nueve departamentos que componen a Bolivia. Organizaciones obreras, campesinas, universitarias y gremiales se sumaron a la demanda realizada en contra de las empresas capitalizadas. Inmediatamente el gobierno declaró el estado de sitio por 90 días en Cochabamba suspendiendo

derechos civiles-constitucionales prohibiendo las reuniones de más de cuatro personas, declarando un toque de queda y militarizando las calles. Esta medida acarreó consigo recuerdos de la dictadura que en 1971 encabezó el Gral. Hugo Banzer³ que paradójicamente se encontraba dirigiendo una vez más al país bajo un régimen democrático.

Durante el estado de sitio el ejército ocupó emisoras de radio y televisión local a las cuales como medida de contención les suspendió el suministro de energía eléctrica; de esa forma el contacto con el resto del país quedó anulada por completo. Posteriormente se dio inicio a una persecución de dirigentes cívicos y sindicales a quienes se apresó y recluyó de forma violenta transgrediendo derechos fundamentales.

Simultáneamente en la ciudad de La Paz se iniciaron marchas de protesta encabezadas por la Central Obrera Boliviana⁴, campesinos y universitarios; al mismo tiempo la policía especial antidisturbios que había sido utilizada por el gobierno para reprimir las incesantes marchas, se amotinó ya que consideraba que los reclamos hechos por la población eran legítimos y declararon que su función no era la de agredir a la ciudadanía sino protegerla. El motín se extendió rápidamente a la ciudad de Santa Cruz y a otras poblaciones. Dicho motín fue elogiado por estudiantes universitarios y otras organizaciones sociales y campesinas, finalmente a ellos se sumaron la guardia de seguridad del congreso y la unidad nacional de bomberos.

Además de todos estos problemas, el gobierno también se enfrentaba a otro conflicto en la ciudad de Sucre donde los estudiantes universitarios tanto de

³ Ortiz de Zárate, Roberto. (2011) Biblioteca Digital CIDOB, (acceso 19/07/2012). Hugo Banzer, biografía.
http://www.cidob.org/es/documentacion/biografias_lideres_politicos/america_del_sur/bolivia/hugo_banzer_suarez

⁴ La Central Obrera Boliviana (COB) es la central sindical principal de Bolivia. Representa a aproximadamente 2 millones obreros bolivianos y activistas indígenas. (Acceso 21/07/2012) Sitio web oficial: <http://www.centralobreraboliviana.org/index.php>

universidades públicas como privadas estaban en huelga de hambre como medida en contra de las políticas represoras utilizadas por el gobierno.

Ante la creciente anomia, el gobierno decidió desplegar al ejército para controlar las marchas de protesta y huelgas instauradas prácticamente en todo el país. Como resultado de las confrontaciones murieron varios universitarios y campesinos quienes fueron abatidos con fusiles y municiones de guerra. El reproche de la población en general hacia ese abuso de fuerza generó finalmente una huelga general en el país encabezada por la Central Obrera Boliviana e instituciones campesinas y universitarias.

Ante la imposibilidad de mantener orden y ante una eminente debacle estatal, el presidente Banzer afirmó que *"las protestas eran una conspiración financiada por los narcotraficantes buscando pretextos para sus actividades subversivas"* con el objetivo de *"desestabilizar el gobierno constitucional democráticamente elegido"*⁵. La reacción de los mismos miembros del partido oficialista fue de condena hacia las afirmaciones que había realizado el presidente, declarando: *"lo que estamos presenciando no es un golpe o un acto de sedición... detrás de todos los conflictos que se desataron en los últimos días no están conspiradores ni sediciosos, sino que está el cansancio y la bronca de todo el país"*⁶.

Finalmente ante rumores de un motín en el ejército entre los oficiales de baja graduación contra las desigualdades salariales con los altos mandos y ante la imposibilidad por parte del gobierno para controlar la situación el consorcio *Bechtel* decidió rescindir el contrato con el gobierno poniendo así fin al conflicto. El acuerdo contemplaba entre otros los siguientes puntos:

1. El retorno del servicio de agua potable y alcantarillado a la empresa estatal *Semapa* (residual), la conformación de un directorio transitorio con representación institucional profesional y laboral, para dar continuidad al servicio de agua potable y alcantarillado a la ciudad de Cochabamba, con la responsabilidad en el plazo

⁵ La Razón, Edición impresa 12 de abril de 2000, Pág. 23. La Paz, Bolivia.

⁶ La Razón. Idem.

más breve posible de dar funcionamiento institucional a la empresa operadora, así como de convocar a todas las instituciones vivas y legítimas del departamento a fin de tomar determinaciones relativas a la solución del problema del agua a largo plazo.

2. El compromiso del gobierno para atender heridos, indemnizar a familiares de los fallecidos, iniciar procesos de investigación respecto de los militares que utilizaron munición de guerra frente a población civil y liberar a los líderes sindicales apresados en función al proceso de pacificación social.

Este conflicto puso en evidencia una clara desprotección por parte del Estado respecto al acceso a elementos básicos y sobre los peligros de las tendencias imperantes en ese entonces que propendían hacia la liberalización, desregulación y privatización del suministro del agua, convirtiéndola en un objeto económico.

Quedó claro que como en el caso de otros productos, el libre mercado no ofrece ninguna garantía para el reparto equitativo del agua ni para racionalizar su consumo, sino más bien por el contrario, para generar ganancias a costa de las necesidades fundamentales de seres humanos cuya supervivencia y conservación depende de un elemento tan necesario.

Durante la guerra del agua, se violaron garantías constitucionales inherentes a derechos fundamentales de las personas, particularmente los derechos a la vida, salud, seguridad y a la libertad de expresión. Se observó que pese a las garantías abstractas inscritas dentro de la constitución, el acceso a recursos de primera necesidad y elementales para la vida carecían de regulación o protección por parte del Estado.

2.2. Guerra del gas

El conflicto principalmente surge por la decisión del gobierno presidido por Gonzalo Sánchez de Lozada⁷ de exportar a Estados Unidos y México volúmenes masivos de gas natural y derivados, a través de los puertos internacionales de Chile por medio de un gasoducto que atravesaría mitad del país.

Las principales demandas que originaron el conflicto se fundaban en la no exportación del gas natural hasta que exista una política para abastecer el mercado interno, así como por los precios ínfimos por los cuales se pretendía comercializar estos recursos. Posteriormente se demandó la instauración de una Asamblea Constituyente para crear un nuevo pacto social que incluyera a la población de forma efectiva y se garantizaran de forma amplia derechos y prerrogativas que eran constantemente vulnerados por el mismo Estado y por empresas extranjeras que explotaban recursos y generaban ingresos que no eran tributados en favor del Estado.

La construcción del gaseoducto para la exportación de gas se concibió bajo un posible tratado con Chile ya que ofrecía aparentes ventajas económicas, sin embargo las ganancias que recibiría el Estado boliviano por su producción alcanzaría únicamente al 18% del total de las ganancias, beneficiando exclusivamente a los compradores (México y Estados Unidos) y al puerto de embarque (Chile).

Las protestas crecieron rápidamente ante la decisión por parte del gobierno de efectuar la construcción del gaseoducto y erogar un presupuesto inflado para exportar un recurso que pretendía abastecer al mercado externo antes que al interno; las diferentes marchas y medios de presión fueron dirigidos por

⁷ Gonzalo Sánchez de Lozada, fue presidente de Bolivia durante dos mandatos no consecutivos. En su primer mandato, entre 1993 y 1997, ejecutó reformas estructurales y una privatización cuyos beneficios intentó revertir en perjuicio de la población. En 2002, movimientos indígenas y obreros exigieron la nacionalización de los hidrocarburos y su explotación y comercialización por un puerto internacional en Perú. Las fuerzas armadas reprimieron a estos grupos de forma violenta, concluyendo el conflicto con su renuncia y huida a Estados Unidos en octubre de 2003. En 2005 la justicia boliviana le procesó por el delito de "genocidio".

representantes del campesinado y minería de diferentes regiones del país, destacándose entre los dirigentes indígenas Evo Morales, que fungía como dirigente sindical cocalero del trópico de Cochabamba y Felipe Quispe dirigente campesino del norte paceño.

Ante las emergentes protestas el gobierno elaboró un plan de contención denominado "Plan República", el cual fue elaborado por los departamentos de Inteligencia de las tres ramas de las Fuerzas Armadas como un mecanismo de reacción frente a posibles movilizaciones sociales o de insurgencia armada, que no era necesariamente de conocimiento de la población civil ya que fue clasificada como secreto de Estado.

El 11 de septiembre de 2003, se pone en marcha el Plan República ante las incesantes protestas en comunidades indígenas en el departamento de La Paz, en la ciudad de El Alto y en la sede de gobierno.

En Octubre de 2003 pobladores de la ciudad de El Alto junto a comunarios de pueblos indígenas del altiplano boliviano se reúnen y declaran un paro cívico en la ciudad de El Alto que se extiende hasta la ciudad de La Paz. La sede de gobierno se vio sitiada y los alimentos empezaron a encarecer; el día 13 de octubre, el gobierno decide llevar un convoy con gasolina y víveres para algunas familias de la ciudad de La Paz, durante la movilización militares con armas de guerra abrieron fuego contra un grupo de manifestantes que se encontraban armados con palos y piedras; helicópteros del ejército empezaron a disparar contra los techos de las casas donde se resguardaron los manifestantes. Ese hecho exacerbó los ánimos de los manifestantes y el repudio contra el gobierno se extendió en todo el país.

En el conflicto murieron alrededor de 65 personas y los dirigentes de las organizaciones y comunidades clamaban la renuncia de Sánchez de Lozada, ante ello se sumaron otras organizaciones como la Asamblea Permanente de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo y organizaciones no gubernamentales entre otras, que buscaban la pacificación del país.

Las marchas en contra de Sánchez de Lozada se masificaron en todo el territorio nacional y ante el incesante clima hostil, Gonzalo Sánchez de Lozada decide huir del país el 17 de octubre dejando su renuncia en el congreso.

Cabe resaltar que al mejor estilo de las leyes de indulto promulgadas después de las dictaduras, el presidente sucesor a Sánchez de Lozada, emitió el Decreto Supremo N° 27237⁸ que otorgó amnistía a todos los actores del conflicto de octubre de 2003, liberando de persecución penal a los instigadores de la crisis, entre ellos Evo Morales. Posteriormente, el decreto es enmendado para puntualizar que la amnistía no aplica para los ex miembros del Gobierno, sino sólo para los movimientos sociales.

Posteriormente ante una emergente crisis en contra del gobierno del presidente sucesor de Sánchez de Lozada respecto a la imposibilidad de cumplir con la conformación de una Asamblea Constituyente y decretar la nacionalización de los recursos hidrocarburíferos, éste presenta su renuncia y llama a elecciones anticipadas.

El año 2005, Evo Morales gana las elecciones nacionales con un sólido 54% de los votos a nivel nacional, situación que ocurría por primera vez en la historia de Bolivia y que significaba la desaparición de las alianzas políticas que tanto daño habían causado durante los años noventa.

Finalmente en 2006 se nacionalizan los hidrocarburos y el Estado recobra el 51% de las acciones en todas las empresas petroleras que explotaban hidrocarburos en el país, posteriormente el mismo año, se emite una ley que devuelve al Estado soberanía sobre todos sus recursos naturales, lo cual inicia una etapa de negociaciones con empresas extranjeras para renovar sus contratos de exploración y explotación bajo términos mucho más favorables para el país.

⁸ Gaceta Oficial de Bolivia, Decreto Supremo 27237. Edición Oficial N°: 2534, 2003. (acceso 25/07/2012) <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/page:1243>

Por último el 2 de julio de 2006 se eligieron a 255 representantes nacionales para integrar de la Asamblea Constituyente que se instala el 6 agosto de 2006 para elaborar una nueva constitución inclusiva y de amplias garantías.

2.3. Composición de la asamblea constituyente

De acuerdo al Reglamento General de la Asamblea Constituyente⁹, la misma estuvo compuesta por 255 Constituyentes elegidos tomando en cuenta una equidad en cuanto a género y bajo una premisa de pluralidad, por lo que se contó con una importante cantidad de asambleístas indígenas. Las sesiones se llevaron a cabo en la Ciudad de Sucre.

La Asamblea Constituyente convocada por Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, gozaba de la característica de ser unitaria e indivisible en razón su facultad y obligación de generar una constitución inclusiva y plural. En el artículo primero de su reglamento general expresaba en forma general sus principios y su mandato; el mismo señala lo siguiente: *“La Asamblea Constituyente tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional y tiene como mandato transformar y construir un Nuevo Estado Boliviano. En relación con los poderes constituidos, el Poder Constituyente es la vanguardia del proceso democrático, depositario del mandato social para transformar y construir un Nuevo Estado Boliviano. Por las características del proceso constituyente boliviano, la Asamblea Constituyente no interfiere en el normal funcionamiento de los actuales poderes constituidos, hasta la aprobación del nuevo texto constitucional y el nuevo mapa institucional. Este nuevo texto constitucional será sometido para su aprobación a un Referéndum del pueblo boliviano. Desde el momento de su aprobación se hará efectivo el mandato del nuevo texto constitucional y la construcción del Nuevo Estado Boliviano”*.

Un logro fundamental de la Asamblea Constituyente fue su nivel de participación democrática e inusual a lo largo del proceso de cambios constitucionales. Allí

⁹ Reglamento General de la Asamblea Constituyente, 2006 (acceso 25/07/2012) http://constituyentesoberana.org/3/destacados/cs/261206_1.html

estuvo toda la diversidad cultural del Estado boliviano. *“Fue muy gratificante encontrarse con un nivel de representatividad tan variado... Sería muy difícil volver a transformar a Bolivia por la vía de cambios de la Constitución sin tomar en cuenta estos niveles de participación tan variados, democráticos, plurales y diversos¹⁰”*.

2.3.1. Derechos Humanos

Bajo una visión plural y de reivindicación de sectores ignorados por la antigua constitución y por las normas que la secundaron, la nueva constitución reconoce dentro de su cuerpo legal derechos de diversos grupos sociales independientemente de las naciones y pueblos indígenas. En ese sentido introduce un lenguaje de género que iguala en condiciones y oportunidades a hombres y mujeres.

Como resultado de las trágicas experiencias de las guerras del agua y del gas, la constitución instituye como servicios básicos el agua potable, alcantarillado, el servicio eléctrico, el gas domiciliario y el servicio postal entre otros determinando como responsabilidad del Estado la provisión de estos servicios, es más, se instituye que el acceso al agua y al servicio de agua potable gozan de la calidad de Derechos Humanos, excluyéndolos de cualquier tipo de concesión o enajenación en favor de terceros.

En ese contexto también se prestó particular atención a la íntima relación existente entre comunidades indígenas y medio ambiente, ya que se prioriza y tutela particularmente el impacto negativo de actividades de explotación de recursos naturales tanto respecto a los habitantes de un determinado lugar como a la flora y fauna.

¹⁰ Albó, Xavier (2008). Carmen Beatriz Ruiz, coord.. *La Asamblea Constituyente por dentro*. Revista Boliviana de Ciencias Sociales, La Paz.

En materia de seguridad social, salud, derechos laborales y derechos sindicales el Estado asume para sí la obligación de garantizar acceso a un sistema de salud gratuito y de calidad, al mismo tiempo reconoce el fuero sindical que se había reducido a la mínima expresión mediante las reformas hechas a la anterior constitución.

Se establece de forma clara y concreta la obligación del Estado de garantizar y hacer cumplir los derechos de la niñez y la adolescencia, tutelando áreas como la educación, la unión de la familia y el incentivo a adquirir educación gratuita entre otros. En ese aspecto, se declara obligatoria la educación primaria, secundaria y universitaria debiendo tener la misma un enfoque plural y multicultural, garantizando a toda persona el libre acceso a la educación sin que su condición económica implique una restricción.

2.3.2. Reconocimiento de pueblos indígenas y sus derechos

La nueva constitución establece principalmente una cuota de parlamentarios indígenas, la que se determina por circunscripciones definidas por ley. Se reconoce igualmente un sistema judicial indígena campesino en el mismo nivel jerárquico que la justicia ordinaria; de la misma forma se reorganiza el Tribunal Constitucional para que sea correlativo a la forma plural de administración de justicia, por lo que se instituye al mismo, que cuenta por mandato de la constitución con miembros de los dos sistemas de administración de justicia.

De la misma forma, se garantiza el derecho a la autonomía y al autogobierno indígena, al igual que el reconocimiento oficial de sus entidades territoriales e instituciones. Así como de su propiedad exclusiva respecto a los recursos forestales propios de su comunidad.

Respecto a la autonomía y organización territorial, la constitución establece cuatro niveles de administración descentralizada: departamental, regional (en provincias), municipal y territorios indígena originarios campesinos. Ésta forma de organización

territorial significa además la elección directa de autoridades y el derecho a administrar sus recursos tanto fiscales como naturales.

Sin embargo, pese a estos enormes avances, la constitución como cualquier norma perfectible denota ciertas contradicciones respecto al reconocimiento de pueblos indígenas y su derecho a auto determinarse; así, en materia de administración de justicia se ha tratado de reunir en un solo cuerpo normativo las distintas y particulares formas de administración de justicia que implican 36 naciones originarias que coexisten en espacios geográficos diversos y por ende distintos en sus apreciaciones y formas de interpretación.

CAPITULO II

Marco Normativo

*“Todos los hombres nacen libres e iguales,
mas en todas partes están cargados de cadenas”*

- Jean Jacques Rousseau

Como resultado de la convulsión social que vivió Bolivia durante la primera década de éste siglo y siendo evidente que la estructura misma del Estado debía replantearse desde sus cimientos, se hizo latente la necesidad de modificar los fundamentos sobre los cuales el Estado debía regirse y de igual manera ampliar el espectro de derechos que debía resguardar en razón de la heterogeneidad y diversidad de su población así como de las normas internacionales a las cuales se había adscrito. Por ello en el año 2009, y como fruto de la complicada labor de la Asamblea Constituyente, se promulga una nueva Constitución que rescata disposiciones, principios y lineamientos que reivindican y garantizan un sinnúmero de derechos que carecían de atención por parte del Estado y que se veían vulnerados históricamente.

En lo referente a nuestro tema de estudio, la nueva Constitución reconoce plenamente la existencia del pluralismo jurídico que era modestamente reconocido por la anterior Constitución¹¹ y por algunas normas sustantivas dentro del ordenamiento jurídico boliviano.

¹¹ Constitución Boliviana de 1994, (reformada en 2004) artículo 171. “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 contrarios a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”.

En ese sentido, consideramos necesario analizar el fundamento de dicho reconocimiento así como su estructura y genealogía normativa.

2.1. Justicia indígena en la Constitución

La Constitución establece en el capítulo tercero respecto a los derechos civiles y políticos, que se reconoce a todo boliviano el derecho a la auto identificación cultural (Artículo 21, numeral 1), determinando y advirtiendo la diversidad existente en la población y al mismo tiempo ratificando la existencia de las 36 naciones distintas que se albergan dentro del Estado boliviano.

Dicha prescripción guarda directa correlación con el Artículo 2 de la misma Constitución que dispone: "Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario **campesinos** y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley".

Aquí cabe considerar que al hablar de una existencia pre colonial de naciones y pueblos no se puede incluir a los campesinos dentro de esta categoría, ya que el campesino surge como resultado la migración de indígenas que pierden el vínculo con sus territorios ancestrales, constituyendo comunidades muchas veces multiétnicas en territorios distintos; en ese sentido, consideramos que los campesinos deben reconocerse en el espíritu del artículo señalado dentro del espectro del pluralismo jurídico y de la aplicación de normas que surgen como resultado de asociaciones o federaciones de campesinos que generan reglas, estatutos y cánones para la resolución de conflictos internos y no así de un verdadero sistema jurídico con una tradición o cosmovisión en particular. Queremos hacer esta disquisición ya que conlleva a mayores observaciones respecto a la aplicabilidad de las leyes especiales sobre el tema y a una crítica que realizaremos adelante.

Ahora bien, las características del pluralismo jurídico que establece la Constitución, básicamente están expresadas en los siguientes aspectos; *Igualdad jerárquica* entre la jurisdicción indígena-originaria-campesina, la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas; es decir, todas tienen igual rango o nivel, ninguna se subordina e interfiere en las otras y se respetan las decisiones adoptadas por cada una de ellas (criterio que merece un detallado análisis ya que una interpretación detallada bajo la luz de los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad revela una contradicción al espíritu de dicho reconocimiento y a su correcta aplicación).

De la misma forma, la Constitución cuenta con un enfoque sustancial en *Derechos Humanos* ya que instituye que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, así como a la defensa y garantías instituidas en el texto constitucional (artículo 190)¹².

En el mismo sentido, plasma un ferviente reconocimiento y protección de las *Garantías Jurisdiccionales*, ya que establece que todos los derechos reconocidos en el cuerpo de la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales medios y oportunidades para su resguardo y defensa (artículo 109). Ello guarda estricta correlación con lo establecido en el artículo 119 que determina la *Igualdad de Oportunidades* entre las partes en conflicto al señalar que gozan de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, ya sea por la vía ordinaria o por la indígena-originaria-campesina.

2.1.1. Principios, derechos y deberes

Dentro de la estructura normativa de la Constitución encontramos varios artículos que integran el marco normativo-legislativo que reconoce y formaliza la existencia

¹² Artículo 190. (...) II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

de las naciones y pueblos indígena-originario-campesinos y su respectivo sistema jurídico, así tenemos en primera instancia al artículo 30 que formula un concepto de lo que el Estado reconoce como pueblo indígena originario y campesino. Dicho artículo consta de tres acápites que analizaremos por partes, a saber: “*Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española*”.

En este primer párrafo, encontramos nuevamente el concepto de ‘campesinado’ asociado con una tradición histórica anterior a la colonia en el margen de una cosmovisión. Al respecto, y sumándonos la aclaración realizada líneas arriba, consideramos que lo campesino es un concepto que debería manejarse con cuidado inclusive dentro del ámbito del pluralismo jurídico ya que su sola conceptualización ha conllevado a varios estudiosos a afirmar de que se trata de un sistema de organización complejo y heterogéneo en sus representaciones tanto locales como globales.

En ese sentido Theodor Shanin, define a “lo campesino” como una mixtificación ya que no existe bajo algún sentido inmediato y estrictamente específico dado que en ningún continente, Estado o región donde estas organizaciones humanas reciben ese apelativo existe una unidad o identidad respecto a sus formas, conductas o fines; esto se evidencia en la diferencia que existe en razón al contexto en el que se desarrollan; el autor destaca a modo de ejemplo la diferencia existente entre un campesino de la Borgoña feudal, el Punjab mercantilizado de nuestros días o la zona de Crazira de producción algodonera con fines comerciales; todos son campesinos pero sus prácticas y fines se distancian diametralmente una de la otra¹³.

¹³ Shanin, T. (1990) Definiendo al campesinado: Conceptualizaciones y desconceptualizaciones, pasado y presente en un debate marxista. Madrid. Ed. Revolución.

Dejando de lado la visión clasista de Shanin, consideramos sin duda que “lo campesino” es inextricable, más aún si se apareja a un sistema jurídico; sin embargo dentro de esta aparente nebulosa, el antropólogo Eric Wolf¹⁴ define al campesino sobre la base de su sistema de relaciones con el mundo exterior afirmando que un agricultor rural es campesino cuando mantiene una relación de dependencia respecto al resto de la sociedad (a la que por supuesto se mantiene integrado), no solo en términos económicos, sino también culturales y políticos. Profundiza su definición al establecer que un campesino produce básicamente para su conservación y la de los suyos; al mismo tiempo para mantener asegurada su producción y consumo futuros.

Ahora bien, Wolf no se detiene en el aspecto productivo, sino que llega hasta el aspecto social del campesino señalando que su producción también se destina a mantener sus relaciones sociales de parentesco, religiosas, etc., a las que denomina *fondo ceremonial*. Éstas ciertamente varían de una cultura a otra y las relaciones sociales que generan se hallan atiborradas de elementos simbólicos que complementan sus conductas y su estructura institucional ya que en relación a su producción se ve obligado (moralmente al menos) a cumplir con ciertos compromisos sociales que oficializan su relación tanto con su familia como con la colectividad, consolidando la unidad de la comunidad rural.

Desde ese punto de vista y retomando lo señalado por el artículo 30 de la Constitución, consideramos que el reconocimiento que se hace debería diferenciarse en el sentido en el que, por sus características, los campesinos comparten mas aspectos en común con colectividades como los pueblos afrobolivianos¹⁵ o incluso con comunidades menonitas asentadas a lo largo del país, que con los pueblos y naciones indígena-originarias bajo la óptica de la pre

¹⁴ Wolf E. (1976) *El campesinado y sus problemas*. Barcelona. Ed. Anagrama.

¹⁵ Cabe resaltar que la Constitución reconoce al pueblo afroboliviano y le atribuye los mismos derechos y garantías que a los pueblos indígena-originarios (Arts. 3, 32 y 100 entre los más importantes).

existencia colonial, cosmovisión y tradición historia a la que alude el artículo citado¹⁶.

Notamos que existe una intención en la redacción del artículo aludido de homogenizar a las diversas comunidades y naciones con la finalidad de normarlas, reglarlas y subsiguientemente positivar su accionar. Se hace un reconocimiento de la diversidad para condensarla y codificarla bajo la lógica organizacional del Estado; situación que se hace mucho más evidente con posteriores disposiciones en la Constitución y las posteriores normas promulgadas bajo mandato de la Constitución. Sin embargo, no debemos adelantarnos ya que ello será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

Habiendo hecho la disquisición anterior, seguimos con el desarrollo del artículo 30 que en su párrafo segundo expresa lo siguiente: *“II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:*

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.

¹⁶ Como referencia adicional, cabe señalar que la organización social de los pueblos afrobolivianos, se basa en la unidad familiar y muestra lazos muy fuertes entre sus miembros por lo que su organización étnica suele ser hermética. Al interior de la misma mantienen vivos rasgos de su cultura de origen. La organización política de las comunidades afrobolivianas se conforma bajo una Mesa Directiva que las agrupa bajo la forma de un sindicato, encabezada por un secretario general, seguido por 5 o 7 miembros, los mismos que son elegidos anualmente. Rivero W. (acceso 20/10/12) *Pueblos indígenas de Bolivia*. [Documento WWW]. Disponible: <http://www.amazonia.bo/afro1.php>

7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.”

Respecto al párrafo citado cabe hacer algunas observaciones puntuales que hacen merito a nuestro tema de estudio. El numeral cuatro hace referencia a dos

términos que se deben interpretar con una visión mucho más histórica que jurídica. En este sentido la *libre determinación* hace alusión no solo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (que analizaremos adelante), sino que guarda relación con la tradición oral e histórica milenaria de las naciones y pueblos indígenas, a la imposición del régimen colonial y a la subsiguiente instauración de la república; de la misma manera cuando se habla de *territorialidad* se evoca al despojo de las tierras originarias que se usurparon bajo los modelos coloniales de la encomienda y el mitaje (que era una forma de distribución de trabajo en el incario que fue reformado y utilizado como forma de explotación durante la colonia), y que pese a las reformas agrarias que se hicieron tanto después de la independencia de la república como durante la vigencia de las constituciones anteriores a la de 2009 los derechos sobre las tierras originarias eran mínimas e ineficaces. Todo lo expresado se refleja de forma muy clara en el preámbulo de la Constitución, de la cual traemos a colación el siguiente fragmento: “*En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos (?)*”

Finalmente el párrafo tercero introduce una disposición enunciativa que pese a la especificidad de su contenido, incluiría a otros pueblos identificados en el cuerpo de la Constitución (pueblos afrobolivianos por ejemplo. Artículos 3, 32 y 100) “*III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.*”

Dentro de los principios que la Constitución reconoce, encontramos igualmente el artículo 31 que enuncia la obligación y responsabilidad por parte del Estado de proteger y garantizar la pacífica convivencia de naciones indígenas o pueblos no

contactados que se encuentren en peligro de desaparición. Ello en concordancia con el derecho a la autodeterminación. *“Artículo 31. I. Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva. II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.”*

Respecto a la administración de justicia la Constitución hace énfasis en dos aspectos fundamentales. El primero relativo al reconocimiento de la competencia de los diferentes sistemas de administración de justicia que los pueblos indígena-origenarios practiquen, estableciendo que la misma se edifica en el respeto del derecho a la vida como eje fundamental. Un segundo aspecto que la Constitución pondera es la articulación de principios procesales y ámbitos de vigencia para la aplicación de la justicia indígena-origenaria, así como la integración de órganos estatales en aspectos judiciales o procedimentales para su efectiva realización. En ese entendido, traemos a colación los siguientes artículos: *“Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.”*

“Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. *Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.*

3. *Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.*” Aquí cabe hacer una breve aclaración, ya que los ámbitos de vigencia se deben interpretar y aplicar a la luz del Convenio 169 de la OIT (del cual haremos un breve análisis posteriormente), en especial en lo referente al aspecto personal y territorial ya que la ley de deslinde jurisdiccional promulgada por mandato del artículo referido, es algo ambigua en este sentido.

“Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.” Cabe aclarar que no se menciona la función del Tribunal Constitucional Plurinacional respecto a las posibles consultas sobre la aplicación de normas correspondientes a la justicia ordinaria dentro de un proceso en sede originaria-campesina y de su carácter vinculatorio¹⁷. Ello nos lleva a cuestionarnos sobre la intención de un artículo que proyecta un escenario en el que una comunidad no sepa cómo resolver un caso en concreto (más aún si tomamos en cuenta los ámbitos de aplicación personal y material), cuando por sus mismas tradiciones y costumbres lo vienen haciendo durante siglos.

¹⁷ Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (...) conocer y resolver: (...) 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.

2.1.2. Fuentes jurídicas en instrumentos internacionales

A continuación citamos los instrumentos internacionales y las previsiones particulares en cada uno de ellos que conforman parte del bloque de constitucionalidad expresado en el artículo 410, parágrafo II de la Constitución¹⁸.

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Ley Nº 2119, 11 de septiembre de 2000¹⁹)

Artículo relevante:

“Artículo 1, num. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

b) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Ley No. 1257 de 11 de julio de 1991²⁰)

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales determina que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales (artículo 3) y asegurar que existan instituciones y mecanismos apropiados con ese propósito (artículo 33).

¹⁸ Artículo 410. (...) II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

¹⁹ Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (2000). (acceso: 24/10/12) *Repositorio Legislativo. Documento* http://www.vicepresidencia.gob.bo/Inicio/tabid/36/ctl/wsqverbusqueda/mid/435/Default.aspx?id_base=2&id_busca=2119 *Disponible: WWW.*

²⁰ Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (2000). (acceso: 24/10/12) *Repositorio Legislativo. Documento* http://www.vicepresidencia.gob.bo/Inicio/tabid/36/ctl/wsqverbusqueda/mid/435/Default.aspx?id_base=2&id_busca=1257 *Disponible: WWW.*

Lo interesante es que el convenio no identifica quiénes son los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir las cualidades que los pueblos que se amparan bajo esta norma y que son beneficiarios de ella.

Un criterio esencial para la categorización de los pueblos indígenas y tribales es la auto identificación, a ello se suman otros criterios que diferencian conceptualmente unos de otros, a saber:

- Elementos de los pueblos tribales:
 - o Estilos tradicionales de vida;
 - o Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional; (métodos de subsistencia, idioma, costumbres, etc.)
 - o Organización social, costumbres y leyes tradicionales propias.

- Elementos de los pueblos indígenas:
 - o Estilos tradicionales de vida;
 - o Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional,
 - o Organización social e instituciones jurídico-políticas propias;
 - o Vivir en continuidad histórica en un área determinada o mucho antes de ser contactados por agentes externos.

De lo señalado, debe distinguirse que bajo conceptos similares, los pueblos indígenas y tribales comparten ciertas características que son rescatadas en la Constitución; sin embargo, la misma falla al asimilar a todas bajo un mismo parámetro ya que como lo determina el convenio, la característica de una continuidad histórica anterior a un contacto hecho por agentes externos (colonización), origina un criterio de distinción esencial para aplicarse, por ejemplo, respecto a la administración de justicia y a las practicas jurídicas de puedan

devenir de usos y costumbres en poblaciones indígenas que a las correspondientes a pueblos tribales que propenden a ser hibridaciones.

c) Principios básicos del convenio

Al reconocer que los pueblos indígenas y tribales son proclives a sufrir discriminación en muchas áreas, el primer principio general y fundamental del convenio núm. 169 es la *no discriminación*. El artículo 3 del convenio establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Por su parte, el artículo 4 también garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía. Otro principio del convenio atañe a la aplicación de todas sus disposiciones a las mujeres y los hombres de esos pueblos sin discriminación (artículo 3). El artículo 20 establece que se deberá evitar la discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas; situación que se ve corroborada y revalidada en la Constitución.

Por otro lado, el convenio hace énfasis en *la diferencia existente* entre los modos de vida, costumbres y tradiciones; instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social de las *comunidades indígenas y tribales a las de la población dominante*. Advirtiendo que reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta por el Estado a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos.

De la misma manera, la *consulta previa y la participación* constituye la piedra angular del convenio núm. 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones. El convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.

Los principios de consulta y participación en el convenio núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.

Ello se encuentra ligado también a lo señalado por el artículo 7 del convenio que establece que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.

Esto ha sido interpretado por los órganos de supervisión de la OIT como una consideración fundamental cuando se realizan consultas con los pueblos indígenas y más aun en la implementación de reformas estatales que regulan su articulación con arreglo a normas y leyes ordinarias.

d) Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (Ley N° 3760 de 7 de noviembre de 2007)

Respecto a este instrumento internacional, cabe resaltar que fue aprobado en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007; periodo en el que la Asamblea Constituyente se encontraba elaborando la nueva Constitución boliviana, ello fue un factor importante en la ratificación de dicho instrumento por el Congreso, ya que a diferencia de los otros instrumentos internacionales, se ratificó dos meses después de su aprobación.

Aunque una declaración de la asamblea general no es un instrumento coercitivo del derecho internacional, sí representa el desarrollo internacional de las normas legales y refleja el compromiso de la Organización de Naciones Unidas y los Estados miembros.

La Declaración precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, especialmente sus derechos a sus tierras, bienes, recursos vitales, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico.

Enfatiza en el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen y su derecho a mantener su diversidad y a propender por su propia visión económica y social.

A continuación, señalamos los artículos más importantes de dicha declaración:

“Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

“Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”

“Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”

2.2. Leyes Orgánicas promulgadas por mandato de la Constitución

A continuación citamos concisamente las leyes que fueron promulgadas a raíz de las innovaciones hechas por la Constitución en materia de administración de justicia indígena-originaria-campesina así como un breve análisis que servirá como fundamento para el desarrollo del capítulo siguiente.

2.2.1. Ley de Deslinde Jurisdiccional

La Ley de deslinde jurisdiccional se promulga en razón al mandato constitucional expresado en el artículo 191, parágrafo II numeral 2. El objeto de dicha ley es el de regular los ámbitos de vigencia, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, al mismo tiempo, determina los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones bajo una lógica de reconocimiento al pluralismo jurídico existente en Bolivia.

Dentro de su estructura normativa, dicha ley desarrolla en su primera parte principios tanto constitucionales como orgánicamente jerárquicos respecto a fundamentos jurídicos y de orden burocrático respecto a la administración de justicia; siendo especialmente relevante la dinámica entre la justicia ordinaria y la justicia indígena originaria campesina. En este contexto, se infiere de la redacción de la ley, que se deja de hablar de ámbitos de justicia para hablar de jurisdicciones y de las competencias propias de cada una, consecuentemente se enumeran una serie de principios que rigen a la ley en cuestión.

Entre los artículos con mayor relevancia citamos los siguientes:

Artículo 4. (Principios).

a) Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional. *El ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado*

Plurinacional;

b) Relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario

campesinos y la Madre Tierra. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, o utilizado y asumen las responsabilidades para con las generaciones venideras. En el marco de sus cosmovisiones, las naciones y pueblos indígena originario campesinos mantienen una relación armoniosa, de complementariedad y respeto con la Madre Tierra;

c) Diversidad cultural. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales;

d) Interpretación intercultural. Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional;

e) Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía;

f) Complementariedad. Implica la concurrencia de esfuerzos e iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente;

g) Independencia. Ninguna autoridad de una jurisdicción podrá tener injerencia sobre otra;

h) Equidad e igualdad de género. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan, promueven, protegen y garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a la justicia, el acceso a cargos o funciones, en la toma de decisiones, en el desarrollo del procedimiento de juzgamiento y la aplicación de sanciones;

***i) Igualdad de oportunidades.** Todas las jurisdicciones garantizan que las niñas, niños y adolescentes, jóvenes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, tengan las mismas posibilidades de acceder al ejercicio de sus derechos sociales, económicos, civiles y políticos.*

Artículo 5. (RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES).

I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.

II. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Artículo 6. (PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE). *En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.*

En su segunda parte, la ley determina ámbitos de vigencia material, personal y territorial aplicables para la jurisdicción indígena, así como las materias sobre las cuales carece de competencia. Al mismo tiempo, establece la obligatoriedad de

las decisiones que provienen de fallos de las autoridades de la jurisdicción indígena-originaria-campesina así como la oponibilidad de las mismas frente a las otras jurisdicciones y a terceros.

Artículo 7. (JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA). *Es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley.*

Artículo 9. (ÁMBITO DE VIGENCIA PERSONAL). *Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.*

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. *Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.*

Artículo 11. (ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL). *El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley.*

Después de analizar éstos artículos, observamos una serie de irregularidades y contradicciones ya que la ley limita el ámbito de acción de la administración de justicia indígena al otorgarle solo la potestad de ejercer su competencia en problemas tradicionales de las comunidades, dejando para las otras jurisdicciones temas puntuales, como los agrarios, mineros, etc.

Aquí cabe señalar que cada sistema jurídico tiene su modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, por lo que

corresponde al mismo definir qué hechos sociales le parecen relevantes como para ameritar su intervención; en ese sentido, nos parece relevante el concepto vertido por Raquel Yrigoyen Fajardo, quien determina que los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos²¹; criterio con el que concordamos ya que ninguna comunidad o pueblo indígena resolvería un caso relativo a una materia en la que no tiene conocimiento y que por sus características esta fuera de los temas que tradicionalmente resuelven estas comunidades en aplicación de sus usos y costumbres.

En ese sentido se pronuncia la citada autora que admite que una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT que forma parte del bloque de constitucionalidad de la Constitución. En todo caso, es la propia jurisdicción indígena la que debería, si así lo estimara conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los indígenas sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley; situación que sustentaría nuestra posición sobre la finalidad de extinguir a estas culturas al equipararlas e unificarlas bajo la lógica de un reconocimiento indiferenciado. Más aun si consideramos la existencia de instrumentos jurídicos internacionales que hacen énfasis en esas disquisiciones y

²¹ Yrigoyen R. (2004) *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. EL OTRO DERECHO, número 30. Bogotá.

que tienen una importancia significativa al formar parte fundamental de la Constitución y los principios que ésta pondera.

Creemos que conflicto además reside en la potestad que otorga la Constitución a las comunidades indígenas, originarias y campesinas para manifestarse sobre temas tanto agrarios, mineros, ambientales y cuantos otros pudieran afectarles bajo la modalidad de la consulta previa. Evidentemente las decisiones que se toman en comunidades indígenas siguen el mismo procedimiento que se toman al emitir un fallo respecto a un tema en particular, ya que la forma de llevar a cabo este tipo de decisiones son realizadas siempre bajo la modalidad de un cabildo o asamblea en la que delibera la comunidad en su conjunto y determina objetivos a través de sus autoridades. En ese sentido al limitar la toma de determinaciones en temas distintos a los señalados en la ley resultan anticonstitucionales.

En su parte final, ésta ley dispone la obligación por parte de las otras jurisdicciones de cooperar y coordinar acciones conjuntas para la efectiva materialización y viabilización de los fallos y decisiones de la justicia indígena; observando en todo momento la aplicación y respeto de los usos y costumbres propios de la jurisdicción indígena.

Sin embargo, se determinan mecanismos que por su naturaleza requieren de antecedentes documentales, ya que para la ejecución de un fallo sustanciado en sede jurisdiccional indígena por una repartición del Estado o para la homologación por parte de alguna de las otras jurisdicciones es necesario un antecedente registrado de forma fidedigna.

En este sentido la justicia indígena se sustenta bajo un procedimiento oral en el que por su naturaleza consuetudinaria no se elevan registros, actas o minutas de

ningún tipo. Pese a que la ley reconoce formas de coordinación tanto oral como escrita, resulta incuestionable la lógica burocrática propia del aparato estatal que requiere de fórmulas sacralizadas para funcionar. Por lo que anula la característica más importante y relevante de la justicia indígena, la celeridad.

Finalmente respecto a la oponibilidad de los fallos, la ley determina que toda decisión emitida por una autoridad indígena, con calidad de cosa juzgada (la ley no la denomina de esa forma, pero consideramos que al causar Estado, goza ciertamente con la calidad de cosa juzgada) es irrevisable por cualquier órgano del Estado y es de cumplimiento inmediato.

Al respecto, consideramos que existe una doble contradicción en este enunciado, ya que como derecho (garantizado por la Constitución) y principio procesal, la segunda instancia está garantizada desde todo punto de vista; ello es ratificado por la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional que establece dentro de sus funciones la de resolver conflictos competenciales, de constitucionalidad así como de acciones de tutela, los cuales pueden surgir como resultado de la vulneración de algún derecho o garantía constitucional por parte de algún operador de la Justicia Originaria; la colisión sucedería al momento en el que algún miembro de una comunidad indígena-originaria o campesina decida interponer alguna de las acciones de tutela citadas, ya que cualquiera de ellas puede ser activada por cualquier ciudadano independientemente de su origen u auto identificación étnico-racial y cultural; en este sentido la contracción generada por la ley es evidente y es objeto de un análisis detallado en el capítulo siguiente.

2.2.2. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

La ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, fue promulgada por mandato de la disposición transitoria segunda de la Constitución. Dentro de su cuerpo dispositivo los artículos relacionados a nuestro tema de estudio son los siguientes:

Artículo 32. *(Sala Especializada). Una de las salas del Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá adicional y exclusivamente las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto.*

Artículo 137. *(Objeto). Las autoridades indígena originario campesinas podrán elevar en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional la aplicación de sus normas a un caso concreto, para que éste determine su compatibilidad con la Constitución Política del Estado.*

2.3. Normas Jurídicas anteriores a la Constitución de 2009

a) Código de Procedimiento Penal

Artículo 28º.- *(Justicia comunitaria). 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.*

Artículo 391º.- *(Diversidad cultural). Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y*

se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas

ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

1. El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate;

2. Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate.

De acuerdo a las precisiones de esta norma adjetiva, operan dos principios esenciales a saber; por una parte no se puede condenar a una persona que no se ha podido manejar de forma distinta por tener tales hechos como aceptables dentro de su cultura (pese a que formalmente la ignorancia de la ley no imputa la ausencia de la sanción correspondiente). En segundo lugar, cuando se trata de hechos que son valorados culturalmente de modo distinto que al que hegemoniza el control operativo de la administración de justicia central, la igualdad respecto a la dignidad de una, frente a la otra no justificaría que una orientación cultural criminalice una práctica que es aceptada por otro pueblo. Por ello lo determinado en los artículos señalados, concuerda con lo establecido en los artículos 9 inciso. 2; 10 y 12 Convenio 169 de la OIT.

b) Código Penal

Artículo 40.- *(Atenuantes Generales).- Podrá también atenuarse la pena:*

1. Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por el ascendiente de una persona a la que deba obediencia o de la cual dependa. 2. Cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio. 3. Cuando ha demostrado su arrepentimiento mediante actos y especialmente reparando los

daños, en la medida en que le ha sido posible. 4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley.

Pese a la limitada visión y redacción sobre la interacción intercultural de la previsión del numeral cuarto del citado artículo, (que modificó al código penal promulgado en 1975, incluyendo las previsiones y disposiciones del Convenio 169 de la OIT el año 1995), se colige que se hace un reconocimiento superficial a la calidad de los pueblos indígenas; aun cuando ésta resulta ser discriminadora respecto a la estigmatización del 'indio' ignorante.

c) Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 2175 de 6 de febrero de 2001

***Artículo 17.** El Ministerio Público deberá prestar la colaboración necesaria a las autoridades naturales de las comunidades originarias, indígenas y campesinas, que así lo requieran, a fin de llevar a cabo las diligencias solicitadas.*

Lo establecido en el artículo anterior puede considerarse como el germen que determina la interrelación entre el órgano judicial y las resoluciones emanadas por parte de la administración de justicia indígena que posteriormente sería recogida y ampliada por la Constitución.

En este entendido, debemos analizar las estructuras propias del multiculturalismo y el pluralismo jurídico que la Constitución enuncia teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos que la sustentan, ya que como veremos en el capítulo siguiente, resulta muy fácil caer en extremos nada saludables para el reconocimiento de los sistemas de administración de justicia que conviven dentro del Estado.

CAPITULO III

Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia

*“Nuestra historia es una historia viva, que ha palpitado,
resistido y sobrevivido siglos de sacrificios” -Rigoberta*

Menchú

Después de haber examinado concisamente el contexto histórico y los instrumentos jurídicos sobre los cuales se cimenta la Constitución de 2009, debemos hacer un análisis sobre la influencia que la misma ha tenido respecto al reconocimiento de la pluralidad jurídica existente en el país y sus consecuencias en la administración de justicia, ya que como mencionamos en el capítulo anterior, se promulgaron normas que por mandato constitucional debían regular los alcances y articulación de la denominada justicia indígena-originaria-campesina. En ese sentido, el capítulo siguiente se enfoca en los alcances del reconocimiento hecho por la Constitución, el dilema de la pluralidad jurídica y el riesgo de la asimilación de un sistema jurisdiccional sobre otro, así como los parámetros que la ley de deslinde jurisdiccional debería observar y los conflictos que se generan respecto a una visión estatal centralizadora que reconoce de la diversidad para homogenizar y adscribir toda esa pluralidad de prácticas jurídicas dentro de una visión monista y positivadora.

3.1. Antecedentes de lo plurinacional.

Para entrar a un estudio de lo que implica el reconocimiento de la diversidad existente en Bolivia, cabe aclarar en primera instancia los sucesos que originaron la concepción de la plurinacionalidad y su posterior desarrollo como fuente y

objetivo principal del nuevo Estado. En ese sentido, Xavier Albó²² nos habla de la existencia de dos antecedentes, uno en la región de los Andes y otro en la Amazonía.

Así, el antecedente andino se fundaba en el despertar del movimiento “katarista”²³, iniciado por ciudadanos aymaras tanto rurales como urbanos desde fines de la década de los sesentas; cabe aclarar que ya entonces sus publicaciones y proclamaciones hablaban de un Estado plurinacional sobre el cual no detallaban con precisión elementos ni características pero lo que sí tenían claro era que el monopolio estatal y monocultural del término “nación” por parte del Estado era inaceptable para ellos.

El antecedente amazónico más cercano corresponde a la Primera Marcha de los Pueblos Indígenas por el “*Territorio y la Dignidad*” realizada en el año de 1990, el cual se realizó desde el departamento del Beni (en pleno centro de la amazonia boliviana), hasta la sede de gobierno en la ciudad de La Paz. El objetivo de dicha marcha consistía básicamente en expresar el rechazo de las comunidades indígenas amazónicas a la penetración de concesiones madereras en su territorio; proceso que fue iniciado bajo las reformas de carácter liberal durante los primeros años de los gobiernos democráticos influenciados bajo las formulas que en ese entonces recomendaban entidades internacionales como el Banco Mundial.

Ante el temor que una confrontación con esos grupos indígenas significara malos indicadores para con los financiadores internaciones del Estado, el gobierno de turno reconoció a los pueblos amazónicos y por ende a todos los pueblos originarios, el derecho a sus territorios, la intangibilidad de los mismos y la

²² Albó, Xavier. (1999) "*Etnias y pueblos originarios*". Harvard Club de Bolivia, La Paz.

²³ El katarismo se apoyaba plenamente en la organización sindical generalizada desde 1953, lo que le daba una convocatoria mayor que la de otras iniciativas de la época. Sin embargo la gran innovación fue que los kataristas irrumpieron con una nueva ideología étnica, expresada no sólo con un nombre que evocaba a la resistencia sino también con una bandera propia la “wiphala” y con una marcada orientación a la revalorización de las autoridades tradicionales. El surgimiento del movimiento katarista surge a raíz de los cambios estructurales iniciados con la reforma agraria de 1953, y el rechazo rotundo a los intentos uniformadores de aquel proyecto.

protección que el Estado se comprometía a otorgar, creando por primera vez los “territorios Indígenas” con carácter de intangibilidad e inalienabilidad.

No obstante, las practicas depredadoras y de marginación hacia los pueblos indígenas y originarios se mantuvieron vigentes cambiando solamente el discurso político bajo una óptica de inclusión que pretendía darle un rostro más humano al modelo liberal vigente desde el retorno de la democracia.

Dentro de ese nuevo perfil inclusivo que pretendía adoptar el Estado, se lograron abrir brechas para reconocer normativamente el entonces llamado “derecho consuetudinario” o “justicia indígena”. Ello significó el inicio de una serie de procesos que generó una consciencia nueva de la realidad plural y diversa al que el Estado debía adecuarse.

3.1.1. Plurinacionalidad y sistemas jurídicos.

Respecto a la preexistencia de sistemas jurídicos en Bolivia, es necesario señalar que existen tantos sistemas como naciones y pueblos indígenas habitan el territorio boliviano, (la Constitución reconoce a 36 naciones distintas en su artículo 5), por lo que en mayor medida éstos se remontan hasta antes del periodo colonial; el más extendido fue el sistema juridico del *Tawantinsuyo andino* que se expandió desde el sur de Colombia hasta el norte de Chile²⁴. De la misma manera, en los llanos y selvas bolivianas también existieron otros sistemas jurídicos menos desarrollados y extendidos que el primero.

Durante la colonia, el gobierno “Real” impuso sus leyes (cuyo contenido principalmente se encuentra en las Leyes de Indias), y su propio sistema jurídico a los pueblos indígenas, sin embargo también reconoció parcialmente a las autoridades, normas y procedimientos de éstos pueblos, para resolver conflictos al interior de sus comunidades. Esta primigenia identificación se constituye en el motivo principal por el cual nos atrevemos a afirmar que a partir de la colonia conviven en territorio boliviano varios sistemas jurídicos reconocidos parcialmente

²⁴ Albó, Xavier; Barrios Suvelza, Franz. (2006) “*Por una Bolivia Plurinacional*”, PNUD. La Paz.

en razón a la diversidad de naciones y pueblos indígenas y originarios subordinados al sistema jurídico del gobierno colonial.

Con la independencia, el Estado republicano bajo el principio de igualdad jurídica y el paradigma del “Estado-nación” trató de asimilar a los indígenas dentro de un único Estado, una sola cultura y un solo derecho nacional ignorando las diferencias étnicas y culturales y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Sin embargo, pese a las condiciones adversas y la clandestinidad a la que fue sometido el sistema jurídico de los pueblos indígenas durante gran parte de la historia republicana, éste no sólo mantuvo su vigencia sino que ante la ausencia del Estado y el Poder Judicial en área rural llegó a fortalecerse y a convertirse en el foco principal de un movimiento que luchaba por la reivindicación de la cultura y practicas originarias²⁵.

Posteriormente llegamos a las reformas constitucionales del año 1994 donde el Estado boliviano cambia su perspectiva y se concibe a sí mismo como multiétnico y pluricultural, garantizando el derecho de las comunidades indígenas y campesinas a administrar su propio sistema jurídico, criterio que fue magnificado en la Constitución de 2009.

3.1.2. Pluralismo jurídico y el concepto de Estado-Nación.

Al llegar a suelo americano, Hernán Cortés quemó sus naves, pero no su concepción del derecho; la victoria militar de Cortés sobre los pueblos originarios de América significó, la subordinación de las concepciones del derecho de éstos²⁶. Los insurgentes-teólogos y los juristas-laicos europeos convirtieron la victoria militar sobre el colonizador español en una derrota jurídica para los pueblos originarios del continente. Esto último se llevó a cabo, al adoptarse la concepción

²⁵ Albarracín, Waldo. (2008) “*Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas en Bolivia*”. Ed. Canasta de Fondos. La Paz.

²⁶ Gonzales, Jorge. (1997) “*Una Filosofía del Derecho Indígena: Desde una historia presente de las Mentalidades Jurídicas*”. Universidad Autónoma Nacional de México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Numero 89. México.

del derecho del antiguo régimen, negando con ello, la libre existencia o coexistencia en un mismo territorio de concepciones del derecho.

El largo proceso de centralización política de los Estados europeos, (y la herencia de ello en nuestros países), la articulación espacial a través del mercado y la creación de pautas de homogeneización cultural (idioma, instrucción formal, leyes, etc.) se concretó durante el siglo XIX con la conformación de los Estado-nación europeos; dicho proceso se introdujo arbitrariamente en una realidad completamente distinta a la europea, ignorando la diversidad existente en nuestros países.

Ahora bien, cabe señalar que el concepto de Estado-Nación, teóricamente se funda en la legitimidad del Estado como una organización jurídico-política que identifica dentro de sí un solo pueblo, con una sola identidad y una sola forma de regulación; ello inevitablemente viene aparejado con una corriente arraigada en la estructura de la sociedad moderna, la cual se rige bajo un criterio monista del derecho que paralelamente identifica al Estado con un sistema jurídico-legal único, siendo el primero fuente absoluta del segundo. En definitiva desde la perspectiva del monismo jurídico sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado.

Esto nos daría a entender que el Estado-Nación moderno y evolucionado, se funda en la "igualdad" de sus habitantes siendo todos similares; sin embargo se hegemonizó la idea de nación bajo las características del grupo dominante, oficializando una sola cultura, una identidad, un idioma y un solo sistema jurídico, por lo que la existencia de un sistema normativo único dentro del Estado se legitima bajo la premisa de que el mismo representa a un pueblo absolutamente homogéneo. Al respecto, García Linera sostiene que *"el empleo de la igualdad se utilizaba para reproducir desigualdades, se habla de la igualdad del voto universal, pero para encubrir un desigual reconocimiento de culturas y*

prácticas organizativas políticas ya que la liberal representativa era la única legítima"²⁷

En el mismo sentido, Tapia, argumenta que el Pluralismo liberal sostenía que la tolerancia en el marco del multiculturalismo consistía en permitir que otros tengan otras creencias, otra cultura, pero sin renunciar a la centralidad y superioridad de las propias ideas e instituciones sociales. La crítica se orienta en el sentido en el que este tipo de tolerancia es el que ha mantenido al pluralismo débil, pues las diferencias han sido toleradas como categorías propias de las minorías.

Ahora bien, frente a esta recalcitrante visión homogeneizadora, se hicieron necesarias reformas estructurales e integrales para dar paso a una visión plural de la realidad del Estado y de su rol como ente protector y garantista en el marco de los compromisos asumidos al ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las posiciones que defendían un solo sistema jurídico que proviniese únicamente del Estado o de los mecanismos autorizados por él y que no reconocían otras formas distintas de administración de justicia fueron siendo superadas por su evidente anacronismo; a ello se sumó la ratificación de diversos instrumentos como el Convenio 169 de la O.I.T que empezaban a dar cuenta de una realidad distinta y diversa que impulsó en gran medida la lucha de los pueblos por el derecho a mantener incólumes sus tradiciones, costumbres y sistemas de administración de justicia.

Sin embargo para poder llegar a un verdadero pluralismo jurídico, existen cuestiones que articulan al modelo de Estado actual que deben analizarse y superarse, entre ellas Aníbal Quijano señala que el actual patrón de poder mundial consiste en la articulación entre otros de: 1. La colonialidad del poder, esto es la idea de "raza" como fundamento del patrón universal de clasificación social básica y de dominación social; (W) 2. El Estado como forma central universal de control de la autoridad colectiva y el moderno Estado-nación como su variante

²⁷ García Linera, Álvaro. (2005) *Estado multinacional. Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indias*. La Paz, Ed. Muela del Diablo.

hegemónica y 3. El eurocentrismo como forma preeminente de control de la subjetividad e intersubjetividad, en particular en el modo de producir conocimiento²⁸ (y normas jurídicas). Evidentemente surgen ante estos factores respuestas que nos acercan más a una visión plural del Estado, ya que advertimos que existe más de una nación, y de hecho más de un sistema jurídico-político dentro de las fronteras de un mismo país (así sucede prácticamente en toda la región y primordialmente en Bolivia); de la misma manera queda claro que la imposición de una sola forma de administración de justicia sin considerar las formas y medios propios de resolución de conflictos de las diferentes naciones responde a un criterio monista que históricamente ha sido incapaz de responder satisfactoriamente a las demandas de pueblos enteros que luchan por su reconocimiento. Finalmente creemos que el objeto del reconocimiento hecho por el Estado bajo estas condiciones, persigue la finalidad de introducir a toda esta población diversa dentro de una sola categoría para encasillarla y extinguirla.

Como respuesta a ello, Bolivia ha introducido en la reforma constitucional de 1994 y de forma detallada y progresiva en la nueva Constitución de 2009 el discurso del multiculturalismo y la pluralidad, que ha sustituido en gran medida al argumento homogeneizador del Estado “Nación”, llegando a un reconocimiento multicultural de las diversas naciones existentes, estableciendo un núcleo común sobre el cual se instauraron criterios de equivalencia y autonomía, determinando un horizonte en el que el Estado reconoce y absorbe muchas prácticas emergentes y formas de organización social.

Esta práctica forma parte de la experiencia democrática vivida en el país que introduce una revolución cultural respecto al replanteo de valores, conductas e instituciones buscando una meta en común y teniendo como uno de sus elementos fundamentales la interacción de instituciones tanto estatales como originarias. Ello sin embargo corre el riesgo de desvanecerse en lo que respecta al

²⁸ Quijano, Anibal. (2000). *“Colonialidad del Poder, Globalización y Democracia. Sociedad y Política”* Ediciones Lima. Perú

reconocimiento y regulación de la administración de justicia indígena-originaria, ya que a través de leyes que se fundan bajo un espíritu conservador, se pone en riesgo la concreción de un verdadero pluralismo jurídico ya que al positivizar conductas, costumbres y saberes dentro de la hermenéutica burocrática y centralista que prevalece en algunos órganos estatales, se recae en aquel reconocimiento homogeneizador que caracterizaba a los gobiernos liberales.

3.2. Reconocimiento del pluralismo: El peligro de la asimilación.

Para lograr la meta del reconocimiento pleno de la diversidad existente en los pueblos que forman parte del Estado boliviano y al pluralismo arraigado en ellos, debemos enfocarnos en los acercamientos que ha tenido el proyecto de Estado-nación (previo a la Constitución de 2009 y contradictoriamente después de ella con la promulgación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que analizaremos bajo ésta perspectiva mas adelante), respecto a la asimilación de los pueblos indígenas.

Este reconocimiento primigenio se funda en una doctrina que requiere de la permanencia de un *indio* que se enmarca en el estatus de un “otro”; dicotomía que se establece con la aseveración de una distancia temporal por un lado y geográfica, por el otro. No olvidemos que el reconocimiento que se hizo durante las primeras reformas constitucionales reconocía a los pueblos indígenas y originarios como sujetos con costumbres y formas propias dentro de sus tierras, (entendidas estas a la luz del convenio 169 de la O.I.T., como los territorios ancestrales en los que habitaron desde antes de la colonia).

Ello, visto desde la óptica clásica del Estado-Nación, generó una concepción de lo que Chales Hale y Rosamel Millamán²⁹ identifican como el “indio permitido” que surge invariablemente de la construcción del “otro”, que resulta en la dualidad

²⁹ Hale, Charles (2004). *“El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del indio permitido”*. Ponencia para la conferencia, “Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado”. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala

existente dentro de los mismos *indios*³⁰ respecto a su capacidad de integrarse al orden estatal establecido.

Dicha dualidad llega a representar dos formas distintas de ser indígena, la primera es la del “indio permitido”, según la cual, éste individuo logra acomodarse a la modernidad y sustituye la protesta con propuestas, actúa con autenticidad y a la vez, maneja el lenguaje dominante u oficial del Estado.

La segunda, caracteriza al “otro” como un individuo rebelde, vengativo y conflictivo, cuyas particularidades le causan gran preocupación a la elite política que se ha comprometido a garantizar la igualdad cultural pero que teme a las consecuencias que podría acarrear un posible escenario en el cual los “otros” rebeldes y conflictivos asumiesen eventualmente el poder. (Paradójicamente ello sucedió con la elección de Evo Morales, quien era tildado de radical y separatista).

Como resultado de esta concepción aplicada al reconocimiento de la pluralidad, el Estado le otorga recompensas al “indio permitido”, mientras que simultáneamente condena al “otro” *indio* a la pobreza y exclusión social³¹, situación que produce un sesgo dentro de los mismos *indios* y persigue precisamente la finalidad de reducir al mínimo posible, sino eliminar, al “otro” rebelde logrando el objetivo del Estado-Nación, que bajo la premisa de la igualdad homogeniza y uniforma a todos sus habitantes, destruyendo su herencia histórica y su acervo cultural, generando colateralmente un racismo inverso del *indio* contra el *indio*.

En ese sentido, Hale expresa que las políticas de asimilación amenazan en convertirse en un etnocidio cuando adoptan un modelo de igualdad y homogenización de la población, ya que se imposibilita materializar derechos colectivos específicos (como el reconocimiento a la cultura, al medio ambiente, a

³⁰ Aclaramos que utilizamos el termino de “indio”, ya que dentro del razonamiento de Hale nos encontramos en una etapa en la que lo indígena y originario carece de valor y se apela a la palabra “indio” como una representación unificadora de las anteriores.

³¹ Cf. Hale, Charles (2004)

su sistema jurídico, etc); y por otro lado el racismo adquiere un doble aspecto traducido en la marginación de los que no son asimilables (el otro rebelde) y el estímulo apremiante para los que intentan asimilarse y dejar de lado las costumbres y prácticas que lo segrega.

Bajo esa misma lógica, el pluralismo jurídico se ha visto reducido tanto en su aplicación como en su vigencia, ya que las políticas de asimilación y homogeneización descritas anteriormente se aplicaron de forma integral permeando en el sistema de administración de justicia indígena hasta el punto de llegar a un sincretismo jurídico en el que los usos y costumbres sobre los que se funda el derecho indígena eran considerados como subsidiarios e incluso inaplicables por ser clasificados como arcaicos e inclusive por ser “fruto de ideas superadas” o porque simplemente el derecho ordinario las consideraba como entelequias.

Sin embargo, la perspectiva del sistema de administración de justicia indígena cambió radicalmente con el advenimiento de las reformas introducidas por la Constitución de 2009; dentro de la cual se regula de manera abreviada los alcances y principios de la jurisdicción indígena originaria; que goza a partir de la promulgación de la Constitución, la misma jerarquía que la jurisdicción ordinaria; el problema con esta reivindicación yace en la remisión que hace la misma Constitución a la creación de una ley especial para que se determine los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, como habíamos adelantado al inicio de este acápite, existen aspectos dentro de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que repiten los errores cometidos por el sistema de reconocimiento monista del derecho, ya que se positivizan las materias sobre las cuales el sistema jurisdiccional indígena puede pronunciarse así como la integración de la misma dentro de la estructura del órgano judicial, relegando y contradiciendo tanto a la misma Constitución como a sus principios y

fuentes jurídicas. Es por ello que a continuación analizamos de forma crítica los problemas, contradicciones y errores que la ley de deslinde jurisdiccional acarrea.

3.2.1. Ley de Deslinde Jurisdiccional y el problema de los ámbitos de competencia

De acuerdo a lo planteado hasta ahora, podemos determinar que existe un riesgo latente en lo que respecta al reconocimiento del pluralismo jurídico y mucho más en lo que a sistemas de administración se refiere, ya que existe una línea muy delgada entre el reconocimiento originado en el marco de la libre determinación de los pueblos y una positivización uniformadora y restrictiva. Ahora bien, como habíamos adelantado en el inciso 2.1.1 del capítulo II, existen elementos dentro de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que son condicionantes o que directamente colisionan con los principios de la Constitución y con los fines que la justicia indígena-originaria persigue.

En este sentido es necesario establecer que los ámbitos de aplicación de la jurisdicción indígena están supeditados a tres categorías que de acuerdo al razonamiento del Convenio 169 de la O.I.T., garantizan un marco para la aplicación y desarrollo de la justicia indígena-originaria, los cuales fueron recogidos por la Ley de Deslinde Jurisdiccional pero enfocados bajo una óptica positivista; como lo expresamos en el capítulo II.

a) Ámbito Material

Respecto al ámbito de aplicación material, Idon Chivi³², advierte que la competencia material no puede sufrir restricciones de ninguna naturaleza ya que afectaría directamente al principio de libre determinación y autogobierno³³; en ese

³² Idón Moisés Chivi Vargas, es abogado y actualmente se desempeña como Director General de Administración Pública Plurinacional en el Viceministerio de Descolonización, dependiente del Ministerio de Culturas del Estado Plurinacional de Bolivia.

³³ Chivi, Idón (2009). En: VV.AA. "*Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*". Ed. Compañeros de las Americas. La Paz.

contexto afirma también que, seccionar las facultades fuera de una jurisdicción no perteneciente a la indígena implica un retroceso en el proceso de descolonización de la jurisdicción indígena y recrea una versión contemporánea del paralelismo sin reivindicaciones ni espacios de poder que permitan su desarrollo y ejecución.

Ahora bien, el ámbito de vigencia material plasmado en el Artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, reduce este ámbito a los conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las comunidades indígenas bajo sus normas, lo que presupondría que la justicia indígena carece capacidad de aprendizaje (concepto que negaría el dinamismo del derecho), y por ende descartaría la construcción de un verdadero autogobierno con libre determinación³⁴.

Al respecto, Albó refiere que no es aceptable que la Justicia Ordinaria defina que hay un largo catálogo de asuntos que no corresponde conocer a la justicia indígena ya que esto iría en contra del principio de igualdad de jerarquía; criterio con el que coincidimos. En ese mismo sentido, Raquel Yrigoyen señala que el Convenio 169 de la OIT no reduce el reconocimiento del derecho indígena a una serie de casos, sino que expresamente dice que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de las faltas u omisiones cometidos por sus miembros y sobre cualquier tema, materia o asunto que pueda afectarles³⁵. Esto quiere decir que aplicarán todo tipo de costumbre a los casos que se les presente, puesto que con ellas llenan los vacíos de la ley y las que secundan a la misma, porque son llamadas por ella, pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en la justicia ordinaria), y que son precisamente aquéllas para las que sirve este reconocimiento³⁶.

³⁴ Conceptos estatuidos por los artículos 2 y 30 de la Constitución.

³⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2000). "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos". Revista Pena y Estado, Numero 4. Editorial el Puerto, Buenos Aires.

³⁶ Rubio, Marcial (2009) "El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho". Fondo Editorial PUCP, Lima

De la misma forma la existencia pre colonial señalada en el artículo 2, relacionada con la competencia material, no significa que la jurisdicción indígena se relegue a resolver solamente asuntos antiguos o ancestrales ya que al igual que la concepción del derecho dinámico occidental, los pueblos y naciones originarias han ido evolucionando al igual que su sistema jurídico, que tiene una gran capacidad de adaptación; incluso mayor al de la justicia ordinaria, pues no solo aguantó siglos de hibridaciones respecto al derecho occidental, sino que también se articuló procesalmente bajo principios de celeridad y efectividad a diferencia del derecho occidental que arrastra consigo los formalismos y ritualismos que lo hacen pesado e insuficiente

Por otra parte, en el ámbito de competencia material, se determina que hay casos en los que al no existir una costumbre o tradición para llegar a la resolución de conflictos, la jurisdicción indígena tiene la facultad de remitir el caso al Tribunal Constitucional para que éste dictamine un pronunciamiento que reviste carácter obligatorio. Ahora bien, esta situación que no está descrita en el cuerpo de la Ley de Deslinde, sino en la del Tribunal Constitucional³⁷, genera dos ambigüedades; la primera respecto al medio o forma por la cual el caso se remite a la justicia ordinaria, ya que al ser de carácter oral, la administración de justicia Indígena no prevé el levantamiento de actas o antecedentes como para remitirlos a conocimiento de la jurisdicción ordinaria; por lo que notamos nuevamente una expresión positivizadora dentro de estas normas de regulación, ya que la ley del Tribunal Constitucional exige una adecuación a ciertos estándares y requerimientos que no son compatibles con la justicia indígena y que la supeditan dentro de la vorágine burocrática de la misma.

La segunda, hace referencia a que la justicia ordinaria (y el Estado), infiere que las normas comunitarias son mínimas e ineficaces y por ello una autoridad

³⁷ Artículos 137 al 140, de los cuales el más preocupante es el párrafo del Artículo 140 que determina la obligatoriedad de la declaración hecha por el Tribunal Constitucional: "*II. Cuando ello no sea posible, propondrá respuestas alternativas, culturalmente adecuadas al caso concreto planteado. En cualquier caso, la declaración tendrá carácter obligatorio.*"

comunitaria contemplaría la posibilidad de aplicar una norma del ordenamiento jurídico ordinario o peor aún, que sería incapaz de resolver un conflicto remitido a su conocimiento. Nuevamente encontramos una posición que vulnera el principio de igualdad jerárquica establecida tanto en la Constitución como en la Ley de Deslinde, determinando que existe una posición superior por parte de justicia ordinaria.

Ahora, estas contradicciones surgen en parte, de las previsiones hechas por la misma Constitución ya que cuando la misma determina en el parágrafo II del artículo 190 que *“II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”*; regresa a la concepción del pluralismo positivista y monista, ya que al determinar que se rige bajo los derechos y garantías establecidos en la presente Constitución nos da a entender que se renuncia al pluralismo jurídico igualitario y que evidentemente existe un rango jerárquico. Al respecto, Rodríguez Veltzé³⁸ es particularmente tajante contra este artículo al señalar que *“Estamos delante de una jurisdicción subordinada a un monismo jurídico, es decir, a aquel que produce el Estado a través de su Órgano Legislativo... Consideramos que este artículo desmantela la noción de pluralismo y violenta la voluntad del constituyente.”*

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que si la jurisdicción *especial* (indígena), tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso³⁹

³⁸ Rodríguez Veltzé, Eduardo y Farit Rojas (2011). *“Pensar este tiempo: Pluralismo jurídico”*. Konrad Adenauer Stiftung. La Paz

³⁹ SÁNCHEZ, Esther e Isabel C. JARAMILLO (2000), *“La jurisdicción especial indígena”*, Bogotá.

b) Ámbito personal

Respecto al ámbito personal, la Ley de Deslinde Jurisdiccional se limita a señalar de forma ambigua que los sujetos sometidos a la jurisdicción indígena originaria campesina son todos aquellos miembros de la respectiva nación o pueblo indígena-originario. Ante este ligero planteamiento, recurrimos a la Constitución que nos brinda mayor claridad respecto al tema, ya que la misma señala en su artículo 191, que *“están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos”*.

El planteamiento que hace la Constitución, nos da a entender que la jurisdicción indígena recae solo sobre los habitantes e integrantes de comunidades indígenas u originarias, ello genera una noción de dualidad ya que se crearía una justicia para indígenas por un lado y una justicia para no indígenas por el otro; ello implica nuevamente una ruptura con el precepto del pluralismo que enuncia la Constitución, imposibilitando un pluralismo jurídico completo y consolidado. Ya que nos enfrentamos a un resquicio legal por el cual los sujetos que no se auto identifiquen como indígenas puedan cometer delitos y actos que vulneren bienes jurídicos en pueblos o comunidades indígenas sin la posibilidad de ser juzgados por ello, lo que conlleva al fraccionamiento del concepto de igualdad de jerarquía entre jurisdicciones.

Ante este aparente vacío, debemos recurrir a la jurisprudencia que como fuente subsidiaria del derecho, nos brinda una respuesta sobre un tema que la constitución pasó por alto y que la Ley de Deslinde confirmó; en ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional numero 0295/2003 de 11 de marzo de 2003 (ver anexo al final) reconoce la competencia del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas sobre “no indígenas” bajo el fundamento que las normas y reglas del derecho consuetudinario son entendibles,

conocidas y aceptadas por todos los comunarios y cuando una persona externa ingresa al sistema y régimen de vida de la comunidad, debe deducirse que le corresponde adecuarse a ellas dentro el marco del respeto a la comunidad, mas aun cuando por las características propias de la cosmovisión de las comunidades indígenas la vida se encuentra íntimamente ligada a su entorno y hábitat.

En ese contexto hay que entender que la autodeterminación traducida en el reconocimiento de un sistema jurisdiccional indígena tiene dos fundamentos. Uno, cultural, que consiste en la participación de la persona en un sistema cultural determinado. Y otro político, justificado en la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio. Este segundo fundamento permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indígenas) cometan hechos dañinos dentro de tales bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas⁴⁰.

De la misma forma existe la posibilidad que un indígena aluda que no puede ser juzgado por la justicia ordinaria al auto identificarse como miembro de una comunidad indígena. Esta situación no ha sido prevista por ni por la Constitución ni por la Ley de Deslinde, por lo cual queda abierto un posible escenario para que la Asamblea Legislativa o El Tribunal Constitucional emitan un criterio de interpretación al respecto.

c) Ámbito Territorial

Respecto al ámbito territorial, la Ley de Deslinde Jurisdiccional determina que se supeditan a ella a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o que tengan efecto dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia.

⁴⁰ Cf. Albarracín, Waldo. (2008).

Este artículo cierra por completo la posibilidad de un pluralismo efectivo ya que al exigir la concurrencia de los ámbitos personales y materiales para activar la jurisdicción indígena, orilla a los diferentes sistemas de administración de justicia originarios a convertirse en prácticas cerradas y aisladas de la protección equitativa, incluso de derechos constitucionales universales, como el acceso a la tutela judicial efectiva de sus miembros bajo un ostracismo impuesto por los requerimientos de cuestiones formales estatuidas en la Ley de Deslinde.

Al respecto, entendemos que la competencia sobre el territorio debe entenderse como un mínimo, pero no un limitante, puesto que el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material.

Sin embargo, es importante cuestionarnos sobre la situación de habitantes indígenas que cometen faltas fuera de su territorio (esto en relación a la conclusión arribada respecto al ámbito personal en el punto anterior) y por ende a la aplicación extraterritorial del sistema jurídico de los pueblos indígenas.

Respecto a la competencia extraterritorial debemos señalar que la experiencia Venezolana ha sido mucho más fructífera al respecto, ya que el reconocimiento hecho en el marco del sistema jurídico indígena en la *Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela*, establece en su artículo 133 que *“Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda”*⁴¹.

⁴¹ Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria de Venezuela. *“Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas”* (Acceso 09/11/12). [Documento WWW]. Disponible: <http://www.mppeu.gob.ve/web/uploads/documentos/marcolegal/lopki.pdf>

En la estructura del este artículo se distinguen características no solo de interrelación entre los ámbitos de competencia materiales y personales, sino que también en el marco de un pluralismo jurisdiccional efectivo, se hacen provisiones de coordinación con la jurisdicción ordinaria, lo cual supera el conflicto de la territorialidad y propugna un sistema de integración interlegal. (La interlegalidad es definida por Boaventura de Sousa Santos como la intersección de diferentes órdenes legales, que fuerzan constantemente a los diferentes actores a realizar constantes transacciones y trasposos)⁴².

A modo de conclusión sobre la Ley de Deslinde Jurisdiccional, cabe señalar que el objetivo fundamental del reconocimiento a las diferentes formas de articular sistemas jurisdiccionales reside en la capacidad por parte del Estado de otorgar autonomía e igualdad a las diferentes formas de administración de justicia y no así limitarlas y encasillarlas dentro de una lógica estructuralista. Creemos que un verdadero pluralismo jurídico tiene como finalidad que los sistemas jurídicos indígenas, tan variados como diversos tengan competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos. Más aun cuando autores como Bernaldes y Rubio, señalan que la jurisdicción *especial* (indígena) tiene competencia para ver hechos que considera relevantes para que *-estén o no tipificados por el derecho oficial-* sean considerados leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que la jurisdicción indígena no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho⁴³.

Finalmente creemos que la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe reformarse y adecuarse al modelo de reconocimiento plural e igualdad que la Constitución reconoce, ya que no ser así convendríamos con la opinión de Yrigoyen quien no se limita al criticar la Ley de Deslinde al expresar que *“es uno de los textos peores y mas colonialistas que he visto en mi vida! ¿Y quién está detrás?... Tal como*

⁴² Santos, Boaventura de Sousa (1987). *“Law: A map of misreading toward a post-modern conception of law”*. En Journal of Law and Society, Numero 14. Canada.

⁴³ Bernaldes, Enrique (1999); Rubio, Marcial (1999) por Yrigoyen Fajardo, Raquel. (2004) *“Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos”* en: Castro, Milka (editora): *“Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho”*, Chile.

*está la ley sería mejor no tenerla pues la Constitución sola, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así se bandea mejor*⁴⁴.

3.3. Jurisdicción Indígena-Originaria: costumbres y cosmovisión

Cuando nos referimos a la Jurisdicción Indígena-Originaria, debemos tener cuenta el rol fundamental que juega la cosmovisión dentro de la concepción de un sistema jurídico indígena, puesto que en la construcción progresiva de los usos y costumbres propias de este tipo de administración de justicia, el hombre indígena u originario sustenta su forma de pensar y actuar de acuerdo al orden en que debe estar en comunión todas las fuerzas existentes en la naturaleza, por lo que en su conciencia de existir y habitar sobre la Tierra concibe a ese sujeto como un elemento integral en ella, no como individuo, sino como conjunto. En este sentido, los derechos y practicas jurídicas que los sistemas jurídicos indígenas producen no son derechos "subjetivos", individuales, sino derechos comunitarios, colectivos, o si se prefiere intersubjetivos o poli subjetivos.

En adición, Los fines que el derecho indígena persigue son *ecológicos*: el mantenimiento del equilibrio inestable que caracteriza la relación entre las fuerzas, seres, energías y elementos existentes en la naturaleza. Esta solidaridad orgánica entre dichas energías puede ser benéfica o perjudicial, de tal manera que la regla ecológica pretende que el equilibrio no se pierda. Cuando un conflicto se presenta, sea como producto de un acto o un hecho natural, es porque el equilibrio entre todas las fuerzas se rompió, la hermandad entre los elementos se alteró y la unión íntima de la comunidad entra en juego.

⁴⁴ Albo, Xavier. (2004). "¿Cómo manejar la interculturalidad jurídica en un país intercultural?" En *Justicia comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia*. Instituto de la Judicatura. Sucre.

Cuando ello sucede, las autoridades de las comunidades interpretan y aplican la regla del equilibrio y armonía de las cosas para restablecer el orden; es decir, el *continuus*, la vida misma. En este sentido, el valor principal del derecho indígena reside en la *fraternidad*. Así, la función del hombre en este cosmos es una función *fraternal* con los demás elementos de la naturaleza. En ésta, él es el hermano hombre, el fuego el hermano fuego, el agua la hermana agua, el viento el hermano viento..., todos ellos bajo la protección y cuidado de la madre tierra y el padre sol⁴⁵.

3.3.1. Principios de la administración de justicia indígena

El derecho indígena es tan diverso como pueblos y comunidades existen; por ello es complicado señalar puntualmente los principios que emplea ya que no existen sistematizaciones suficientes para enunciarlas a todas, sin embargo advertimos algunos principios básicos que operan de forma invisible en cualquier proceso de administración de justicia indígena:

1. Integralidad: Al analizar el conflicto, no se revisa sólo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales.
2. Comunitario y público: La comunidad juega un papel importante, ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en una asamblea o reunión general. El proceso de perdón y resarcimiento se desarrolla frente a la comunidad reunida, lo que le otorga más valor y sostenibilidad.
3. Armonía y equilibrio: El restablecimiento de la armonía y no así el castigo son el fin último de la justicia indígena.

⁴⁵ Lenkersdorf, Carlos (1996) "Los hombres verdaderos. Voces y testimonios. Lengua y sociedad, naturaleza y cultura, artes y comunidad cósmica", Ed. UNAM-IFF, México.

4. Oralidad y celeridad: El proceso de administración de justicia, generalmente, es oral y no escrito por lo que el procedimiento resulta muy rápido en comparación con cualquier proceso dentro de la justicia ordinaria.
5. Reconciliación: La justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación y de ser posible el restablecimiento de las relaciones entre las partes.
6. Restitución: El infractor tiene que reparar y compensar el daño causado, para devolver la armonía a la comunidad.
7. Dinamismo: Por el hecho de que el derecho indígena no está escrito y por su característica oral, es dinámico y se adapta a muchas situaciones posibles. Por lo que no hay asuntos pendientes por falta de legislación como en el sistema jurisdiccional ordinario.

En relación a los principios señalados, es necesario establecer que los derechos indígenas tienen la característica de ser *polisubjetivos* e *intersubjetivos*; es decir, de espíritu colectivo, comunitario, por lo que el derecho indígena al formar parte de un Estado que reconoce el pluralismo jurídico y los sistemas de administración de justicia indígena, aspira al reconocimiento de estos derechos para el pleno desarrollo de sus pueblos (ámbito interno del principio de igualdad jurídica traducido en el respeto a las diferencias culturales), y al reconocimiento, por otra parte, de los derechos como miembros de un todo (ámbito externo del principio de igualdad jurídica preconcebido en el respeto al desarrollo cultural).

3.3.2. Sanciones y rol ejemplificador

En términos generales, la finalidad de la sanción en las comunidades originarias consiste en restaurar el equilibrio colectivo e individual que se ha vulnerado o quebrantado a raíz de un acto o hecho que originó el conflicto. La aplicación de la sanción permite un retorno a la armonía que existía previamente. Asimismo, las sanciones son aplicadas de forma proporcional a la gravedad de los actos (o

hechos) sometidos a conocimiento de las autoridades originarias. Así, la sanción se debe entender por su carácter conciliador.

Ahora bien, en congruencia con este carácter conciliador de la sanción y en su búsqueda de fortalecer el tejido social, mantener y devolver el bienestar espiritual; la pena de muerte no es aceptada como práctica de justicia y las sanciones físicas tienen un trasfondo más espiritual que físico. En ese contexto, el azote no persigue el sufrimiento ni supone tortura, constituye una forma de ayudar en su ser interior al individuo que va a ser sancionado a reformar sus acciones tanto en favor suyo como de la comunidad; por ejemplo, en un caso de adulterio, la sanción se debe entender bajo una connotación de carácter físico y espiritual⁴⁶.

Por otro lado, es necesario señalar que para los comunarios los errores⁴⁷ que cometen los miembros de la comunidad (o terceros dentro de su jurisdicción), no tienen carácter individual. Se asume que el hecho tiene una doble connotación: desde la perspectiva del sujeto activo asume la forma de acción, mientras que desde la perspectiva del colectivo social es una omisión.

Precisamente por ello quien realiza el acto tiene culpa por la infracción a las normas sociales mientras que los miembros de la comunidad tienen responsabilidad por no haber tenido la capacidad de prevenir el hecho. A partir de esa constatación, todo hecho que afecta o lesiona bienes jurídicos (colectivos o individuales), debe merecer sanción porque la sanción no está referida sólo a los aspectos materiales del hecho, sino que fundamentalmente, persigue efectos de carácter espiritual. Así, la sanción debe ser proporcional al asunto o conflicto que resulta de la acción u omisión⁴⁸.

⁴⁶ Mendoza, Marco Antonio y otros (2010) *“Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia y Perú”*, Comisión Andina de Juristas. Lima.

⁴⁷ Cf. Mendoza, Marco Antonio (2010). “Cabe aclarar que las conductas se denominan errores, no se tipifican como delitos. Existen errores leves, graves y muy graves.”

⁴⁸ Ello se relaciona íntimamente con el concepto de cosmovisión expuesto anteriormente, de la misma forma se constituye en una característica que el pluralismo jurídico debe observar para

En ese entendido, existen dos aspectos complementarios y subsidiarios se manifiestan en esa disposición a informar y narrar. El primero es la costumbre indígena de la "confesión para el perdón" que permite o exige que el transgresor narre los hechos libre, espontánea y extensamente, bien en privado (ante su familia y la del ofendido), ante las autoridades (civiles o religiosas) o ante la asamblea comunal.

3.3.3. Sanciones ejecutan las autoridades indígenas

Parte del reconocimiento al pluralismo jurídico y a los sistemas de administración de justicia indígena consiste en la identificación de los medios correctivos o punitivos si se quiere, que aplica y ejecutan las autoridades indígenas, dando por sentado que éstas tienen como mínimo normativo el respeto a la vida y a la integridad corporal, ya que como explicamos previamente, las sanciones físicas tienen más un significado simbólico y espiritual que corporal; de la misma manera, el derecho a la vida está protegido en razón a la concepción del hombre como parte de un todo que no puede alterarse ya que de hacerlo perturba irreparablemente a éste todo.

Ahora bien, entre las sanciones que las autoridades indígenas imparten precisamos cuatro que son de aplicación casi uniforme en la mayoría de las comunidades y pueblos indígenas y que son explicadas por Guillén⁴⁹ de la siguiente manera:

- a) Llamada de atención o reflexión: Es reflexión que dan las autoridades aclarando que no debe repetirse la falta; el consejo lo dan en todos los casos.

realizar normas que reconozcan estas prácticas y se ponderen en el marco de la igualdad jurisdiccional.

⁴⁹ Guillén, Jacqueline.(2003). "*Sistema jurídico indígena: diagnóstico en comunidades de los pueblos: chiquitano, mojeño-ignaciano y tacana*". CEJIS, Santa Cruz de la Sierra.

- b) Trabajo comunal: No sólo es aplicado como sanción sino que es práctica esencial en la convivencia de los pueblos indígenas. Con este castigo se busca cubrir los daños.
- c) Expulsión de la comunidad: Es una de las sanciones más drásticas, se aplica cuando algún miembro de la comunidad es acusado de brujería, cuando no participa de trabajo comunal reiteradamente.
- d) Azotes: La guasca es considerada *una cura que endereza*, es una forma de hacer que los comunarios respeten y cambien de vida. Se imparte a pedido de la familia de la parte afectada y los azotes varían de acuerdo a la gravedad de la falta cometida

Respecto a las sanciones impuestas por las autoridades indígenas, cabe resaltar que a diferencia de la visión positivista del derecho que se cimienta en el derecho escrito plasmado en cuerpos jurídicos, codificados y reglamentados, para las justicias orales indígenas la norma está inscrita en la memoria como un campo amplio de experiencias colectivas e individuales que siempre está en construcción y en busca de la solución más adecuada al drama y trama de cada situación transgresora debido al carácter dinámico y contextualizado de la oralidad.

Finalmente, cabe señalar que la positivización significa una amenaza para la administración de la justicia indígena y originaria en el marco del reconocimiento al pluralismo jurídico y cultural, ya que como vimos a lo largo del presente capítulo, el Estado puede cometer el error de estructurar y codificar las prácticas, usos y costumbres propias de los sistemas de administración de justicia indígena, lo cual llevaría a una asimilación forzada y vulneradora del principio de igualdad. Un ejemplo de ello son las previsiones normativas hechas en materia de coordinación e interacción con la jurisdicción ordinaria, que por su carácter formalista y preceptivo tienden a interactuar bajo requerimientos procesales que son incompatibles e inexistentes en los sistemas de administración de justicia.

3.4. Intervención del Estado como administrador de justicia

La tensión entre los sistemas procesales correspondientes a la oralidad (aplicado por el sistema jurisdiccional indígena) y la escritura (aplicado por el sistema jurisdiccional ordinario), es uno de los elementos constitutivos de una de las problemáticas intracomunitarias más grandes con las que se encuentra, el reconocimiento del pluralismo jurídico, donde el obstáculo principal reside en el idioma por una parte y en los formalismos procesales por la otra.

Una de las críticas más fuertes al respecto corresponde a Xavier Albo⁵⁰, quien señala que la escritura genera un efecto de poder de la palabra escrita y del documento público que convoca e incita al monolingüismo en español e inhibe o excluye a los monolingües en lengua indígena y a los analfabetas del manejo social de los conflictos.

Si bien es cierto que la Constitución reconoce los 36 idiomas y dialectos de los pueblos y comunidades indígenas que habitan el territorio boliviano como oficiales, no es menos cierto que la articulación entre las afirmaciones y declaraciones plasmadas como elementos de igualdad y respeto en el cuerpo de la misma Constitución no se aplican debido a una mala regulación normativa por parte del Estado. Como hemos visto a lo largo de este capítulo, la Ley de Deslinde Jurisdiccional resulta ineficaz y reduce a una jerarquización del derecho a las relaciones de cooperación y e integración que deberían aplicarse, lo cual inhibe la articulación de las jurisdicción indígena con la del aparato estatal. Cabe recalcar que formalizar la oralidad del derecho indígena al positivarla en una forma escrita implica no solamente un peligro sino un despropósito, sobre todo cuando existen instrumentos internacionales y nacionales que protegen y propugnan la conservación de las naciones y pueblos indígenas y sus formas.

⁵⁰ Albó, Xavier (2011). *“Justicia indígena e interculturalidad en la Bolivia Plurinacional”*. CIPCA. La Paz.

A las tensiones mencionadas subyace un debate de fondo que inquiere sobre la necesidad de recurrir a la escritura, ya que la misma conlleva significados socioculturales de poder. Ello también genera una cuestión que resolvemos arguyendo una finalidad positivista; nos referimos al objetivo que persigue la innecesaria condición de escribir ya sea en español o en las lenguas indígenas, los saberes ancestrales y prácticas jurídicas propias.

Esta gama de relaciones y tensiones entre oralidad y escritura permite denotar un proceso que hace referencia a que los pueblos indígenas deben recurrir a la escritura de "normas y procedimientos" no por iniciativa propia, sino por una exigencia mecánica y burocrática por parte de la jurisdicción ordinaria; ello deriva del hecho que las formas de justicia indígena se van debilitado por la pérdida de algunas leyes de origen (entendidas como normas derivadas de los usos, costumbres y cosmovisión).

Evidentemente para lograr un reconocimiento pleno del pluralismo jurídico, debe evitarse caer en la positivización detallada de este derecho indígena a partir de un contexto coyuntural dado que, la flexibilidad para adecuarse a nuevas circunstancias es una de sus grandes virtudes pero también uno de sus grandes defectos ya que de ello pueden resultar hibridaciones jurídicas que extingan los elementos intrínsecos que el Convenio 169 de la OIT reconoce a las naciones y pueblos indígenas.

Ahora bien, el reconocimiento del pluralismo jurídico a través de normas estatales (o por la constitución) se entiende generalmente como un elemento que contribuye a empoderar a los pueblos indígenas, fortaleciendo la jurisdicción indígena. Sin embargo y como anota Assies⁵¹, existe la posibilidad de que esta legalización fortalezca a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización (situación que hemos venido evidenciando y señalando durante el desarrollo de esta investigación). En otras

⁵¹ Assies, Willem. 2000. "La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?" texto preparado para el Curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer Milenio, Chile.

palabras, la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación.

Sin embargo, es importante reconocer que la interculturalidad en sí no es algo que se puede realizar por reformas o leyes estatales. Tampoco es algo que se reduce a la "constitucionalización". Y eso es porque la interculturalidad no es un producto o un concepto, sino un proceso continuo, algo por construirse y que nunca termina⁵².

Al respecto, Boaventura de Sousa expresa que en realidad, en la mayoría de los casos la autodeterminación reclamada por los pueblos indígenas y, reconocidos por instrumentos estatales, no ha incluido la secesión, del estatus de Estado, ni la soberanía política. Por ello -afirma- que las organizaciones de los pueblos indígenas se sienten en ocasiones víctimas de concepciones restringidas de "colonialismo" y "descolonización". Piensan que aunque el colonialismo "externo" terminó, el colonialismo "interno" continuó e incluso aumentó dentro de los Estados "independientes". Además, el término general de "des-colonización" oculta situaciones asombrosamente diferentes: mientras que en África y Asia la independencia fue otorgada a los pueblos colonizados, en las Américas, en todos los casos (salvo en Haití), la independencia fue otorgada a los colonizadores europeos y a sus descendientes⁵³.

Creemos finalmente que el trabajo pendiente y la deuda del Estado hacia la realización del pluralismo jurídico, radica en fortalecer la autonomía de las justicias indígenas conservando y reproduciendo de forma plural sus concepciones y prácticas e innovarlas para defenderlas de las regulaciones impuestas por el derecho ordinario y su aparato burocrático.

⁵²Hamel, Enrique (1990). "Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo," en *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, comp. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. Instituto Indigenista Interamericano, México

⁵³Sousa, Boaventura (2004). "El caleidoscopio de las justicias en Colombia" Siglo del Hombre Editores. Bogota

El Derecho Indígena al no contar con normas escritas y mucho menos códigos, se mantiene en la memoria colectiva, a través del mecanismo de la oralidad, mediante la transmisión vivencial de generación en generación, enraizados en la cultura indígena y originaria. Su mérito consiste en haber posibilitado un proceso de adaptación a las nuevas circunstancias sociales y culturales, por ello se mantienen vigentes y avanza a tono con la realidad histórico social. También es verdad que algunos preceptos han sido indelebles, por ser principios plenamente válidos en el pasado, legítimamente reconocidos en nuestros tiempos e inexorablemente útiles y aplicables en el devenir de las generaciones futuras.

CAPITULO IV

Conclusiones

Dentro de los capítulos que forman parte de la presente investigación, podemos establecer tres elementos importantes que logramos verificar respecto a los planteamientos sobre los cuales enfocamos nuestra atención.

Un primer elemento, reside en la procacidad en que la Ley de Deslinde Jurisdiccional recae al establecer parámetros restrictivos respecto a los ámbitos de competencia de la Jurisdicción Indígena-Originaria y la ostensible contradicción incurre al controvertir los principios que la Constitución de 2009 proclama; mucho más aún cuando dicha Ley es promulgada por mandato constitucional para armonizar y concertar los mecanismos de reconocimiento y fortalecimiento del pluralismo jurídico existente en Bolivia; situación que pudimos exponer y definir a lo largo de los capítulos dos y tres.

En ese sentido, la Ley de Deslinde fracasa al aplicar un criterio lacónico e insuficiente respecto al reconocimiento que el texto constitucional pondera, quedando pendiente la articulación de dos contenidos mínimos; el sistema de normas o derecho consuetudinario; y la función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia.

Un segundo elemento reside en los intentos de positivización del sistema de administración de justicia indígena y originario por parte de la justicia ordinaria ya que como lo establecimos en el capítulo tres, existe una doble transgresión tanto al delimitar los ámbitos materiales de competencia de la jurisdicción indígena como por la carencia de previsiones normativas efectivas respecto a la interacción de la justicia indígena con la ordinaria.

Ello se refleja de la misma manera en dos escenarios proyectados tanto por la Ley de Deslinde como por la Ley del Tribunal Constitucional, en el caso de la primera se determina una posible hibridación para con la justicia indígena al establecer que en el marco de la vinculatoriedad e irrevisabilidad de los fallos que

ésta emite, se determinan mecanismos de cooperación para que dada la circunstancia, la misma pueda ser ejecutada por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo por la naturaleza escrita que caracteriza a ésta, se requiere de antecedentes documentales, ya que para la ejecución de un fallo sustanciado en sede jurisdiccional indígena por una repartición del Estado o para la homologación por parte de alguna de las otras jurisdicciones es necesario un antecedente registrado de forma fidedigna; por lo que nos encontramos con la pugna entre lo oral y lo escrito como elementos intrínsecos de los dos sistemas de administración de justicia respectivamente. En el caso del Tribunal Constitucional, la contradicción reside en la obligatoriedad de los dictámenes que emite una sala especializada en temas de administración de justicia indígena; puesto que la Constitución prevé un mecanismo facultativo de consulta por parte de las autoridades naturales que administran justicia en la jurisdicción indígena en casos en los que un tema sea muy complejo para su resolución por parte del derecho indígena. Dicho mecanismo de consulta se encuentra también plasmado en la Ley del Tribunal Constitucional en la que, contrariamente a lo señalado por el texto constitucional, adquiere carácter vinculante. El resultado de esa imbricación normativa salta a la vista cuando advertimos que una imposición de un sistema sobre otro significa reconocer una jerarquía institucional, criterio que quiebra el principio de equidad de jerarquías.

Advertimos que se produce una vulneración a la autodeterminación de los pueblos, ya que al recibir un fallo que reviste un carácter vinculante emanado de un órgano ajeno a la comunidad indígena implica una ruptura con su sistema de la organización cultural autónoma; lo cual se equipara con la soberanía del Estado respecto a la organización que ellos sostienen; recordemos que los pueblos indígenas están reclamando ante todo formas de igualdad étnica, cultural y jurisdiccional y no así de homogenización.

Un tercer elemento que notamos es la asimilación por parte del Estado bajo la estrategia de reconocer la igualdad pluralista como medio para seguir repitiendo

prácticas legislativas que ponen en riesgo la autonomía de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas, esto es, como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos.

Finalmente, debemos señalar que existen temas pendientes que merecen ser estudiados, ya que su influencia y relación con el tema contribuiría a desarrollar un verdadero pluralismo; en ese sentido hay normas conexas a la Ley de Deslinde Jurisdiccional que regulan ciertos aspectos relacionados a la administración de justicia y al reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de los pueblos originarios.

En este sentido y dada la transversalidad del proyecto plural del nuevo Estado Boliviano, la Ley de Autonomías y Descentralización, que fue promulgada al igual que la Ley de Deslinde por mandato constitucional, regula el tema de las Tierras Comunitarias de Origen y su autonomía en el marco de la autodeterminación. Ello es importante porque desecharía los conceptos de clasificación territorial conservadores como municipios, cantones, etc. Para introducir una nueva forma de delimitación territorial.

De igual manera existen situaciones dentro de la Ley del Tribunal Constitucional que merecen ser estudiadas con detalle, ya que la competencia de éste órgano colegiado involucra cuestiones de derecho indígena-originario que pueden eventualmente colisionar con las acciones de tutela, que se podrían activar por pobladores de comunidades indígenas en contra de las resoluciones de su propio sistema de administración de justicia, no como una anomalía, sino como una acción que el Estado le otorga a todo sujeto que habite dentro de sus fronteras y sienta vulnerados sus derechos.

En ese mismo sentido, creemos que el ejercicio del control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional puede llegar a colisionar con el sistema de administración de justicia indígena, ya que queda la interrogante de si le corresponde o no a éste órgano judicial pronunciarse sobre resoluciones emitidas en sede jurisdiccional indígena que afecten a terceros no indígenas.

A modo de epílogo, afirmamos que no existe un sistema de administración de justicia perfecto, así como tampoco existen leyes que prevean todos los escenarios posibles. Pero como Raquel Yrgoyen afirma, ambas deben ser interpretadas desde un horizonte multicultural que permita ir construyendo las bases de un Estado plural, y añadimos, una interacción en el marco de la equidad y reciprocidad.

BIBLIOGRAFIA

Albarracín, Waldo. (2008) "*Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas en Bolivia*". Ed. Canasta de Fondos. La Paz.

Albó, Xavier. (1999) "*Etnias y pueblos originarios*". Harvard Club de Bolivia, La Paz.

---. (2004). "¿Cómo manejar la interculturalidad jurídica en un país intercultural?" En *Justicia comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia*. Instituto de la Judicatura. Sucre.

--- y Barrios Suvelza, Franz. (2006) "*Por una Bolivia Plurinacional*", PNUD. La Paz.

--- (2008). Carmen Beatriz Ruiz, coord. "*La Asamblea Constituyente por dentro*". Revista Boliviana de Ciencias Sociales, La Paz.

--- (2011). "*Justicia indígena e interculturalidad en la Bolivia Plurinacional*". CIPCA. La Paz.

Assies, Willem. 2000. "*La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?*" texto preparado para el Curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer Milenio, Chile.

Bernales, Enrique (1999); Rubio, Marcial (1999) por Yrigoyen Fajardo, Raquel. (2004) "*Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos*" en: Castro, Milka (editora): "*Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*", Chile.

Chivi, Idón (2009). En: VV.AA. "*Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*". Ed. Compañeros de las Americas. La Paz.

García Linera, Álvaro. (2005) *“Estado multinacional. Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indígenas”*. Ed. Muela del Diablo. La Paz

García A.(2007), *“Estado Plurinacional en La transformación pluralista del Estado de Bolivia”*. La Paz

Gonzales, Jorge. (1997) *“Una Filosofía del Derecho Indígena: Desde una historia presente de las Mentalidades Jurídicas”*. Universidad Autónoma Nacional de México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Numero 89. Mexico.

Guillén, Jacqueline.(2003). *“Sistema jurídico indígena: diagnóstico en comunidades de los pueblos: chiquitano, mojeño-ignaciano y tacana”*. CEJIS, Santa Cruz de la Sierra.

Hamel, Enrique (1990). *“Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo,” en Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*”, comp. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. Instituto Indigenista Interamericano, México

Hale, Charles (2004). *“El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del indio permitido”*. Ponencia para la conferencia, “Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado”. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala.

Kymlicka, Will (2011). *“Más Allá de la Dicotomía Indígenas/Minorías”*, Hart Publishing, Oxford.

Lenkersdorf, Carlos (1996) *“Los hombres verdaderos. Voces y testimonios. Lengua y sociedad, naturaleza y cultura, artes y comunidad cósmica”*, Ed. UNAM- IFF, México.

Mendoza, Marco Antonio y otros (2010) *“Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia y Perú”*, Comisión Andina de Juristas. Lima.

Pérez G., Carlos, (2010). "*Justicia Indígena*" Ed. Grafisum. Quito.

Quijano, Anibal. (2000). "*Colonialidad del Poder, Globalización y Democracia. Sociedad y Política*" Ediciones Lima. Perú.

--- (2000). "*Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*". Taller Gráficas y Servicios. Argentina.

Rodríguez Veltzé, Eduardo y Farit Rojas (2011). "*Pensar este tiempo: Pluralismo jurídico*". Konrad Adenauer Stiftung. La Paz

Rubio, Marcial (2009) "*El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*". Fondo Editorial PUCP, Lima

Sanche, Esther e Isabel C. Jaramillo (2000), "*La jurisdicción especial indígena*", Bogotá.

Santos, Boaventura de Sousa (1987). "*Law: A map of misreading toward a post-modern conception of law*". En *Journal of Law and Society*, Numero 14. Canada.

Santos, Boaventura de Sousa (2004). "El caleidoscopio de las justicias en Colombia" Siglo del Hombre Editores. Bogota

Rivera, José Antonio. (2006) Acceso (18/07/2012). *La reforma constitucional en América Latina*. <http://www.cibera.de/fulltext/1/1650/Articulold-7.pdf>

Wolf E. (1976) *El campesinado y sus problemas*. Barcelona. Ed. Anagrama.

Yrigoyen R. (2004) *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. *EL OTRO DERECHO*, número 30. Bogotá.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2000). "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos". *Revista Pena y Estado*, Numero 4. Editorial el Puerto, Buenos Aires.

Sitios web e Institucionales

Gaceta Oficial de Bolivia, Decreto Supremo 27237. Edición Oficial N°: 2534. 2003. (acceso: 25/07/2012) <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/page:1243>

Reglamento General de la Asamblea Constituyente, 2006 (acceso 25/07/2012) http://constituyentesoberana.org/3/destacados/cs/261206_1.html

Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria de Venezuela. “*Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*” (Acceso 09/11/12). [Documento WWW]._Disponible:<http://www.mppeu.gob.ve/web/uploads/documentos/marcolegall/lopqi.pdf>

Ortiz de Zárate, Roberto. (2011) Biblioteca Digital CIDOB, (acceso 19/07/2012). Hugo_Banzer_biografía. http://www.cidob.org/es/documentacion/biografias_lideres_politicos/america_del_sur/bolivia/hugo_banzer_suarez

Periódico La Razón, Edición impresa 12 de abril de 2000, Pág. 23. La Paz, Bolivia.

Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (2000). (acceso: 24/10/12) Repositorio Legislativo. [Documento WWW]. Disponible: http://www.vicepresidencia.gob.bo/Inicio/tabid/36/ctl/wsqverbusqueda/mid/435/Default.aspx?id_base=2&id_busca=2119

Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia (2000). (acceso: 24/10/12) Repositorio Legislativo. [Documento WWW]. Disponible: http://www.vicepresidencia.gob.bo/Inicio/tabid/36/ctl/wsqverbusqueda/mid/435/Default.aspx?id_base=2&id_busca=1257

ANEXO

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0295/2003-R

(Ámbito Personal, pag. 59)

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0295/2003-R

Sucre, 11 de marzo de 2003

Expediente: 2002-04940-10-RAC

Distrito: Potosí

Magistrada Relatora: Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas

En revisión, la Sentencia de 23 de julio de 2002, cursante a fs. 21 a 23, pronunciada por el Juez de Partido de Uyuni, dentro del recurso de amparo constitucional interpuesto por Juan Ticona Mamani y Filomena Cruz Ali de Ticona, alegando la vulneración de sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo, contra Gabriel Cruz, Corregidor de San Juan del Rosario, Severo Choque, Agente Municipal, Isabelo Choque, Presidente de la Junta Escolar y Víctor Yucra.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1 Contenido del recurso

I.1.1 Hechos que motivan el recurso

En la demanda presentada el 15 de julio de 2002 (fs. 3), los recurrentes afirman que desde que contrajeron matrimonio y por más de doce años tienen su morada en la comunidad de San Juan del Rosario, donde procrearon cuatro hijos, y ante la necesidad de trabajo, construyeron e instalaron un hospedaje, el mismo que les ha ayudado a prosperar económicamente, en base a su trabajo y sacrificio; sin embargo, los demás comunarios, comenzaron a mirarlos con envidia, insinuándoles inicialmente a desalojar el lugar.

Relatan que las autoridades de la comunidad, con desconocimiento de la Constitución y sin tener jurisdicción al efecto, pretenden desalojarlos del lugar, para lo que les han remitido una "carta de agradecimiento", otorgándoles hasta el 15 de julio para que se vayan de la comunidad mencionada.

I.1.2 Derechos y garantías supuestamente vulnerados

Los actores señalan que la pretensión de desalojarlos de la Comunidad de San Juan del Rosario, importa una conculcación de sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo.

I.1.3 Autoridades y personas recurridas y petitorio

De acuerdo a lo relatado, plantean recurso de amparo constitucional contra Gabriel Cruz, Corregidor de San Juan del Rosario, Severo Choque, Agente Municipal, Isabelo Choque, Presidente de la Junta Escolar y Víctor Yucra.

I.2 Audiencia y Resolución del Juez de amparo constitucional.

De fs. 16 a 21 del expediente, cursa el acta de la audiencia pública realizada el 23 de julio de 2002, en la que los recurrentes, por medio de su abogado, ratificaron los términos de su demanda, agregando que el problema se originó cuando las autoridades de la comunidad dispusieron se incremente el precio del hospedaje, que inicialmente acataron, pero después de un tiempo volvieron a rebajar y fue entonces que los comunarios comenzaron a decirles que debían irse del lugar. Reiteró su pedido para que se declare procedente el recurso.

El recurrido Gabriel Cruz, Corregidor de San Juan del Rosario, informó lo que a continuación se anota: a) el problema con Juan Ticona viene de años anteriores, no es sólo de ahora, pero al fungir este año como Corregidor, quiso dar una solución, exhortando al recurrente a nivelarse con "sus cuotas"; b) por decisión de la comunidad, reunida en un cabildo, entregó la nota de "agradecimiento", pero pese a que en ella se dice que les cortarían los servicios, esto no ha sucedido.

El co-recurrido Severo Choque sostuvo que en ningún momento se ha despojado a los recurrentes del lugar donde viven, sino que ellos "de su propia boca", dijeron que se irían, pero como no lo hicieron, tuvieron que pasarles el "agradecimiento".

A su turno, el co-recurrido Isabelo Choque aseveró que: a) el recurrente Juan Ticona dijo que se iría e incluso cerró su alojamiento una o dos semanas, pero luego lo volvió a abrir; b) el actor no participó en el trabajo de arreglo del camino, en el que intervino toda la comunidad.

Finalmente, el co-rrecurrido Víctor Yucra manifestó que: a) tal vez se equivocó al firmar la nota de "agradecimiento", pero es debido a "su poca escuela"; b) el recurrente tuvo problemas con su vecino por una cuestión de terrenos, y desde entonces ha tenido roces con la comunidad, inclusive "por estrategia", los esposos ahora demandantes quisieron irse de la comunidad, llevándose a sus hijos cuando recién estaban constituyendo la escuela y se necesitaban alumnos, por lo que se les rogó para que se quedasen; c) se llegó a un acuerdo entre los comunarios y autoridades para que los propietarios de hospedajes cobren a Bs20.- el alojamiento por día, pero los recurrentes, pese a haber manifestado su conformidad con el precio, siguieron cobrando a Bs15.- por lo que su alojamiento siempre estaba "lleno"; d) aunque no esté contemplado en la ley, en la comunidad existen trabajos que se los realiza por todos, en conjunto, pero Juan Ticona no participa en los mismos.

I.3 Resolución.

La Sentencia de 23 de julio de 2002, cursante a fs. 21 a 23, pronunciada por el Juez de Partido de Uyuni, declara procedente el recurso, con el fundamento de que los recurridos han desconocido lo dispuesto por la última parte del art. 171-III de la Constitución Política del Estado (CPE), al extenderles la nota en la que dan a los recurrentes quince días para que se vayan de la comunidad, atentando así contra sus derechos a permanecer y transitar en el territorio nacional, a trabajar y dedicarse a una actividad lícita.

I.4 Trámite en el Tribunal Constitucional.

Por Acuerdo Jurisdiccional 64/02 de 17 de septiembre de 2002 (fs. 25), por requerir el asunto de mayor análisis que permita una correcta resolución, se amplió el plazo procesal por la mitad del tiempo principal, que fenecía el 21 de octubre de 2002.

Considerando la compleja problemática planteada por los recurrentes, en el marco de lo previsto por el art. 171 de la Constitución Política del Estado (CPE), respecto a los derechos culturales y costumbres de los pueblos indígenas, así como de la aplicación de su derecho consuetudinario, con el objeto de contar con elementos de juicio sobre las características, costumbres y otros aspectos sociológicos y culturales de la comunidad donde se produjeron los hechos que dieron lugar al presente recurso, se dispuso por Auto Constitucional 474/2002-CA de 21 de octubre sustentada en el art. 25 parágrafo segundo de la Ley 1836 (fs.28 y 29), la contratación de un profesional o equipo de profesionales técnicos en la materia para que realice el estudio referido, así como la suspensión del plazo establecido para el pronunciamiento de la Sentencia correspondiente. Por decreto de 10 de marzo de 2003 (fs. 32), se reanudó el cómputo del plazo, por lo que el presente fallo es emitido dentro de término.

II. CONCLUSIONES

Hecha la debida revisión y compulsas de los antecedentes, se llega a las conclusiones que se señalan seguidamente:

II.1 Por nota de 2 de julio de 2002 (fs. 1 y 2), suscrita por los recurridos, se agradeció a Juan Ticona "y Sra.", por acompañarles por el tiempo que han permanecido en esa comunidad, dándoles "hasta el 15 de julio" para que se retiren de dicha comunidad, caso contrario "de ahí en adelante" les cortarían todos los servicios y se procedería al cierre definitivo de su hospedaje.

II.2 De acuerdo a lo expresado por los recurridos -no refutado por los recurrentes- Juan Ticona y Filomena Cruz Ali de Ticona, hace "bastante tiempo" no participan en los trabajos que se realizan comunitariamente; además que, contrariamente a lo decidido por

la comunidad, cobraron un precio de hospedaje de Bs15.- por día de alojamiento, cuando se acordó el cobro de Bs20.-

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

Los recurrentes alegan que los miembros de la comunidad de San Juan del Rosario les han remitido una nota de agradecimiento por el tiempo que les acompañaron en dicha comunidad y les otorgan un plazo para que la abandonen, lo que conculca sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo. Corresponde, en revisión, analizar si en este caso se debe otorgar la tutela que buscan los actores, realizando un análisis profundo sobre las implicancias de la justicia comunitaria y la denominada "justicia oficial".

III.1 La Constitución Política del Estado reformada en 1994, en su artículo 1º caracteriza al Estado en los siguientes términos:

"Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos".

El art. 7 CPE consagra los derechos fundamentales que tienen las personas, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, señalando en sus incisos d), g) y j) los derechos a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo; a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; y a una remuneración justa por su trabajo, respectivamente.

Asimismo, el art. 32 CPE, determina que "Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban".

Y, el art. 171 CPE, en lo pertinente al asunto revisado, declara:

"I.- Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional..."

"III.- 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."

III.2 Para una correcta valoración de todos los elementos de juicio que sirven de base para la presente Resolución, resulta imprescindible efectuar algunas puntualizaciones previas en lo concerniente a lo que implica la vida en una comunidad campesina o en un pueblo indígena.

Las normas de conducta y de desenvolvimiento del ser humano en comunidad, son producidas por valores culturales, provenientes de diferentes campos de acción humana, económica, política, social, religiosa, etc., son la fuente del Derecho propiamente dicho y como principio del concepto de justicia solo pueden ser definidas por la cultura y no en forma trascendente o absoluta. Lo jurídico está cultural e históricamente definido.

La Constitución reformada en 1994 reconoce que Bolivia es un país multiétnico y pluricultural. Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia -puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas- aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema.

La vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogenización sociocultural. En un país con diversas etnias y culturas como es Bolivia, las comunidades campesinas y pueblos indígenas mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra y de resolución de conflictos conocidos como "Derecho Consuetudinario", aunque es más adecuado y propio referirlo como "Justicia Comunitaria". Es necesario reconocer que las prácticas socioculturales antedichas perduran gracias a la persistencia de la comunidad en su sentido más amplio, es decir, como estructura social en la que se desarrollan campos de acción en lo político, religioso, económico, laboral y jurídico.

Adviértase que entre las normas comunitarias y las del ordenamiento jurídico "oficial", existen diferencias a partir de los grupos sociales que las han creado o transmitido, y aplicado como se expresa el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en "Derecho Consuetudinario", Justicia Comunitaria, 1999:

- a) Las normas y reglas del Derecho consuetudinario son entendibles, conocidas y aceptadas por todos los comunarios. Debe deducirse que si una persona externa ingresa al sistema y régimen de vida de la comunidad, debe adoptar también como suyas tales normas.
- b) Las autoridades de administración de justicia son elegidas y controladas democráticamente por la base social; poseen un prestigio y una legitimidad muy grande;
- c) No existe un grupo o sector de especialistas encargados de administrar justicia; los ancianos son una excepción y tienen el rol de consejeros en algunos casos especiales. La responsabilidad de la administración de justicia recae en las autoridades elegidas o de turno, aunque todos tienen también el derecho y el deber de intervenir, cuando es necesario, de acuerdo a los casos e instancias en las que se encuentra el proceso;
- d) Existe unidad entre la organización étnica (ayllu, capitania, tenta, comunidad campesina o comunidad agraria), y los fueros de administración de justicia,

e) El acceso a la justicia es fácil, rápido y no tiene costo. Los procedimientos son controlados por las asambleas, instancias en las que recae con mucha fuerza el poder de decisión mayor de la comunidad;

f) Las resoluciones no causan divisiones internas ya que se aplica el consenso como medio de concertación y negociación.

No obstante la importancia de las costumbres socioculturales y el respeto que la sociedad debe demostrarles, no se debe olvidar que las instituciones sociales de las comunidades campesinas y pueblos indígenas no existen aisladas, forman parte de un contexto social mucho más amplio y complejo. Precisamente ahí radica el problema para definir los sutiles límites entre la "justicia comunitaria" y la "justicia oficial", entre el derecho consuetudinario y el ordenamiento jurídico general imperante en el país, sin lesionar ninguno de ellos. Para no incurrir en el peligro de desconocer el valor y fundamento de las costumbres y culturas ancestrales, o, de vulnerar el orden legal establecido, debe llegarse a un punto de convergencia tal en el que ambos encuentren convivencia armónica, sin que ninguno avasalle al otro, resguardando en ambos, los derechos colectivos de las comunidades y los derechos fundamentales de las personas.

El Derecho Consuetudinario es fundamentalmente oral, transmitido por sucesivas generaciones, y mantenido en el tiempo sin la necesidad de que se plasme en un documento escrito para que sea reconocido como válido por los comunarios. Esta característica es la que principalmente dificulta su aceptación dentro de una sociedad en la que es el Derecho Positivo, donde todo debe estar previamente escrito para ser obligatorio, la que regula todos los ámbitos de conducta de las personas. Sin embargo, ello no debe ser óbice para estudiar y considerar casos como el presente, en el que ciertamente se observa la aplicación de normas comunitarias frente a la inconducta de uno de los miembros del grupo humano; empero, necesariamente las referidas normas - que incluyen sanciones- deben también encuadrarse al marco constitucional que rige en nuestro país.

III.3 La Corte Constitucional de Colombia ha emitido interesantes Sentencias relativas al respeto de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas e indígenas, resaltando la protección constitucional al principio de diversidad étnica y cultural, como en la Sentencia T-342-94, en la que ha expresado:

"..El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado. El reconocimiento de la referida diversidad

obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas. Por consiguiente, cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que impliquen violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de la comunidad "Nukak-Maku", puede configurar la transgresión o amenaza de vulneración de otros derechos que son fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía para el desarrollo de la personalidad, la salud y la educación..."

Igualmente, la Sentencia SU-510-98, que remarca que Colombia -al igual que Bolivia- es un país pluricultural y su Constitución protege las diversas culturas existentes al interior de la República, ha sostenido que:

"Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a "la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental." La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades".

Empero, al mismo tiempo, la Corte Constitucional Colombiana ha puntualizado que si bien la comunidad indígena tiene reconocida plenamente su autonomía política y jurídica, ésta debe ejercitarse dentro de los parámetros que la Constitución ha fijado para todos los habitantes de su territorio. La mencionada Sentencia SU-510-98, ha manifestado lo siguiente:

"La Corte ha señalado que las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Lo anterior determina que, en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagre un régimen de conservación de la diversidad en la unidad. Según la Corte, 'sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural', afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural, como principio general, sólo podrá

ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. Según la jurisprudencia, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos 'a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.' La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad" (las negrillas son nuestras)

La anterior decisión sigue la línea trazada por la Sentencia T-254-94, que en la parte pertinente señala:

"...La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional" (las negrillas son nuestras).

III.4 Conforme se tiene anotado en el numeral I.4 de la presente resolución, a efectos de contar con una base sólida, que permita definir la problemática planteada, la misma que resulta singular y compleja al tener que sopesar las disposiciones de la justicia constitucional perteneciente a la denominada " justicia oficial", con las normas de la justicia comunitaria, este Tribunal encomendó la elaboración de un estudio sociocultural que efectúe un diagnóstico de las costumbres, organización, cultura, justicia, flujo de corrientes migratorias y en general, el desenvolvimiento de la Comunidad de San Juan del Rosario. El resultado de dicho informe, ciertamente ha sido fundamento y la base, juntamente con el criterio constitucional de resguardo de los derechos fundamentales del ser humano, para poder dirimir la controversia suscitada, toda vez que no era posible resolver este asunto aplicando única y exclusivamente las normas de la " justicia oficial", sino que fue necesario comprender la forma de vida y la mentalidad que tienen los comunarios, a objeto de que, a partir de ello, se analice lo acontecido y se apliquen los correctivos necesarios con el afán de devolver la paz y armonía a una Comunidad, de suyo, tranquila.

III.5 La Comunidad de San Juan del Rosario, donde se ha presentado la lesión de los derechos denunciada por los recurrentes y que dio lugar a la interposición del recurso de amparo, está ubicada en la primera sección, Colcha "K", de la provincia Nor Lípez del departamento de Potosí, a cuatro mil metros de altura sobre el nivel del mar. De acuerdo al Censo 2001, ese año reportó una población de 9.645 habitantes y cuenta con alrededor de ciento diez viviendas.

El acceso comúnmente utilizado por la ciudad de Sucre significa 16 horas de viaje por difíciles carreteras atravesando en medio todo el Salar de Uyuni y pasando por tres

provincias: Antonio Quijarro, Daniel Campos y Nor Lipez del departamento de Potosí. En ese lugar permaneció el sociólogo investigador conviviendo con la comunidad campesina durante 2 meses.

Conforme los resultados del estudio sociocultural encomendado por el Tribunal Constitucional, se evidencia que el sistema productivo de San Juan del Rosario está basado especialmente en la producción agrícola, básicamente de la quinua y crianza de llamas, habiéndose introducido un elemento relativamente nuevo que es la hotelería y otras actividades relacionadas, porque San Juan del Rosario es un lugar de descanso para quienes visitan el Salar de Uyuni, y de paso forzoso para quienes van hacia las Lagunas Verde y Colorada, ubicadas en la provincia Sur Lipez .

El trabajo comunitario es de vital importancia porque aún conservan la modalidad de la minka, que es un sistema de trabajo prehispánico en el que todos los miembros de la comunidad deben participar y esforzarse en las labores que beneficiarán a todos, entendiéndose que esa actividad es obligatoria puesto que genera desarrollo y ventajas para el grupo humano en general.

Existe, entonces, una obligación moral de participar y compartir en las actividades, que incluye el trabajo de todos en ayuda de uno solamente, permaneciendo en todas las familias el deber de retribuir en igual forma el beneficio recibido. Ese trabajo en comunidad, con la captación de financiamientos logrados con algunas instituciones y con fuerte aporte local en material y mano de obra (y algunas veces sólo con aportes locales), ha permitido que San Juan del Rosario cuente, a diferencia de otras comunidades vecinas mayores en población, con un sistema de agua potable que integra dos fuentes de agua con canales de hasta tres kilómetros; la instalación de energía eléctrica a motor, con lo que cuentan con luz eléctrica dos horas al día e iluminan sus calles más importantes; la instalación de teléfono público; construcción de plazoletas; mejoramiento de la escuela y el colegio; construcción de un museo etnográfico; y otros.

En lo referente a la organización social, conviene remarcar que en la parte occidental de nuestro país, la organización predominante fue el ayllu, pero con el transcurso del tiempo este tipo de organización quedó reducida, fundamentalmente a los departamentos de Oruro, Potosí y parte de Chuquisaca, dando lugar en el resto del territorio nacional a la formación de una nueva organización social denominada "comunidad", que puede tener dos formas: la "comunidad campesina" y la "comunidad de ex-hacienda". Las comunidades tradicionales son las que mantuvieron más características del ayllu, en tanto que las comunidades de ex-hacienda incorporaron nuevas figuras de autoridad como las del Corregidor y Alcalde que coexistieron con las autoridades tradicionales del ayllu. A partir de la reforma agraria de 1953, la figura organizativa predominante en el occidente de Bolivia es la de la Comunidad Campesina, sinónimo del Sindicato Agrario o Sindicato Campesino.

En San Juan del Rosario se tiene como autoridades al Corregidor, al Agente Cantonal y la Organización Territorial de Base (OTB) esta última es nueva y tiene como primera y única titular a una mujer. Estos cargos son elegidos por el conjunto de la comunidad en

Asamblea, y tiene carácter rotativo, generalmente de uno o dos años, a los que se accede por turno. En el caso de los Corregidores sucede que la comunidad en su Asamblea de hace dos años, decidió ya los nombres de los cuatro corregidores futuros.

No se ha referido la existencia de ninguna controversia sobre las elecciones. Todos acatan lo definido por mayoría simple en la Asamblea Comunal, la cual al interior de la comunidad y dentro de la justicia comunitaria, constituye la máxima instancia, que busca el consenso en la proposición de planes y proyectos y en la solución de controversias, que raramente se presentan, pues en primera instancia se trata de solucionar en forma particular entre quienes surge el conflicto, y recién cuando el mismo no puede ser controlado por las partes involucradas, se hace público.

Una vez que la controversia llega ante las autoridades, éstas asumen una decisión y disponen lo que a criterio suyo corresponda, tomando en cuenta los valores y principios que rigen la justicia comunitaria.

Debe comprenderse, de lo resumido, que en ese sistema plenamente aceptado desde antaño por todos y cada uno de sus miembros y que funciona como un engranaje perfecto, la presencia de un elemento disociador quebranta no sólo la convivencia armónica y tranquila de toda la comunidad, sino que también afecta en los resultados de trabajo que en ella se proponen quienes sí acatan sus reglas.

III.6 En el caso sometido a análisis, los recurrentes no han cumplido con los compromisos contraídos con la comunidad de San Juan del Rosario, no han participado de los trabajos comunitarios, cancelado las cuotas periódicas ni las multas que les han impuesto por tales incumplimientos, a más de no haber observado el monto fijado para el cobro de hospedaje en los hoteles.

En ese contexto, las autoridades recogieron la inquietud y preocupación de los comunarios por cuanto Juan Ticona Mamani y Filomena Cruz Ali de Ticona, se perfilaron en personas que hacían variar todo el sistema que ellos respetan y cumplen, y les remitieron una "carta de agradecimiento", para que abandonen el lugar. Cabe mencionar que la amenaza contenida en dicha nota, de cortarles el suministro de agua potable y energía eléctrica, no se cumplió, pues ello habría configurado un acto ciertamente ilegal y lesivo a los derechos de los actores.

Si bien es cierto que toda persona tiene reconocidos sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, y a percibir una justa remuneración por su trabajo, no es menos evidente que los mismos no son absolutos, encuentran límites en el interés colectivo, la paz social y el orden público. En la especie, los recurrentes deben lograr un equilibrio entre sus intereses y los intereses de la comunidad, de modo tal que ninguno perjudique al otro, sino que, por el contrario se pretenda lograr avances en beneficio general, manteniendo el clima de comprensión, consenso y tranquilidad de ese especial grupo humano.

Las reglas de comportamiento tomadas y acordadas en las reuniones de las comunidades campesinas, deben ser acatadas por todos los comunarios, así como por las personas que se asienten en sus predios, aunque no fueren campesinos, a fin de preservar los valores y principios de solidaridad, costumbres y organización tradicional que caracteriza su régimen de vida, dentro de una comunidad igualitaria, lo cual de modo alguno implica que la comunidad, a título de hacer cumplir sus normas, conculque el ordenamiento jurídico general existente en el país.

Pese al esfuerzo para contar con un instrumento normativo que permita armonizar en un mismo Estado la existencia de dos sistemas valorativos diferentes dentro de una realidad tan compleja, no se han podido plasmar el anteproyecto en un cuerpo normativo que establezca las directrices imprescindibles para coordinar la justicia ordinaria propia de la concepción occidental, con la justicia indígena, cosmovisión claramente asentada en particularidades que le proporcionan una lógica diferenciada. El Tribunal considera que es menester encontrar una justa proporción entre la pretensión de los recurrentes de permanecer en la Comunidad y la de los miembros de ésta para que los nombrados la abandonen, disponiendo una medida conciliadora, para que los primeros cumplan las reglas de la Comunidad de las cuales no pueden substraerse en tanto residan en ella, y los segundos, observando la voluntad, traducida en hechos, de los esposos Ticona-Cruz, les permitan reencausar su conducta y volver al régimen de vida, sistema de trabajo y convivencia armónica de la comunidad, toda vez que no se puede aprobar la disposición de los demandados de echar a los recurrentes de la comunidad, pero tampoco se puede admitir que éstos permanezcan en ella sin cumplir sus normas.

A efectos de lograr el equilibrio y armonía buscados, tomando en cuenta la experiencia colombiana, que en su Sentencia T-342-94 examinada en este fallo, dispuso: "Para lograr la efectividad de la tutela que se concede, copia de esta sentencia deberá ser enviada al Ministerio de Gobierno -División de Asuntos Indígenas-, a la Gobernación del Departamento del Guaviare -Secretaría de Gobierno-, y al Ministerio de Salud, a efecto de que controlen las actividades que la 'Asociación Nuevas Tribus de Colombia' adelanta dentro de la comunidad indígena de los Nukak-Maku", se dispondrá que las autoridades comunarias recurridas presente un informe, dentro de un plazo razonable, a este Tribunal sobre la conducta asumida por los recurrentes frente a las costumbres, obligaciones y forma de vida de la Comunidad.

La jurisprudencia constitucional de la Argentina comentada por el tratadista Germán J. Bidart Campos en la publicación D. 0098- de casos de Derechos Humanos por la Editora EDIAR, que si bien se refiere a una materia muy diferente, la modulación del fallo que se dictó tiene similitud con el que ha asumido el Tribunal Constitucional en el caso de autos. En ella se expresa que en un pueblito pequeño, que tiene solo un centro de salud estatal, hay cinco personas que están recibiendo gratuitamente una droga que periódicamente le es remitida al hospital por la autoridad sanitaria. Los enfermos beneficiarios padecen de cáncer de naturaleza distinta, y entre ellos, hay uno que se encuentra en estado grave. De pronto se disminuye la cantidad de droga enviada y se plantea en el centro de salud el grave problema de cómo repartir entre los 5 enfermos la dosis menor que disponen. Los

médicos del establecimiento deciden que se suspenda la provisión en forma transitoria a dos de ellos y entre los tres se destinará una dosis menor a dos para que al más grave le pueda ser aplicado la que exige su cuadro clínico en avance.

Los afectados interponen una acción de amparo para impugnar la medida y solicitar se ordene al centro de salud reincorporarlos a la terapia suspendida, alegando que la privación de dicho tratamiento o la disminución de la dosis comprometen su derecho a la salud y a la atención sanitaria con riesgo incluso de sus propias vidas.

El tribunal resuelve mantener la decisión del centro de salud, puesto que el criterio de los facultativos tiene el valor de un dictamen pericial y al haberse sustentado en él la resolución impugnada, se la ha de considerar razonablemente fundada, no obstante la apariencia desigualitaria que ha dado origen a esa causa. La desigual cantidad de droga que se ha asignado al enfermo más grave, la disminución a dos y la exclusión temporaria de otros dos, obedecen a razones de diagnóstico y terapia profesionales que, en tanto no exhiban carencia de sustento, deben respetarse en aras de la responsabilidad que es propia de la praxis médica, pues no consta que la reducción de la dosis de droga a dos enfermos y el no suministro de ella a otros dos, vaya a originarles en forma inminente un daño a la salud, o haya de neutralizar el efecto del tratamiento, en tanto que si hay elementos probatorios de la situación del paciente grave, cuyo estado reclama mayor intensidad y progresividad, al extremo de pronosticarse su empeoramiento si no se incrementa la dosis medicamentosa, dispone, además, que la autoridad sanitaria responsable de proveer la droga al centro de salud deberá informar al tribunal de las gestiones que realice para recobrar rápidamente el suministro normal y necesario, como el lapso en el que previsiblemente estará en condiciones de satisfacer las dosis necesarias.

III.7 Finalmente, pero no menos importante, se debe recordar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Bolivia en 11 de diciembre de 1991, en su art. 8 establece que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo, no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

De tal manera, la decisión adoptada en la presente Sentencia, declarando procedente el recurso a objeto de que los actores puedan permanecer en la Comunidad de San Juan

del Rosario, en tanto cumplan las obligaciones, tareas y participen del trabajo establecidos en ella, se adecua plenamente a la normativa internacional aludida.

De lo analizado, se concluye que el Juez de amparo, al haber declarado procedente el recurso, ha actuado correctamente. Sin embargo por las características especiales del caso, se deben modular los efectos de dicha procedencia.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 19-IV, 120-7ª) CPE, 7.º y 102-V de la Ley 1836, del Tribunal Constitucional con los fundamentos expuestos:

1º APRUEBA la Sentencia de 23 de julio de 2002, cursante a fs. 21 a 23, pronunciada por el Juez de Partido de Uyuni; condicionando los efectos de la tutela otorgada a que los recurrentes adecuen de inmediato su conducta a las normas comunitarias, participando puntual y oportunamente en los trabajos comunes y acatando las decisiones de las autoridades, en tanto no sean contrarias a los derechos y garantías fundamentales;

2º Que los recurridos informen por escrito a este Tribunal, en el plazo de seis meses a partir de su notificación con el presente fallo, si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad de San Juan del Rosario.

3º Se exime de responsabilidad a los recurridos por existir error excusable.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No interviene el Magistrado Dr. Felipe Tredinnick Abasto por encontrarse con licencia.

Dr. René Baldivieso Guzmán

PRESIDENTE

Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

DECANO

Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas

MAGISTRADA

Dr. José Antonio Rivera Santivañez

MAGISTRADO