

Pluralismo jurídico en Bolivia. La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia

Tesis que, para la colación del grado de
Doctor en Derecho por la Universitat de València,
presenta la Lda. Dña.

María Yamile Hayes Michel

Bajo la dirección del Prof. Dr.

D. Vicente Cabedo Mallo

En el marco del Programa de Doctorado en
Derecho, Ciencia Política y Criminología
el día 30 de mayo de 2016



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

AGRADECIMIENTOS

Antes de presentar el desarrollo de todo el trabajo realizado, **quiero agradecer** a quienes contribuyeron para que el mismo se haga realidad.

Por sobre todo, a Dios, el fundamento de mi vida.

Al Prof. Dr. Carlos Flores Juberías, Director del Programa de Doctorado de la Universidad de Valencia, que por su compromiso con la academia, su infatigable labor docente y prestigiosa carrera profesional recibió el nombramiento de Doctor Honoris Causa de la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca – Universidades que, en convenio, llevaron adelante este desafío- quien, durante los años que duró el mismo, así como en los sucesivos en los que desarrollé mi investigación, me brindó apoyo, orientación, guía y, en los momentos de flaqueza, el ánimo sin el que este anhelo no hubiera llegado a concretarse.

Al Prof. Dr. Vicente Cabedo Mallol, Director de la presente Tesis, quien con sabiduría, extrema solvencia y rigurosidad científica, ha guiado el camino que debía seguir y ha aportado de manera excepcional por sus profundos conocimientos e incomparable experiencia en la temática de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina para que este trabajo vea la luz. Cuyas investigaciones constituyen una fuente importante del presente trabajo. Por todo el tiempo que ha dedicado con inagotable paciencia a la dirección de esta investigación. Gracias por la amable guía, por la amistad brindada y por no dejarme desmayar. Al Dr. Antonio Colomer Viadel, a quien su prestigio le precede y trasciende las fronteras continentales; por el impulso que me brindó y por la gentileza demostrada hacia mi persona.

Dedico este trabajo a mis hijos; Sergio y Danahe. Por creer en mí. Por ser, por estar. Por lo que son. Por lo que van a ser. En fin, por todas las razones imaginables

ÍNDICE

	AGRADECIMIENTOS	03
	INTRODUCCIÓN	11
1.	DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	13
2.	METODOLOGÍA EMPLEADA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO	18
	CAPÍTULO I:	
	EL MARCO TEÓRICO DEL PLURALISMO JURÍDICO	
1.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR PLURALISMO JURÍDICO?	21
1.1	Concepto y tipología	21
1.2	Monismo jurídico <i>versus</i> pluralismo jurídico	32
1.3	Antecedentes doctrinales	35
1.3.a	La ficción de la unidad del orden jurídico: Eugene Ehrlich	35
1.3.b	La visión de Santi Romano	36
1.3.c	Georges Gurvitch: La teoría de los hechos normativos	38
1.3.d	Jean Carbonnier y el pluralismo jurídico	39
1.3.e	La concepción del ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio	40
1.4	Doctrinas sobre pluralismo jurídico en Latinoamérica	41
1.4.a	Rodolfo Stavenhagen	41

1.4.b	Raquel Yrigoyen	42
1.4.c	Boaventura Souza Santos	43
1.4.d	Oscar Correas	43
1.4.e	Antonio Peña Jumpa	44
1.5	El Estado monocultural y el monismo jurídico en Bolivia	45
2.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO?	49
3.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR CULTURA, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDAD?	53
3.1	Precisiones conceptuales	53
3.2	El pluralismo y la interculturalidad como política de manejo de la diversidad	55
4.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR ESTADO Y NACIÓN?	58
4.1	Etnia	59
4.2	Nación	60
4.3	La nación cultural y el Estado	62
4.4	Indígenas, originarios, campesinos, cholos, mestizos, blancos	66
5.	ESTADO Y PLURALISMO JURÍDICO. SISTEMAS JURÍDICOS EN CONTACTO	73
6.	FORMAS DE RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO	78
7.	PLURALISMO Y DERECHOS HUMANOS	81

CAPÍTULO II.

EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA

1.	INTRODUCCIÓN	87
2.	EL PERIODO PRECOLONIAL	90
2.1	Cultura Wankarani	90

2.2	La cultura chiripa	91
2.3	Tiahuanacu	91
2.4	El Collasuyo	92
2.5	El Tawantinsuyu	93
3.	RECOPIACIÓN DE LAS NORMAS INCAICAS	95
4.	LA COLONIA	103
4.1	Los indígenas de las tierras altas	103
4.2	La mita	104
4.3	La encomienda	105
4.4	Las reducciones	106
4.5	Leyes de indias	107
4.6	Los cacicazgos	107
4.7	Los esclavos negros	108
5.	LA REPÚBLICA	109
5.1	El Mallku Juan Lero y la justicia indígena en la revolución federal de 1899	111
5.2	El turbulento siglo XX	113

CAPITULO III.

LA COEXISTENCIA DEL DERECHO INDÍGENA CON EL DERECHO ESTATAL

1.	¿DERECHO CONSUECUDINARIO, USOS Y COSTUMBRES, DERECHO PRIMITIVO, JUSTICIA COMUNITARIA O DERECHO INDÍGENA?	117
2.	PRÁCTICAS DE DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA	129
2.1	Derecho Indígena en Jesús de Machaca (altiplano)	131
2.1.1	Ubicación geográfica y antecedentes históricos	131
2.1.2	La autoridad de los ayllus	132

2.1.3	El sistema de autoridades	133
2.1.4	Tipos de conflictos	135
2.1.5	Tipos de sanciones	137
2.1.6	Procedimiento de resolución de conflictos	139
2.1.7	Coordinación y cooperación con la justicia ordinaria	140
2.2	Derecho Indígena en la Comunidad Originaria Sullcuta Colchani	141
2.2.1	Ubicación geográfica	141
2.2.2	Estructura organizativa	141
2.2.3	Autoridades	141
2.2.4	Tipos de conflictos	143
2.2.5	Sanciones	145
2.2.6	Los procedimientos	146
2.3	Derecho Indígena en el Municipio de Umala y Maca Pueblo	147
2.3.1	Ubicación geográfica	147
2.3.2	Estructura organizativa de Maka Pueblo de Umala	147
2.3.3	Las transgresiones	148
2.3.4	Los procedimientos	149
2.3.5	Las sanciones	150
2.4	Las actas de las comunidades	150
2.5	La coordinación y cooperación entre sistemas. Causas por las que se acude a la justicia ordinaria	151
2.6	Justicia indígena en tierras bajas: comunidades guaraníes de Charagua	153
2.6.1	Charagua	153
2.6.2	Actividades productivas en Charagua	154
2.6.3	Valores del pueblo guaraní	155
2.6.4	Las transgresiones	155

2.6.5	Procedimientos de la justicia indígena	159
2.6.6	Autoridades en la comunidad de Akae	159
2.6.7	Mujeres autoridades	159
2.6.8	Acerca de los tipos de sanciones, multas y obligaciones	160
2.6.9	Coordinación y cooperación con la justicia ordinaria	160
3.	EL DERECHO INDÍGENA COMO VERDADERO SISTEMA JURÍDICO	161
4.	COEXISTENCIA Y CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO INDÍGENA	169
5.	LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS	177
6.	CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: LOS LIMITES DEL DERECHO INDÍGENA	179
6.1	La resistencia al reconocimiento del Derecho Indígena	179
6.2	La legitimidad del reconocimiento	181
6.3	Reconocimiento internacional	183
6.4	El Estado pluricultural, pluralismo jurídico subordinado: El Impacto del Convenio 169 en la reforma constitucional de 1994	189
6.5	Reconocimiento constitucional	192
6.5.1	Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena	194
6.5.2	El Constitucionalismo Social en el siglo XX y el indigenismo integracionista.	196
6.5.3	El constitucionalismo pluralista de finales del siglo XX	199
6.6	La Constitución vigente y el Estado Plurinacional e Intercultural	214
6.7	Los derechos humanos como límite del Derecho Indígena	232
7.	LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL: EL DERECHO INDÍGENA A MEDIAS	242
7.1	Ámbito de vigencia personal	247
7.2	Ámbito de vigencia territorial	249
7.3	Ámbito de vigencia material	251

8.	DERECHO INDÍGENA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL	262
8.1	El papel del Tribunal Constitucional Boliviano en la construcción de un sistema jurídico plural, basado en la interculturalidad	264
8.1.a)	El control normativo de constitucionalidad	264
8.1.b)	El control del respeto a los derechos (individuales y colectivos) y garantías fundamentales	266
8.1.c)	El control del competencias a través del conocimiento de los conflictos de competencias entre órganos del poder público	269
8.2	Decisiones del TCP a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado	283
8.2.1	Sobre la convergencia de los principios y valores supremos de carácter plural	283
8.2.2	Sobre la Consulta de Autoridades Indígena Originario Campesinas sobre la Aplicación de una Norma Indígena	286
8.2.3	Conflictos de Competencias entre la Jurisdicción Indígena Originario Campesina y la Jurisdicción Ordinaria	302

CAPÍTULO IV

UN ESTUDIO DE CASO: LAS NORMAS DE DERECHO INDÍGENA EN LA NACIÓN YAMPARA. AYLLU ANGOLA

1.	LA PLURINACIONALIDAD EN BOLIVIA. IDENTIDAD ETNICA	318
2.	LA NACIÓN YAMPARA. UBICACIÓN GEOGRÁFICA Y COMPOSICION	326
3.	RECONSTITUCIÓN DE LA NACION YAMPARA Y SU LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO EN LAS ESTRUCTURAS DEL PODER OFICIAL	328
4.	ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, INSTANCIAS DE DELIBERACIÓN Y DECISIÓN. AUTORIDADES DE LA NACIÓN YAMPARA	331
5.	PRINCIPIOS Y VALORES	335
6.	SISTEMA DE NORMAS Y SANCIONES	338

7.	PROCEDIMIENTOS	342
8.	COEXISTENCIA CON EL DERECHO ESTATAL	346
	CONCLUSIONES	349
	BIBLIOGRAFÍA	359

INTRODUCCIÓN

1. DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

La presente investigación tiene como objeto el análisis de la coexistencia del Derecho Indígena con el Derecho estatal en Bolivia; es decir, el Pluralismo Jurídico que ha existido desde antes de la colonia y que, pese a los procesos de asimilación, de aculturación, es una realidad en la actualidad. Pluralidad jurídica que tuvo cierto grado de reconocimiento en la reforma constitucional de 1994, pero ha sido desarrollado más ampliamente en la Constitución de 2009.

Al presente, las cuarenta y seis naciones indígenas asentadas en el territorio boliviano tienen sus sistemas jurídicos y ejercen jurisdicción dentro de sus territorios conforme lo vienen haciendo desde hace siglos, aunque hoy por hoy existen muchos rasgos del sistema estatal que han sido acogidos por los pueblos originarios.

Las características del Derecho Indígena, su coexistencia con el Derecho estatal, el respeto y coordinación entre jurisdicciones, el resguardo de los derechos fundamentales, o el rol del Tribunal Constitucional Plurinacional en esta temática, son el objeto central de la presente investigación.

Al respecto, se debe recordar que Túpac Katari, antes de morir descuartizado por órdenes de los españoles, luego de encabezar el segundo cerco a lo que hoy es La Paz, pronunció una célebre frase: *"A mí solo me están matando, pero **volveré y seré millones...**"* Profecía que se ha cumplido, pues en el siglo XXI se tiene, en el territorio de Bolivia una significativa población que se autoidentifica como indígena, o perteneciente a una nación indígena, o descendiente de alguna de ellas.

Si bien todo ese conjunto de personas no continúan viviendo en comunidades indígenas o pueblos originarios, por haber emigrado a centros poblados y ciudadanos, existe una demostrativa población que, a pesar de los procesos de aculturación, todavía cuenta con normas y prácticas jurídicas propias. No obstante el reconocimiento que se dio en el art. 171 de la anterior Constitución boliviana, con la reforma de 1994 –que por primera vez reconoció la existencia del Derecho Indígena-, y ahora, con la Constitución de 7 de febrero de 2009 –que proclama en

su artículo 1 que Bolivia es un Estado que se funda en un pluralismo jurídico, entre otros-, tales normas necesitan algún mecanismo idóneo mediante el cual puedan pervivir juntamente con el Derecho estatal, en forma armónica y con claras delimitaciones para que ninguno de ambos avasalle al otro, aunque con igualdad jerárquica, respeto y coordinación.

Es menester mencionar que la Asamblea Constituyente en Bolivia se realizó luego de un clamoroso pedido de varios sectores del pueblo. Sin embargo, en su desarrollo se verificaron actos reñidos con la legalidad, como la exclusión de hecho, de la discusión del tema de *capitalidad plena* que reclama Sucre, que es capital constitucional e histórica, a partir de la injusta “guerra federal” de 1899¹. Pese a ello, en noviembre de 2007, en un cuartel militar, ubicado fuera de la jurisdicción municipal de Sucre, sede de la Asamblea Constituyente por imperio de la Ley de Convocatoria, y bajo una fuerte represión a los sucrenses y chuquisaqueños por parte de la Policía, Fuerzas Armadas y los denominados “ponchos rojos”, que llegaron exclusivamente para cercar la Constituyente, se aprobó el texto del proyecto de Constitución con el saldo de 3 muertos y más de 400 heridos, de los cuales hasta hoy, año 2016, nadie ha sido responsabilizado. Luego, en diciembre de 2007, se aprobó en Oruro, el texto en detalle. En octubre de 2008, en el Congreso Nacional, cuando ya la Asamblea Constituyente había concluido su trabajo hace casi un año, ante la negativa de la oposición parlamentaria a aprobar la ley de convocatoria a los referendos dirimidor y ratificatorio del proyecto de Constitución, con un Parlamento cercado por más de cinco mil campesinos, a la cabeza del Presidente de la entonces República –hoy Estado Plurinacional-, se modificaron algunas normas del proyecto y se emitió la Ley de Convocatoria para tales referendos, que se verificarán el 25 de enero de 2009. En ese contexto, concuerdo con lo aseverado por Gutiérrez Alonso², que respecto de la aprobación del texto constitucional boliviano de 2009 expresa:

“(...) conviene indicar y recordar que fue aprobado de modo absolutamente irregular, incluida sesión de aprobación previa a modificaciones en el Congreso y referéndum popular, en cuartel militar bajo protección armada y sin presencia de los constituyentes de la oposición.”

¹ A partir de dicha guerra –entre Sucre y La Paz- la ciudad de La Paz se constituyó en sede de gobierno, manteniendo Sucre el título de “capital” o “capital histórica. En la Constitución de 2009 se reconoce a Sucre como “capital constitucional”.

² Juan Gutiérrez Alonso: *Los procesos de cambio político-constitucional en Bolivia, Ecuador y Colombia*. Obtenido en http://www.clubdelaconstitucion.com/index.php?view=article&catid=32%3Acur-08-09&id=71%3Acambio-politico-cons&format=pdf&option=com_content&Itemid=47, el 14 de abril de 2016

No obstante, en el referéndum se aprobó la Constitución por mayoría, de modo que se constituye en la Ley Suprema de Bolivia a partir del 7 de febrero de 2009, por lo que mi investigación se realiza a la luz de la misma.

Ahora bien, para la presente Tesis, se debe partir del hecho que, como en todos los países latinoamericanos, en el territorio que hoy es Bolivia, durante la Colonia se estableció un sistema de discriminación por el cual se separaron los Pueblos de Indios de las Villas de Españoles, jurídica y físicamente. Se sometió a los indios a los encomenderos, quienes eran responsables de su evangelización y control, es decir que se sometió de modo forzado a los indios a la forma de vida, pensamiento y sistemas administrativos, políticos, económicos y jurídicos de los colonizadores. Como justificativo del sojuzgamiento así instaurado, se cimentó la ideología de la “inferioridad del indígena”. Es verdad que fueron permitidas algunas de las autoridades indígenas para lograr la organización del trabajo, el pago de tributos y el proceso de evangelización, y se admitió la subsistencia y mantenimiento de sus “usos y costumbres” con la condición que no sean contrarios a “la ley divina y natural”. En ese marco, las autoridades indígenas solamente podían conocer y resolver causas menores, dado que no se quiso otorgarles “demasiado poder” a los indios, por lo que los casos que ameritaban penas graves tenían que remitirse al corregidor español. Desafortunadamente, con la República, ese panorama no cambió respecto de los indígenas.

En efecto, no obstante que luego de dieciséis años de lucha por la independencia logró su victoria gracias al concurso de los indígenas, Bolivia nació a la vida republicana mediante la suscripción del Acta de la Independencia de 6 de agosto de 1825, a través de una Asamblea Constituyente en la que no participó ningún indígena. Se adoptó el régimen unitario con la división de tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, mediante Ley de 13 de agosto de 1825. Simón Bolívar, el libertador, dotó de la primera Constitución a Bolivia que fue aprobada por el Congreso General Constituyente el 6 de noviembre de 1826. Dicha Ley Suprema definió a la nación boliviana como “la reunión de todos los bolivianos” con un gobierno “popular representativo”. A nuestros efectos interesa destacar que el artículo 99 de esta Constitución, categórica y tajantemente declaró que “la facultad de juzgar pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

No se consideró la temática indígena en las reformas constitucionales posteriores, sino exclusivamente en relación con la propiedad agraria en 1961, -después de la revolución nacional de 1952-, por la que se instituyó el trabajo como fuente básica de derecho para adquirir y conservar la propiedad en el agro y se reconoció el derecho a la dotación de tierras a los campesinos.

Fue recién en la reforma constitucional de 1994 que, en el art. 1 de la Constitución, que se reconoció a Bolivia como “*república multiétnica y pluricultural*”. El art. 171 de dicha Constitución dispuso:

“Artículo 171°.-

- 1. 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, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.*
- 2. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.*
- 3. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.”*

El 7 de febrero de 2009 se promulgó y publicó la Constitución Política del Estado, aprobada en referendo de 25 de enero del mismo año, cuyo artículo 1 define al Estado boliviano de la siguiente manera:

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

El art. 178.I referido a los principios de la potestad de impartir justicia, proclama el pluralismo jurídico, a la par de la independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. Asimismo, el art. 179.II otorga a la justicia ordinaria y a la justicia originaria campesina la misma jerarquía. Los artículos 190 a 192, instituyen las bases del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, y encomienda a una ley de deslinde jurisdiccional la determinación de 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.

El panorama antes anotado evidencia que en Bolivia, pese a la indudable existencia de un sistema jurídico en las comunidades indígenas, que ha perdurado durante siglos, y no ha podido ser eliminado ni en la colonia ni en la República –pese a todos los intentos que hubieron a ese fin-, recién 168 años después de haberse aprobado la primera Constitución, se reconoció formalmente la existencia del Derecho indígena y la posibilidad de aplicación válida, por parte de sus autoridades indígenas, de sus reglas de convivencia mediante sus propios mecanismos y procedimientos. Empero, estas normas fundamentales definieron como límites para el ejercicio del Derecho Indígena, la Constitución **y las leyes**; es decir, que sometía las normas originarias o indígenas, a las estatales u oficiales, ello se colige por la limitación de las leyes y no solo de la Constitución.

Con la aprobación y puesta en vigencia de la nueva Constitución Política del Estado en Bolivia -que se constituye en la más protectora de los derechos de los indígenas, basada en la pluralidad y el pluralismo jurídico-, así como la emisión de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, y la creación de líneas jurisprudenciales constitucionales sobre el ejercicio de la jurisdicción indígena, despertaron mi profundo interés en indagar si el Derecho Indígena puede verdaderamente coexistir con el Derecho oficial o Derecho estatal, y, de ser así, cuáles serían las limitaciones para la aplicación de las normas del Derecho Indígena, que nos conduce a la cuestión de si sus normas respetan y resguardan los derechos fundamentales de los seres humanos, y cuáles los parámetros a considerar para que exista igualdad, respeto y auténtica coordinación entre ambos sistemas, sin que ninguno de ellos avasalle al otro.

En esa lógica, el objetivo central de la presente investigación radica en el análisis de los parámetros en los que se circunscribe el pluralismo jurídico en Bolivia, existente desde antaño, entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal, su reconocimiento constitucional, legal, el desarrollo jurisprudencial y la forma en que éstos contribuyen para lograr una coexistencia en el marco de respeto e igualdad jerárquica.

En el desarrollo del trabajo de investigación, como objetivos transversales y para lograr el objetivo central, explicaré el marco general teórico sobre el Derecho Indígena, sus orígenes y caracteres; en qué consiste la denominada *justicia comunitaria* o el auténtico Derecho Indígena. Asimismo, estableceré:

- a) Los posibles conflictos entre el Derecho Indígena y los derechos humanos;
- b) El carácter voluntario u obligatorio del sistema indígena;
- c) El alcance de las facultades punitivas de los pueblos indígenas (si pueden ver casos graves) y del uso de la coerción (si pueden aplicar penas

graves), sobre la base de un análisis y crítica a lo establecido en la Ley de Deslinde Jurisdiccional;

d) El carácter de sus resoluciones (si constituyen cosa juzgada no revisable).

Examinaré la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia sobre Derecho Indígena, así como algunas de las Sentencias más relevantes en el tema, de la Corte Constitucional de Colombia.

También analizaré la forma de vida, costumbres, reglas, faltas y sanciones en el Pueblo Indígena Angola, Ayllu Urunkota, Marka Tarabuco de la Nación Yampara, ubicada en el departamento de Chuquisaca.

2. METODOLOGÍA EMPLEADA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

En el marco señalado en el apartado precedente, la presente Tesis, partiendo de una realidad sociológica como es la coexistencia en Bolivia de sistemas jurídicos muy diferentes –como son el indígena y el estatal u oficial- en un mismo tiempo y espacio geográfico, estudiará y analizará las características del Derecho Indígena, el respeto a los derechos humanos, su relación con el Derecho estatal, y los desafíos que este tema conlleva actualmente. Con esa delimitación, la metodología que se ha elegido consiste, en primer lugar, en analizar las diversas posturas teórico-doctrinales existentes sobre el Pluralismo Jurídico, tanto de autores bolivianos, como del resto de América Latina y de Europa; y sobre esa base, se fijará una postura personal.

El método histórico estará presente a través del estudio de los antecedentes sobre el ejercicio de las normas indígenas en territorio boliviano, desde antes de la colonia, durante ésta y en la República.

Y con el fin de determinar la vigencia del Derecho indígena en la actualidad, se tomarán en cuenta investigaciones efectuadas en una comunidad de cada una de las tres regiones de Bolivia –altiplano, valles y llano-.

También se seguirá el método del Derecho Comparado, a efectos de verificar el abordaje del reconocimiento del pluralismo jurídico en otros países, los problemas que el mismo comporta y las soluciones, en su caso, adoptadas. Se analizará, por tanto, el marco constitucional y legislativo y la jurisprudencia generada por los Altos Tribunales en esta materia. De esta forma se estará en disposición de estudiar la regulación constitucional y normativa del pluralismo jurídico en Bolivia. Será fundamental, en esta fase, revisar y analizar la jurisprudencia

pronunciada por el Tribunal Constitucional boliviano –antes de la reforma constitucional de 2009- y del Tribunal constitucional Plurinacional, posteriormente a dicha reforma, para constatar los avances –o retrocesos- en esta temática, desde la perspectiva del órgano contralor del resguardo de los derechos fundamentales.

Por último, al haberse elegido la Nación Yampara para realizar un estudio de campo, se utilizará el método de la observación científica en la comunidad Angola, en la que se planea realizar observación directa, indagando vivencias y formas de administrar justicia en estancias que se pretenden llevar adelante.

Diseñada como está la metodología, se estructurará el trabajo de modo que en el primer Capítulo se explique el marco general teórico sobre el pluralismo jurídico, las diversas corrientes doctrinales elaboradas para explicar este fenómeno; asimismo se tratará de puntualizar qué es el Derecho para reforzar la idea del Derecho Indígena, tomando en cuenta que éste se desarrolla en una nación y no se identifica necesariamente con el Estado, por lo que será menester señalar las conceptualizaciones de cada uno de éstos. Para ello se considerarán los estudios realizados por autores latinoamericanos, entre los que figuran bolivianos, y también europeos, que han tenido a bien investigar esta temática tan apasionante y de tanta actualidad; y, asimismo, se escudriñarán las necesarias precisiones conceptuales sobre la terminología utilizada corrientemente y en el mundo jurídico, sobre este tema.

Una vez conocidas las teorías acerca del pluralismo jurídico y remarcado los conceptos de Derecho, Estado y nación, en el Capítulo II, relativo al Marco Histórico, se efectuará una retrospectiva a las culturas existentes en el territorio que ahora conocemos como Bolivia. Con ese fin, se comenzará haciendo un esbozo de lo que fue la vida antes de la llegada de los españoles a estas tierras; posteriormente, el estudio se centrará en la época de la colonia, concluyendo con el paso a la República, determinándose, en cada momento histórico, lo relevante del orden indígena, que no obstante los siglos, se mantiene firme y presente, aunque con variaciones sucedidas a través del tiempo.

Con tales antecedentes, en el Capítulo III se reflexiona sobre la coexistencia del Derecho Indígena con el Derecho oficial o estatal en la actualidad, señalándose algunos de los caracteres principales de dicha pervivencia, así como los conflictos que se presentan en su desarrollo. Se encarará, en este sentido, el carácter voluntario u obligatorio del orden jurídico indígena, el alcance de las facultades punitivas en los pueblos originarios y el carácter de sus resoluciones. Para ello, contribuirá la exposición sobre las normas de tres diferentes comunidades, realizadas por estudiosos del tema y presentadas públicamente. También se efectuará el análisis de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, y se abordará la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional que está sentando las bases en cuanto a la relación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal.

El Capítulo IV está destinado al estudio que se realizó en la comunidad Angola, ayllu Urunkota, marca Tarabuco, de la Nación Yampara del departamento de Chuquisaca, donde la autora realizó estancias con el fin de conocer la vivencia del Derecho Indígena en esa comunidad, la forma de administrar justicia, su sistema de autoridades, casos relevantes resueltos, y forma de coordinación con el sistema estatal.

El último Capítulo está reservado a ofrecer las conclusiones a las que se ha llegado con la investigación, sin embargo, se debe reconocer desde ahora y en principio que, el que se aborda, es un tema en el que no pueden ofrecerse respuestas definitivas y en el que no hay teorías consolidadas, pretendiendo ahora efectuar un análisis y abordar reflexiones sobre esta aún novedosa temática.

CAPÍTULO 1

EL MARCO TEÓRICO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Con el fin de puntualizar las diversas figuras jurídicas que se referirán y manejarán a lo largo del trabajo de investigación y que constituyen la base del criterio sobre la existencia del pluralismo jurídico en Bolivia, es menester realizar una aproximación conceptual sobre lo que se entiende por Derecho, pluralismo jurídico, Derecho Indígena, justicia comunitaria, Estado, nación, etnia y la necesaria relación que existe entre éstos.

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PLURALISMO JURÍDICO?

1.1 Concepto y tipología

Un problema que puede plantearse cuando existen diversos grupos étnicos y culturales es que uno de ellos, el hegemónico, que no siempre tiene porque constituir la mayoría aunque sí ostentar el poder, intente construir una “cultura nacional” en términos de su identidad cultural, provocando a la larga la destrucción de las otras culturas. Desgraciadamente esto es lo que se había ido produciendo en toda América y por ello habla del etnocidio³ o, incluso, “genocidio cultural” de los pueblos indígenas⁴. La aceptación de la existencia de comunidades diversas dentro de un mismo Estado, con su propia normatividad jurídica, comporta la necesidad de reconocer el pluralismo, y, en suma, a establecer un Estado plural.

El pluralismo comienza a ser tema de debate a partir de la mitad del siglo XX, cuando los avances en el campo de la democracia en diferentes Estado o países del

³ Etnocidio: Destrucción cultural deliberada

⁴ Vicente José Cabedo Mallol: Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena), El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, ISSN 1133-7087, No 25, 1998, págs. 145-158

mundo, dan lugar a la discusión sobre la existencia de un único orden válido, un único sistema de valores, un único Derecho, una única economía. Es entonces que se comienza a visibilizar la pluralidad de sistemas presentes en diversas latitudes.

Héctor Luna Acevedo⁵ afirma que las élites locales tuvieron a cargo la administración del poder en cada Estado, y la expansión de un modelo jurídico, siendo una réplica del Derecho moderno, lo cual deriva en la creación de instituciones jurídicas formando parte de los tres poderes del Estado, a este proceso también se lo denomina la internalización de un colonialismo interno que tiene origen en los patrones de dominio de la colonia en América. Esta secuencia histórica de la emergencia de los Estados – naciones, no ha expresado la voluntad política del conjunto de los habitantes u sociedades con patrones culturales diferentes en un mismo territorio.

Conforme señala Luis Tapia⁶, el pluralismo se articula y desarrolla a partir de la condición de fragmentación y diversidad social, producida por los procesos de modernización capitalista y los de colonización, que generan una multiplicidad de organizaciones. El pluralismo jurídico refiere la existencia de diversos sistemas jurídicos en una misma porción geográfica y en un mismo tiempo. Es decir que, consiste en el reconocimiento y aceptación de la convivencia de varios órdenes jurídicos en un mismo espacio y tiempo, de modo que niega la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas.

Antonio Carlos Wolkmer⁷ designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales

Oscar Correas⁸ considera que el pluralismo jurídico es: “el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”; de manera que un sistema convive con las normas de otro sistema hegemónico, en el caso que hoy tratamos, las normas del Derecho Indígena conviven –desde antes de la fundación de Bolivia– con el Derecho estatal boliviano.

⁵ Héctor Luna Acevedo: “El Pluralismo como Paradigma de comprensión de la realidad social”, *Principios y valores para construir una sociedad justa y armoniosa*, Tribunal Constitucional Plurinacional, Secretaría Técnica de Descolonización, Sucre, 2015, p.93

⁶ Luis Tapia: *La velocidad del pluralismo*, Muela del diablo, La Paz, 2002, p. 78.

⁷ Antonio Carlos Wolkmer: *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*. Tercera Ed., Alfa-Omega, San Pablo, 2001, p- 18.

⁸ Oscar Correas: “Ideología Jurídica, Derecho alternativo y Democracia”, *boletín Mexicano de Derecho Comparado*, obtenido en www.juridicas.unam.mx, el 3 de abril de 2015.

Según Connie Gálvez, el término pluralismo jurídico explica y describe la pluralidad de sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio social y que demandan cumplimiento⁹. Para Vicente Cabedo, pluralismo jurídico es la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo espacio social¹⁰.

El pluralismo jurídico en su versión clásica se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos “derechos” en un mismo espacio, fundamentalmente en el espacio colonial y post-colonial, de acuerdo a lo sostenido por Libardo Ariza y Daniel Bonilla. Coexistencia entendida en función de competencia, separación y autonomía. Los diversos órdenes jurídicos que conviven en la sociedad son considerados como la expresión de grupos sociales y culturales diferenciados y que, en ese marco, gozan de relativa independencia en su constitución interna. El estudio se circunscribe a analizar cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio al mismo tiempo, así como los efectos que surte dicho proceso sobre sus respectivos sistemas jurídicos.¹¹

El pluralismo jurídico, desde la concepción de Rocío Estremadoiro¹², se refiere al reconocimiento de la convivencia de distintas formas de hacer Derecho en igualdad jerárquica; es decir, que el Derecho consuetudinario tenga la misma validez y reconocimiento legal que el Derecho ordinario u oficial.

Silvina Ramírez¹³, sostiene que “*no existe protección adecuada de las minorías étnicas sino a través de la existencia del pluralismo jurídico, pues uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea al Estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados, y las minorías étnicas reclaman el respeto del ejercicio de sus propios*

⁹ Connie Gálvez Revollar: *El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX*, I Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Lima, 2001, obtenido en www.geocities.com/alertanet2, el 28 de abril de 2015

¹⁰ Vicente Cabedo Mallol: *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2004, p. 11

¹¹ Ariza, Libardo y Daniel Bonilla: *El pluralismo jurídico Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Obtenido en <http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>, el 6 de marzo de 2015

¹² Rocío Estremadoiro: *Los retos de la aplicación del pluralismo jurídico en Bolivia y la construcción de un Estado plurinacional*, agosto de 2007, obtenido en www.libreelaire.blogspot.com el 17 de febrero 2015

¹³ Silvina Ramírez: “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: Administración de justicia indígena”, *Pueblos Indígenas y Derecho*, obtenido en www.indigenas.bioetica.org, el 25 de marzo de 2015

derechos". En un sentido amplio, señala Pedro Garzón López¹⁴, "el pluralismo jurídico describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social".

Por otro lado, Magdalena Gómez¹⁵, manifiesta que habría una confusión entre el pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena, pues para ella el pluralismo jurídico sería un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural, de modo que la jurisdicción indígena sería una expresión de este principio, conforme puntualiza Vicente Cabedo Mallol¹⁶.

Edwin Rojas Calvimonte, señala cuatro conceptos que rompen con el mito y monopolio de superioridad del Derecho oficial, permitiendo que otros sistemas jurídicos se desarrollen. Entre estos conceptos –además de la transdisciplinariedad del Derecho, la importancia de las subjetividades y la vida cotidiana, y la diversidad– alude al pluralismo jurídico, definiéndolo "como una consecuencia lógica de la diversidad cultural, que plantea la existencia de diversos sistemas jurídicos que conviven en forma paralela al sistema jurídico moderno"¹⁷.

De esta manera, el pluralismo jurídico no es un nuevo fenómeno sino una realidad histórica; lo nuevo es su reconocimiento por parte de entidades internacionales y los Estados, un reconocimiento a veces problemático por el poder que implica en nombrar, controlar y codificarlo, y por ser típicamente subordinado al sistema nacional-estatal.

Conforme indica Cabedo, en un primer momento, los estudios sobre el pluralismo jurídico se centraron en las sociedades coloniales y post-coloniales, es lo que se ha

¹⁴ Pedro Garzón López: "Pluralismo Jurídico", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, No.5, septiembre 2013 a febrero 2014, p. 186, obtenido en <http://eunomia.tirant.com/?p=2245>, el 25 de abril de 2015

¹⁵ Magdalena Gómez: "Derecho Indígena y Constitucionalidad" Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Marzo, 2000 Arica, Chile obtenido en <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm> el 28 de julio de 2015

¹⁶ Vicente Cabedo Mallol: *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*. Icaria, Barcelona, 2012, p.17

¹⁷ Edwin Rojas C: *La crisis del derecho postmoderno en la sociedad postmoderna*, Centro de Ecología y Pueblos Andinos y Centro de Investigación sobre Pluralismo Jurídico, Cochabamba, 2004, p. 15. Este autor, al referirse a lo que denomina *Derecho Postmoderno*, se basa en cuatro conceptos: 1) Transdisciplinariedad del derecho, que manifiesta la necesidad de abrir el derecho a otros campos del conocimiento desde donde se pueda hacer un acercamiento más exacto a la realidad cotidiana; 2) La importancia de las subjetividades y la vida cotidiana, que nos acerca a las necesidades particulares de grupos e individuos dentro de una sociedad diversa, como fuente de problemáticas que deben ser reconocidas por el derecho; 3) La diversidad, que reconoce la existencia de diferentes culturas y la convivencia y relaciones interculturales que se producen entre ellas, 4) el pluralismo jurídico que ya fue explicado en lo principal.

denominado **pluralismo jurídico clásico**. Sin embargo, a finales de los años setenta, la atención se dirigió a los países industrializados, evidenciándose que también en éstos se producen fenómenos de pluralismo jurídico, como los cuatro ordenamientos no estatales que identifica Norberto Bobbio¹⁸, y que no están referidos únicamente a las comunidades coloniales o post coloniales. Es lo que se ha venido a denominar **nuevo pluralismo jurídico**¹⁹.

En el territorio de América Latina, los Estados europeos que colonizaron nuestras tierras, concibieron la idea de eliminar el salvajismo, por lo que iniciaron un proceso para “civilizar” a los indios, mediante la imposición de sistemas, órdenes, creencias, normas y sanciones europeas, considerando que “lo indio” era inferior, y debía ser desterrado.

Daniel Eduardo Bonilla sintetiza ese proceso de expansión en lo jurídico, cuando señala:

“Naturalmente, el derecho no es ajeno ni es un instrumento extraño a la anterior empresa. El trasplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales no sólo es visto como una necesidad gubernamental sino que, también, es considerado como un medio para lograr el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización. En el espacio colonial se verifica la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propia cultura y, por lo tanto, su propio “derecho”. Lo anterior, genera para las naciones colonizadoras la “necesidad de acomodo y adaptación entre ideas distintas y estipulaciones de derecho, igualdad y moral”²⁰

Así, este autor –Bonilla-, manifiesta que las relaciones entre el derecho del colonizador y el derecho de los pueblos colonizados es el principal objeto de estudio de lo que Engle Merry denomina como el pluralismo jurídico clásico, que se ocupa de analizar la coexistencia dentro de un mismo espacio –el colonial– de dos tipos de derechos – el derecho europeo y el derecho autóctono. Por una parte, se encuentran aquellos trabajos que, sin asumir explícitamente los postulados analíticos del pluralismo jurídico, suponen su existencia cuando estudian las relaciones, en términos de dominación y sometimiento, entre dos tipos de derechos que estiman diferenciados e independientes entre sí: el derecho del

¹⁸ Norberto Bobbio, en su *Teoría General del Derecho* (Temis, Bogotá, 2002), señala entre los órdenes no estatales, a los ordenamientos supra estatales, infra estatales; colaterales al Estado, y ordenamientos *anti estatales*.

¹⁹ Vicente Cabedo Mallol: *Constitucionalismo ...*, p. 11

²⁰ Daniel Eduardo Bonilla Maldonado: *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, obtenido en www.palermo.edu, el 30 de julio de 2015, p. 18

colonizador y el derecho del colonizado, citando a Clavero (1994). Aquí el derecho del colonizador es visto como un ente separado e independiente que somete y domina al derecho indígena; el respeto de los usos y costumbres de los pueblos indígenas es uno de los principales ejemplos de falso reconocimiento de lo que se considera el derecho indígena originario. El derecho consuetudinario o, mejor, la calificación que el derecho estatal hace del derecho indígena como “costumbre” es considerada una forma de degradación y subordinación de las minorías nacionales (Botero y Jaramillo 2000; Correas 1994; Stavenhagen 2002; Irigoyen 2001). Desde esta perspectiva, se da por hecho que el derecho indígena es un auténtico “derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, éste lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario.

Vicente Cabedo²¹, cita a Germán Palacio para distinguir cinco tipos de pluralismo jurídico:

- a) Pluralismo en sociedades que viven en una situación colonial
- b) Pluralismo dentro de la “Formación Social Capitalista”
- c) Pluralismo en sociedades con presencia de varias etnias o pueblos
- d) Pluralismo en sociedades cuya complejidad permite la coexistencia de sus mundos y/o subculturas
- e) Pluralismo en periodos de transición

En ese marco, Cabedo sostiene que, en realidad, y comparto su criterio, esas cinco categorías anteriores, son subsumibles en las dos categorías de pluralismo indicadas: El **clásico**, que englobaría los supuestos a) y c); y el **nuevo** en el que se encuadran los demás fenómenos de pluralismo jurídico contemplados en los incisos b), d) y e) anteriores.

De acuerdo a Bonilla²², el pluralismo jurídico clásico aporta una serie de visiones novedosas para el análisis del derecho y la sociedad. En primer lugar, analiza la interacción entre diferentes órdenes normativos cuyas bases, principios y forma de actuación son fundamentalmente diferentes. En segundo lugar, re-interpreta el denominado derecho consuetudinario como el resultado de un proceso de ajuste histórico entre un orden jurídico dominante y otro sometido. El derecho consuetudinario sería, por una parte, una forma de describir y conceptualizar los sistemas jurídicos de sociedades consideradas “primitivas” y, al mismo tiempo, el mecanismo a través del cual los “usos y costumbres” de dichas sociedades pueden ser integrados al derecho dominante dentro de una estrategia de gobierno. Por

²¹ Vicente Cabedo: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*, p.16

²² Daniel Eduardo Bonilla Maldonado: *El pluralismo jurídico...* p. 20

último, esboza las relaciones dialécticas entre órdenes normativos en aquellas situaciones en donde se pueden observar dinámicas de resistencia, ajuste y reestructuración de los distintos órdenes normativos.

El pluralismo jurídico clásico, en América Latina, viene representado por el Derecho de los pueblos indígenas sobre el que se impuso primero, en época colonial, el Derecho de los españoles y portugueses y, tras la descolonización, el Derecho oficial de los nuevos Estados. Frente a estos “Pluralismos Jurídicos de origen” encontramos otras manifestaciones de pluralismo propios de sociedades actuales, como el caso de las favelas en Río de Janeiro, estudiado por Boaventura de Sousa Santos²³.

El fenómeno del pluralismo jurídico puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista o dimensiones que no se excluyen entre sí: uno de ellos hace énfasis en la presencia de diferentes códigos de conducta que derivan del carácter híbrido de una cultura en la cual se mezclan e interactúan diferentes visiones del mundo; una segunda perspectiva analiza este fenómeno como un hecho social que pone de presente la co-existencia de varios órdenes normativos en un mismo espacio tiempo; finalmente este fenómeno puede ser apreciado como un hecho derivado de un tipo de aplicación distorsionada del derecho por parte del Estado. Estas tres visiones pueden ser denominadas como cultural, sociológica, e institucional respectivamente, conforme expresa Mauricio García. Los contextos de hibridez cultural en Latinoamérica son propicios para la emergencia del pluralismo jurídico. Allí se mezclan diferentes visiones del mundo y diferentes códigos los cuales concurren y en ocasiones compiten. Estos fenómenos han sido estudiados por la antropología legal especialmente cuando ellos tienen lugar en situaciones coloniales.

En referencia al pluralismo jurídico en general, la existencia de campos semiautónomos de Derecho y las dinámicas de la interlegalidad que se producen a partir de ellos posibilitan acudir a uno u otro sistema de justicia, y a la existencia de puentes, en algunos casos, de tensiones o de interferencias, en otros. Se trata, por tanto, de la coexistencia y la interacción de dos sistemas de justicia que no son totalmente autónomos ni plenamente híbridos²⁴. Cuando analizamos la temática del Derecho Indígena encontramos una hibridación con el sistema estatal, pero que no ha desprovisto de las características esenciales del derecho ancestral, perviviendo ambos durante siglos.

²³Vicente Cabedo: *Constitucionalismo...*, p.10

²⁴ Fundación CERES: *Pluralismo jurídico y derechos de la infancia y adolescencia*, La Paz, 2012, p. 28

Para Raúl Borello²⁵ hay profunda diferencia entre el pluralismo en Europa y Latinoamérica, de donde –sostiene– surge una *paradoja*: Mientras en los países europeos el pluralismo jurídico aparece como modo de *resistencia* a la omnipotencia estatal, en Latinoamérica la ecuación es inversa, pues el desarrollo de una normatividad paralela surge ante la *ineficacia* de la actividad estatal para contener a vastos sectores sociales. Si el primer caso es un pluralismo resultante de un *exceso* del Estado, el segundo se origina por la *ausencia* de Estado, sentencia Borello, quien indica que innumerables trabajos de investigación de fenómenos de pluralismo jurídico se producen en el estudio de la ocupación ilegal de tierra en los grandes conurbos latinoamericanos como Lima, México D.F., Río de Janeiro, Buenos Aires, etc.

Wolkmer –citado en *Pluralismo Jurídico: Nuevos constructos para microsociedades*²⁶– afirma que el pluralismo jurídico será un instrumento de lucha para combatir los males de la globalización y para legitimarse como estrategia contrahegemónica de afirmación de los derechos humanos emergentes. Pero ello, nos dice el autor, supone el reto de construir una cultura jurídica antiformalista, anti-individualista y antimonista, fundada en los valores y las necesidades de las comunidades y movimientos sociales, y vinculada a la legitimación social y a un nuevo diálogo intercultural. Esta posibilidad acontece en el contexto globalizado y neoliberal donde se abren discusiones y se buscan alternativas capaces de desencadenar directrices, prácticas y regulaciones dirigidas hacia el reconocimiento de la diferencia singular y colectiva, de una vida humana con mayor identidad, autonomía y dignidad. El pluralismo jurídico comprometido con la alteridad y la emancipación se proyecta como un instrumento contrahegemónico. Este pluralismo conduce a la discusión de una nueva cultura jurídica basada en el reconocimiento de la justa satisfacción de las necesidades y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos. Esa nueva cultura jurídica constituirá la posibilidad de una redefinición y afirmación de derechos humanos con perspectiva intercultural, como un espacio de transformación y de diálogo intercultural

El criterio que existe un solo Derecho, un único sistema normativo en cada Estado y sociedad, ha sido entonces desvirtuado no por posturas doctrinales ni por concesiones de los grupos de poder de turno, sino por la sola realidad. Por tanto, el

²⁵ Raúl Borello: *Sobre el pluralismo jurídico*, XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho(2001), obtenido en http://www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf el 19 de noviembre de 2014, p. 14

²⁶ Umbral. Revista de Derecho Constitucional. *Pluralismo Jurídico: Nuevos constructos para microsociedades*, Quito, 2014. Obtenido de http://www.academia.edu/10300586/Pluralismo_jur%C3%ADdico_nuevos_constructos_para_microsociedades, el 11 de enero de 2015.

monopolio del poder jurídico y la visión monista del Derecho ha tenido que dar paso a la visión pluralista. En ese sentido se han elaborado muchas corrientes doctrinales que explican el fenómeno. Antropólogos como Laura Nader (1963), con las contribuciones de Gauss (1959) y de Malinowski (1959), sostuvieron que dentro de una sociedad estatal pueden funcionar diversos sistemas del Derecho. Así, Otto von Gierke en el siglo XIX (1868), expresó la existencia de prácticas jurídicas en “subgrupos o asociaciones”, siendo luego seguido por Eugene Ehrlich. Sin embargo, trabajos sociojurídicos clásicos como los de Hogbin, 1934; Radcliffe-Brown, 1952; Howell, 1954; Spencer, 1959; Van de Steenhoven, 1962; Berndt, 1962, de diferentes maneras desconocieron la existencia de sistemas jurídicos en grupos como los esquimales de Norte América, los nuer del África, los papuans de Nueva Guinea y otros; es decir que los últimos autores nombrados, negaron la existencia de sistemas jurídicos múltiples en sociedades-Estado²⁷. Pero la realidad se ha encargado de desmentir sus aseveraciones, puesto que es innegable que existen diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico y a un mismo tiempo.

En ese orden de cosas, corresponde partir de lo contrario al pluralismo jurídico, es decir del monismo jurídico que únicamente considera Derecho al sistema jurídico estatal y, por tanto, es imposible que existan diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio (espacio geopolítico)²⁸. De manera que es potestad exclusiva del Estado la creación de normas. Solamente el Estado tiene este monopolio. Uno de los efectos del Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos públicos así como del control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque de un Derecho que necesariamente no coincidía con los sistemas existentes en cada uno de ellos como pueblos²⁹.

La idea que debe existir un solo sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación determina la manera cómo llenamos de contenido categorías clave par entender la comunidad política, tales como soberanía, ordenamiento jurídico, unidad política y norma jurídica. Debido a un compromiso implícito o explícito con el monismo, se establece la firme idea que dentro de un Estado debe existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo

²⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: “Derecho Consuetudinario”, *Justicia Comunitaria*, Tomo 9, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, 1999, p. 28.

²⁸ Vicente Cabedo Mallol: “De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena”, *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004, obtenido en www.scielo.unam.mx el 22 de marzo de 2015

²⁹ Esther Sánchez Botero: *Justicia, Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico*, Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad,” Bogotá, 2003, obtenido en www.ccr6.pgr.mpf.gov.br, el 13 de febrero de 2015

o grupo de individuos con poder creador de Derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y el carácter unitario de la nación. Se cree, además, que las normas jurídicas expedidas por este soberano deberán tener un carácter general y abstracto y deberán constituir un sistema claramente estratificado y coherente³⁰.

El monismo hace parte central de los ejes conceptuales a través de los cuales pensamos nuestro mundo jurídico y político por razones conceptuales y prácticas que se entrecruzan. El monismo protege y propugna valores y principios que fueron centrales para el proyecto moderno e ilustrado, de modo que la versión dominante y del monismo se entreteje con el liberalismo. Para el monismo jurídico liberal, seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, esto es, con los mismos derechos y obligaciones básicos. Por esta razón, el monismo jurídico liberal, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo³¹.

De esta forma, los ciudadanos podrán precisar fácilmente las normas que controlan sus conductas y generar expectativas razonables sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actos. Del mismo modo, los ciudadanos podrán determinar cuáles cursos de acción están prohibidos jurídicamente y, por tanto, cuál es el margen que les deja el derecho para el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Finalmente, para el monismo jurídico liberal, el orden y la unidad política de una nación solo pueden garantizarse si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un soberano único. La pluralidad de soberanos y de sistemas jurídicos, para esta perspectiva teórica, genera solamente confusión, desorden y conflicto³².

Kelsen sostenía que “nadie puede servir a dos señores” en referencia al Derecho³³, por lo cual solamente podía haber una construcción monista del Derecho. Así, el hombre solamente podía someterse a un orden: el estatal. La idea monista del Derecho establece la existencia de un único sistema universal. Para Kelsen el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas expedidas por aquél que tiene poder creador de derecho. En el Estado, que es el Derecho, radica la soberanía.

³⁰ Daniel Eduardo Bonilla Maldonado: *El pluralismo jurídico...*, p. 1

³¹ Daniel Eduardo Bonilla Maldonado: *Op. Cit.*,

³² Íd.

³³ Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Unión, Bogotá, 2000, p. 431

Para Bobbio³⁴, la teoría estatalista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en si misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*. Si por *poder* entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza (el llamado *poder coactivo*), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado.

De igual forma, para Kelsen, el ordenamiento jurídico no es un sistema de normas “yuxtapuestas y coordinadas”. El ordenamiento jurídico, como es bien conocido, tiene una forma piramidal. La pertenencia de una norma a un sistema jurídico depende no de su contenido sino de que ésta haya sido creada por el ente competente, siguiendo un procedimiento indicado en una norma superior. La norma de cierre del sistema, aquella que es fuente de la diversidad de las normas jurídicas inferiores, sería la norma fundamental, esto es, aquella norma que es necesario suponer para cualquier estudio positivista del derecho. El ordenamiento jurídico es entonces para Kelsen, un sistema de normas jerarquizado, creado por un conjunto de instituciones centralizadas a través de procedimientos previamente establecidos en una Constitución que deriva su validez de una hipótesis: la norma fundamental.

Empero, quienes propugnan y reconocen el pluralismo jurídico concuerdan en poner en entredicho el criterio monista que identifica al Derecho solamente con aquel producido por el Estado, sosteniendo que –al contrario- existen otros órdenes jurídicos que no son parte del “Derecho oficial”³⁵. La idea del monismo jurídico ha distorsionado totalmente la realidad con fines políticos, sociales y hasta económicos. Entonces, el criterio del reconocimiento del pluralismo jurídico surge

³⁴ Norberto Bobbio: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002, 2ª Edición, pp. 9 y 10.

³⁵ Daniel Eduardo Bonilla Maldonado: *El pluralismo jurídico*....p. 13

como una respuesta a la aspiración monopolista y centralizadora del Estado. De acuerdo con lo anteriormente mencionado, podemos establecer que el pluralismo se opone o coloca en entredicho la concepción monista del Derecho, que establece el monopolio estatal de la existencia y producción jurídica de un solo Derecho – doctrina jurídica moderna- por lo tanto, no pueden existir otros derechos o sistemas jurídicos al interior de cada Estado-nación. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista de centralización del poder político en el Estado y su especialización en las formas de control social, formulada originalmente por Hans Kelsen en su obra “Teoría Pura del Derecho”, el cual afirma la existencia de un sólo Derecho para un solo Estado, a través de su pirámide normativa³⁶.

1.2 Monismo jurídico versus pluralismo jurídico

El desafío principal del pluralismo jurídico cuestiona la exclusividad de la teoría del monismo jurídico para explicar fenómenos jurídicos contemporáneos, pues considera que la realidad rebasa sus marcos explicativos ante la emergencia de diferentes actores colectivos cuyas normas de autorregulación no se reducen al derecho estatal ni se explican desde la ciencia jurídica tradicional³⁷. Conforme sostiene Wolkmer³⁸, el tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo, insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tenor filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con orígenes diferenciados y características singulares, comprendiendo el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí. No es fácil consignar una cierta uniformidad de principios en razón de la amplitud de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices

³⁶ María del Rosario Salamanca, Ramón Maureira Huircaman y Verónica Núñez: “Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado”, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003*, obtenido en www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_7.pdf en 1 de diciembre de 2014.

³⁷ Pedro Garzón López: “Pluralismo Jurídico”, ob. Cit., p. 186

³⁸ Antonio Carlos Wolkmer: *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>, obtenido el 16 de agosto de 2014

conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc.

Estas aseveraciones –siguiendo al citado Wolkmer- nos remiten originalmente al mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones de oficios, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano. Efectivamente fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se identificó la idea que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. Con la llamada “personalidad de las leyes” se estableció que la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. Destacando este cuadro, Norberto Rouland sitúa cuatro manifestaciones legales: un "Derecho señorial" fundado en la función militar; un "Derecho canónico" que se basaba en los principios cristianos; un "Derecho burgués" apoyado en la actividad económica y por fin, un "Derecho real", con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política.

Ya la estatalización del Derecho se hará efectiva, en Europa, con el surgimiento de la racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana³⁹.

La identidad entre Derecho y Derecho estatal –puntualiza hábilmente Liliana López López⁴⁰- que permeó a juristas y a científicos sociales en general, obscureció la comprensión en un amplio espectro del fenómeno jurídico. Esta concepción, que ligó indisolublemente Derecho y Estado, y redujo el Derecho a mero Derecho estatal, resulta hoy estrecha e inadecuada para captar el comportamiento y los patrones de transformación que incluso el propio Derecho estatal presenta en las últimas décadas. Tanto en el ámbito internacional como el intra-nacional se desarrollan fenómenos que no alcanzan a ser explicados por este paradigma o que cuestionan algunas de sus principales afirmaciones. Los límites del Derecho moderno –maximalista, abarcador de todas las hipótesis sociales, coherente, unitario, del eterno presente– se expresan en el cambio constante de los ordenamientos jurídicos estatales, donde su obsolescencia crece (la del Derecho y

³⁹ Antonio Carlos Wolkmer: *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio...*

⁴⁰ Liliana López López: “El Pluralismo Jurídico: Una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”, en Revista de Derecho Constitucional. Pluralismo Jurídico: Nuevos constructos para microsociedades, Quito, 2014. Obtenido de http://www.academia.edu/10300586/Pluralismo_jur%C3%ADdico_nuevos_constructos_para_microsociedades, en 11 de julio de 2015

la del derecho), donde su unidad y solidez se erosionan por su cambio constante y por su determinación radicada en múltiples sitios más allá del Estado. La realidad jurídica contemporánea se complejizó mucho más de lo que previeron las teorías jurídica y política liberales. El paradigma jurídico dominante no impidió que subsistieran junto a él otros que discordaban en muchas de sus afirmaciones centrales. Y que, desde luego, permanecieron en situación marginal y subordinada. Algunas de esas posturas teóricas hace mucho que impugnaron el monopolio y la centralidad del Estado en el fenómeno jurídico. Aunque no fueron muy conocidas – al menos hasta hace relativamente poco tiempo –, permanecieron vivas y en ciertas “burbujas” académicas, bullendo y reproduciéndose. Al grupo multicolor de posturas teóricas que compartían dicha impugnación se le conoce como pluralismo jurídico.

Conforme analiza Wolkmer⁴¹, a pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del Estado Nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria, que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad. Este autor expresa que la consolidación de la sociedad burguesa, la plena expansión del capitalismo industrial, el amplio dominio del individualismo filosófico, del liberalismo político económico y del dogma del centralismo jurídico estatal, favorecen una fuerte reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX, por lo cual –continúa– no parece haber dudas de que en las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los jusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la retomada del pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths).

La perspectiva iuspluralista no es nueva como posición teórica. Lo novedoso es el auge que ha tenido en los últimos veinticinco años, rescatada como una opción teórica que permite acoger el análisis lo mismo de cuestiones relativas a la diversidad sociocultural (donde han estado concentradas el grueso de las discusiones del pluralismo jurídico) que a las transformaciones que los nuevos modos de acumulación capitalista han traído a la arena del Derecho. Su principal virtud (y pretensión) consiste en romper la equiparación Derecho-igual-a-

⁴¹ Wolkmer, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio...*

Derecho-estatal, tomando a este como uno entre varios tipos de derecho, a partir del reconocimiento de que tal equiparación es restrictiva e inadecuada. Esta perspectiva teórica contribuye a: 1) ampliar la perspectiva de aquello que ha de considerarse como Derecho, 2) complejizar el análisis del mismo y 3) reformular la propia concepción del Derecho⁴².

1.3 Antecedentes doctrinales

Para una cabal comprensión del pluralismo jurídico, considero imperioso recordar algunos importantes antecedentes doctrinales al respecto, que permiten entender el reconocimiento de una visión pluralista del Derecho, y que servirá de base para el desarrollo del trabajo, aplicado a la realidad boliviana.

A ese fin, se sintetizarán a continuación, las más relevantes posturas y teorías que han constituido la base del reconocimiento del pluralismo jurídico.

1.3.a *La ficción de la unidad del orden jurídico: Eugene Ehrlich*

Eugene Ehrlich fue el primero en hablar de un “**Derecho viviente**” o un “Derecho vivo” y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Sostuvo que la idea de unidad del orden jurídico es arbitraria y ficticia. Postula que el punto central del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino que se halla en la sociedad misma, por cuanto existe un Derecho viviente que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, especialmente la observación directa de la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos y no solamente de los reconocidos jurídicamente, sino también de aquellos ignorados o venidos a menos por el Derecho. Este autor afirma que el Derecho no es necesariamente un producto del Estado, la parte más grande del Derecho tiene su origen en la sociedad, dado que el Derecho es un orden interno de las relaciones sociales, como la familia, la propiedad, el contrato, las sucesiones, etc. No es correcto considerar que estas instituciones legales han sido introducidas a través de normas jurídicas o de leyes (escritas), ya que la legislación que reglamenta las instituciones referidas tiene como presupuesto la existencia de ciertos elementos de hecho como el matrimonio

⁴² Liliana López López: “El Pluralismo Jurídico: Una propuesta paradigmática...”

o la familia, que ya existían antes de la norma positivada. Así se puede afirmar que la norma jurídica está condicionada por la sociedad.⁴³

Para Ehrlich el Derecho es el ordenamiento del comportamiento humano en el ámbito de las interrelaciones de personas dentro de un grupo sin importar su tamaño. Las sociedades no están compuestas de individuos que actuaban independientemente, sino por personas que actúan como miembros de un grupo o subgrupo dentro de una sociedad mayor por necesidad o dominio; por tanto, el comportamiento de la gente no está regido por las leyes del Estado sino principalmente, por los ordenamientos internos de los subgrupos que es lo que llamó “Derecho vivo”⁴⁴.

1.3.b La visión de Santi Romano

Una de las primeras reacciones contra el estatismo del Derecho, procedió de la **teoría de la institución**, con **Santi Romano**. Las ideas del mencionado autor, más que oponerse al estatismo, se oponen a la concepción normativa del Derecho, pues sostiene que el elemento decisivo en el Derecho es la *organización*, en el sentido que lo jurídico nace en el momento en el cual un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica.

Expresa Santi Romano⁴⁵:

“Lo que sucede es que al afirmarse el denominado Estado moderno, y como consecuencia de la extensión de su fuerza y predominio sobre estas comunidades independientes (en que se fragmentaba la sociedad en el Medioevo), y tal vez antagónicas hasta entonces, pudo tenerse la ilusión de haber unificado el ordenamiento jurídico y pudo desarrollarse sin aparentes y notorias contradicciones con la realidad, la teoría que ve en el Estado el único señor y árbitro, no solo de su Derecho, sino de todo el Derecho”

Romano ha afirmado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica; pero la vida social, más imperiosa y

⁴³ Alfredo Sánchez-Castañeda: “Los orígenes del Pluralismo Jurídico”, *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2007, p. 24

⁴⁴ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Justicia Comunitaria*, Tomo 9, La Paz, 1999, p. 28

⁴⁵ Santi Romano: *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo Reus, Madrid, 2012

fuerte que el Derecho estatal, ha edificado en forma paralela y en ocasiones en oposición al Estado, una serie de órdenes parciales en el seno de los cuales, sus relaciones pueden extenderse en condiciones más convenientes. Se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Así, este doctrinario sostiene que el Derecho no debe ser concebido únicamente desde la noción de norma jurídica, ya que pueden existir órdenes jurídicos sin normas, donde el juez, encargado de solucionar conflictos, propone él mismo las normas. Señala también que el Derecho no implica imprescindiblemente una sanción, y que la licitud así como la juridicidad de un sistema deben estudiarse de acuerdo al sistema jurídico mismo y no en relación con otro u otros sistemas. Cada sistema es independiente y posee autonomía propia, por ende, a cada uno se desarrolla libremente dentro de su propia esfera⁴⁶.

Algo importante en el pensamiento de Romano es que la falta de reconocimiento de un sistema por parte de otro, no lo hace menos relevante, dado que cada uno funciona en su propio espacio y su fortaleza la obtiene de sí mismo y de sus características intrínsecas.

Como dice Bobbio⁴⁷, para Romano existe Derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que Romano llama institución.

Bobbio señala que la doctrina de la institución –de Romano-, aunque ha tenido críticas en contra, representa una reacción contra el estatalismo y es uno de los tantos medios con los cuales los teóricos del Derecho y de la política han tratado de oponerse a la expansión del estatalismo.

Entre las críticas al criterio de Santi Romano, está la de haber considerado que antes de ser norma, el Derecho es organización. Bobbio cuestiona esa afirmación por cuanto, partiendo que la organización significa distribución de funciones de manera tal que cada miembro del grupo participe según sus capacidades y competencias en el logro de un fin común, esta distribución de tareas no se puede cumplir sino a través de normas de conducta. Entonces, no es cierto que la organización se de antes que las normas, sino que las normas son anteriores a la organización. Pese a ello, reconoce que la teoría de la institución ha tenido el mérito de poner de relieve el hecho que sólo se puede hablar de Derecho cuando

⁴⁶ Alfredo Sánchez Castañeda: “Los orígenes del pluralismo jurídico” ..., p. 25

⁴⁷ Norberto Bobbio: *Teoría General...*, p. 8.

hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que el Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas⁴⁸.

1.3.c Georges Gurvitch: La teoría de los hechos normativos

En el ámbito de la sociología jurídica, el pluralismo jurídico se va a convertir en una categoría importante. El mismo objeto de estudio de la disciplina, que se ocupa de la interrelación entre el Derecho y la sociedad, indujo al reconocimiento de otras esferas jurídicas frente al Estado.

Georges Gurvitch, eminente sociólogo francés de origen ruso, se sirve de la historia del Derecho para demostrar que el pluralismo jurídico siempre ha existido. Cabedo⁴⁹ cita que Gurvitch entiende por pluralismo jurídico como aquella dirección del pensamiento que se opone del modo más explícito e intransigente al estatismo jurídico, es decir, a la concepción que atribuye al Estado el monopolio del poder político, reduce todo el Derecho a Derecho del Estado y hace residir en la ley del Estado la fuente suprema del Derecho. Distingue junto al Derecho Estatal, dos tipos de Derecho: el Derecho individual (interindividual e intergrupar), y el Derecho social. El Derecho individual sería el de los valores personales (intercambios bilaterales entre individuos), y el Derecho social el de los valores transpersonales (integración y colaboración entre individuos).

Es necesario mencionar que Georges Gurvitch no introduce el término de pluralismo jurídico, pero lo describe al afirmar que los grupos sociales producen su propio derecho, entre los que menciona al Estado, pero como uno entre muchos más. Tampoco Eugene Ehrlich menciona propiamente el término pluralismo jurídico, pero de su concepción del Derecho se desprende también como un precursor de esta corriente. Para él el reconocimiento verdadero de lo que es Derecho, debe ser buscado no sólo en el Derecho estatal (moderno) sino en la vida de las asociaciones incluyendo las ignoradas o desaprobadas por el Derecho estatal, es ahí donde se encuentra el *derecho vivo*. Hay un innegable paralelismo entre este concepto y la línea de la antropología jurídica, que encuentra al Derecho en las prácticas. Pero se distancia de ellas en el aspecto de que para Ehrlich el centro del Derecho no está en las formas cómo se resuelven las disputas o en la

⁴⁸ Íd.

⁴⁹ Vicente Cabedo: *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*p. 20

administración de justicia, sino en su función organizadora, de ahí que al estudiar el Derecho destaque el concepto de *normas de ordenación*.⁵⁰

1.3.d *Jean Carbonnier y el pluralismo jurídico*

Nathalie González Lajoie⁵¹ sintetiza el pensamiento del jurista Carbonnier de la siguiente manera: Cuando los juristas de un país consideran su sistema jurídico nacional, hacen de él una presentación monista: el Derecho sería un todo homogéneo, un bloque sin fisuras y es que lo identifican con el Estado ; por otra parte, en un territorio dado, en un momento dado, no parece que quepa más de una soberanía. Si se manifiestan excepciones a esta unidad del sistema jurídico, procurarán hacerlas volver al lugar que les parece que les corresponde suponiendo que los derechos aparentemente distintos sólo son realmente eficaces por una delegación que el Estado ha consentido de su monopolio legislativo. Así es como explicarán que una ley extranjera pueda venir a hacer la competencia a una ley nacional, o que los estatutos de una asociación puedan regir la vida de la agrupación como una especie de ley interna. Estos fragmentos de derecho no estatal sólo tendrían fuerza derivada. La sociología jurídica, para Carbonnier, debe proceder desde un punto de vista del todo opuesto en virtud del cual el derecho es esencialmente múltiple y heterogéneo. Se ha de considerar que en el mismo momento, en el mismo espacio social, pueden coexistir varios sistemas jurídicos: el sistema estatal, ciertamente, pero otros con él, independientes de él, eventualmente sus rivales. Es, para este autor, la hipótesis del pluralismo jurídico. Hipótesis ante todo científica, que se quiere constatación de los hechos, que puede ser entendida también como una doctrina de política legislativa que critica el monopolio del Estado en la formación del derecho y reclama una descentralización de la actividad legislativa, una multiplicación de las fuentes.

Para Carbonnier, considerando el pluralismo sólo como un asunto de fuentes, y por así decirlo, de derecho constitucional, no se agotan todas sus posibilidades. En realidad no existiría «un pluralismo» sino «fenómenos de pluralismo», de una extrema diversidad, que habría que intentar clasificar.

Carbonnier reflexiona acerca del hecho de que ningún sistema jurídico ha estado solo en el planeta: ni siquiera el derecho romano, el que más se acercó a la universalidad ignoraba que existían leyes bárbaras más allá de sus fronteras; hoy

⁵⁰ Bonilla...Ob. Cit.

⁵¹ Nathalie González Lajoie: *El pluralismo jurídico en Carbonnier*, obtenido el 10 de julio de 2015 en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142385.pdf

en día, la O.N.U. emite textos con pretensión universal, pero sólo son *ratione materiae parcelarios*, no forman por lo tanto un sistema de derecho. El derecho de cada pueblo tiene una singularidad histórica que le opone a todos los demás y que, en combinación con otros elementos -en particular, la lengua- concurre a componer una cultura. Si una cultura propia de un pueblo entra en contacto con la cultura de un pueblo diferente, surgen fenómenos que no se pueden determinar de antemano. Si, como consecuencia este contacto intercultural o de una manera independiente, un sistema jurídico se manifieste en el área, el espacio de otro, se pueden esperar interacciones de varios tipos.⁵²

1.3.e La concepción del ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio

Para Bobbio, el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: La primera fase, estatal o nacional, corresponde al nacimiento y desarrollo del *historicismo jurídico*, principalmente a través de la Escuela Histórica del Derecho que afirma que los derechos emanan directa o indirectamente de la conciencia popular. Existe no sólo uno, sino muchos ordenamientos nacionales porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio⁵³. La segunda fase corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, un grupo social organizado.

Dentro de ese marco de pensamiento, Norberto Bobbio indica que entre los ordenamientos no estatales se pueden distinguir cuatro tipos:

- a) Ordenamientos *supra estatales*, como el ordenamiento internacional;
- b) Ordenamientos *infra estatales*, como los propiamente sociales, que el Estado reconoce, limitándolos o absorbiéndolos;
- c) Ordenamientos *colaterales al Estado*, como el de la Iglesia Católica, según una concepción,
- d) Ordenamientos *anti estatales*, como las asociaciones para delinquir, las sectas secretas y otras de ese tipo⁵⁴.

⁵² Íd.

⁵³ Alfredo Sánchez Castañeda, ob. Cit.

⁵⁴ Norberto Bobbio: *Teoría General...*, p. 244

1.4 Doctrinas sobre pluralismo jurídico en Latinoamérica

Es profusa la producción doctrinal sobre el pluralismo jurídico en América Latina. La razón es obvia: En estos territorios es donde se presenta el denominado pluralismo jurídico clásico con bastante claridad y donde se ha generado el mayor reconocimiento a los sistemas jurídicos ancestrales, tanto en las constituciones como a través de las líneas jurisprudenciales.

De acuerdo a lo sostenido por Pedro Garzón López⁵⁵, la concepción alternativa del derecho pone en cuestión la concepción clásica del mismo, legitimada en la soberanía estatal en virtud del cual se justifica el monopolio exclusivo del Estado en la producción y aplicación del derecho (Bobbio, 1999: 27-28). El desafío principal del pluralismo jurídico cuestiona la exclusividad de la teoría del monismo jurídico para explicar fenómenos jurídicos contemporáneos, pues considera que la realidad rebasa sus marcos explicativos ante la emergencia de diferentes actores colectivos cuyas normas de autorregulación no se reducen al derecho estatal ni se explican desde la ciencia jurídica tradicional. Algunas de estas manifestaciones representan los pueblos indígenas y han sido recogidas por autores con valiosos aportes para el estudio del pluralismo jurídico (Correas, 2007; Yrigoyen, 1999; Clavero, 1994); las Rondas campesinas en el Perú (Laos Fernández, Rodríguez Gómez y Paredes Diez Canseco, 2009; Rodríguez Aguilar, 2007); las favelas en Brasil (De Sousa Santos, 2009); los nuevos movimientos sociales (Wolkmer, 2006); la *lex mercatoria* (De Sousa Santos, 1998; Olgiati, 2006).

Ciertamente, cada vez más son los estudiosos que están contribuyendo a enriquecer el análisis del Pluralismo Jurídico en América Latina, por lo cual mencionaré únicamente a algunos de los autores más destacados sobre el tema, de los cuales, junto con otros no menos importantes, se sintetizan sus pensamientos y propuestas a lo largo del presente trabajo.

En Bolivia, se han desarrollado numerosos estudios sobre el pluralismo jurídico, siendo de remarcar el gran aporte de Xavier Albó, Idón Moisés Chivi Vargas, Franz Barrios Subelza, Luis Tapi, Farit Rojas Tudela, Raúl Cáceres, y otros.

Seguidamente, presento una síntesis del pensamiento sobre pluralismo jurídico de autores latinoamericanos, pero también de autores europeos, como Boaventura de Souza Santos (portugués) que -al igual que Vicente Cabedo Mallol, Bartolomé Clavero (españoles), cuyos estudios han sido estudiados en la presente

⁵⁵ Pedro Garzón López: "Pluralismo Jurídico", *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, No.5, septiembre 2013 a febrero 2014, p. 186, obtenido en <http://economia.tirant.com/?p=2245>, el 25 de abril de 2015

investigación-, han centrado su preocupación en esta temática en diversos pueblos latinoamericanos.

1.4.a Rodolfo Stavenhagen

Sociólogo, nacido en Alemania pero inmigrado desde niño a México. Defensor de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Docente e investigador de ciencias sociales, máster en Antropología Social en la Escuela Nacional de Antropología e Historia (México D.F.), y Doctor en Sociología (Universidad de París).

Entre sus varias obras, destacan: *Derechos humanos de los pueblos indígenas; Conflictos étnicos y estado nacional; Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América; Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. En las que su pensamiento fluye en sentido de la innegable existencia del pluralismo jurídico y la necesidad de estudiar el *Derecho consuetudinario* como lo denomina. Señala que varias son las razones para el estudio del Derecho consuetudinario en los pueblos indígenas de América Latina, en primer término porque es considerado parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, en segundo, porque constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad.

1.4.b Raquel Yrigoyen Fajardo

Abogada peruana. Doctora en Derecho y con varios posgrados. Experta en derechos humanos, acceso a la justicia y derechos indígenas. Género y derechos de la mujer. Derechos de minorías. Multiculturalidad y diálogo intercultural. Tiene más de 70 escritos, entre libros y artículos, sobre Pluralismo jurídico, derecho indígena, campesina, justicia comunitaria, rondas campesinas. Constituye un referente no solo en el análisis del pluralismo jurídico, sino en la lucha por el resguardo y respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Entre sus últimos aportes al estudio del pluralismo jurídico, se refiere a las principales innovaciones del constitucionalismo latinoamericano frente al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. Para lo cual propone una clasificación de tres ciclos: constitucionalismo multicultural (1982-1988), constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y contitucionalismo plurinacional. La categorización no solo resulta novedosa como ejercicio académico sino que provee herramientas útiles para comprender los

postulados que enmarcan tensiones y conflictos contemporáneos comunes en varios países de la región, como los relacionados con la ineficacia en la protección de los derechos territoriales de grupos étnicos.

1.4.c Boaventura Souza Santos

Es doctor en Sociología del Derecho (Universidad de Yale) y profesor catedrático de Sociología en la Universidad de Coímbra. Considerado como uno de los principales intelectuales en el área de ciencias sociales, con reconocimiento internacional. Ha realizado varios estudios respecto del Pluralismo Jurídico y diversas obras publicadas que enriquecen el análisis de este tema.

Sus escritos se dedican al desarrollo de una Sociología de las Emergencias, que según él pretende valorizar las más variadas gamas de experiencias humanas, contraponiéndose a una "Sociología de las Ausencias", responsable del desperdicio de la experiencia.

El profesor de Coimbra, sostiene que el surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos: **a)** El "origen colonial"; **b)** El "origen no colonial". En el primer caso, el pluralismo jurídico se desarrolla en países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués etc.). Con esto, se impuso, forzosamente, la unificación y administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del "Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales", autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de "conflictos y de acomodaciones precarias"⁵⁶.

1.4.d Oscar Correas Vásquez

Nacido en Argentina pero de nacionalidad mexicana. Doctor en Derecho y magíster en Ciencias Sociales. Su patente contribución al estudio del Pluralismo jurídico lo coloca entre los juristas expertos sobre la temática.

⁵⁶ Sousa Santos, B.: "El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica", Porto Alegre, 1988. p. 73.

Sobre la existencia de diversos órdenes jurídicos dentro de un mismo espacio geográfico, Oscar Correas declara que⁵⁷:

La aceptación de que pueden existir diversos órdenes o sistemas jurídicos en un mismo territorio y para los mismos súbditos, conlleva una imagen del fenómeno jurídico distinta de la que tienen en mente los teóricos tradicionales. Implica que el monismo jurídico se ha roto. Que la juricidad ha estallado, dando lugar a múltiples normatividades. Esto genera también una imagen distinta del ejercicio del poder. Ahora existen muchos sistemas normativos, al servicio de distintos focos de poder. Unos son jurídicos, otros, tal vez no, dependiendo de que constituyan órdenes o sistemas normativos que organicen algunas de las formas de violencia en la sociedad, de que tengan funcionarios especializados y de que sean eficaces. Ahora es mucho más próxima a la realidad la imagen del Derecho. Por lo menos a la realidad de quienes lo usan, y de quienes estudian cómo se usa; es decir, de su impacto en la vida de los hombres.

En Bolivia, se han desarrollado numerosos estudios sobre el pluralismo jurídico, siendo de remarcar el gran aporte de Xavier Albó, Idón Moisés Chivi Vargas, Franz Barrios Suvelza, Luis Tapia, Farit Rojas Tudela, Raúl Cáceres, y otros.

1.4.e Antonio Peña Jumpa⁵⁸

En el Perú, Antonio Peña Jumpa –Abogado, experto en antropología y sociología-, realiza un profundo estudio y análisis permanente del pluralismo jurídico, siendo muy relevante el caso de Calahuyo, pueblo que empezó integrada al sistema legal peruano, empero, durante la década de los años setenta del siglo XX, determinó romper con el mismo, edificando su propio sistema de resolución de conflictos. Este apartamiento fue resultado no sólo de la propia disfuncionalidad de los procedimientos oficiales jurisdiccionales –muy costosos, lentos, excesivamente formalistas- sino, por los diferentes elementos culturales reinantes en la comunidad, que establecen un ámbito normativo distinto a los del sistema oficial.

⁵⁷ Oscar Correas: “Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Nacional Autónoma de México, obtenido de www.e-archivo.uc3m.es, el 13 de abril de 2015

⁵⁸ Peña Jumpa, Antonio: “Justicia comunal en los andes del Perú: el caso de Calahuyo”, *Antropológica*, Lima, 1999

1.5 El Estado monocultural y el monismo jurídico en Bolivia

A partir de la colonización, los pueblos originarios quedaron en una posición subordinada, en permanente situación de despojo territorial y bajo condiciones de explotación económica. Tal situación fue justificada mediante la construcción colonial de la “inferioridad natural de los indios”; así el Derecho se encargó de perpetuar tal ideología, por lo que los *indios* fueron definidos jurídicamente como “menores, rústicos y miserables”⁵⁹.

Conforme sostiene Colomer⁶⁰, no sin razón se ha dicho que en la primera fase de la independencia de los territorios de la corona española en América, se asiste a una *guerra civil* entre criollos, los enfrentamientos se producen entre los “americanos-españoles” fieles a la corona y aquellos que quieren fundar nuevas repúblicas independientes.

El tema es que durante la colonia y la guerra por la independencia, la exclusión de los *indios*, así como sus normas de organización, instituciones, autoridades y resolución de conflictos, fue subestimada al extremo de considerarla como un sistema inferior, *de salvajes*, frente al sistema español.

Juan Daniel Oliva Martínez manifiesta lo siguiente⁶¹:

“Muchos Estados en los que la población indígena era muy numerosa, surgieron y se desarrollaron a partir de lo que se ha denominado el monopolio de cultura legítima. Era desde las esferas de poder desde las que se definía y se promocionaban las culturas y las lenguas que se consideraban legítimas, siempre de acuerdo con los grupos culturales que al interior de los Estados detentaban el poder político y la primacía social y económica, aunque no representaran necesariamente a los grupos étnicos mayoritarios. De esta manera, muchas sociedades modernas surgieron a partir de esa tríada que establecía que a cada Estado, le correspondía un grupo humano homogéneo que compartía una única cultura, lengua y religión.”

⁵⁹ Clavero, Bartolome. Derecho indígena y cultura constitucional en América.

Siglo XXI Editores, México, obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero el 22 de abril de 2015

⁶⁰ Antonio Colomer Viadel: *Comunidades y ciudades, Constituciones y solidaridades*, Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2015, p. 74

⁶¹ Juan Daniel Oliva Martínez: *Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*, obtenido de <http://www.sqdi.org/wp-content/uploads/211-08-Martinez.pdf>, en 19 de abril de 2016

El citado autor dice que existe una diversidad de culturas que no son sino la manifestación de la diversidad humana, en el sentido de que los grupos humanos que pueblan la tierra, tienen diferentes modos de explicar la realidad en la que se ven inmersos, diferentes maneras de organizarse, distintos códigos y distintas interpretaciones acerca de lo que ellos mismos constituyen y representan como grupos etnoculturales diferenciados con una identidad colectiva particularizada.

En este análisis, es necesario resaltar que el Estado se construyó, de acuerdo a Silvina Ramírez, alrededor del pensamiento liberal e ilustrado, con fundamento en valores como la libertad individual frente al Estado y la igualdad formal ante ley, en desconocimiento de la visión del mundo de los pueblos indígenas.⁶² A ello se suma el hecho que el Estado, a través de sus instituciones, especialmente la judicial, no pudo llegar a todas las comunidades existentes en el territorio boliviano, lo que determinó la permanencia y aplicación de las costumbres en las comunidades indígenas, para regular su vida social y enfrentar los problemas de relacionamiento cotidiano.

Es en ese sentido que se hace referencia a un *Estado monocultural*, en la medida en que en su diseño sólo se tomó como parámetros los valores culturales de un solo grupo. Con esta concepción resultaba inevitable la construcción monista del derecho, que parte de la idea que “el Derecho sólo existe en la forma de un sistema único y universal”⁶³. Bajo ese criterio, un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado; por tanto, aquellas otras normas que pueden existir en una sociedad, quedan al margen del derecho.

Como anota Raquel Irigoyen,⁶⁴ hasta antes de las reformas constitucionales que fueron introducidas en los países andinos como Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994 y Ecuador en 1998, a consecuencia del reconocimiento internacional sobre el derecho de los pueblos indígenas, traducido en el Convenio 169 de la OIT, la teoría dominante del derecho en Latinoamérica se fundaba en la teoría kelseniana sobre el monismo jurídico, es decir, que a un Estado le corresponde un solo sistema jurídico o derecho, y toda otra norma que no proviniera del Estado era considerada como costumbre y, en tal sentido, sólo fuente supletoria del derecho. Sólo el Estado tenía monopolio de la violencia

⁶² Silvina Ramírez, “Diversidad cultural y administración de justicia”, en *Artículo Primero* (Santa Cruz), 7 (mayo-septiembre): pág. 23.

⁶³ Sánchez Castañeda, Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en *Pluralismo jurídico e Interculturalidad*, Asamblea Constituyente, Instituto de Estudios Internacionales IDE, Bolivia, 2008, pág. 22 y 55.

⁶⁴ Irigoyen Fajardo, Raquel Z, “Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia Ecuador)”, *Pena y Estado* N° 4, El Puerto, Buenos Aires, 2000

legítima y sólo él tenía la potestad de regular la vida social y perseguir y reprimir los hechos delictivos.

De acuerdo a la misma autora, a la teoría del monismo jurídico se une la concepción del Estado-nación, que dio fundamento y supuesta legitimidad política a la identidad Estado-derecho:

“El largo proceso de centralización política de los estados europeos, la articulación espacial vía el mercado y la creación de pautas de homogeneización cultural (idioma, instrucción formal) se concretó en el siglo XIX con la conformación de los Estado-nación europeos. Se instituyó la centralización del poder político en un espacio geo-político, la división de poderes y sistemas de garantías y derechos ciudadanos. Durante los siglos XIX y XX la noción de Estado-nación fue muy exitosa para fundamentar los procesos de descolonización de los países que se independizaron de sus metrópolis europeas, bajo la idea de que a una nación, le correspondía un Estado. Los criollos independentistas sustentaron que en los países coloniales habían surgido nuevas naciones mestizas con su propia identidad, distinta a la de la metrópoli; pero hegemonizaron la idea de nación bajo las características del grupo dominante, oficializando una sola cultura, una religión (la católica), una identidad, un idioma (el castellano o español). La existencia de un solo sistema normativo dentro un Estado, se legitimaba en la idea de que el Estado representaba a un pueblo culturalmente homogéneo.”⁶⁵

En ese contexto, el derecho se fundó, como señala la autora citada, en dos ideas: que a un pueblo supuestamente homogéneo le corresponde un único sistema normativo, y que al Estado le corresponde el monopolio de la violencia legítima para reprimir la comisión de delitos.

Bajo el sistema antes descrito, desde la República, Bolivia se organizó bajo las *vértebras* del constitucionalismo liberal, anotadas por Raquel Yrigoyen: Estado-nación monocultural, monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria⁶⁶; aunque es evidente que en Bolivia, dada la importancia de la contribución indígena, existió relativa *autonomía* de los pueblos indígenas para aplicar sus propias normas hasta la Ley de exvinculación de las tierras de 1876, donde se intentó disolver a los pueblos indígenas; sus tierras, su estructura de organización, autoridades, etc., expandiéndose las haciendas y la servidumbre indígena hasta la revolución de 1952.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010., p. 1.

Bajo el influjo del constitucionalismo social iniciado por la Constitución de Querétaro de 1917 (México), seguida por la Constitución de Weimar de 1919, en Bolivia, la reforma constitucional de 1938 introdujo diversos regímenes: Económico (Constitución Económica), social (Derechos sociales); familiar (*Defensa de la infancia, protección a la maternidad*); cultural (*La educación como función del Estado*); del campesinado (*Se reconoce y garantiza la existencia de comunidades indígenas*).

Luego de la revolución de 1952, se reconoció el derecho a la titulación de tierras de las comunidades indígenas y a la organización de sindicatos campesinos, se amplió la participación política de todos a través del voto universal, se democratizó el acceso a la educación, que se extendió al área rural. En resumen, se intentó diluir la diversidad étnica-cultural, enarbolando la nueva ideología del Estado mestizo.⁶⁷

Sin embargo, esa nueva concepción del Estado no tomó en cuenta las barreras idiomáticas y culturales que tenían los pueblos indígenas para acceder, en condiciones de igualdad, a los derechos reconocidos tras la revolución del 52: en ese entendido, “la adquisición de conocimientos culturales legítimos por parte de los grupos indígenas quedó constreñida a la transición obligatoria a un idioma ajeno, al castellano, y a la asunción de unas pautas culturales producidas y monopolizadas por las colectividades mestizo urbanas, con lo que nuevamente los mecanismos de exclusión étnica se activaron, solo que de manera renovada y eufemistizada”.⁶⁸

De acuerdo a lo anotado, en el marco del constitucionalismo social se buscó “integrar” a los indígenas al Estado y el mercado sin cuestionar las bases del constitucionalismo liberal sobre el Estado –nación monocultural y el monismo jurídico⁶⁹.

2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO?

Hans Kelsen manifiesta que el Derecho no es una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el Derecho positivo es un

⁶⁷ Xavier Albó y Franz Barrios Suvelza, Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías, La Paz, Documento de Trabajo, Informe nacional sobre desarrollo humano en Bolivia, PNUD, 2006, p. 41.

⁶⁸ Álvaro García Linera: “¿Que es una Nación?”, *Critica*, No. 3, La Paz, Septiembre 2001, p. 6

⁶⁹ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*, op. cit. p. 2.

fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante – sostiene-, subsiste la idea de un valor jurídico absoluto que no ha desaparecido del todo: la idea moral de la justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el Derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles⁷⁰.

Los conceptos más utilizados cotidianamente resultan los más difíciles a la hora de ser definidos. Es lo que ocurre con el concepto de Derecho. Así, se puede entender, como un primer acercamiento, que el Derecho es el conjunto de reglas y principios, cuyo objeto principal es regular la conducta de las personas y para hacerla efectiva puede recurrir inclusive a la utilización de la fuerza pública. En general, se dice corrientemente que Derecho es el conjunto de normas que regulan la convivencia humana.

El concepto de existencia del Derecho es utilizado reiteradamente por Kelsen. Una norma positiva –señala- existe cuando es válida. Y el concepto de validez remite, precisamente a la creación estatal del Derecho, pues para Kelsen una norma es válida si ha sido creada por los órganos autorizados por el ordenamiento jurídico, en otras palabras, cuando ha sido sancionada conforme la Constitución. Recordemos que Kelsen no aceptó nunca la idea de un pluralismo jurídico. La segunda operación que emplea Kelsen para la identificación estatal del Derecho es la de establecer notas distintivas por las cuales se diferencia al Derecho de otros fenómenos análogos. La nota común de los sistemas designados como Derecho – sostiene- es que consisten en ordenamientos de la conducta humana dotados de coacción; mas el rasgo distintivo de otros sistemas normativos como la moral, las normas sociales, las reglas de las asociaciones privadas, etc., es el hecho que algunas de sus reglas están dirigidas a regular el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal⁷¹.

Dice Kelsen que, considerado desde el punto de vista estático, el Derecho es solamente un sistema de normas a las cuales las personas prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquéllos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el Derecho en la medida que son determinados por normas jurídicas. En cambio, si se considera al Derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, se debe poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por las personas y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El Derecho tiene la particularidad que regula su propia creación y aplicación, ya que la Constitución

⁷⁰ Hans Kelsen: *Teoría Pura...*, p. 51

⁷¹ Hans Kelsen: *Teoría pura...*, p. 90

determina la potestad legislativa del Estado y las leyes regulan los actos creadores de normas jurídicas particulares. Una teoría dinámica del Derecho tiene, entonces, por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas⁷². Así, se tiene la **teoría normativa del Derecho**.

Hart completa la identificación estatalista cuando distingue entre **normas primarias y normas secundarias**

Según Hart, un sistema jurídico está formado por dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. Las normas primarias serían aplicables a todo tipo de sociedad, mientras que las secundarias representarían, en palabras de Hart, "el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico". Así, las denominadas sociedades "primitivas" carecerían de estas últimas reglas y sus normas de control social no constituirían un verdadero sistema normativo o sistema jurídico. Las llamadas reglas secundarias contendrían reglas de *reconocimiento, de cambio y de adjudicación*. La falta de estos tres tipos de reglas sobrellevaría, correspondientemente, una carencia de certeza, un carácter estático y una insuficiente presión en el acatamiento de las reglas primarias. En el marco de ese criterio, nos preguntamos si los pueblos indígenas tienen un Derecho o sistema jurídico pleno. Cadebo Mallol asevera que es la realidad la que despeja el interrogante, constatando que en la normatividad indígena no se da esa falta de certeza, de seguridad jurídica, ni el carácter estático, ni, por supuesto, esa falta de control "jurisdiccional"⁷³. La catalogación de si un sistema jurídico constituye un auténtico Derecho, responde más que todo a ver si ese sistema es eficaz.

Conforme expuso **Raúl Borello** en las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, la configuración del Derecho de estos teóricos del positivismo, estaba ya presente en la interpretación de **Max Weber** del Estado moderno, cuando decía que un orden debe llamarse *Derecho* cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica), ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar la trasgresión.

Por su parte, **Georg Jellinek**⁷⁴ considera que el concepto de Derecho es difícil de abarcar en la totalidad de sus aspectos, ya que pueden seguirse dos sentidos: Uno, buscar la esencia del Derecho, indagando dentro de la naturaleza objetiva del ser

⁷² Hans Kelsen, op. cit, p. 34.

⁷³ Vicente Cabedo Mallol: "De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena", *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004, obtenido en www.scielo.unam.mx el 22 de marzo de 2015

⁷⁴ Georg Jellinek: *Teoría General del Estado*, Oxford, México, 1999, p. 199

como si estuviera fundado en él y fuese independiente del hombre, o, dos, considerarlo como un fenómeno subjetivo e interno al hombre. El primer sentido está dirigido a la especulación metafísica y pretende conocer la existencia del Derecho en forma independiente a la voluntad humana. Pero Jellinek descarta esta dirección por cuanto, para él, no es su meta conocer el valor trascendente de las instituciones humanas, motivo por el que considera al Derecho como un fenómeno psicológico, interno al hombre. Por tanto, el Derecho forma parte del mundo de las representaciones humanas, vive en nuestra mente y una determinación del Derecho equivaldrá a precisar qué parte del contenido de nuestra conciencia es la que designamos con el nombre de Derecho.

Se pregunta Jellinek, dónde radica la nota distintiva del Derecho como conjunto de reglas para las acciones humanas, de las prescripciones religiosas, morales y las de la costumbre, respondiendo que, puesto que todas las acciones tienen un fin determinado, debe buscarse en el fin concreto del Derecho esa nota diferencial entre éste y los demás poderes normativos. La protección y la conservación de los bienes e intereses humanos, mediante acciones u omisiones, son fines que corresponden al Derecho.

Para llegar a dar una respuesta a su interrogante, Jellinek atribuye a la norma jurídica los caracteres esenciales siguientes:

- a) Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas entre los hombres (seres humanos, en realidad, no solamente "hombres", también mujeres).
- b) Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida.
- c) Son normas cuyo carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores.

Por consiguiente, este autor puntualiza que es nota necesaria de todo Derecho, la de su *obligatoriedad*. Sólo forma parte del orden jurídico un principio de Derecho si es obligatorio; pero si deja de serlo, o no ha llegado aún a ser Derecho, entonces no es tal en el verdadero sentido de la palabra. Entonces, una norma es obligatoria cuando dispone de capacidad bastante para motivar las acciones de la voluntad, determinándola. Esta capacidad de la norma nace de nuestra convicción, derivada directamente de ella, que estamos obligados a obedecerla.

Empero, completando su pensamiento en cuanto al Derecho, Jellinek afirma que no es posible llegar a comprender por qué ha de ser considerada como la única garantía del Derecho la motivación que resulta del temor a ciertas medidas jurídicas, de la amenaza o de otros medios parecidos, ya que no se puede ignorar que existen, fuera del Estado, otros poderes sociales que ofrecen garantías

esenciales para la satisfacción de las normas jurídicas, tales como las costumbres sociales generales, o la prensa, que pueden ser son una coacción mucho más fuerte que la que pueda ejercer el Estado. Aunque reconoce que estas solas garantías no podrían mantener el orden jurídico sin la coacción del Estado, no es menos cierto que si la presión de tales poderes sociales cesase, podría dejar de existir el orden jurídico. Puntualiza que donde existe una costumbre con raíces hondas en la vida social, o una práctica religiosa, en oposición al orden jurídico –estatal-, resulta impotente la coacción del derecho⁷⁵.

Otra corriente es aquella que identifica al **Derecho con una relación intersubjetiva**. Para Bobbio, esta teoría nace de la misma idea fundamental que dio vida a la teoría de la institución, es decir, la idea que el Derecho es un fenómeno social que tiene sus orígenes en la sociedad. Hay que notar que la teoría de la institución surgió como crítica no sólo de la teoría normativa, sino también de la teoría de la relación intersubjetiva. Según los doctrinarios de la teoría de la institución, una simple relación entre dos sujetos no puede constituir Derecho, para ello es necesario que esa relación se inserte en una serie más vasta y compleja de relaciones que constituyen la institución.

Bobbio apunta a Emmanuel Kant como un expositor que considera al Derecho como relación jurídica, quien luego de haber dado su célebre definición del Derecho como el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad, reflexiona sobre los elementos constitutivos del concepto de Derecho y señala que el concepto de Derecho entendido como una obligación correspondiente tiene que ver en primer lugar únicamente con la relación externa y precisamente práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones pueden tener mediata o inmediatamente como hechos, influencia recíproca. En segundo lugar, dice que la relación entre esos dos sujetos debe implicar la relación entre dos arbitrios, o sea, la relación entre un sujeto que tiene derechos y deberes con otro sujeto que también tiene derechos y deberes.⁷⁶

Finalmente, en relación con las tres teorías mencionadas –Kelsen, Jellinek y Santi Romano- que postulan para explicar qué es el Derecho, Bobbio señala:

“(...) las tres teorías no se excluyen mutuamente, y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra. Diré más bien que estas tres teorías se integran útilmente entre si. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación, el aspecto de la intersubjetividad; la de la institución, el aspecto de la

⁷⁵ Georg Jellinek: *Teoría General...*, p. 201

⁷⁶ N. Bobbio: *Teoría General...*, pp. 14 y 15

organización social; la normativa, el aspecto de la regulación. En efecto, el mundo jurídico nos coloca frente a un mundo de relaciones entre sujetos humanos organizados establemente en sociedad mediante el uso de reglas de conducta.⁷⁷

Esther Sánchez Botero⁷⁸, en una concepción amplia, señala que el Derecho en su sentido social no son más que las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, combinadas y mantenidas vigentes y sancionadas por las autoridades a quienes conforme a la normatividad se les otorgó el poder de ejecutar este cargo.

Conforme dice Hoekema⁷⁹, estas normas sí deben ser eficaces en el sentido que se trata de una autoridad establece y no sólo presunta. Al ser así, funciona una institución que identifica, aplica y hace respetar normas de conducta pero no necesariamente son eficaces en el sentido que se reflejan automáticamente. Seguramente, si las autoridades no manejan normas que los comunarios estimen obligatorias, el Derecho no tiene ninguna eficacia social, lo que parece un caso límite. Normalmente parte de las normas emitidas o protegidas por autoridades no se cumplen en la práctica, mientras que otra parte de obedece regularmente.

3. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR CULTURA, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDAD?

3.1 Precisiones conceptuales

Partiendo de la definición dada por Xavier Albó y Franz Barrios Suvelza, cultura es el “conjunto de rasgos adquiridos y transmitidos de unos seres humanos a otros por aprendizaje. Esta capacidad de crear, transmitir, aprender y acumular cultura es

⁷⁷ Íd., p. 19.

⁷⁸ Esther Sánchez Botero: *Justicia, Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico*, Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad, Bogotá, 2003, p.8

⁷⁹ André J. Hoekema: “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro Derecho*, número 26-27, abril de 2002, Bogotá, p. 70

lo que nos hace específicamente humanos, como distintos de los otros seres vivos”.⁸⁰

De acuerdo a los mismos autores, los elementos que componen la cultura, que se encuentran íntimamente entrelazados, son fundamentalmente tres: la esfera de relaciones con la naturaleza (producción, alimento, vivienda), que es la llamada cultura material; la esfera de relaciones entre personas y grupos (familia, comunidad política), llamada cultura social o política, y la esfera imaginaria o simbólica que da sentido al conjunto (lenguaje, religión, arte), que es la cultura simbólica.⁸¹

Cuando un grupo social intercambia y transmite en las esferas descritas sus aprendizajes “más entre sí que con otros”⁸², se habla de grupos culturales, que a la vez se identifican o son identificados por esas características, diferenciándose así de otros grupos culturales.

A la existencia de múltiples o de muchas culturas dentro de un territorio se denomina multiculturalismo o pluriculturalismo,⁸³ términos que, a decir de algunos autores, no hacen referencia a la relación e integración que debe existir entre diversas culturas,⁸⁴ sino que acentúa las diferencias étnicas y culturales.⁸⁵ Por ese motivo, actualmente se prefiere utilizar el término interculturalidad, entendido como “la relación entre personas y grupos sociales de diversas culturas”,⁸⁶ lo que implica un reconocimiento de la diversidad, pero conformando una comunidad incluyente que administre las diferencias, armonizándolas mediante mecanismos democráticos⁸⁷. En el uso actual más generalizado multiculturalismo suele entenderse como el reconocimiento de la coexistencia de grupos culturales diferentes, dentro de un mismo estado nacional. Así presentado no difiere sustancialmente de lo que en antropología llamamos pluralismo cultural

⁸⁰ Xavier Albó y Franz Barrios Suvelza, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, La Paz, Documento de Trabajo, Informe nacional sobre desarrollo humano en Bolivia, PNUD, 2006, p. 41.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 41

⁸² *Ibíd.*, p. 42

⁸³ Algunos autores hacen distinción entre ambos términos; sin embargo, como lo sostienen Albó y Barrios, ambos tienen igual significado. *Ibíd.*, p. 51 y ss.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 51 y 52.

⁸⁵ Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004, *Interculturalismo y Globalización*, La Paz, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. p. 234.

⁸⁶ Xavier Albó y Franz Barrios, *op. cit.* p. 51.

⁸⁷ Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004, *op. cit.* p. 234.

desde hace décadas, y que se refiere a la pluralidad de culturas que conviven de hecho en el seno de estados nacionales (pluralismo de hecho)⁸⁸.

De esta manera, es posible concluir que dentro de un país pueden existir múltiples culturas, y en tal sentido hablaremos de pluri o multiculturalidad, sin perjuicio de señalar que entre esas culturas debe existir un relacionamiento y una convivencia democrática, lo que implica hacer hincapié en la interculturalidad, pues de hecho, este último término ya está reconociendo la existencia de diversos grupos culturales.

3.2 El pluralismo y la interculturalidad como política de manejo de la diversidad.

Para la gestión de la diversidad cultural, los Estados han utilizado diferentes enfoques. Uno de ellos, es el **asimilacionismo y la mestización**, que fue el enfoque que predominó en Bolivia hasta la reforma constitucional de 1994, por el cual se procura la asimilación de los diferentes grupos culturales a los parámetros establecidos por el poder (con un idioma, una religión, un derecho), pero al mismo tiempo se enaltece a un grupo, que cumple con determinados rasgos (europeos, blancos, modernos), y se segrega a quienes no cumplen dichos cánones⁸⁹. Cabe recordar que, el asimilacionismo propugna la uniformidad cultural, es decir, que los grupos minoritarios adopten la lengua, valores, normas, pautas de identidad, de la cultura dominante y de esa forma, abandonar su propia cultura.

Otro de los enfoques es el denominado **multiculturalismo**, que si bien se gestó en los años 60, llegó a su maduración en la década del 90 del siglo XX, y que coincide con la ratificación en numerosos países del Convenio 169 de la OIT. El multiculturalismo busca encontrar “una salida política a la creciente diversidad étnica, cultural y de orígenes de las sociedades post-industriales”⁹⁰. Este enfoque encuentra sus orígenes en las demandas de los grupos culturales al respeto de sus características propias, cuestionando la política de homogeneización de las naciones-Estado.

⁸⁸ Barabas, Alicia: *Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios*. Consultado en <http://configuracoes.revues.org/2219> el 19 de octubre de 2014

⁸⁹ Cabrero F. *Diversidad, pluralismo e interculturalidad*. PNUD, Escuela Virtual, 2008. p. 9. Disponible en: www.escuelapnud.org. Consultado el 16 de agosto de 2015.

⁹⁰ PNUD. *Informe del Desarrollo Humano en Guatemala*. Guatemala: PNUD; 2005. p.19.

Siguiendo a Raquel Yrigoyen⁹¹, el constitucionalismo social posibilitó “*el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos o especiales de carácter protector, y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado en favor de derechos sociales de la población indígena. Este es el contexto de aparición del **indigenismo integracionista.***” Las políticas integracionistas pretenden superar la negación del indígena del modelo asimilacionista y reconocer indiscutibles especificidades indígenas para integrar a los indígenas al Estado. La citada autora remarca que el constitucionalismo integracionista responde de manera evidente a las limitaciones del modelo liberal asimilacionista del siglo XIX, y se extenderá desde la segunda década del siglo XX hasta los ochenta. En la última década del siglo XX hace su aparición el indigenismo pluralista.

El multiculturalismo, de acuerdo a Giovanni Sartori, es una política que promueve las diferencias étnicas y culturales: no sólo las acepta, sino que las incentiva, sin que exista una política de interculturalidad, llegándose, a lo sumo, a la tolerancia entre culturas. El multiculturalismo sería contrario a una sociedad plural o abierta, que es aquella que acoge inclusive a quienes la rechazan, en la que se busca la conformación de una sola comunidad entre diferentes. En una sociedad plural, entonces, se reconoce el valor de la diversidad y del disenso. En definitiva, como sostiene Sartori, el pluralismo, a diferencia del multiculturalismo, tiene por meta lograr la paz intercultural⁹².

Dentro de ese ámbito, actualmente la política de respeto a la diversidad que se promueve es la interculturalidad, comprendida como una forma de entender la gestión de la diferencia que busca conducir las relaciones entre estos grupos hacia la convivencia armoniosa.

El similar sentido, León Olivé hace referencia al pluralismo multicultural como una tercera vía para salir del absolutismo (que implica la búsqueda de una verdad absoluta, a partir de una sola visión), y del relativismo (que promueve el aislacionismo y la tolerancia). En esta tercera vía, las distintas culturas se desarrollarían en armonía y cooperación, con obligaciones para los líderes de las distintas culturas y para los representantes del Estado. En ese entendido, Olivé plantea las condiciones para que se dé el pluralismo multicultural: reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas, no dar sentados principios éticos absolutos ni conceptos con sentido absoluto, evitarse el relativismo del tipo todo

⁹¹ Raquel Yrigoyen Fajardo: *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Publicado en: Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567), obtenido en <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>, en 15 de diciembre de 2015

⁹² PNUD. *Interculturalismo y globalización. La Bolivia posible. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004*. La Paz, Bolivia: PNUD; 2004. p. 11.

está permitido y garantizar los derechos fundamentales de los individuos dentro de las culturas. En conclusión, el Estado tiene la responsabilidad de promover el desarrollo de todas las culturas y propiciar su colaboración, y los miembros de los grupos culturales, tienen el deber de promover los cambios necesarios para vivir armoniosamente con las demás culturas. En este ámbito, Olivé sostiene que no se deben sentar normas morales fijas, sino condiciones para una convivencia armoniosa, partiendo de la igualdad de las culturas, buscando acuerdos indispensables para llegar a una interacción cultural y cooperaciones fructíferas entre culturas diferentes, por tanto “Los principios conforme a los cuales se daría la convivencia, así como el contenido de los conceptos fundamentales deben ponerse sobre la mesa de discusión entre los miembros de las diferentes culturas”⁹³, con la finalidad de llegar a acuerdos “para una interacción transcultural”.

Se advierte que en los aportes teóricos analizados, se insiste en la interculturalidad, pues ésta propicia, como anota Rodrigo Alsina, “dos tendencias contradictorias y complementarias: por un lado, la promoción de la diversidad cultural y, por otro, la busca de referentes comunes que trasciendan las diferencias. Esto último nos podría llevar a plantearnos la posibilidad de una ética intercultural y replantearnos los universales culturales desde la interculturalidad”⁹⁴.

Conforme a lo anotado, una posición desde la perspectiva intercultural o del pluralismo multicultural (Olivé), implica un permanente diálogo de culturas para la construcción de una “ética intercultural”, de “un umbral mínimo de convivencia con el otro (...)”.

Siguiendo a Gray Molina, el paso de la coexistencia, tolerancia y convivencia entre desiguales a la comunidad de ciudadanos, debe “confrontar el dilema de la igualdad de manera más exhaustiva”, debe construirse una comunidad de iguales entre diferentes, que sería la posición sustancial del interculturalismo⁹⁵.

Para Catherine Walsh:

“Mientras que la multi o pluriculturalidad parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido, la interculturalidad, en la manera que se ha venido proponiéndola el movimiento indígena, se

⁹³ León Olivé. *Multiculturalismo y pluralismo*. México: PAIDÓS- UNAM; 1999. p. 219.

⁹⁴ Alsina M. “La interculturalidad en la modernidad actual”. Barcelona, España: CIDOB, *Encuentro internacional sobre interculturalidad*, 2001. p. 219.

⁹⁵ Gray Molina G. “El Estado del Interculturalismo”, en *Derechos Humanos y Acción Defensorial 2006* (1). p. 26.

centra en la transformación- de la relación entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas y políticas públicas.

En este sentido, el concepto de la interculturalidad va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión. Releve y pone en juego la diferencia, no solamente cultural sino colonial, a la vez que busca maneras de negociar e interrelacionar la particularidad con un universalismo pluralista y alternativo, la aplicación de lo que se ha convertido en lema: la unidad en la diversidad. Pero una unidad muy distinta a la que supuestamente existe. Una unidad intercultural que tiende puentes comunicacionales y apelan cambios profundos en todas las esferas de la sociedad, aportando a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de estado y una profundización de la democracia.”⁹⁶

Evidentemente, la interculturalidad, la convivencia entre diferentes, la aceptación de la realidad de la diversidad debe emerger de una concepción interna tanto de los pueblos, de los Estados y de las personas. Resulta innegable que a nivel internacional también deben adoptarse mayores medidas de reconocimiento a la diversidad que representan los pueblos indígenas, que – a decir de Daniel Oliva⁹⁷- deben jugar un papel muy importante en la consolidación de marcos de encuentro intercultural y la generación de prácticas transformadoras de las que podrían beneficiarse no solamente estos colectivos sino la humanidad en su conjunto.

4. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR ESTADO Y NACIÓN?

Continuando con el propósito del presente Capítulo, corresponde dejar claras las concepciones sobre Estado y sobre Nación, de manera que se pueda comprender cabalmente que se trata de conceptos diferentes. El Estado aparece y surge de modo muy distinto a la formación de una nación, y persisten ambos de modos diversos.

⁹⁶ Walsh, Catherine, *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Publicación mensual de Instituto Científico de Culturas Indígenas, año 4, N° 36, marzo de 2002.

⁹⁷ Daniel Oliva: “Políticas de Estado en cooperación Internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de derechos humanos, Universidad de Deusto, obtenido en <https://books.google.com.bo/books?id=M6heKBwYo-8C&pg=PA359&lpg=PA359&dq>, el 25 de abril de 2016

Pueblo, etnia, nacionalidad y nación y otros nombres genéricos aplicados a determinados grupos culturales hacen referencia a una identidad compartida, sentida como más importante que otras por estar ligada a los orígenes comunes y a todo un modo de ser cultural. Con frecuencia tienen asociado un territorio –aunque hay excepciones como los gitanos, en el que vive la mayor parte o que les sirve de referencia histórica.

4.1 Etnia

Aunque de etimología griega, es un término de origen reciente, desarrollado por los antropólogos en el siglo XX. Su intención científica, con la consiguiente eliminación inicial de la carga emocional del pueblo, explica probablemente que sus definiciones sean más técnicas. De todos modos, se pueden observar en ellas mucha variedad de contenidos. En términos generales, las más precisas tienden a subrayar el aspecto de la autoconciencia del grupo, más que la objetividad de los rasgos culturales distintivos.⁹⁸

Etnia viene del griego *tennos* que significa pueblo. Lo étnico es, por tanto y en su sentido más original, lo propio de cada pueblo, identificado por su cultura; y, etnicidad es la identificación de los pueblos según sus rasgos culturales. Pero a veces en el habla común e incluso en las ciencias sociales se ha dado un sentido excesivamente reduccionista al vocablo y se reserva éste solo a algunos grupos minoritarios indígenas. En países que reciben inmigrantes de muchos orígenes culturales suele llamarse grupo étnico solo a ciertos subgrupos dentro de una sociedad mayor que los engloba a todos, dejando la impresión que grupos culturales hegemónicos de esta sociedad englobante ya no son tales. Nos parece mucho más rico su sentido original más amplio y cultural. Por ello, tan étnico es el modo de ser andino o guaraní como el hispano criollo.

Giovanni Sartori⁹⁹, cuando se refiere a etnia, puntualiza que en la evolución lingüística, el concepto de etnia es muy amplio. Una identidad étnica no sólo es racial sino también una identidad basada en características lingüísticas, de costumbres y de tradiciones culturales.

⁹⁸ José Álvarez Junco, Justo Beramendi y Ferran Requejo: *El nombre de la cosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 45

⁹⁹ Giovanni Sartori: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus, Madrid, 2011, p. 72

4.2 Nación

En el campo del Derecho Político y la Ciencia Política, la nación política es la titular de la soberanía cuyo ejercicio afecta a la implantación de las normas fundamentales que regirán el funcionamiento del Estado. Es decir, aquellas que están en la cúspide del ordenamiento jurídico y de las cuales emanan todas las demás. Han sido objeto de debate desde la Revolución Francesa hasta nuestros días las diferencias y semejanzas entre los conceptos de nación política y pueblo. Las discusiones han girado, entre otras cosas, en torno a la titularidad de la soberanía, a su ejercicio, y a los efectos resultantes de ellos.

Sin embargo, para el presente trabajo de investigación, la que reviste importancia, es la noción de la Nación cultural, cuya conceptualización es una de las que mayores problemas ha planteado y plantea a las ciencias sociales, pues no hay unanimidad a la hora de definirla. Un punto básico de acuerdo sería que los miembros de la nación cultural tienen conciencia de constituir un cuerpo ético-político diferenciado, debido a que comparten determinadas características culturales: como etnia, lengua, religión, tradición e historia comunes, todo lo cual puede estar asumido como una cultura distintiva, formada históricamente. Algunos teóricos añaden también el requisito del asentamiento en un territorio determinado.

El concepto de nación cultural suele estar acoplado a una doctrina histórica que parte que todos los humanos se dividen en grupos llamados naciones.

La palabra *nación* proviene del latín *nātio*, derivado de *nāscor*, nacer, que podía significar *nacimiento, pueblo* (en sentido étnico), *especie o clase*.

El término *natio* o *ñatio* comenzó significando comunidad de extranjeros, conjunto de personas unidas por un origen común, diferente al de la ciudad o el país en un que habitaban. En los barrios periféricos de la Roma imperial vivían las *naciones* de comerciantes sirios o de judíos de la diáspora. *Naciones* era el nombre que las universidades medievales utilizaban para referirse a los estudiantes que venían de distintos países y tenían sus propios gremios o guildas¹⁰⁰. Álvarez Junco manifiesta que *nación* puede ser definida desde varios puntos de vista: Uno, que califica como visión estatalista, indica que en el lenguaje corriente, está muy extendido el uso del término *nación* como sinónimo de Estado, aunque definido éste también en términos poco rigurosos, no como estructura política y administrativa que rige un territorio, sino como conjunto del territorio y los habitantes pertenecientes a un Estado, es decir, en el sentido en el que se usa también el término *país*. Una visión

¹⁰⁰ José Álvarez Junco y otros: *El nombre...*, p. 24

primordialista es la que considera a la nación como comunidad cultura básica o comunidad humana dotada de una unidad cultural esencial. El término *comunidad* se repite mucho y no es irrelevante: Da a entender que es más que un agregado de individuos y que tampoco es una entidad creada o pactada por sus ciudadanos o componentes, sino que es anterior a ellos. Y, un enfoque voluntarista o subjetivo, en el que la nación aparece como conjunto humano que se distingue por su *voluntad* de constituir una comunidad política. Es decir, que a los elementos objetivos referidos en la anterior acepción, se añade aquí uno subjetivo, el sentimiento de pertenencia al grupo, la voluntad de vivir juntos, el *plebiscito cotidiano*. Este elemento subjetivo parece mucho más interesante que cualquier enfoque objetivo de la nación como ente dotado de rasgos culturales nítidamente definibles. Más que por la posesión de esos rasgos, imposibles de establecer en forma indiscutida, una nación es un grupo humano que se caracteriza porque domina entre sus miembros *la conciencia de poseer tales rasgos*¹⁰¹.

Nación es una categoría sociológica que se diferencia del concepto de Estado que es una categoría política. **Nación** es la sociedad natural constituida por seres humanos que habitan en un mismo territorio, reconoce idéntico origen, tienen iguales costumbres, hablan un mismo idioma y profesan comunes aspiraciones.

Álvaro García Linera da la siguiente definición de nación:

*“Comunidad en las que sus componentes se reconocen por adelantado en una institucionalidad a la que reconocen como propia y, dentro de la cual, integran sus luchas sociales, sus competencias y mentalidades. Las naciones son fronteras sociales, territoriales y culturales que existen previamente en las cabezas de los con-nacionales y que tienen la fuerza de objetivarse en estructuras materiales e institucionales”*¹⁰²

Ernest Renan da una concepción más romántica de lo que constituye nación cuando dice:

“Una nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que, a decir verdad, no son más que una sola, constituyen esta alma, este principio espiritual. Una se halla en el pasado, la otra en el presente. Una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos, la otra el consentimiento actual, el deseo de vivir en común, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia indivisa que se ha recibido.”

Agrega que el hombre no es esclavo de su raza, ni de su lengua, ni de su religión, ni del curso de los ríos o de la dirección de las cadenas de montañas. Una gran

¹⁰¹ Íd., p. 29

¹⁰² Álvaro García Linera: “¿Que es una Nación?”, *Critica*, No. 3, La Paz, Septiembre 2001, p. 6

congregación de hombres, sana de espíritu y ardiente de corazón, crea una conciencia nacional que se llama nación¹⁰³.

4.3 La nación cultural y el Estado

Un Estado que se identifica explícitamente como hogar de una nación cultural específica es un Estado-nación. Muchos de los Estados modernos están en esta categoría o intentan legitimarse de esta forma, aunque haya disputas o contradicciones en su seno. Por ello es que en el uso común, los términos de nación, país, tierra y Estado se suelen usar casi como sinónimos, pese al sentido ideológico profundo diverso. Precisamente, en busca de una puntualización clara y delimitación de los conceptos es que se debe utilizar *nación* para identificar al grupo humano o comunidad que comparten cierto territorio, costumbres, idiosincrasia o mentalidad, vida económica, tradiciones e historia. En otros términos, **nación** viene a constituir una organización política de población homogénea que comparte cultura, lengua, historia, con una autoridad que sirve a los intereses del grupo. Ciertamente, debemos reconocer que es muy difícil encontrar en el mundo del siglo XXI un pueblo con una homogeneidad total.

El Estado es sociedad más poder; es decir, una sociedad políticamente organizada. La entidad o ser del Estado deriva de la sociabilidad humana. Estado y sociedad son indeliblemente inseparables en la práctica; si bien se les separa conceptualmente.

Al Estado no se lo advierte en forma corpórea, sino a través de sus acciones, a través de la legislación, de la administración pública, de la fuerza armada, de la población. La realidad del Estado se concreta en la sociedad. Para Carnelutti¹⁰⁴, una sociedad se llama Estado en tanto y en cuanto produce Derecho, siendo precisamente la palabra Estado la que expresa la consistencia que la sociedad adquiere merced al Derecho. Con fines didácticos, puede definirse al Estado como la colectividad humana organizada políticamente sobre un territorio.

El **Estado** es un concepto político que se refiere a una forma de organización social soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones, que tiene el poder de regular la vida sobre un territorio determinado.

¹⁰³ Renan, Ernest: "¿Que es una Nación?" Taller Interactivo: Prácticas y Representaciones de la Nación, Estado y Ciudadanía en el Perú. IEP - Instituto de Estudios Peruanos, obtenido en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/4renan.pdf>, el 29 de marzo de 2015

¹⁰⁴ Citado por Raúl Ferrero: *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Grijley, Lima, 2003, p.46

El concepto de Estado difiere según los autores, pero algunos de ellos definen el Estado como el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio determinado. Max Weber, en 1919, definió al Estado como una organización que reclama para sí -con éxito- el "monopolio de la violencia legítima"; por ello, dentro del Estado se incluye instituciones tales como las fuerzas armadas, la administración pública, los tribunales y la policía asumiendo pues el Estado las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad y otras como las relaciones exteriores.

El Estado es aquel conjunto de organizaciones que en su totalidad poseen la facultad de establecer las normas que guiarán una determinada sociedad, ejerciendo su poder en un territorio previamente establecido. Esta soberanía permite que dentro de los poderes de un Estado se puedan encontrar otras importantes instituciones, como lo son las Fuerzas Armadas, la Policía y la Administración Pública.

Para que un Estado se constituya como tal, es necesario que cuente con ciertos elementos básicos. Entre ellos se encuentra el pueblo, cuya principal característica radica en su universalidad. El pueblo es considerado como el componente más elemental de un Estado; de este modo, no podría existir Estado sin pueblo ni pueblo sin Estado. Otro de los elementos básicos es el Poder, que se define como la capacidad de ejercer un dominio y control sobre las personas, y de este modo, poder reglamentar su comportamiento y actividad. El ejercicio del poder puede ser llevado a cabo en forma voluntaria, o bien por la fuerza. Sin embargo, del modo que sea, supone cierto nivel de subordinación de las personas al Estado. En tercer lugar, el territorio, que se comporta como otro de los elementos constituyentes del Estado, y se define como aquel espacio físico dentro del cual es posible ejercer el poder estatal, y que permite diferenciar y dar independencia del poder que ejercen otros Estados sobre otros territorios.

Sobre los Estados que surgieron en el siglo XXI en América Latina, tras lograr su independencia de España y Portugal, Cabedo¹⁰⁵ señala:

"...siguieron el modelo vigente del Estado – nación liberal europeo. Modelo éste que se implantó en Europa tras las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Dicho modelo que se exportó a América o, mejor dicho, se importó de Europa a América, aunaba los conceptos de Estado y Nación, y es a partir, justamente, de esta identificación –señala el profesor Bartolomé- cuando 'la voluntad del grupo social y/o cultural poseedor del Estado pasó a ser interpretada como voluntad de la sociedad en

¹⁰⁵ Vicente Cabedo Mallol: *Constitucionalismo...*, p. 71

su conjunto'. Ello supuso, continúa diciendo este autor, 'para las sociedades alternas –como eran las indígenas- que quedaron comprendidas dentro de sus jurisdicciones políticas estatales, no sólo un dominio político, sino también social y cultural.'

Álvarez Junco señala que se llama Estado-nación a una estructura política soberana con fronteras claramente definidas y coincidentes con una nación o sociedad culturalmente integrada¹⁰⁶.

La formación de los Estados – naciones, conforme destaca Héctor Luna Acevedo¹⁰⁷, ha significado a supremacía, hegemonía de una élite política, que reproduce sus patrones socioculturales sobre el resto de las sociedades, culturas, distintas a las élites dominantes. Esta yuxtaposición tiene que ver con la perpetuación de relaciones de clase, étnico-cultural de permanente dominio. Donde las élites imponen un sistema político, económico, jurídico, educativo y social sobre el resto de la sociedad que comparte otra forma de vida. Es así que –continúa- los miembros de los grupos que no forman parte de la élite, sufren la negación a sus derechos políticos, jurídicos, es decir, los mismos derechos que ha proclamado la modernidad desde la Revolución Francesa de 1789 que determina la universalidad de los derechos para todo ser humano; sin embargo los principios de libertad, igualdad y fraternidad, no se hacen materializan en sociedades o culturas que han compartido y comparten otras tipologías de concepción de la vida social, política, de la convivencia entre semejantes. O sea que, pese a la proclama de principios *modernos*, en los países denominados *modernos*, no se ha respetado la igualdad en la concepción de sistemas, manteniendo el hegemónico a favor de los detentadores del poder.

Raquel Yrigoyen dice que la noción del Estado – nación, aparejada a la teoría del monismo jurídico, le daba fundamento y supuesta legitimidad política a la identidad Estado – Derecho. El largo proceso de centralización política de los Estados europeos, la articulación espacial vía el mercado y la creación de pautas de homogeneización cultural (idioma, instrucción formal), se concretó en el siglo XIX con la conformación de los Estado – nación europeos. Se instituyó la centralización del poder político en un espacio geo-político, la división de poderes y sistemas de garantías y derechos ciudadanos. Durante los siglos XIX y XX, la noción de Estado – nación fue muy exitosa para fundamentar los procesos de descolonización de los países que se independizaron de sus metrópolis europeas, bajo la idea que a una nación le correspondía un Estado. Los criollos independentistas sustentaron que en los países coloniales habían surgido nuevas naciones mestizas con su propia identidad, distinta a la de la metrópoli; pero hegemonizaron la idea de nación bajo

¹⁰⁶ José Álvarez Junco y otros: *El nombre...*, p. 31

¹⁰⁷ Héctor Luna Acevedo: "El Pluralismo como paradigma..." p. 93

las características del grupo dominante, oficializando una sola cultura, una religión (la católica), una identidad, un idioma (el castellano o español). La existencia de un solo sistema normativo dentro de un Estado, se legitimaba en la idea que tal Estado representaba a un pueblo culturalmente homogéneo¹⁰⁸.

Lo cierto es que una vez lograda la independencia de los que hoy se conocen como Estados latinoamericanos, en particular, Bolivia, por un lado, tanto la forma de administrar la República, así como las normas a imponerse, tenían mucho de la colonia, por lo que esa creencia del surgimiento de Estados con naciones mestizas con identidad absolutamente propia, se desvanece; y, de otro, los criollos que se hicieron del poder continuaron no sólo desconociendo la existencia de normas y formas de administración de justicia tradicionales, sino que –casi con la misma repulsión que los españoles¹⁰⁹– las despreciaron, y trataron denodadamente de hacerlas desaparecer a través de la prohibición de su ejercicio. Prohibición, claro está, que jamás estuvo reflejada en ley alguna, precisamente porque se consideraba que señalarla en un texto escrito implicaba reconocer su existencia. “Se buscaba asimilar o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogenización cultural forzosa”¹¹⁰. En el caso de los criollos, entonces, es aún mayor el cuestionamiento sobre su empeño de tapar y negar las normas indígenas, dado su nacimiento de origen.

Es ilustrativo el hecho que en la Constitución de 1826, elaborada por Simón Bolívar, no existe ni una sola mención a los indígenas ni a los campesinos. Por primera vez, en el artículo 165 de la reforma constitucional de 1938 (imbuida del constitucionalismo social), el Estado reconoció y garantizó la existencia legal de las comunidades indígenas; lógicamente en aquella época, tal reconocimiento se hizo más con un sentido paternalista, de protección al inferior, y no como un reconocimiento a los iguales.

No ha sido sino hasta la década de los 80 y 90, del siglo XX, más aún desde la reforma constitucional de 1994, que recién en Bolivia se comenzó a hablar en forma abierta del pluralismo y la multiculturalidad, así como del Derecho Indígena.

¹⁰⁸ Raquel Yrigoyen: “Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia Ecuador)”, *Pena y Estado N° 4*, El Puerto, Buenos Aires, 2000

¹⁰⁹ Apunta Yrigoyen que durante la colonia se aplicó políticas de segregación mediante la separación de regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y racial de indios y españoles, cada cual con su sistema de autoridades y normas. Bajo el supuesto de la inferioridad natural de los indios, se reconoció “sus usos y costumbres” y autoridades indígenas, en tanto no afectasen “la ley humana y divina”, el orden económico-político colonial ni la religión católica.

¹¹⁰ Raquel Yrigoyen: “Reconocimiento...”

4.4 Indígenas, originarios, campesinos, cholos, mestizos, blancos

Con el fin de comprender las referencias que se harán a lo largo del presente trabajo, es imperioso precisar algunas concepciones

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado por la Conferencia General de la OIT en Ginebra en 1989, da los siguientes criterios y definiciones de indígenas:

“1º El presente convenio se aplica: (...) b. A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su condición jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, y políticas, o parte de ellas.

2º La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

El constitucionalismo latinoamericano no es uniforme en cuanto a la terminología que utiliza para referirse a los pueblos, naciones, minorías, etnias, comunidades o poblaciones indígenas

La Constitución de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, señala en su art. 30.I que: *«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 colonia española»*. Habiendo establecido antes, en el art. 2: *«dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios 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 a la Ley»*.

Campesinos. Se dice campesino a una persona que vive y trabaja de ordinario en el campo. Constituye una categoría sociológica que se aplica al poblador rural que trabaja la tierra y la hace producir.

En Bolivia, antes de 1952 se utilizaba corrientemente el término “indio”, en forma despectiva, hacia toda persona que nació, vivía en el campo, o emigró a la ciudad. A

partir de la Revolución Nacional de 1952, se fue imponiendo la utilización de otros términos, como el de “campesino”, pero se produjo una confusión puesto que se llamó campesino a un productor agropecuario como a un indígena, cuando en realidad campesino es quien vive en el campo, aunque no tenga nada de indígena.

Cholo. En Bolivia se denomina *cholo* o *chola* a una persona mestiza que tiene cierto tipo de vestimenta. Hace ya mucho tiempo se utiliza en forma peyorativa. Aún no logro entender por qué.

Esteban Ticona sostiene que desde el pueblo aymara (puede ser extensible al mundo quechua en alguna medida), la categoría que más se utiliza para identificar al mestizo es el de *misti*, que es una condición indentitaria, cultural, económica y política. ¿Qué características tiene el *misti*? Los *mistis* generalmente estaban (y están) ubicados en los pueblos, que son las antiguas *markas* prehispánicas (por ejemplo, Tiwanaku); pero hoy se puede añadir a las ciudades intermedias y las grandes urbes. Está claro que los *mistis* de los pueblos están más cerca de las comunidades aymaras y los *mistis* de las grandes ciudades tienen estrecha relación con el *q'ara* y en algunos casos son parte de ella. Los mestizos tienen raíces indígenas, aunque no es sencillo que se autoreconozcan de tal ancestralidad por el prejuicio que existe de tener orígenes indios. En términos socioculturales, el *misti* es aquél que está fuera de la vida comunal, pero que tuvo esas raíces en el pasado¹¹¹.

Ticona se pregunta, ¿por qué tanta crítica negativa a los mestizos, si Moreno y Arguedas eran también mestizos? Pero ninguno de los dos se sentía mestizo y menos *cholo*. Hace algunos años, Silvia Rivera propuso la idea del “mestizaje colonial andino”, para entender la descripción del mestizaje del estilo de Moreno y Arguedas. Pero un tiempo después, frente al concepto de mestizaje colonial andino, propuso la noción aymara de *ch'ixi*, que quiere decir “gris” y se refiere al mestizaje descolonizado y orgulloso de sus raíces.

Corrientemente se considera que el *cholo* es la persona que quiere dejar de ser catalogado como campesino, o más propiamente, como indígena, y ha asumido una forma de vestir “intermedia” entre el ciudadano y el originario. Aún más, se dice que el *cholo* trataba de imitar la vestimenta y forma de ser del español sin lograrlo, a la vez que por esa actitud, era objeto de desprecio por parte de los demás indígenas; o sea que no se ubicaba en un *rango étnico* específico. Hoy en día, aún subsisten criterios discriminatorios en contra del *cholo* y el originario, pero también de parte de éstos hacia los denominados *k'aras* o blancos.

¹¹¹ Esteban Ticona: *Mestizo, cholo, misti, ch'ixi*, La Razón, 8 de julio de 2012, obtenido en http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/Mestizo-cholo-misti-chixi_0_1646235411.html, el 16 de marzo de 2015

Por otro lado Antonio Paredes Candia, en su voluminosa obra “La Chola Boliviana”¹¹², señala que la palabra cholo proviene probablemente del aymara *chhulu* que designaba a los mestizos, pero que los españoles, al no poder pronunciar con claridad los fonemas nativos, castellanizaron ese vocablo transformándolo en cholo. El mismo autor también comenta que algunos investigadores incluso afirman que la palabra cholo viene de Cholollán, en Cholula, México.

No obstante a la diversidad de definiciones y orígenes etimológicos, existe un generalizado consenso con relación a que “cholo” define al mestizo hijo de blanco e indígena, término racial utilizado de manera peyorativa, pero que con el tiempo se constituyó también en una identidad arraigada y en un tipo popular distintivo de gran parte de la población boliviana. Corrientemente se designa como *cholo* a la persona que se encuentra entre el indígena originario y el ciudadano. Vive tanto en el campo como en las ciudades, y aunque no debería ser así, aún se considera como una expresión racista y discriminadora.

Ahora bien, es menester dejar claro que cada nación o pueblo indígena tiene el derecho de autoidentificarse. Entonces, nada impide que los pueblos, a partir de su derecho a la auto-identificación previsto en el art. 1 del Convenio 169, adopten la denominación que estimen acertada según sus características culturales. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Plurinacional en las SSCPP 0026/2013 y 1256/2013, que han sostenido que no importa la denominación que se adopte, siempre y cuando se presenten todas o algunas de las características contenidas en el art. 30 de la CPE. Así, la SCP 1256/2013 establece:

*“(...) debe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el País, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, **responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva** (...) es decir a la existencia de identidad cultural, idioma, organización administrativa, organización territorial, territorialidad ancestral, ritualidad y cosmovisión propia, entre otras”.*

La **Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 009/2013** emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, también aclara:

¹¹² Antonio Paredes Candia. *La chola boliviana*. Ediciones ISLA, 1992, p. 29

*“(...) en términos generales, nuestra Constitución hace referencia a “naciones y pueblos indígena originario campesinos”, de donde podría equivocadamente creerse que para constituirse en una colectividad de estas características se precisaría de la concurrencia de las tres cualidades; sin embargo, sobre este punto debe entenderse que a la formalidad del nombre se superpone la realidad y circunstancias particulares de cada colectivo identificado como indígena; es decir, que **la cualidad indígena no se determina por rasgos físicos o linaje sino por la existencia pre-colonial de un colectivo que comparte:** “...identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión...” (art. 30.I de la CPE), de ahí que la identificación oficial de una AIOC, tampoco requiere reflejar las referidas cualidades pues independientemente la denominación que adquiera se entiende que lo relevante es el cumplimiento de las características sustanciales de una colectividad indígena originaria campesina establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.”*

Sobre la expresión “Indígena originario campesino” que utiliza la Constitución Política del Estado vigente, amplía la **Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0388/2014 de 25 de febrero de 2014:**

*“El **vocablo indígena**, desde su concepción etimológica, deriva del latín “inde” (de allí) y “gens” (población), lo que equivale a decir, población de un lugar determinado o (población de allí); es decir, lo indígena es entendido como el asentamiento de una colectividad en un espacio geográfico (territorio) de forma permanente. En los idiomas aymara y quechua, no se concibe la locución analizada; es decir, no existe una expresión equivalente a la nación indígena, **por cuya razón, no correspondería que las colectividades de este continente sean denominadas como naciones indígenas, sino, simplemente como naciones en concreto o naciones precoloniales;** no obstante, el constituyente boliviano, quizá bajo la influencia de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y por la denominación asumida por las organizaciones de pueblos de tierras bajas, optó por asumir dicho término.*

*También es importante considerar el **término originario**, que hace referencia a una colectividad humana que sea natural de un espacio geográfico específico. En el idioma aymara se diría “paschpä uraqit yuriri” (nacido en el mismo territorio o lugar), en quechua, “kaypi paqarisqa” (nacido aquí) y, en la expresión guaraní, “yandeva” (somos de aquí); es decir, el término originario aplicado a una colectividad o persona alude a quienes habitaron antes de la invasión española el Abya Yala.*

Finalmente, corresponde analizar la **expresión campesino**, enunciado que es una construcción puramente occidental, referida a la actividad o labor que realiza la persona en el área rural. En Europa dicho enunciado no tiene ninguna incidencia en la identidad de la persona, ya que el desarrollo del estado nación tuvo lugar sin ninguna disolución de identidades; empero, en los continentes víctimas de la invasión occidental, sí tiene mucha implicancia en la identidad de la persona y los pueblos; así, los campesinos, antes de esa condición son aymaras, quechuas, guaraníes, etc.

Por otro lado, **es sabido que la expresión (campesino) cobra fuerza en Bolivia desde la Revolución Nacional de 1952**, dando lugar a que las colectividades o naciones precoloniales sean reducidas a su condición de trabajo y no así por su verdadera identidad.

La esencia de la expresión naciones y pueblos indígena originario campesinos, -que fue incorporada por el constituyente en la Ley Fundamental- está condicionada, por un lado, al texto inserto en el art. 2 de la CPE, cuyo tenor literal, señala: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”; y, por otro lado, al art. 30.I de la Ley Fundamental.

Ahora bien, en el derecho internacional de los derechos humanos, a partir del Convenio 169 de la OIT, se identifica a los pueblos indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo. “Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico (preexistencia de los pueblos a los estados) y a un hecho actual (vigencia de sus instituciones propias). El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual)”.

Efectivamente, de acuerdo al art. 1 del Convenio 169 de la OIT, éste se aplica a:

“b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales **[prioridad en el tiempo con relación a la ocupación de un territorio]** y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas [distinción cultural]**.”

(...)

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (autoidentificación) (las negrillas son agregadas).

En similar sentido, está redactado el art. 30.I de la CPE, que establece que “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 virtud a dichas normas, para que una colectividad sea considerada como “nación y pueblo indígena originario campesino”, debe reunir las siguientes características; primero, que tenga prioridad en el tiempo, es decir que la colectividad sea anterior a la invasión colonial española y que por ende, haya tenido posesión de un determinado espacio geográfico, sin que sea requisitos que actualmente lo tenga, pues, se entiende que, a partir de la invasión española, muchas naciones y pueblos indígenas fueron arbitrariamente despojados de sus territorios ancestrales; segundo, vigencia **total o parcial** de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (idioma, tradición histórica, cosmovisión, etc.); y, tercero, la **autoidentificación como criterio fundamental**, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.*

Entonces, bajo el paraguas del valor inclusión inserto en el art. 8.II la CPE, lo “indígena originario campesino”, acoge tanto a la forma de organización del sistema indígena originario como la del sistema campesino, siempre que las organizaciones de este último, se enmarquen en las características señaladas precedentemente, que deberán ser analizadas individualmente. En ese entendido, se reitera que la forma de organización sindical fue una imposición del Estado a las naciones indígenas originarios a partir del Estado de 1952; sin embargo, la transición a esa nueva forma de estructura u organización, no ha implicado disolver del todo los saberes y conocimientos ancestrales; por cuanto, “desde un contexto intrínseco (ayllu), la lógica de organización originaria no había desaparecido por completo; ya que en muchos aspectos, la organización sindical las había asimilado, tales como la trayectoria en cargos de responsabilidad comunal y los sistemas de rotación”.

Entonces, el nominativo y la forma de organización, aunque responda al modelo puramente occidental, no son elementos determinantes para excluir

de la definición de la expresión: naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, más aún, si en diferentes regiones del territorio nacional existen poblaciones (sindicatos agrarios) que a falta de la presencia estatal tienen en vigencia sus instituciones, entre ellas la jurídica, cumpliendo con las características precedentemente señaladas; debiendo señalarse, además, que la estructura sindical fue apropiada y utilizada como un mecanismo de defensa por las naciones y pueblos indígena originarios.

A un entendimiento similar, arribó la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, que estableció: "...que la identificación de naciones y pueblos indígenas originario campesinos en el Estado Plurinacional de Bolivia, para la aplicación de los derechos colectivos consagrados por el régimen constitucional imperante, deberá contemplar la existencia de los elementos de cohesión referentes a la identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras características de cohesión colectiva.

Ahora bien, los aspectos antes citados, configuran a los pueblos y naciones indígena originario campesinas como sujetos colectivos de derecho; en ese orden, por razones de orden sociohistóricas, debe entenderse a este término como un concepto compuesto e inescindible, que comprende a poblaciones indígenas de tierras altas, tierras bajas y zonas geográficas intermedias sometidas a un proceso de mestizaje, razón por la cual este concepto se compone de los elementos indígena-originario-campesino con una semántica socio-histórica indivisible.

En coherencia con lo señalado, debe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el País, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos supra, es decir a la existencia de identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras; por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le será aplicables todos los efectos del art. 30 en sus dos párrafos de la Constitución, así como los efectos del principio de libre-determinación

inherente a los pueblos y naciones indígenas originario y campesinos plasmado en el segundo artículo de la CPE”.

4. ESTADO Y PLURALISMO JURÍDICO. SISTEMAS JURÍDICOS EN CONTACTO.

El significado dado a *nación*, como se tiene dicho, es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión, una historia. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo, porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura. Sin embargo, conforme se ha partido de los criterios doctrinales sobre lo que es Estado y lo que constituye una nación, se concluye categóricamente que dentro de un Estado puede existir más de una nación. En efecto, en el caso de Bolivia, si bien es un Estado, el Estado Boliviano, existen dentro de él 46 (cuarenta y seis) naciones, identificadas con los rasgos necesarios y característicos para que sean consideradas como naciones. Es por esto que en países pluriculturales como Bolivia, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma, grupo social, y de un solo orden jurídico –el “oficial”- ha dado lugar a un modelo de Estado excluyente y antidemocrático.

En este modelo de Estado, en el que pervive el criterio monista del Derecho, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los pueblos o naciones indígenas no representados oficialmente, y oculta, reprime u omite sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y, en lo que ahora nos interesa, normativa. Pero, a pesar de la proscripción, represión y aculturación oficial de la diversidad, ello no ha llevado a la desaparición de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales, a lo largo de la historia, y en particular a partir de la colonia en el caso de lo que hoy es Bolivia, han tendido a reprimirlos, tratar de desaparecerlos, o asimilarlos, es así que los órdenes jurídicos indígenas han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos.

En el contexto del pluralismo jurídico, el Derecho es un sistema de normas, principios y mecanismos para la regulación social, la resolución de conflictos y la organización del orden público, así como de normas y criterios pautados para la creación de tales normas y la designación de autoridades. Las **características de estas normas** son: Que tengan cierto **grado de eficacia**, es decir, que se obedezcan y apliquen, y de **legitimidad**, lo que implica que sean aceptadas socialmente, sin que sea necesario que se trate de normas escritas, generales e invariables, ni que su cumplimiento se asegure con la coacción, ni que dichas

normas se encuentren separadas de otras esferas de la vida social, como por ejemplo, la religión, la moral, la educación, etc.

De acuerdo al contexto doctrinal que se ha expuesto hasta ahora, es necesario establecer los **componentes que permiten verificar y establecer que existe un Derecho Indígena en determinadas porciones geográficas**¹¹³:

- a) La existencia de **órganos, generalmente pluripersonales**, en cada grupo humano –nación- con facultades expresas y reconocidas por sus propios integrantes.
- b) **Reglas de conducta de cumplimiento obligatorio**, que si bien han sufrido variaciones y adaptaciones a lo largo del tiempo, son asumidas con un considerable grado de consenso por los miembros de la comunidad,
- c) **Normas de coacción y sistema de sanciones**, que en general ha mantenido el objetivo de reconducir y reintegrar a la colectividad al individuo trasgresor de las normas comunitarias.
- d) **Normas cuya flexibilidad está muy relacionada con su naturaleza oral**, contienen principios generales sobre los que se resuelven conflictos concretos.

Luego de estudiar, en el Capítulo III, la realidad del Derecho Indígena actual en Bolivia, podremos dar respuesta a los puntos anteriores, y determinar si tal Derecho es un sistema jurídico en nuestro país.

Siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas no admisibles de negligencia, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de variables históricas solo pasibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Así, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste constituye una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales (formales) y prácticas no oficiales

¹¹³ Magdalena Gómez: "Derecho Indígena y Constitucionalidad" Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Marzo, 2000 Arica, Chile, obtenido en www.alertanet.org/dc-mgomez, el 17 de abril de 2015

(informales). La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta, prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado¹¹⁴.

En el siguiente Capítulo se verá, en retrospectiva, el desarrollo del Derecho Indígena, con el fin de abordar el tema del pluralismo jurídico en Bolivia, considerando tres comunidades indígenas, una de cada región de este país.

Óscar Correas expresa que la imposibilidad teórica de aceptar la presencia de más de un sistema normativo en un mismo territorio y para la misma población estriba “exclusivamente en los usos lingüísticos de nuestra cultura –o incultura- jurídica”, sin que exista ninguna razón que comprometa a la Teoría General del Derecho a negarse a reconocer la juricidad de los órdenes normativos alternativos, como, por ejemplo, los de las comunidades indígenas sobrevivientes en América¹¹⁵.

La admisión de la existencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio comporta la imagen de fenómeno jurídico distinta a la que tienen los teóricos tradicionales, quienes –sigue Correas- no están interesados en el mundo real, sino en construir una imagen según la cual el Derecho no tiene relación con el poder, donde las controversias se resuelven científicamente, con exclusión de la anarquía propia de las luchas sociales, donde los gobernantes se comportan lógicamente conforme con las normas democráticas. Todo lo cual es un buen servicio al Estado moderno, que es una organización para el ejercicio del poder por las clases poseedoras, que no actúa científicamente en nada, que no ha superado la anarquía generada por la lógica del enriquecimiento capitalista. El espectáculo del pluralismo jurídico nos sugiere que, en adelante, tenemos que pensar en términos de fuerzas y sistemas normativos en constante lucha y transformación. Tenemos que pensar en **sistemas hegemónicos** y **subordinados**, según sus respectivas normas logren o no mayor efectividad que las del sistema rival.

El concepto de *hegemonía* mencionado se refiere a hechos comprobables sociológicamente, es decir, con métodos de observación propios de la sociología jurídica. Lo observable son ciertas conductas que pueden verse como efecto de ciertas normas. Esas conductas muestran que ciertas normas son obedecidas, esto es que ciertos actores o grupos sociales mantienen hegemonía sobre otros, puesto

¹¹⁴ Antonio Carlos Wolkmer: *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*, obtenido en www.sala.clacso.org.ar el 30 de enero de 2015

¹¹⁵ Oscar Correas: “Pluralismo jurídico y Teoría General del Derecho”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Nacional Autónoma de México, obtenido de www.e-archivo.uc3m.es, el 23 de enero 2015, p. 239

que consiguen “dirigirlos”, hacer que se comporten como ellos desean y prevén. Si las normas producidas por un grupo en el poder son obedecidas, entonces, son efectivas y, por tanto, el sistema normativo es eficaz. En eso consiste la hegemonía de la que habla Correas¹¹⁶.

Correas habla de sistemas jurídicos alternativos y subversivos. Sostiene que, en un caso de pluralismo normativo, los sistemas son **alternativos** cuando algunas de las normas que componen a uno de ellos ordenan conductas contradictorias con las ordenadas por el otro. Hablamos de normas de un sistema que hacen obligatorias ciertas conductas que, conforme con el otro sistema, son prohibidas. El ejemplo de mayor contundencia es el de las cárceles repletas de indígenas, que aún se preguntan por qué están encerrados si sólo han producido conductas obligatorias o permitidas según el sistema jurídico que aceptan¹¹⁷.

Dicho autor puntualiza que:

*“Los sistemas jurídicos **alternativos** pueden tener o no la siguiente característica: que la efectividad de sus normas, si llegase a ser hegemónica, es decir, si, por eso mismo, tales sistemas fuesen eficaces, ello implicaría la desaparición del sistema actualmente hegemónico, o al menos su transformación en uno subalterno o hegemónico. Llamaremos a tales sistemas alternativos, **sistemas normativos subversivos**.”*

La historia latinoamericana es pródiga en ejemplos de esto. Cada uno de los sistemas jurídicos impuestos por los patriotas insurgentes del siglo pasado – refiriéndose al siglo XIX- en las guerras de independencia, son ejemplos de sistemas normativos que fueron ganando efectividad hasta convertirse en eficaces y, por lo tanto, en hegemónicos o “Estados independientes” excluyentes de los Estados virreinales. Los sistemas jurídicos español y portugués de los conquistadores fueron subversivos respecto de los indígenas. Y, en relación con algunos de ellos, se hicieron hegemónicos sin suprimirlos, cosa que sí hicieron los sistemas impuestos en las guerras de la independencia que sí suprimieron a los coloniales.

Pero la historia contemporánea también ofrece ejemplos, como en los casos de Cuba y Nicaragua: sistemas subversivos cuyo triunfo suprimió los sistemas anteriores, organizados alrededor de normas fundantes distintas. Y

¹¹⁶ Oscar Correas: “Ideología jurídica, Derecho Alternativo y democracia”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, obtenido en www.juridicas.unam.mx, el 17 de diciembre de 2014

¹¹⁷ Íd.

nuestra América ofrece también el ejemplo de sistemas normativos subversivos en países como Colombia, Guatemala y Perú.”¹¹⁸

A esta reflexión me parece necesario añadir el criterio de Cabedo¹¹⁹, que expresa que, al ser todas las sociedades plurales, un Estado que se precie de democrático no puede negar dicha realidad y debe reconocer el pluralismo en toda su extensión. Es más, comentando a César Landa, sostiene que el pluralismo debe servir a la construcción democrática de una sociedad plural, no sólo en el terreno político, sino también en lo etno-cultural, convirtiéndose así en un presupuesto ineludible para la construcción de una comunidad política democrática. Correas, sobre la relación entre pluralismo y democracia, manifiesta que ésta no puede ser excluyente de otros sistemas jurídicos alternativos so pena de excluir minorías y diferencias. La democracia de un Estado hegemónico –sostiene– no puede ignorar la democracia de otros Estados subalternos. Y no se trata ya de "incorporar" o "cooptar" los sistemas alternativos, lo cual significa precisamente negarlos como tales sistemas. Se trata de convivir con ellos. Y, por cierto, se plantea el grave problema de si hay que convivir con sistemas cuya eficacia podría destruir el sistema democrático, o si, en cambio, se requiere la fuerza para defender el sistema hegemónico. Puntualiza: “Pero bien visto, este es el reto de toda democracia, aun cuando la pensemos como perteneciendo a un Estado único: siempre es necesario defender la democracia contra retrocesos como los que suponen los movimientos chauvinistas del primer mundo. Pero ¿debemos defender la democracia de los sistemas hegemónicos contra los sistemas alternativos, indígenas por ejemplo, que son frecuentemente no democráticos según nuestras definiciones, y en ocasiones muy crueles en sus castigos, también según nuestras valoraciones?”¹²⁰ A esto, Cabedo lanza la pregunta que a todos nos asalta: ¿qué sistemas jurídicos debemos considerar como democráticos?¹²¹ Señala que, en principio, desde un punto de vista occidental, no habría dificultades en identificar sistemas jurídicos indígenas no democráticos, como serían aquellos que, desde nuestra óptica, violan los derechos humanos. Sin embargo, inclusive la presunta violación de derechos humanos estamos examinando con ojos occidentales, o cuando menos, occidentalizados. De ahí por qué tendría que indagarse, entre los directos interesados, es decir los pueblos originarios, sobre las maneras de coordinación entre los dos sistemas.

En cuanto a las formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas, Raquel Yrigoyen sostiene que, en consulta con los pueblos indígenas y con base en

¹¹⁸ Íd.

¹¹⁹ Vicente Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 26

¹²⁰ Oscar Correas: “Ideología...”

¹²¹ Vicente Cabedo: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*p.39

un diálogo intercultural e intersectorial, debe establecerse mecanismos y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo¹²².

Empero, este dialogo entre distintos saberes solamente es posible a través de la interculturalidad como algo por construir que permite imaginar y edificar una sociedad distinta basada en el respeto, la legitimidad mutua, el equilibrio, la complementariedad y la igualdad en la diversidad, donde la diferencia es el elemento constitutivo y no un simple añadido. Por eso mismo, la interculturalidad es central para la refundación estatal: por las relaciones y articulaciones por construir no sólo entre grupos sino también entre las estructuras, instituciones y derechos que este nuevo Estado proponga, entendiendo que tras de ellos existen lógicas, racionalidades, costumbres y conocimientos distintos¹²³. Bajo esa perspectiva, la interculturalidad puede concebirse como un proceso que bajo la premisa de la igualdad de culturas y la presencia de los pueblos indígenas en la estructura estatal y sus diversas instituciones, permitirá la conjunción de lógicas, saberes prácticos, perspectivas, seres y sistemas de vida. Situación que nos llevaría a pensar que al ser los pueblos indígenas portadores de “otros marcos conceptuales”, éstos estarían contribuyendo hacia la ampliación de las nociones establecidas, no solamente por el Derecho sino esencialmente por los Derechos Humanos haciendo que nuestra concepción sobre los principios de universalidad e igualdad de los derechos humanos estén marcados por el principio de diversidad cultural¹²⁴.

De lo dicho en forma precedente, no resulta difícil concluir que la relación entre los dos sistema no es sencilla, ingresan elementos, además de culturales, materiales y que permitan una aceptable coordinación entre ambos, sin que ninguno quede relegado frente al otro, y todo ello, además, circunscrito al resguardo y respeto de los derechos humanos.

6. FORMAS DE RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

En la actualidad, tanto en Bolivia como en otros países latinoamericanos, existe una nueva coyuntura política que incluye el reconocimiento por parte de los

¹²² Raquel Yrigoyen: *Criterios y pautas...*

¹²³ Catherine Walsh: “*El Estado Plurinacional e Intercultural*”, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009.

¹²⁴ Catherine Walsh, Id.

Estados de la diversidad étnica y cultural y, como elemento de dicha diversidad, la necesidad de otorgar algunos derechos específicos al respecto.

En especial, desde la última década del siglo XX, se han producido muchos cambios en los Estados en cuanto al Derecho Indígena. Ha sido reconocido en las Constituciones, y se ha ratificado por varios países, el convenio 169 de la OIT.

En el caso de Bolivia, nuestra Constitución tiene un corte eminentemente pluralista, desde su concepción, valores, principios y contenido. Por ello, en el primer artículo se proclama a Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y **el pluralismo** político, económico, **jurídico**, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Al señalar los principios que rigen la potestad de impartir justicia, la Constitución boliviana, destaca el pluralismo jurídico, lo que se ve reforzado con la norma del art. 179.II, que reconoce la igual jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la indígena. Ya en el Título relativo al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, la Ley Fundamental puntualiza que 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, limitando el ejercicio de tal jurisdicción, dentro el marco dispuesto por la Constitución y el respeto de los derechos humanos. En este sentido, su art. 190.II establece: *“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”*. Esta Ley Suprema remite a una **ley de deslinde jurisdiccional** el conocimiento de los asuntos indígena originario campesinos, así como la determinación de 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 recordar que la anterior Constitución boliviana establecía como límite para el ejercicio del Derecho Indígena la Constitución y las leyes. Esta última limitante, relativa a *las leyes* ha desaparecido en la Constitución vigente, lo que, a criterio nuestro, constituye un avance, resultando, por ende, los parámetros, dentro de los cuales deberá desenvolverse la jurisdicción indígena, la Constitución y el respeto de los derechos humanos.

En ese marco, creo necesario tomar las palabras de Willem Assies¹²⁵, que señala que si se habla del reconocimiento de los derechos indígenas y de una legislación de calidad, una primera cosa que hacer es dejar atrás el imaginario decimonónico acerca del Estado; es decir, la imagen presentada por Hans Kelsen según la cual Estado y Derecho son la misma cosa, ya que es un imaginario que está en tela de juicio, no sólo porque los pueblos indígenas retan al monismo jurídico kelseniano, sino que se debe considerar el proceso multifacético de la globalización, que reta a la noción de *soberanía* y al monismo jurídico. Es así que –sostiene– es fructífero dejar atrás tal imaginario y enfocar el reconocimiento del Derecho Indígena desde perspectivas afines a la transformación del Estado. Si se trata de derechos indígenas, este proceso de transformación está vinculado con el desarrollo de una normatividad supraestatal, como son el convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; y mecanismos supraestatales, como la OIT, la Corte interamericana de Derechos Humanos; y, por otro lado, a nivel local y regional, el reconocimiento de ciertos grados de autonomía y del pluralismo político y jurídico.

Para Cabedo, el pluralismo jurídico no comporta únicamente admitir el Derecho Indígena¹²⁶, sino que para hablar de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el Derecho consuetudinario indígena, y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este Derecho, por las propias autoridades indígenas. Ambas caras del pluralismo jurídico son de todo punto imposibles de escindir. Por ello, es posible argumentar que en aquellos Estados que aún reconociéndose el Derecho Indígena, no se permite a los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo, en todo caso, dicho Derecho aplicado por los órganos judiciales estatales, no existe un auténtico pluralismo jurídico.

André Hoekema, con base en el concepto de Derecho en su sentido social¹²⁷, define el pluralismo jurídico distinguiendo el pluralismo jurídico social y el formal, y dentro de este último, el unitario y el igualitario. Manifiesta que la coexistencia de dos o más sistemas de Derecho en su sentido social no ha sido reconocida en el Derecho oficial, salvo la posibilidad que los jueces, en algunos casos, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de normas de *folk law*, sin ser esto un mandato formal de parte

¹²⁵ Willem Assies: *Reforma indígena en Michoacán y pluralismo jurídico. Proyecto Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, obtenido en www.alertanet.org, el 2 de enero de 2015

¹²⁶ Vicente Cabedo Mallol: *Constitucionalismo...*, p. 22

¹²⁷ Hoekema define el Derecho en su sentido social como “las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y mantenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo”.

del Derecho estatal. No obstante, esta práctica en los operadores jurídicos constituye una situación que de hecho existe en muchos países. Cuando hay reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos, se entra al ámbito del pluralismo jurídico formal¹²⁸. Cabedo sintetiza la propuesta de Hoekema indicando que la diferencia entre el pluralismo jurídico formal unitario y el pluralismo jurídico igualitario, estriba en determinar si el Derecho oficial se reserva o no la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de Derecho reconocidos. Solamente el pluralismo jurídico de tipo *igualitario* garantiza una autonomía del Derecho Indígena; empero, no se puede considerar ambos tipos de pluralismo como excluyentes¹²⁹. Los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden complementarse, en el caso que, aparte de la plena autonomía del Derecho Indígena (o de varios sistemas distintos indígenas) en la aplicación de las leyes y los reglamentos nacionales, se tomen en consideración la cosmovisión y/o la cultura específica de uno de las partes involucradas¹³⁰.

Determinar los aspectos y ámbitos que podrá abarcar el ejercicio del Derecho Indígena en cada porción geográfica que se trate –donde se asientan los pueblos originarios- no es temática fácil de tratar. Aún en los países donde se reconoce el pluralismo jurídico, como en Bolivia, la Constitución establecerá un marco general sobre los límites de tal reconocimiento, debiendo ser la ley de desarrollo constitucional la que afine puntos específicos para la coexistencia del Derecho Indígena y el Derecho estatal. Sobre estos temas profundizaremos en los siguientes Capítulos.

7. PLURALISMO Y DERECHOS HUMANOS

De principio, corresponde efectuar una afirmación, que resulta básica para el desarrollo de este trabajo: El ejercicio del Derecho Indígena está limitado por el respeto de los derechos humanos. En el caso de Bolivia, la Constitución lo establece de esa manera, y si bien la norma del art. 190.II se refiere a los derechos y garantías establecidos en la propia Constitución, no es menos cierto que la misma también establece que los derechos que proclama no serán entendidos como

¹²⁸ André Hoekema: “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro Derecho*, número 26-27, abril de 2002, Bogotá, obtenido en www.ilsa.org.co:81, en 16 de diciembre de 2014, p. 70

¹²⁹ Vicente Cabedo: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*p. 34

¹³⁰ André Hoekema: “Hacia un pluralismo...”, p. 71

negación de otros derechos no enunciados, de modo que también ingresan los derechos no enunciados en forma expresa, pero que están consagrados en instrumentos internacionales.

Ante esa categórica afirmación, cabe preguntarse a cuáles *derechos humanos* nos referimos, puesto que existen posiciones que sostienen que la concepción *universalista* de tales derechos, deviene de una visión occidental, y que si se quiere respetar el sistema de justicia indígena, se debe también respetar el criterio que sobre los derechos humanos tienen los pueblos indígenas. Tarea nada sencilla cuando estamos acostumbrados –desde el nacimiento y a través de toda nuestra formación– a que los derechos humanos como los consideramos en nuestra conciencia, son iguales para todos y todas, para ciudadanos y campesinos, originarios y no originarios. Sin embargo, tal vez es tiempo de repensar nuestras ideas.

Al respecto, Cabedo¹³¹ expresa que la falsa universalidad de los valores de una cultura particular (como la occidental), puede traducirse en una imposición o dominación de una cultura sobre otras. La respuesta frente a esos valores pretendidamente *absolutos*, la da el *relativismo cultural*, que cuenta con dos manifestaciones el relativismo radical y el relativismo moderado. La primera manifestación supone llevar el relativismo hasta sus últimas consecuencias, o sea a la tolerancia incondicional del “todo vale”. Y, el relativismo moderado pretende ser respetuoso con la diversidad cultura pero, a su vez, afirmaría la existencia de un mínimo de valores o *derechos intangibles*, como diría la Corte Constitucional colombiana en sus Sentencias T-254/94 de 30 de mayo y C-139/96 de 9 de abril¹³².

Dicha Corte Constitucional, en su Sentencia C-063/10 de 4 de febrero de 2010, ha establecido:

“(...) En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia

¹³¹ Vicente Cabedo: *Constitucionalismo y...*, p. 30

¹³² La Sentencia T-254/94 señala: “(...) el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, **salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona.** La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones, justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos...”

cultural", afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), 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 (C.P., artículos 246 y 330).

'En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, "resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía."¹³³

Desde esa óptica, y partiendo de la premisa que los derechos humanos se fundamentan en la dignidad de la persona, y que, por eso, todo ser humano, sin importar su edad, religión, sexo o condición social, goza de ellos, se puede señalar que los derechos humanos son las facultades, prerrogativas y libertades fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin los cuales no se puede vivir como tal. Se entiende por fundamento de los Derechos Humanos la realidad o realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los Derechos Humanos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra que el valor social fundamental de la **dignidad** de la persona, que constituye el fundamento último de todo derecho¹³⁴.

En ese entendido, considero que los valores que encierran los derechos humanos como la vida, la integridad psicofísica y la libertad personal, deben ser primordialmente respetados en todas las culturas, pues **se es ser humano no importe donde se haya nacido**, de modo que la primera afirmación establecida en este acápite, sigue vigente, el límite del ejercicio del Derecho Indígena es el respeto de los derechos humanos; sin embargo, tal afirmación no resulta ya tan

¹³³ Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>, en 17 de junio de 2015

¹³⁴ María Yamile Hayes Michel: *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, Gaviota del Sucre, Sucre, 2007, p. 131

categorica y cerrada, toda vez que –eso si-, dentro de ese respeto y resguardo, pueden haber matices en las diversas culturas.

Dentro de ese marco, Yrigoyen propugna la necesidad de una interpretación de los derechos humanos desde una perceptiva pluricultural o multicultural. En esa óptica, Cabedo señala que en la propia dinámica interna de transformación de los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas puede terminar por hacer caer en desuso sanciones corporales; reafirmando que todo Estado democrático debe ser respetuoso de la diversidad étnica y cultural pero requiere de un mínimo de integración, de homogeneización cuya base estaría constituida por la vigencia de los derechos humanos para todos sus ciudadanos. Pero, mientras no se produzcan esas transformaciones que hagan caer en desuso aquellas sanciones que consideramos atentatorias a la dignidad, deben buscarse soluciones sobre la base del diálogo intercultural¹³⁵.

En ese sentido, los dos Pactos adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1966 proveen los instrumentos para la implementación de los Derechos Humanos consagrados en la Declaración. Es solamente en el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos que encontramos un artículo que se refiere a la llamada *problemática de las minorías*, cuando señala: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propia idioma” (art. 27). Así este artículo busca proteger la *integridad cultural*. La redacción de esta norma, sin embargo, es vaga y muy débil. En primer lugar, no queda claro quién decide si existen o no minorías dentro de un Estado. Los gobiernos latinoamericanos nunca han reconocido la existencia de "minorías" en sus territorios. En segundo lugar, el artículo 27 no reconoce derechos a las minorías como tales si no a "personas que pertenezcan a dichas minorías". Es decir que tiene un sesgo individualista muy fuerte. Además, la orientación es culturalista.

Sin embargo, el artículo ha sido la base de decisiones favorables a los pueblos indígenas por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos de la OEA. En 1985, por ejemplo, la Comisión invocó este artículo en favor de los Yanomami en Brasil. Según la Comisión las invasiones de las tierras ancestrales de los Yanomami no solamente amenazaron su bienestar físico sino también su cultura y sus tradiciones. La Comisión, por lo tanto, recomendó que el gobierno brasilero proceda a asegurar las fronteras de una reserva para los Yanomami (Anaya, 1992). Bajo presión internacional, una reserva de 9 millones de hectáreas fue creada en

¹³⁵ Cabedo: *Constitucionalismo y...*, p. 33

1992 en el contexto de las preparaciones para la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro.

Este caso nos permite observar que el derecho a la "integridad cultural" puede ser interpretado de forma amplia, incluyendo la base material de las prácticas culturales, es decir la tierra y las prácticas económicas tradicionales. Por otro lado, el artículo también da un cierto sustento para la protección de los derechos de grupo puesto que el derecho a un idioma propio solamente puede ser ejercido en una colectividad. Asimismo, el artículo puede dar sustento a prácticas de "discriminación positiva"¹³⁶.

La convergencia entre Derecho Indígena y derechos humanos será nuevamente abordada en el presente trabajo más adelante.

¹³⁶ Willem Assies: "La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano", documento preparado para el evento *Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio*, Programa de Pueblos Indígenas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Julio de 2000, Santa Cruz, Bolivia.

CAPÍTULO 2

EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA

En este Capítulo se indagarán los antecedentes históricos de lo que hoy conocemos como Derecho Indígena dentro de lo que ahora es la República de Bolivia. Para ello deberemos retroceder en el tiempo para estudiar la forma en que se desarrollaba la vida en esta porción geográfica antes de la conquista española, pasando luego por la colonia, en la que se dieron importantes instituciones y figuras que con seguridad han determinado lo que es hoy el Derecho Indígena; para llegar a puntualizar lo que sucedió una vez fundada la nueva República.

1. INTRODUCCIÓN

En Bolivia, durante la colonia, se instauró un orden que ha sido caracterizado dual, con una república de españoles, hegemónica, y la de “indios, conquistados y subordinados”¹³⁷; quienes en virtud a las leyes de Indias, podían tener autoridades propias para asuntos internos. Así, existían autoridades originarias hasta un segundo nivel de *kurakas* o *jilaqatas*, que tenían autoridad sobre unidades étnicas preexistentes pero reducidas a un territorio más continuo, con sus subdivisiones por ayllus y comunidades.

Efectivamente, la recopilación de las Leyes de Indias (Ley 4, Título I, Libro II) disponía que las leyes y costumbres indígenas podrían ser guardadas siempre que no se opusieran a la religión y a las leyes españolas vigentes.¹³⁸

¹³⁷ Xavier Albó y Franz Barrios: *Por una Bolivia Plurinacional e Intercultural con autonomías*, La Paz, Documento de Trabajo, Informe nacional sobre desarrollo humano en Bolivia, PNUD, 2006

¹³⁸ Elva Terceros, “El derecho indígena en la legislación positiva”, en *Sistema Jurídico Indígena*, Santa Cruz, Centro de estudio Jurídicos e investigación social, El País, Santa Cruz, 2003, p. 30.

La República, obra criolla mestiza que no tuvo una participación indígena significativa,¹³⁹ se fundó en base a esa estructura social, donde la distribución de tierras, la estratificación social, el régimen de tributos y parte de la administración pública no tuvo mayores variaciones e inclusive se mantuvo

El Estado se construyó, de acuerdo a Silvina Ramírez, alrededor del pensamiento liberal e ilustrado, con fundamento en valores como la libertad individual frente al Estado y la igualdad formal ante ley, en desconocimiento de la visión del mundo de los pueblos indígenas.¹⁴⁰ A ello se suma el hecho que el Estado, a través de sus instituciones, especialmente la judicial, no pudo llegar a todas las comunidades existentes en el territorio boliviano, lo que determinó la permanencia y aplicación de las costumbres en las comunidades indígenas, para regular su vida social y enfrentar los problemas de relacionamiento cotidiano.

Luego de la revolución de 1952, se reconoció el derecho a la titulación de tierras de las comunidades indígenas y a la organización de sindicatos campesinos, se amplió la participación política de todos a través del voto universal, se democratizó el acceso a la educación, que se extendió al área rural. En resumen, se intentó diluir la diversidad étnica-cultural, enarbolando la nueva ideología del Estado mestizo.¹⁴¹

Sin embargo, esa nueva concepción del Estado no tomó en cuenta las barreras idiomáticas y culturales que tenían los pueblos indígenas para acceder, en condiciones de igualdad, a los derechos reconocidos tras la revolución del 52. Efectivamente, como anota García Linera:

“(...) la adquisición de conocimientos culturales legítimos por parte de los grupos indígenas quedó constreñida a la transición obligatoria a un idioma ajeno, al castellano, y a la asunción de unas pautas culturales producidas y monopolizadas por las colectividades mestizo urbanas, con lo que nuevamente los mecanismos de exclusión étnica se activaron, solo que de manera renovada y eufemistizada.”¹⁴²

Raquel Yrigoyen, anota cinco momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados¹⁴³:

¹³⁹ Xavier Albó y Franz Barrios, op. cit. p. 17.

¹⁴⁰ Silvina Ramírez, “Diversidad cultural y administración de justicia”, en *Artículo Primero* (Santa Cruz), 7 (mayo-septiembre): pág. 23.

¹⁴¹ Xavier Albó y Franz Barrios, op. cit., p. 20.

¹⁴² Álvaro García Linera, op. cit., p. 16.

¹⁴³ Raquel Yrigoyen Fajardo: *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Publicado en: Berraondo, Mikel

1) Históricamente, aparece primero el **proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI**. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del Tawantinsuyo (el llamado “Imperio de los Incas”) y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como el de otros pueblos vecinos. El sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior.

2) Le sigue el **proyecto de subordinación política y segregación colonial**. El Derecho Indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los pueblos de indios regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” –en tanto no contradijeran la religión o las leyes-. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de pueblos de indios así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre indios en casos que no ameritaban pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias. Cuando los indígenas eran sometidos a las audiencias, entonces se les aplicaba un régimen diferenciado, bajo las reglas del derecho castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores. Esto es, procedimientos simplificados, aplicación de usos y costumbres, exoneración de costas procesales, y presencia de defensores y procuradores.

3) Luego de la Independencia aparece el **proyecto asimilacionista de inicios de la República**. Tal dura desde el s. XIX hasta bien entrado el s. XX. Su objetivo es convertir a los indios en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales (tributo, mita), y la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos y costumbres, idioma, etc.).

4) Posteriormente, aparece el **proyecto integracionista de mediados del s. XX**, que reconoce ciertos derechos colectivos y especificidades

(coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567), obtenido en <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>, en 15 de diciembre de 2015

indígenas, pero sin renunciar al modelo de Estado-nación ni al monismo legal.

5) Finalmente, aparece el **horizonte pluralista a finales del s. XX e inicios del s. XXI**, gracias a reformas constitucionales y, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado/nación, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal.

Con la síntesis anterior, Yrigoyen esquematiza hábilmente, lo acontecido a través de siglos en la América morena.

Veamos pues, un poco de historia.

2. EL PERIODO PRECOLONIAL

José de Mesa¹⁴⁴ denomina a esta etapa periodo prehispánico. Abarca un lapso que va desde la llegada del hombre a nuestro continente hasta el descubrimiento de América por los europeos. A fin de comprender lo acontecido antes de la colonia en el territorio que hoy es Bolivia, debemos tomar en cuenta dos grandes zonas: El altiplano y las tierras bajas. Dichas zonas han tenido circunstancias y un desarrollo diferentes.

2.1 Cultura Wankarani

En la civilización de los Andes hay muchas teorías con respecto a su población, los primeros establecimientos humanos en nuestro territorio se han encontrado en Viscachani y el Chaco, pero los primeros desarrollos a nivel aldeano se conocen como el Periodo Formativo. En este período sobresalen dos desarrollos culturales: por un lado la cultura Wankarani y por otro la cultura Chiripa. Los primeros grupos de agricultores y pastores empiezan a vivir en aldeas. La cultura Wankarani se desarrolló en los actuales departamentos de La Paz y Oruro, al norte y noreste del Lago Poopó. Creció en base a asentamientos aldeanos, conoció la manufactura de cerámica y la escultura en piedra. Su antigüedad data del año 1.200 antes de nuestra era y pervive hasta el siglo segundo después de Cristo.

¹⁴⁴ José de Mesa, Teresa Gisbert y Carlos Mesa Gisbert: *Historia de Bolivia*, Gisbert y Cía, La Paz, 1998, p. 3

Asentada en una región de puna, donde las condiciones geográficas, el clima y la gran dificultad para la agricultura hacen que las condiciones de vida sean muy duras, permaneció en condición aldeana sin haber progresado ni desarrollado plenamente. Pese a los obstáculos, practicaron la agricultura y basaban su economía en el pastoreo de camélidos.

2.2 Cultura Chiripa.

La cultura Chiripa se ubica en el departamento de La Paz, en la península de Taraco del lago Titicaca, provincia Ingavi del departamento de La Paz (a pocos kilómetros de Tiwanacu, sobre la carretera La Paz - Desaguadero).

Esta cultura estuvo vigente aproximadamente por los años 1.500 al 100 a.C., situada sobre la península de Taraco del lago Titicaca Constituye hoy en día un sitio arqueológico que forma parte del territorio denominado por los investigadores como Wiñaymarka (Ciudad perdida).

Chiripa es una cultura lacustre que dominaba la agricultura. Dura hasta los primeros años de nuestra era. En un momento es coetánea a Tihuanaco.¹⁴⁵

2.3 Tiahuanaco.

La cultura Tiahuanaco o Tiwanaku, es una cultura perteneciente al 2º Horizonte cultural medio "Gran fusión cultural". La Cultura Tiahuanaco (200 a.C. - 1200 d.C.). Es una de las pocas culturas que ha dejado impresionantes vestigios arqueológicos a lo largo de gran parte de territorio para su estudio actual. El primer estudioso en llegar a las ruinas de Tiahuanaco y hacer una descripción detallada fue el cronista Pedro Cieza de León en el siglo XVI, pero el primer arqueólogo en hacer un análisis científico de la cultura Tiahuanaco fue el alemán Federico Max Uhle, a comienzos del siglo XX. Estudiosos posteriores y renombrados de esta cultura han sido elaborados por bolivianos como Carlos Ponce Sanjines y el estadounidense Wendell Bennett¹⁴⁶.

¹⁴⁵ José de Mesa, ob. Cit. P. 18

¹⁴⁶Obtenido en <http://www.historiacultural.com/2008/06/2-horizonte-cultural-medio-gran-fusion.html> el 18 de enero de 2016

Algunos autores sostienen que Tiahuanacu constituye una leyenda aymara, como M. Pacheco Loma¹⁴⁷. Para Enrique Finot¹⁴⁸, Tiahuanacu constituye un enigma, aunque asevera que las ruinas de Tiahuanacu, cualquiera que sea su origen, son indudablemente los vestigios más notables de una cultura sudamericana.

En cambio, los historiadores José de Mesa, Teresa Gisbert y Carlos Mesa Gisbert, sostienen que el Tiahuanacu ha existido como cultura y para su estudio, se ha dividido en tres grandes periodos: Aldeano, Urbano e Imperial, todo ello según su desarrollo histórico y social. Nos adscribimos a lo analizado por estos últimos autores, dada su vasta experiencia historiográfica y la seriedad de sus obras.

El Tiahuanacu en principio fue una aldea concentrada, pero con el pasar de los tiempos, se convirtió en una gran urbe ceremonial. Ya en el siglo VIII de nuestra era, Tiahuanaco se expande políticamente sobre la base de los enclaves preexistentes, tanto en la costa como en los valles mesotermos; asimismo, extiende su poderío en el altiplano y sobre la sierra.

Luego de una gran expansión de este imperio pan-andino¹⁴⁹, en el siglo XII el colapso es inevitable y en la región donde floreció Tiahuanaco aparecen varios señoríos aymaras, denominados reinos collas. Cabe añadir que el colapso de esta cultura se debió principalmente a los cambios climáticos, una sequía que duraría entre 1250 y 1310 d.C., trajo como consecuencia la total escasez de cosechas y la desaparición de cultivos.

2.4 El Collasuyo.

Desaparecido el Imperio Tiwanaku, el altiplano quedó fragmentado en varias etnias que se dividían en dos, llamadas Urusuyo y Omasuyo. En el sector occidental (Urcusuyo) denominaron los pastores y en el sector oriental (Omasuyo) los agricultores y pescadores.

De norte a sur, en los que hoy es Bolivia y Perú, nos encontramos con los siguientes pueblos aimaras que ocupan las riberas del lago Titicaca: los collas con su doble "cabecera" Hatuncolla y Paucarcolla; luego están los lupacas, en la orilla occidental, con su capital Chucuito; y, al sur del río Desaguadero están los Pacajes con su capital Caquiaviri. Al norte, entre el lago Titicaca y Cuzco, están los canas y

¹⁴⁷ M. Pacheco Loma: *Resumen Historia de Bolivia*, La Escolar, Oruro, 1948, p.47

¹⁴⁸ Enrique Finot: *Nueva historia de Bolivia*, Gisbert y Cia. La Paz, 1978, p. 17

¹⁴⁹ José de Mesa, ob. Cit., p. 28

los canchis. Vecinos y fuera del área aimara, se encuentran los quiruas, de quienes se sabe muy poco, y los callahuayas que son el paso hacia el antisuyo.

El *Collasuyo* fue una de las naciones del *Tahuantinsuyo*, que estaba constituido por diversas naciones con sus propias individualidades culturales, históricas, lingüísticas. Tuvo como sede imperial la ciudad del Cusco. Data del año 1.200 d.C. La palabra ***Tahuantinsuyo*** proviene de un nombre compuesto por dos vocablos quechuas: *Tawa*, que significa cuatro, y *Suyo*, que quiere decir Estado. El Collasuyo, se encontraba formado por los siguientes pueblos: Ayaviri, el cual en la época de decadencia era fronterizo con los Incas, soportaba las invasiones, el Colla del que ha tomado el nombre toda la región, en la que se encontraban las dos ciudades más importantes de los últimos años del imperio, Hatun Colla y Paucar-Colla. Los Omasuyos, habitaban la ribera oriental del Lago, desde Guaycho, Taraco, Isla de la Luna, Península de Copacabana: y los Lupacas, ocupaba el margen occidental del Lago hasta el Desaguadero, que los separaba de los Pacajes. Estos últimos tienen poca extensión sobre la ribera del Lago, sus dominios son extensos al sur, comprendían Caquingora, Caquiaviri, Tiwanacu y otras. La capital y ciudad mayor del *Collasuyo* en los últimos años del período prehispánico fue *Hatuncolla*¹⁵⁰.

El inca Pachacuti fue quien derrotó a Chuchi Capac, último gobernador del Collasuyo. Así se estableció la conquista de los incas al Collao.

2.5 Tahuantinsuyo o Tawantinsuyo.

Lo que los historiadores denominaron **Imperio Incaico** se llamaba Tahuantinsuyo, que significa “la tierra de los cuatro suyus”, pues se componía de cuatro partes: Chinchasuyo al norte, Cuntisuyo al oeste, Antisuyo al oriente, y Collasuyu al sur en el altiplano. La capital fue el Cuzco. Jesús Lara dice que la división del imperio incaico en los cuatro grandes territorios, no parece inventiva de los incas. Es posible que ellos hubiesen descubierto el sistema en alguna parte, en el curso de sus campañas de conquista¹⁵¹.

En cuanto a la **estructura del Estado y estratificación social**, se tiene que dentro de cada uno de los cuatro suyus, había otras demarcaciones que llevaban los nombres propios de los pueblos conquistados. En cada uno de éstas, habían

¹⁵⁰ Íd.

¹⁵¹ Jesús Lara: *El Tawantinsuyu*, Canelas, Cochabamba, 1974, p. 185

comarcas que debían, cada una, dar cabida a conjuntos de diez mil familias; cada uno de éstos llevaba el nombre de *junu*, y estaba bajo el gobierno del *junukuraka*¹⁵².

El imperio incaico estaba gobernado por un monarca que era el Inca. Su persona estaba divinizada y sus poderes eran ilimitados, pues legislaba, administraba, era sumo sacerdote y general de los ejércitos. Como descendiente del Sol, era adorado por sus súbditos, y nadie podía mirarle la casa excepto us mujeres y hermanas, y nadie podía acercársele ecepto descalzo. Su mujer principal o *coya* tenía un rango semejante al del Inca. El Inca elegía entre sus hermanas a su mujer, aunque esta regla no se cumplió en todos los casos.¹⁵³

Por debajo del Inca, se halla la élite, jóvenes de sangre real, pero otros elementos se agregaban también a ella. Estaban los incas propiamente dichos, que eran los descendientes de los primeros conquistadores. Luego estaban los incas por privilegio, que se los tenía por incas y llevaban las orejas perforadas, pero no gozaban de la misma consideración que los demás, eran amigos de los señores, capitanes y servidores del inca, y se les llamaba orejones. Seguía el pueblo, los llamados hatunrunas, algunos de los cuales se encontraban colocados en la jerarquía social un poco por encima de la masa de los contribuyentes: eran los pequeños funcionarios, hoy denominada clase media, y también los fundidores, plateros, lapidarios y otros obreros y artistas. Finalmente, se encontraban en la base de la pirámide social, los yanacunas: los esclavos¹⁵⁴.

Es importante remarcar que el **ayllu** fue –y continúa siendo hoy en día- la reunión de familias de una misma comunidad. Así, los integrantes del mismo ayllu se denominaban *ayllu.-masis*. Así, el ayllu “importa una relación familiar o de grupo, por razón de parentesco consanguíneo”. En el Cuzco vivían los incas de sangre real, divididos por sus *ayllus*, que es linaje, que aunque todos ellos eran de una sangre y de un linaje, descendientes del rey Manco Capac, con todo eso hacían sus divisiones de descendencia de tal o cual rey.¹⁵⁵

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ José de Mesa, ob. Cit.

¹⁵⁴ Luis Baudin: *El imperio socialista de los Incas*, Zigzag, Santiago, 1955

¹⁵⁵ Baustista Saavedra: *El ayllu*”, Editorial Paris, La Paz, 1913, p. 34

3. RECOPIACIÓN DE LAS NORMAS INCAICAS

Conforme señalan tanto Moisés Chivi Vargas¹⁵⁶, como la publicación del Centro “Juana Azurduy”¹⁵⁷, las prácticas jurídicas y judiciales¹⁵⁸ indígenas más conocidas hoy como “justicia comunitaria” –expresión que no comparto por las razones que expresaré en el siguiente Capítulo- contienen en su seno un viejo debate que, partiendo del mismo tiempo colonial, encuentran en el presente paradojas inevitables y a su lado propuestas emergentes de voces propias y voces amigas, que conviene ponerlas a la luz del pensamiento crítico y valorarlas por el tamiz histórico del *Quip Nayra*, o la interlegalidad jurídica¹⁵⁹.

Para comprender el Derecho Indígena de hoy en día, resulta imprescindible conocer sus precedentes, es decir, las normas que estuvieron vigentes durante el incario, que ya ha sido relatado en términos muy generales porque lamentablemente, al no conocer la escritura en esos tiempos no han quedado documentos que se puedan manejar ahora, pero sí se cuenta con documentación respecto de la normas existentes para los indios en la época de la colonia. El “Protector de Naturales”, la condición de “miserable indio”, las “Leyes de Indias” y sus “Recopilaciones”, son sólo una muestra de lo que se puede traer a colación para ver cómo la juridicidad/judicialidad colonial fue construyéndose de diversos modos, unas veces apelando a la experiencia de los *quipucamayocs*¹⁶⁰, bajo la idea de entender las prácticas jurídicas incarias y su sistema de “ordenanzas”, cuya documentación se puede leer en los relatos de los cronistas indios Felipe Guamán

¹⁵⁶ Idón Moisés Chivi Vargas: *Justicia indígena, los temas pendientes*, Azul Editores, La Paz, 2006, p. 19

¹⁵⁷ Centro Juana Azurduy: *Justicia Comunitaria. Propuestas para su tratamiento con equidad de género*, Tupac Katari, Sucre, 2007, p. 9

¹⁵⁸ Las prácticas judiciales son “la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras...” (Michel Foucault: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, p. 23)

¹⁵⁹ Conforme sostiene René Orellana (Interlegalidad y Campos jurídicos: Discurso y Derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia, Cochabamba, 2005), “el orden jurídico indígena es un constructo interlegal, en la medida en que diferentes fuentes de derecho (precoloniales, coloniales, republicanas, globales de esta última época), entre ellas de las propias comunidades indígenas, han interactuado para configurar formas jurídicas y judiciales muy particulares, las cuales sirven, en parte, como fundamentos de proyectos étnicos con voluntades autonomistas”

¹⁶⁰ *Quipucamayocs*: Ancianos expertos en historiar el tiempo del Inca a través de hilos de colores (llamados quipus)

Poma de Ayala en su *Primer Crónica y Buen Gobierno*, de 1912, o Juan Santa Cruz Pachakuti Yamqui Salcamaygua.

La denominada “justicia comunitaria” ofrece una diversidad de vertientes de investigaciones, desde las que realizan etnografía hasta aquellas que, desde la teoría, piensan la justicia indígena y la trabajan como marco referencial de las propuestas reconstitutivas del espacio, política y sociedad andinos. Conviene enfatizar un detalle que es sumamente importante, y es que desde el momento mismo de iniciada la colonia, los colonizadores mostraron preocupación por las formas jurídicas indígenas, dando lugar a una serie de crónicas sobre los indios, a la vez que se dictaban una gran cantidad de disposiciones coloniales de diverso rango a favor de los indios y para mejorar sus condiciones de vida, aunque con casi ninguna efectividad ni aplicación¹⁶¹.

A continuación, se repasan algunas normas indígenas vigentes durante la colonia, recopiladas por Felipe Guamán Poma de Ayala, documento de enorme importancia en el estudio de los pueblos originarios de lo que hoy es Bolivia, puesto que al ser indio, su mirada y percepción es diferente a las de los cronistas españoles o criollos.

Únicamente para dar una muestra del texto original de cómo fueron escritas tales crónicas, consignaré los primeros párrafos con ese lenguaje, seguido de lo que dicen en el español actual; y, seguidamente, señalaré las demás normas con el actual lenguaje, para facilitar la comprensión. Se aclara que las siguientes “ordenanzas” eran dadas para el pueblo, no eran aplicadas entonces a la nobleza, para cuya clase social existía otra normativa, elaborada por el Inca, muestra de la cual se verá más adelante.

Habrà de notarse, además de la organización administrativa que se tenía, la administración judicial, y las normas que definitivamente colocaron a la mujer en un último plano, por una parte, y por otra, las penas establecidas aún para los niños, aspectos de mencionar para contrastar con las normas que se tienen en algunos pueblos originarios en Bolivia hoy en día.

Es menester reiterar que la información anotada a continuación ha sido extractada de las publicaciones de Moisés Chivi Vargas¹⁶² y del Centro “Juana Azurduy”¹⁶³, que contemplan las denominadas *hordenansas*, o normas de convivencia incaicas, de las cuales sintetizo las más representativas.

HORDENANSAS

¹⁶¹ Moisés Chivi: *Justicia indígena...*, p. 20

¹⁶² Íd., p. 22

¹⁶³ Centro Juana Azurduy: *Justicia Comunitaria. Propuestas...*

El gran gobierno de los Yngas deste rreyno y demás señores y prencipales grandes deste rreyno que en aquel tiempo auía y se gouernaua la tierra en este rreyno.

Leys y hordenansas desté Pirú, es como se sigue primeramente del primer ley, aunque se añadió los dichos Yngas con sus ydólatras y guardar fiestas y pascuas en el año y meses y ayunar y uarachicos y rotochicos (ceremonia del ciclo vital, primeros taparrabos, primer corte de cabellos), y pacaricos (celebración ritual que dura toda la noche), y uachachicos (lamentos rituales y sacrificios de escoger uírgenes y depósitos) y otras cosas de seremonias de los demonios guardaron los Yngas. Dize acá:

Ahora, en el lenguaje actual¹⁶⁴:

Ordenanzas

El gran gobierno de los Incas de este reino y demás señores y principales grandes de este reino en aquel tiempo había y se gobernaba la tierra de este reino.

Layes y ordenanzas de estos reinos del Perú, son como sigue, primeramente de la primera ley, aunque se añadió los dichos Incas con sus idolatrías y guardar fiestas y pascuas en el año y meses y ayunar y uarachicos y rotochicos (ceremonia del ciclo vital, primeros taparrabos, primer corte de cabellos), y pacaricos (celebración ritual que dura toda la noche), y uachachicos (lamentos rituales y sacrificios de escoger vírgenes y depósitos) y otras cosas de ceremonias de los demonios, guardaron los Incas. Dice así:

Tupa Inca Yupanqui¹⁶⁵ y los demás *auquiconas* (príncipes) y señores grandes; *capac apoconas coraconas, allicac, camachicocunas* (ascendidos), *Tawaintun Suyo camachiconchic* (consejo, nuestras autoridades mayores del Tawantin Suyo); dice así:

“Ordenamos y mandamos en estos reinos y señoríos que se guarde y que se cumpla so pena de muerte a los que no las guardaren, a ellos, y sus hijos y descendientes, porque serán castigados y serán muertos y condenados a muerte y se acabará toda su generación y consumirá sus pueblos y se

¹⁶⁴ Centro Juana Azurduy: *Justicia Comunitaria. Propuestas para...*, pp.12 y siguientes.

¹⁶⁵ En la dinastía de los Incas, éste es el hijo de Pachacuti, quien cedió el trono en 1471, tras un período de cogobierno en el que se hizo cargo fundamentalmente del ejército y de la expansión territorial. Es responsable de una de las campañas más exitosas de los incas, al conquistar los reinos de los cañaris, caras y quiteños, lo que logró expandir el imperio. Tupac Yupanqui murió en 1493, mientras se iniciaba la colonización en Centro América.

sembrará sal en ellas y vivirán animales: venado de monte, puma, zorro, gato montés, cóndor y halcón". Estas dichas penas tenían puesto, mandado, ejecutado perpetuo en todo este reino. Y así no habrá pelito jamás; con esta dicha sentencia estaba fijada la ley y justicia en este reino.

Sobre los hechiceros, sacerdotes y obispos, decía:

"Ordeno y mando en esta gran ciudad, cabeza de estos reinos, haya un pontífice hechicero mayor llamado *ualla uiza, conde uizay* otros de Chinchay Suyo y de Ande Suyo y de Colla Suyo y de Conde Suyo. A estos les llamaba *uiza layca camascacona*. Estos tenían en el templo del sol y otros muchos tenían en otros templos y *uacas* de este reino, como en Pariacaca, Cariancho, Uallullo, Saua Ciray, Pito Ciray Corocona, Suru Urco, Titicaca. Y en otros templos tenían sacerdotes como obispos y canónigos y sacristanes, lo que se le servían y confesaban, enterraban; éstos eran *laycaconas, uizaconas, camascaconas*." Estos dichos estaban en los templos y dioses de todo el reino y tenían muy entablado esta ley de las idolatrías y ceremonias de los demonios en este reino.

Sobre el Consejo Real y otras autoridades:

"Ídem: Ordeno y mando que en esta ciudad haya consejo real: dos Incas, Hana Cuzco y Lurin Cuzco y cuatro grandes de Chinchay Suyo y dos de Ande Suyo y cuatro de Colla Suyo y dos de Conde Suyo." A estos les llamaron *Tawaintin Suyo camachiconchic*.

"Ídem: Mando que haya asesor *yncap rantin rimaric capac apo* (señor principal que habla en nombre del Inca)". El dicho asesor fue hombre principal.

"Ídem: Mando que haya virrey que sea segunda persona". No consentía que sea gente baja su virrey, sino *capac apo* (poderoso señor) Guaman Chaua. A este señor se enviaba en andas; *chiche ranpa* (de color pardo); llegaba como Inca, a dichas provincias y le llamaba *inca rantin*, en lugar del Inca.

"Ídem: Mandamos que haya en cada provincia para la buena justicia, un corregidor que le llamaron *tocrioc* (oficial real)". Este era de los Incas oreja quebrada, Hanan Cuzco, Lurin Cuzco.

"Ídem: Mandamos que haya alcaldes de corte que fueron Anta Ynga para prender a los principales y capitanes y señores grandes y caballeros de estos reinos". Estos llevaban por señal de justicia una vara alta, *masca paycha* (borla real) del Inca. A estos se les llamaba *yncap camachinan uatay camayoc*.

“Ídem: Mandamos que haya alcalde ordinario de cada repartimiento.” A estos les llamaban *yncap cimin oyaric* (que oye los mandados del Inca), *Quillis cachi*.

“Ídem: mandamos que haya regidores”. A éstos les llamaba *surcococ* (administrador despensero), *Equeco Ynga*.

“Ídem: Mandamos que haya secretario del consejo real” A éstos les llamaban *Tawantin Suyo quipoc* (contador del Tawantinsuyo), *Queuar ynga*.

“Ídem: De todo lo dicho ordeno y mando para el gobierno y buena justicia y bien del Perú de este reino.”

Sobre el respeto a sus divinidades y autoridades:

“Ídem: Mandamos en este nuestro reino que ninguna persona blasfeme al sol mi padre y a la luna mi madre y a las estrellas y al lucero *Chasca Cuyllor* (Venus), *uaca billacaconas* (divinidades locales) y a los dioses guacas y que no blasfeme a mi mismo, Inca y a la *Coya* (reina)”. Decía así: “*Ama naca.conquico intiman quillaman chuqui ylla uaca uillacaconaman noca yncayquitapas coyatauantapas. Uanochiquimanmi, tucochiquimanmi*” (“no deberéis maldecir contra el sol, la luna, las divinidades resplandecientes como objeto de oro, ni contra mi, vuestro Inca, ni contra la reina. Los haría matar ciertamente, los exterminaría sin duda”).

“Ídem: Mandamos que no blasfeme a ninguna persona, al consejo, principales ni a indios pobres: *Ama nacaconquicho pitapas* (no maldecirás a nadie)”.

“Ídem: Mandamos que haya otro Cuzco en Quito y otro en Tumi (Pampa), otro en Guanaco (Pampa), otro en Hatun Colla y otro en Charcas y la cabeza fuese el Cuzco y que se juntasen de las provincias a las cabezas al consejo y fuese ley”.

Quiénes no podían ser testigos:

“Ídem: Mandamos que ninguna mujer valiese como testigo por ser embustera y mentirosa y pusilánime *pici songo*” (de poco corazón, cobarde).

“Ídem: Mandamos que ninguno que fuese pobre, no fuese testigo porque no fuese cohechado, *pagarasca, suna, llellamanta rimac runa*” (hombre comprado, hombre que habla mentiras).

Algunas normas sobre la naturaleza:

“Ídem: Mandamos que en este reino que ningún árbol frutal o madera aumente o paja que no fuese quemado ni lo cortasen sin licencia, so pena de la muerte y castigos”.

“Ídem: Mandamos que no cogiesen *luycho*, *taruga* (venados), guanaco, vicuña, ganso andino ni lo matasen, para aumente, sino que fuese a león o zorra lo matasen por los daños que resultaba”.

Viudas, entierros y obediencia de los hijos:

“Ídem: Mandamos que la viuda en seis meses no se descubra su cara ni salga de su casa y un año tuviese luto y toda su vida no conociese a hombre, que estuviese honesta y recogida y criase a sus hijos en su hacienda y casa y chacras (sementera) y lucri y que llorase allí como viuda y pobre”.

“Ídem: Mandamos que todos enterrasen a sus difuntos en sus bóvedas y *pucullos* (construcción funeral), y que no las enterrasen dentro de sus casas y que enterrasen al uso de su natural con sus vajillas y comida y bebida y ropa”.

“Ídem: Mandamos que los mozos y niños que sean muy obedientes a sus padres y madres y a los demás viejos ancianos y a señores grandes y a los mayorazgos de toso este reino; no cumpliendo, por la primera fuese azotado; por la segunda fuese desterrado a las minas de plata o de oro”.

Disposiciones en materia penal y de convivencia para el pueblo:

“Ídem: Mandamos que no haya ladrones en este reino ni que haya salteadores, *suas* (ladrones), *poma ranra*, y que por la primera, fuese castigados quinientos azotes y por la segunda, que fuesen apedreados y muertos y que no enterrasen su cuerpo, que lo comiesen las zorras y cóndores”.

“Ídem: Mandamos que los que hallasen restituyeran lo hallado y paguen el hallazgo por donde había de ser castigado por ladrón y así perecer luego.”

“Ídem: Mandamos que ninguno, después de haber muerto, no le pida deuda ni pague la mujer, ni el marido, ni el padre por el hijo, ni el hijo por el padre, ni para otra alguna, sino que lo pida en el día de su vida y no se pague por ser sospecha y mentira. Y si dejare en el testamento, que lo pague de su hacienda y si fuera el difunto pobre, que lo pierda”.

“Ídem: Mandamos que a los indios, indias, desterrados y depositados se les haga trabajar mucho para que reciba pena y castigo, ejemplo y enmienda de su culpa”.

“Ídem: Mandamos que en este reino no tenga veneno, ni ponzoña, ni hechicería ninguna para matar a persona, ni lo mate, al que mate le condenamos a muerte despeñado y descuartizado. Y si fuera contra el Inca o de los señores grandes rebeldes y traidores, que fuese hecho tambor de su persona, de los huesos, flauta, de los dientes y muelas, gargantillas, y de la cabeza, mate de beber chicha. Es la pena del traidor y de alzarse públicamente y se dice *yscay songo auca* (traidor)”.

“Ídem: Mandamos que cualquier persona que matare, que muera como mató, si fue con piedra o con palos, lleve la pena y se ejecute la sentencia”.

“Ídem: Mandamos que la mujer estando con su regla no entre en el templo, ni al sacrificio de los dioses *uaca bilca* (divinidades locales) y si entrare, sean castigadas”.

“Ídem: Mandamos que la mujer que moviese (abortase) a su hijo, que muriese, y si es hija, que le castiguen con doscientos azotes y desterrasen a ellas”.

“Ídem: Mandamos que la mujer corrompida o consienta que la corrompiesen o fuese puta, que fuese colgada de los cabellos o de las manos en una peña viva en Anta Caca, y le dejen allí morir, el desvirgador, quinientos azotes y que pase por tormento de *hiuaya* (piedra muy pesada), que le suelte de lo alto de una vara al lomo de dicho hombre”. Con esta pena se muere, algunos quedan vivos. Y si consintieren los dos, deben morir colgados, con iguales penas.

“Ídem: Mandamos que la mujer viuda no se casase otra vez, ni que fueren amancebados después de haber muerto su marido. Teniendo hijo, sea heredero de toda su hacienda y casa y chacras (sementería), y si tuviere hija, sea heredero su padre o su madre o sus hermanos”.

“Ídem: Mandamos que quien tuviese un hijo fuese honrado, *yupaychasca*, y a los de dos hijos, que lo fuese hecho merced y a los de tres hijos, que le diesen sementerías y pastos y tierra y a los de cuatro hijos, fuesen *rresenucados*, y a los de cinco hijos, mando que fuesen mandoncillo de sus hijos, *pichica camachicoc* (el que manda cinco unidades domésticas), y a los de diez hijos, que fuesen señor de merced y a los de treinta o cuarenta o cincuenta hijos, que se poblasen adonde pidiesen en pueblo y tierra baldía y fuese señor de ellos”.

“Ídem: Mandamos que a los perezosos y sucios puercos les penaba que la suciedad de la chacra (sementería) o de la casa, o de los platos con que comen, o de la cabeza, o de las manos, o de pies, les lavaban y se las daban

a beber de fuerza en un mate, por la pena y castigo en todo el reino.” Estaba ejecutada esta pena.

“Ídem: Mandamos que sean desterrados todos los que enterrasen a sus difuntos en su casa con ellos”.

“Ídem: Mandamos que ninguno se casase con hermana, ni con su madre, ni con su prima hermana, ni tía, ni sobrina, ni parienta, ni con su comadre, so pena que serán castigados y les sacarán los dos ojos y le harán cuartos y le pondrán en los cerros para memoria y castigo, porque sólo el Inca ha de ser casado con su hermana carnal por la ley”.

“ídem: Mandamos que, en tiempo de pestilencia o de sacrificio, ni tempestades, ni en tiempo de hambre y sed o muerte del Inca o de algún señor *capac apo* o levantamiento, no hagan fiesta ni bailen ni canten ni dancen ni se toque tambor ni flauta ni toque a mujer los hombres, ni en tiempo de ayuno y penitencia ni han de comer sal ni ají ni carne ni fruta ni beba chicha, ni coma ninguna comida, sino sólo maíz blanco y crudo en esta penitencia”.

“Ídem: Mandamos que las dichas mamás de huérfanos *uaccha rurocha nunochic* (la que da de amamantar a los huérfanos), sean reservados de todo y le den otra niña grande para que le ayude a criar”. Estas se llamaban *mamaconas* (señoras).

“Ídem: Mandamos que ningún indio de este reino no mude su hábito y traje de cada parcialidad y ayllu, so pena de cien azotes”

“Ídem: Mandamos en este reino en los pueblos han de comer en la plaza pública caciques principales, indios chicos y grandes para que se alleguen a los pobres y huérfanos, viudas, enfermos, viejos, ciegos, tullidos, peregrinos, caminantes. Todos coman por la caridad y debe ser uso y costumbre desde primer gente y ley y buena obra y misericordia de Dios en este reino”.

Las anteriores son algunas de las normas recopiladas por Guamán Poma de Ayala, quien al finalizar, decía: “Y vistas estas dichas ordenanzas el señor don Francisco de Toledo, virrey de estos reinos, se informó de esta ley y ordenanzas antiguas, sacando de ellas las mejores. Ordenó y confirmó nuestro católico rey don Felipe Segundo y por ella mandó que todos comiesen en la plaza pública y que hiciesen fiesta en ella.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ Centro Juana Azurduy: *Justicia Comunitaria. Propuestas...*, p. 28

Existía otro tipo de castigos establecidos en normas que eran aplicadas no a los indígenas, sino a quienes revestían algún cargo o autoridad. Por ejemplo, se transcribe seguidamente, algunos de tales castigos en el lenguaje utilizado por Poma de Ayala¹⁶⁷:

“Castigo de los pontífises:

Por sus mentiras o falsos leuantamientos le catigaua gravemente, cin apelación. Le sentenciau a hecho cuarto; le daua a comer a los animales, leones y serpientes de sancay (cárcel). Este dicho castigo hacía para que fuese fiel y cristiano exenplo en su ley, que tubiesen hordenansa”.

Otra norma decía:

“Castigo de los señores grandes y prencipales deste rreyno, como dicho es, y de los auquiconas yngas rreueldes, acimismo de los capac apocopas:

El castigo fue la cárcel de sancay y se les parese enformación, des dan bibo para que los coma los yndios Chunchos y se (e)xe(c)uta ésta”.

4. LA COLONIA

Durante los siglos que duró la colonia en las tierras que hoy son Bolivia, las normas de los indígenas no desaparecieron, se mantuvieron conforme hemos visto, pero se tiene que reconocer que los indios tomaron muchas figuras que antes no conocían, como Dios, y las hicieron parte de sus reglas de convivencia, conforme se ha visto de la recopilación de Guamán Poma de Ayala.

Además de aquello, para comprender a cabalidad el actual sistema de normas que pervive en los diferentes pueblos originarios de Bolivia, es necesario mencionar algunas instituciones que se dieron en la colonia y que han determinado la variación de no pocas normas, criterios e ideas del mundo indígena.

4.1 Los indígenas de las tierras altas

Al llegar los españoles al Collasuyo se encontraron con una doble estructura: por una parte, las instituciones incaicas y la rígida organización del Tahuantinsuyo y,

¹⁶⁷ Íd., p. 40

por otra, las etnias aymaras que habían sido incorporadas al imperio. Había un componente más: los pueblos marginales derivados de culturas más antiguas, como los urus, moyos y choquelas, que subsistieron al lado de las etnias aymaras dentro del incario. De estos pueblos periféricos sólo quedaron los urus, encargados de controlar la cuenca acuática. Éste era el panorama en las tierras altas, quedando la selva con sus propias etnias y características en lo que los incas llamaron el Antisuyo¹⁶⁸.

Con la visita del virrey Toledo, se realizó un censo que dio a la luz las siguientes etnias: **1)** Los pueblos de la cuenca del lago Titicaca, como los collas (desde Puno hasta Pucarani), los lupacas (desde Puno hasta el Desaguadero), hoy en el Perú, y los pacajes (en el departamento de La Paz); **2)** La confederación Charca compuesta por cuatro grupos: los chuquisa y cotas, que habitaban Cochabamba y fueron trasladados por los incas a la frontera de los chiriguanos; los charcas propiamente dichos con su capital en Sacaca; los caracaras, cerca de Potosí y dueños de Porco, que era la más importante mina de plata antes de la conquista; y los chichas, que se consideraban a si mismos, guerreros del Inca. Fuera de estos grupos, los aymaras circunlacustres y la Confederación Charuca, había otros grupos, como las carangas situadas al sur del lago Poopó y en las faldas de la cordillera occidental. En la zona marginal norte, estaban los callahuayas¹⁶⁹.

4.2 La mita

La **mita** era un trabajo obligatorio en el área agraria, minera, pastoril, de servicio doméstico o de obrajes y consistía en el establecimiento de cuotas laborales que debían cumplir los indios. Si bien comenzó durante la época del incario, los españoles la utilizaron para su beneficio, a través de un trabajo forzoso que denotó una gran explotación.

En la colonia, los indígenas tributarios prestaban el servicio según asignación que hiciese el corregidor, tanto para el servicio del encomendero como del poseedor de mercedes de tierra o hacendado.

José Mesa, Teresa Gisbert y Carlos Mesa, señalan que:

“El virrey Toledo reorganizó el sistema de la mita practicado por los incas, quienes lo habían implantado en los territorios conquistados siglo y medio antes. Se ha discutido mucho sobre este problema, pero a Toledo sólo le

¹⁶⁸ José Mesa, Teresa Gisbert, Carlos Mesa: *Historia...*, p. 135

¹⁶⁹ José Mesa, Teresa Gisbert, Carlos Mesa: *Historia...*, p. 139

correspondió canalizar una costumbre ya secular en las tierras altiplánicas. La mita consistía en el servicio obligatorio y escasamente remunerado que, en plazos de cuatro meses y por turno, debían prestar los indígenas del Perú en las minas. Si bien en un principio esta reglamentación fue bien acogida, en la realidad, y a través del tiempo, se convirtió en semillero interminable de abusos, tanto por parte de los azogueros como por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”.

Se puso en práctica en tiempo del virrey Toledo, en las minas de Potosí y de todo el Perú, el método de la extracción de la plata mediante el azogue. Hasta entonces se trabajaba el metal de “plata blanca” y el de “plomo ronco”, lo demás era rechazado, especialmente el “negrillo”. Estudiada la extracción de la plata mediante el azogue (mercurio) por Enrique Cáceres, la puso en práctica Pedro Fernández de Velasco. Mediante este método de la obtención de plata por amalgamación, se aumentó enormemente el rendimiento de las minas.

4.3 La encomienda

La Encomienda fue una institución característica de la colonización española en América y se entendía como el derecho que daba el Rey a un súbdito español, llamado **encomendero**, en compensación de los servicios que había prestado a la Corona, para recibir los tributos o impuestos por los trabajos que los indios debían cancelar a la Corona. A cambio, el español debía “cuidar de ellos tanto en lo espiritual como en lo terrenal”, preocupándose de educarlos en la fe cristiana. El *tributo* se pagaba en especie -con el producto de sus tierras-, o en servicios personales o trabajo en los predios o minas de los encomenderos

La idea de la Encomienda de indios fue tomada de la institución medieval que protegía a los pobladores, pero tuvo que ser adaptada para poder implementarse en la recién descubierta América.

Por lo tanto, la encomienda consistía en la entrega de un grupo de indígenas a un español para su "protección, educación y evangelización" a cambio de cobrar (el encomendero) un tributo. El deber de los encomenderos era entonces instruir al indígena en la fe católica y hacerles hábitos de buenas costumbres

El hecho que los indios tuvieran que pagar tributos fue una de las primeras y más fundamentales convicciones españolas en el mundo colonial. En teoría, los indios pagaban el tributo como obligación de "vasallos" de la corona (este término fue usado en el período colonial) a cambio de beneficios, o supuestos beneficios, de la civilización española.

Riguroso es en este punto señalar la reacción de Fray Bartolomé De Las Casas, fraile dominico que llegó hasta territorio mexicano y se convirtió en uno de los mayores y serios críticos del abuso español en las colonias y por el inmisericorde abandono de los mitayos en la explotación de las minas de plata en Potosí. Bartolomé de Las Casas reaccionó al ver que los españoles violaban las órdenes del Rey, anotando que el repartimiento, futura encomienda, tuvo su origen en el efectuado por los indios que comenzó a emprender Colón arbitrariamente en 1498 con el fin de aplacar la rebelión de los españoles acaudillados por Roldán, y expresó que “Dichas encomiendas y repartimiento de hombres que se hace y ha hecho como si fueran bestias, nunca fue mandado por los Reyes Católicos, ni tal pensamiento tuvieron”. Añadió, sobre el término *encomienda*: “Este término y nombre de conquista para todas las tierras y reinos de las Indias descubiertas y por descubrir es término y vocablo tiránico, mahomético, abusivo, impropio e infernal”¹⁷⁰.

4.4 Las reducciones

Uno de los aspectos importantes de la política de Toledo fueron las reducciones. Con el nombre de reducciones se conoce la urbanización de la zona rural que consistió en reunir en un solo pueblo las aldeas prehispánicas dispersas. Por ejemplo, en Caquiaviri se reunieron 23 pueblos antiguos; en Tiahuanacu, 10; en Jesús de Machaca, 15, etc. Esto permitía reunir a los indios para su cristianización y para el control presupuestario. En estos nuevos pueblos indios no podían vivir los españoles y sólo se permitía la estancia de un cura doctrinero. Al centro de estos pueblos se construía una iglesia y alrededor de ella un atrio amplio con capillas en las esquinas, que servían para enseñar la doctrina católica¹⁷¹.

El único pueblo que no fue modificado por los españoles fue el pueblo de Chipaya, en Oruro, que mantenía el urbanismo aymara anterior a la conquista incaica inclusive, con casas circulares agrupadas según las familias. Este pueblo aún se conserva de esta forma en la actualidad, aunque muy reducido en su población.

El urbanismo en los pueblos indios se atenía a las regulaciones de las Leyes de Indias que estipulaban que las calles debían estar dispuestas en ángulo recto, partiendo de la plaza.

¹⁷⁰ Juan Pereira Fiorilo: “Los orígenes de la multiculturalidad en Bolivia”, *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, IDEI, Sucre, 2007, p. 40

¹⁷¹ José de Mesa, Teresa Gisbert, Carlos Mesa: *Historia...*, p. 140

4.5 Leyes de Indias

Con el nombre de Leyes de indias se conoce a la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica entre los pobladores de la parte americana de la Monarquía Hispánica.

No mucho después de la llegada de los primeros conquistadores a América, la Corona española manda que se observen las llamadas Leyes de Burgos, sancionadas el 27 de diciembre de 1512, que surgen por la preocupación de la Corona por el constante maltrato a los indígenas, de acuerdo a los informes de los padres dominicos.

El obispo dominico Bartolomé de las Casas levantó un debate en torno al maltrato a los indígenas con el sistema de las encomiendas, por lo que el Emperador Carlos V convocó a una junta de juristas a fin de resolver la controversia. De esta junta surgieron las llamadas Leyes Nuevas, en 1542, que ponían a los indígenas bajo la protección de la Corona.

Después de muchas controversias jurídicas entre España, Nueva España y Perú, durante el reinado de Carlos II de España (1665-1700), se publicó en 1680 una obra conocida como *Recopilación de Leyes de las Indias*.

4.6 Los cacicazgos

Las ordenanzas del virrey Toledo se inspiraron en el Derecho Indígena existente; en tal sentido se respetaron los cacicazgos y los derechos de los caciques indígenas, haciendo para ello una investigación detallada de las costumbres en la sucesión de los cacicazgos que eran hereditarios. A su vez, los caciques que encontraron los españoles a la cabeza de diferentes grupos eran aquellos que habían sido confirmados en tal cargo por los incas por medio de diferentes pactos. Los incas, junto a los caciques del lugar, dejaban un representante imperial llamado *Tocairicu*, nombre que desapareció con la colonia. La palabra *cacique* la trajeron los españoles desde el Caribe, pues para el Collasuyo son nombres más adecuados el de *Curaca o Mallku*, para designar a sus jefes o gobernantes de los diferentes grupos aymaras¹⁷².

¹⁷² José de Mesa, Teresa Gisbert y Carlos Mesa: *Historia...*, p. 141

El reconocimiento a los caciques que aceptaron el nuevo sistema se tradujo en la concesión de ciertos privilegios como montar a caballo y llevar armas, usar escudo equivalente al escudo nobiliario español y no pagar tributo. A su vez, los caciques tenían ciertas obligaciones, como la de ser los responsables de llevar a Potosí el número de mitayos establecido, ayudar en el cobro de tributos y dar, por medio de sus indios, servicio en los tambos¹⁷³.

4.7 Los esclavos negros

Cuando los españoles llegaron a América, la esclavitud era una institución ya establecida en Europa. Tanto España como Portugal mantenían esclavos negros en sus respectivos territorios. El descubrimiento de América se realizó con el apoyo de mercaderes extranjeros que aportaron parte del capital necesario; su interés era encontrar nuevas rutas y monopolizar el comercio en ellas. Uno de los rubros de su interés era el tráfico de esclavos. Carlos V, en vista de los excesivos gastos estatales en las guerras que sostenía en Europa, concedió “licencias” para introducir esclavos en América. Factor que, desde el punto de vista político, proveía de mano de obra barata, equilibraba la disminución demográfica de los indígenas y servía de apoyo a la escasa población castellana que había en las Indias. Dichas “licencias” significaban un ingreso económico para la corona. En un principio tales licencias se dieron a alemanes, genoveses y flamencos, pero al subir al trono Felipe II, casi todo el comercio pasó a manos de portugueses que compraban esclavos negros de la costa occidental de África¹⁷⁴. Así fue como llegaron los negros a América, encadenados en el fondo de los barcos, sin posibilidad de moverse, para ser luego vendidos para trabajar en las minas de Potosí, en plantaciones, o en todo trabajo que dispusieran sus dueños, en condiciones infrahumanas.

¹⁷³ Tambos: Institución incaica que servía para proveer a los ejércitos del Inca y a los mitayos que se trasladaban de un lugar a otro. El tambo colonial era un alojamiento que permitía llevar allí los animales de montar y de carga. Alojaba también a los indios.

¹⁷⁴ José de Mesa, Teresa Gisbert, Carlos Mesa: *Historia...*, p. 148

5. LA REPÚBLICA

Después de la independencia política, en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas los indígenas adquirieron las libertades y los derechos de los demás sectores de la población, pero en muchos casos fueron también objeto de leyes y reglamentos especiales que los mantuvieron en situación de marginalidad e inferioridad con respecto a la población mestiza y blanca. Aunque se les concedía la igualdad jurídica, de hecho las comunidades indias no podían disfrutar de las mismas libertades políticas y cívicas, debido a la situación de inferioridad económica, discriminación y subordinación política que las caracterizaba. Si bien durante la primera mitad del siglo XIX, las comunidades indias pudieron mantener, por lo general, el control sobre sus tierras colectivas (que en muchos casos les había sido garantizado por la legislación tutelar colonial), después de los movimientos liberales de mediados de siglo, fueron en gran medida, despojadas de sus propiedades. Con la expansión de la frontera agrícola y ganadera y el desarrollo de las relaciones capitalistas de producción en el campo (trabajo asalariado, producción de cultivos comerciales, compraventa de predios rústicos, inversiones de capital en la propiedad agraria, crecimiento de la infraestructura económica en el medio rural, etc.), los indígenas fueron objeto de despojos masivos, a veces –como en el cono sur- de masacres y exterminios en masa, y muchos pueblos fueron empujados a las regiones más inhóspitas. En otros países – como el caso de Bolivia- recrudesció la explotación de la mano de obra indígena por parte de latifundistas, finqueros y hacendados, reforzándose incluso ciertas formas no capitalistas de explotación de la mano de obra, como la servidumbre (pongueaje, peonaje), el servicio por deudas, el pago en especie. Así, se fue creando el complejo latifundio/minifundio que ha asegurado el predominio hasta nuestros días de una clase social latifundista sobre la masa campesina indígena en algunos países del continente, y que condujo a lo largo del siglo XX a los diversos movimientos de reforma agraria cuya dinámica aún no se ha agotado¹⁷⁵.

Históricamente, es menester recordar que, luego de siglos de colonia y dominación española, entre 1781 y 1820, la crisis del gobierno colonial se profundiza llegando a extremos insostenibles, los procesos independentistas se dan cada vez con mayor fuerza, los ejércitos de San Martín y Simón Bolívar concentran, en la primera década del siglo XIX, la fuerza necesaria para consolidar la independencia de las colonias.

¹⁷⁵ Rodolfo Stavenhagen: *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, obtenido en www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades, en 28 de diciembre de 2014

El proceso independentista que dio lugar a la República de Bolívar, hoy Bolivia, no tuvo consecuencia en el espíritu colonial de las elites, pero aparejó un momento fundante en el orden normativo que vale tomar en cuenta. El nacimiento de la República de Bolívar, en 1825, tuvo aparejada consigo una serie de cambios institucionales. Estado, sociedad y economía debían reordenarse bajo la lógica del liberalismo clásico de la época. El dominio del saber relativo al control social y penal se establece bajo una nueva dimensión política¹⁷⁶.

La primera Constitución boliviana –elaborada por Simón Bolívar– extendía la ciudadanía a los indígenas bajo la condicionante de “saber leer y escribir”, aunque ese requisito sería exigido desde 1836, y, por otra parte, para ser ciudadano se exigía no encontrarse en sujeción a otra persona como sirviente doméstico, conforme el art. 14 de dicha Constitución:

“Artículo 14.- Para ser ciudadano es necesario:

- 1. Ser boliviano.*
- 2. Ser casado, o mayor de veinte años.*
- 3. **Saber leer y escribir;** bien que esta calidad sólo se exigirá desde el año de mil ochocientos treinta y seis.*
- 4. Tener algún empleo, o industria, o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico.”*

De acuerdo al art. 17 de esa Constitución, sólo los que eran ciudadanos en ejercicio, podían obtener empleos y cargos públicos.

Esa redacción se mantuvo hasta la Constitución de 1839, que si bien aparentemente redujo los requisitos para ser ciudadano en su artículo 8, que dispuso:

“Artículo 8.- Para ser ciudadano se requiere:

- 1. Ser boliviano casado o mayor de veintiún años.*
- 2. Estar inscrito en el registro cívico.”*

El art. 12 estableció la condición de saber leer y escribir, poseer una renta mínima y trabajar sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico:

“Artículo 12.- Sólo los ciudadanos que sepan leer y escribir, y tengan un capital de cuatrocientos pesos, o ejerzan alguna ciencia, arte u oficio que

¹⁷⁶ Idón Moisés Chivi Vargas: *Justicia Indígena...*, p. 56

les proporcione la subsistencia, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico, gozan del derecho de sufragio en las elecciones.”

De modo tal que, desde los inicios de la República, los indígenas estuvieron sometidos a una condición de ciudadanos de segunda, sin tener la posibilidad de ejercer los derechos de ciudadanía.

La elaboración de la Constitución Política del Estado y la posterior “codificación” fueron el resultado necesario de un proceso donde las ideas de la Ilustración y la Enciclopedia dieron la matriz ideológico-jurídica a los revolucionarios ilustrados de los siglos XVIII y XIX. Este proceso de legislación estatal con el fin de juridificar las relaciones sociales de la nueva república resultan ser, en el fondo, una historia encubierta donde el pesimismo racial se expresa con toda su nitidez y violencia a través del monopolio de la producción jurídica acompañado de su espíritu colonial. Un dato necesario a tener en cuenta es que las leyes tienen un sentido en un país colonizador y otra en un país colonizado. Peter Fitzpatrick señala que “la cualidad amnésica de los orígenes del Derecho moderno evita una paradoja importante. Un Derecho occidental avanzado, dedicado en su apoteosis a la libertad y a su igualdad, se vuelve totalmente despótico cuando es enviado al resto del mundo en los procesos de colonización que se realizaron desde fines del siglo XV hasta comienzos del siglo XX”¹⁷⁷.

El proceso codificador iniciado por Bolívar encontró su mayor resonancia en el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz; empero, se trató de normas que no tomaron en cuenta al indígena ni su realidad, sino que lo ignoraron y excluyeron expresamente de la vida y decisiones del país.

5.1 El Mallku Juan Lero y la justicia indígena en la revolución federal de 1899

El siglo XIX tiene datos relevantes en cuanto a la justicia indígena. El primer gobierno indígena en Peñas, en Oruro, liderizado por el Mallku Juan Lero¹⁷⁸, donde

¹⁷⁷ Peter Fitzpatrick: *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998, p. 113

¹⁷⁸ Desde 1882 se organiza la revista de exvinculación, los indígenas se niegan a esta inspección. Juan Lero nacido en Quevillani dependiente de Peñas, inició su lucha legal a partir de 1880 por la obtención de los títulos sobre las tierras otorgados por la colonia

El líder indígena Juan Lero es reconocido por sus huestes como cacique gobernador y se encarga de organizar de manera disciplinada a las milicias en un sentido estrictamente militar.

Los indios conformaron un gobierno indígena para defender sus tierras, nombrando a Juan Lero, Presidente. Del 10 al 20 de abril de 1899 –durante la “guerra federal”– en el sector del norte de

los testimonios de los vecinos, testigos de cargo y de descargo transparentan con nitidez la juridicidad indígena y sus puntos de contacto con la juridicidad estatal, aunque esto ha sido poco estudiado hasta el presente, pese a su enorme importancia en los estudios andinos relativos al pluralismo jurídico.

Estas prácticas jurídicas indígenas a fines del siglo XIX implicaron la potestad de tomar declaraciones e imponer sanciones, como se constata en el caso del Mallku Juan Lero que escuchó testificaciones, a orden suya, y dispuso sanciones para quienes él encontró culpables al ser de la tendencia de Severo Alonso (Presidente de la República).

Llama la atención, asimismo, el juzgamiento realizado por los indígenas en contra de los vecinos blancos y mestizos, mediante un procedimiento semi-formal. Esto podría concebirse como el ejercicio de una autonomía judicial frente a un Estado inexistente o con fuerte vacío de poder en el momento del conflicto –recuérdese que estamos hablando de la denominada guerra federal de 1899- o, tal vez la expresión de una violencia racionalizada desde la memoria histórica y el ejercicio continuo de formas judiciales indígenas no desaparecidas. En realidad, vienen a ser ambas cosas: Por un aparte, la crisis de gobierno traducido en un momento político particular, pues para la fecha de tales acontecimientos ya Severo Alonso había abandonado Oruro rumbo a Chile, por su parte, el partido liberal, a la cabeza de José Manuel Pando celebraba en Oruro la victoria militar y junto a ellos miles y miles de indígenas en la ciudad.

El singular juicio no fue un hecho colectivo abierto, sino que respondía a una fuerte carga de jerarquías. El hecho que los hacendados sean trasladados a la casa del Mallku y ahí se tome declaraciones, para luego al amanecer trasladarlos a la Plaza y hacer conocer la sentencia establecida en el Cabildo, es una muestra contundente que los sistemas jerárquicos y procesales indígenas tenían plena vigencia, pero a su vez vemos que la decisión de la comunidad bajo la forma de perdón es algo que está presente, por lo tanto, es difícil decir que hubo violencia irracional, pues existió racionalidad jurídica y judicial.

Potosí se radicalizó el accionar indígena luego del triunfo de la alianza indígena - pandista, toda propiedad rústica pasaba a ser de propiedad común, saquearon las haciendas, tomaron presos a sus ex propietarios. Estas acciones de masas indígenas llevaron también a una suerte de juicio popular donde los acusados eran sumariamente increpados y detallados sus abusos cometidos contra los pueblos e indígenas. Juan Lero actuó como juez (y parte, desde luego).

A fines de abril de 1899, en Peñas y después de varios intentos por dialogar con Juan Lero, las tropas del batallón Omasuyo al mando del sub prefecto de la provincia de Paria, y por ordenes de Pando (federalista) se tomó presos a los dirigentes insurgentes y jefes principales del levantamiento indígena, que fueron conducidos a Oruro. Así terminó el gobierno de Peñas.

5.2 El turbulento siglo XX

El siglo XX reviste una gran importancia para Bolivia en todos los ámbitos. El positivismo domina el escenario jurídico científico.

En Bolivia, se da la búsqueda de respuestas al levantamiento indígena del temible Zárate Willca¹⁷⁹. Aparecen en el escenario juristas como Bautista Saavedra, cuya “guerra de razas” era el sustento de sus tesis raciales del delito y del tratamiento que se debe dar a los indígenas, que fueron sus “defendidos” en el proceso Mohoza, que formó parte del levantamiento indio del “Willka”.

En el tema indígena es de mencionar la presentación de un proyecto de ley de creación del Patronato Nacional de Indígenas por el H. Saavedra, a fines de los años veinte; la presentación por parte de Bolivia, ante la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la cuestión indígena a fines de los años cuarenta, y que mereció reprimendas por parte de los gobiernos del Perú y México, conforme señala Bartolomé Clavero (en Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América)¹⁸⁰.

Para el jurista Manuel Durán Padilla, en 1946, sólo bastaba con incorporar a los indios a la civilización y en lo penal definir su tratamiento en la parte general del Código penal¹⁸¹.

Con la Revolución de 1952, se inicia en Bolivia un proceso que se puede llamar de *campenización forzada*, a través de la sindicalización emenerrista (del partido

¹⁷⁹ En 1899 Pablo Zárate, conocido como el “Willca”, indígena de Sica Sica (departamento de La Paz), apoyó a Pando para derrocar del gobierno a Severo Fernández Alonso. Pando embanderó un supuesto “federalismo”, cuando la pugna estaba en el traslado de los poderes ejecutivo y legislativo de Sucre, Capital de la República de Bolivia, hasta La Paz. El “Willca”, acompañado de unos dos mil indios altiplánicos, embriagados de alcohol, dieron muerte cruel a veintisiete universitarios de Sucre –combatientes chuquisaqueños- que llegaron a la población de Ayo Ayo, en cuya Iglesia, fueron rodeados por los indios, muertos de la manera más cobarde, cruel y salvaje, dado que los indios comieron sus corazones y bebieron su sangre en sus cráneos. No obstante su salvajismo y barbarie, es de destacar la organización casi militar que tuvo el “Willka” logrando derrotar al ejército alonsista, en apoyo a Pando, quien si bien prometió reivindicaciones a los indios, en los hechos jamás cumplió su promesa. Mas por el contrario, cuando el movimiento indígena se independizó de los “federales”, el temible “Willka” buscó un levantamiento de los indios en el altiplano y los valles, para lograr una sociedad indígena, Pando vio que se escapaba de su control el “pacto” con el indio frente a los sucesos de Mohoza, Peñas y la amenaza de un cerco a Oruro, con todo lo que se decidió e hizo prisionero al “willka”, desbaratando el movimiento de mayoría aymara en el país.

¹⁸⁰ Centro Juana Azurduy: *Justicia comunitaria...*, p. 58.

¹⁸¹ Manuel Durán Padilla: *La Reforma Penal en Bolivia, Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, 1946*, p.51

político Movimiento Nacionalista Revolucionario - MNR), que estaba en el poder con la revolución; al mismo tiempo se tiende a una desaparición paulatina de las autoridades originarias porque éstas constituían una rémora en su proyecto de mestizaje cultural, propio de los planes integracionistas iniciados en los años veinte aceptado por los mestizos.

En 1954, luego de la revolución nacional, Hugo César Cadima plantea que los indígenas “se civilizarán paulatinamente”¹⁸². A su vez, Huáscar Cajías, estudioso jurista de la criminología, en 1972 adoptó el modelo de análisis usado por la sociología norteamericana para el estudio de la “criminalidad negra”, ahora aplicada a los indios¹⁸³.

En los años '70, Fernando Villamor Lucía sostuvo que la cuestión indígena y el tratamiento otorgado por los penalistas hasta 1972 tiene vértices raciales, constituyendo ésta una denuncia política que es necesaria destacar porque aquí nace un nuevo eje de discusión aunque no con madurez, pero es uno de los primeros planteamientos.

La década de los ochenta ve reaparecer con fuerza y vigor a las autoridades indígenas, que retoman el camino iniciado al momento de la conquista: La restitución de los derechos arrebatados. Esta década es singular porque la globalización de la economía recibe como contrapartida la globalización del Derecho, y en ese momento, el acceso a la justicia y el pluralismo jurídico adquieren una fuerza política reivindicativa que no puede ignorarse en el análisis. En efecto, se va produciendo el surgimiento de una “coalición transformativa, transnacional, compuesto por ONG’s indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas” (Boaventura Souza Santos)¹⁸⁴.

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

¹⁸² Hugo César Cadima: *Criminología*, Universitaria, Oruro, 1964, p. 285

¹⁸³ Huáscar Cajías: *Criminología*, Juventud, La Paz, 1971, p. 174

¹⁸⁴ Citado en: Centro Juana Ázurduy: *Justicia...*, p. 59

Un resultado práctico de estos debates se encuentra en el Anteproyecto de la Ley Agraria Fundamental, preparada por la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) en 1984, donde proponían que:

*“Las controversias de naturaleza civil, agraria, como las faltas y delitos originados entre miembros de las comunidades, serán resueltos en forma definitiva por los órganos internos de gobierno de la comunidad según sus costumbres, creencias y valores socioculturales. La forma de ejercicio de estas atribuciones será regulada a través de la correspondiente reglamentación. **Estas costumbres y tradiciones deberán ser también tomadas en cuenta por los tribunales de justicia ordinaria y especiales cuando se juzguen casos en los que estén involucrados comunarios**”¹⁸⁵*
(las negrillas son nuestras).

Como se advierte, este artículo precisaba la jurisdicción “extensiva” y “definitiva” de las resoluciones tomadas por las autoridades indígenas, campesinas y originarias, adelantándose media década a las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En 1985 se realizó un evento auspiciado por la Comisión Andina de Juristas, donde se sugirieron como temas de análisis la tierra y territorio, usos y costumbres, y una especial referencia a cuestiones penales y Estado plurinacional.

Asimismo, es de hacer notar que, por esos años, apareció el boletín indianista “Chitakolla”, en la que se expresan las primeras voces indígenas en la discusión de la formación discursiva del Derecho en países coloniales, y a su vez realiza la difusión del avance de los derechos de los pueblos indígenas en el seno de Naciones Unidas¹⁸⁶.

En los años '90, el penalista Alejandro Colanzi¹⁸⁷ señala que el tratamiento penal de los indígenas debe ser considerado tomando en cuenta el respeto cultural, la solución política por vía de las autonomías indígenas y la solución doctrinal por la vía del error de prohibición culturalmente condicionado.

El Convenio 169 de la OIT adquiere gran resonancia a partir de 1990, pero con mayor énfasis desde 1992, ya que en muchos países se efectúan publicaciones comentando el Convenio, dando pautas de su aplicación o realizando procesos de sensibilización para su ratificación en sus respectivos países; pero también son las

¹⁸⁵ Anteproyecto de la Ley Agraria Fundamental, preparada por la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), 1984

¹⁸⁶ Chitakolla, “Derechos Indios, Derechos Humanos”, Boletín N° 46, junio de 1990, La Paz, p. 4 a 18

¹⁸⁷ Alejandro Colanzi: *Reflexiones penales y criminológicas*, Universitaria, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, 1991, p. 81.

mismas organizaciones indígenas quienes exigen a sus profesionales conocer y explicar dicho Convenio y llevarlo a las comunidades. Sobre Convenio se comentará más adelante.

A través de la reforma constitucional de 1994, Bolivia se declaró, además de libre, independiente, soberana, **multiétnica y pluricultural**, reconociendo tales caracteres por primera vez en la Ley Suprema; y, en el art. 171, estableció, también por vez primera, el reconocimiento y respeto de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, garantizando el uso y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

En la Constitución ahora vigente, promulgada el 7 de febrero de 2009, Bolivia se constituye, de acuerdo a su artículo 1, en un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. **Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo** político, económico, **jurídico**, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” El artículo 2 señala que: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.” Asimismo, el artículo 3 establece que la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

El reconocimiento expreso que realiza la Constitución actual al pluralismo jurídico, entre otros, constituye un gran avance para la *visibilización* del ejercicio del Derecho Indígena, lo cual será analizado más adelante.

CAPÍTULO 3

LA COEXISTENCIA DEL DERECHO INDÍGENA CON EL DERECHO ESTATAL

En este Capítulo estableceremos si en Bolivia, que cuenta con diversas naciones o pueblos indígenas en su interior -cuyo número exacto genera controversia, dado que la Constitución habla de 36 idiomas oficiales y muchos han confundido los mismos con naciones indígena originario campesinas, lo que no es correcto, pues varios idiomas son compartidos por varias naciones- coexisten las normas tradicionales y las normas “oficiales”, para lo que comenzaremos por definir la expresión más adecuada para utilizar en el debate, entre las muchas que se han utilizado a lo largo del tiempo, como Derecho primitivo, justicia comunitaria y, más recientemente, Derecho Indígena. Aclarada la expresión y concepto, se analizarán tres realidades sobre Derecho Indígena en Bolivia, tomando una comunidad aymara, una quechua y otra oriental; con el fin que, partiendo del *ama llulla, ama k'ella y ama sua*¹⁸⁸ que se mantiene hasta nuestros días, podamos establecer si constituyen un sistema jurídico, si existe pluralismo jurídico en Bolivia, y cuáles son los límites del Derecho Indígena. Cabe mencionar que el art. 8.I de la Constitución vigente -de 7 de febrero de 2009-, determina: “*El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).*”

1. ¿DERECHO CONSUETUDINARIO, USOS Y COSTUMBRES, DERECHO PRIMITIVO, JUSTICIA COMUNITARIA O DERECHO INDÍGENA?

El estudio y conceptualización del Derecho Indígena ha sido precedido de enfoques diversos, entre los que destaca el planteamiento del llamado Derecho Consuetudinario Indígena, o la "costumbre jurídica" o los "usos y costumbres",

¹⁸⁸ “No seas mentiroso, no seas flojo, no seas ladrón”, a lo que últimamente se ha sumado el *ama llun'ku* (no seas servil).

expresiones que anuncian subordinación del Derecho Indígena al Derecho nacional predominantemente unicista y homogeneizador de la diversidad cultural.

Es necesario remarcar que el pluralismo legal surge principalmente en un contexto de colonialismo, es decir de la dominación de una sociedad por otra, y la forma de articular las relaciones sociales entre el Estado colonizador y los derechos tradicionales; también es posible identificarlo en el caso de países con tradiciones culturales predominante o exclusivamente no europeas, que adoptan el Derecho europeo como instrumento de “modernización” y de consolidación del poder Estado (por ejemplo Turquía, Tailandia, Etiopía); en situaciones de revoluciones socialistas, como en la ex URSS, y en países islámicos, donde el Derecho “revolucionario” entra en conflicto con el Derecho tradicional. También se conoce esta situación en los distintos países de América Latina, donde el Derecho y las formas de control social reconocidas y utilizadas por los indígenas, han sido desconocidas por el derecho indiano, y luego por el Derecho estatal, conforme sostiene Raquel Yrigoyen¹⁸⁹.

Desde el punto de vista del conocimiento occidental, son muchas las miradas que han apuntado hacia la definición y conocimiento de todo aquel fenómeno, que siendo diferente a lo que en occidente se entiende por Derecho, puede connotarse como tal, en el tipo de sociedades que actualmente es entendido por indígenas y/o tribales, en definitiva, la modalidad de conocimiento que surge para entender lo que se ha venido en definir como Derecho Primitivo, Indígena o Consuetudinario¹⁹⁰.

El problema de la definición del objeto del presente estudio, es evidente, tal cual lo reconocen los diversos estudiosos. Cabedo¹⁹¹ dice que nos podemos encontrar, para referirnos a este fenómeno jurídico, con una pluralidad de términos: Derecho consuetudinario, usos y costumbres, costumbres jurídicas, sistemas jurídicos alternativos, Derecho Indígena, etc., a lo que debemos agregar que en Bolivia, se ha difundido la expresión *justicia comunitaria*, que pronto será desechada por mi parte por los motivos que se explican más adelante. Cabedo sostiene que, en realidad, todos los términos enunciados podrían intercambiarse si no fuera por la carga ideológica que se quiere ver en algunos de ellos, las connotaciones negativas que se asocian, particularmente, a la costumbre.

¹⁸⁹ Raquel Yrigoyen Fajardo: *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal*, Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1999, pp. 17

¹⁹⁰ María del Rosario Salamanca, Ramón Maureira Huiracaman y Verónica Núñez: “Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado”, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, obtenido en www.biblioteca.serindigena.org en 1 de noviembre de 2014.

¹⁹¹ Cabedo Mallol: *Constitucionalismo ...*; p.36

La expresión *Derecho Indígena*, sustenta Oscar Correas¹⁹², viene a ser el conjunto de normas efectivas en comunidades que mantienen, en grado variable, elementos culturales indígenas. Este autor señala que, al parecer, conforme con las informaciones que se disponen, provenientes de los antropólogos, no existen ya, prácticamente, sistemas *indígenas* –o sistemas indígenas *puros*- sino conjuntos normativos en los que conviven normas precoloniales, coloniales y modernas, No obstante, dentro de tales límites, la expresión *Derecho Indígena*, es la apropiada.

Al devenir la expresión *Derecho consuetudinario* de la *veterana consuetudo* romana que se refiere a la repetición inmemorial de determinadas prácticas, conforme sostiene Raquel Yrigoyen¹⁹³, se da una visión estática invariable, del Derecho, cuando en realidad, se ha demostrado a través del tiempo, que el Derecho Indígena es eminentemente dinámico y se nutre de la diversidad de normas que, poco a poco van surgiendo en las mismas comunidades, en otras, en y en el Estado.

Por parte de la doctrina se han dado definiciones no necesariamente jurídicas, sino más bien filosóficas, que ayudan a comprender este Derecho considerando la propia realidad indígena, su cosmovisión. A partir de esa afirmación, Cabedo¹⁹⁴, citando a Gonzáles Galván, señala al Derecho Indígena como la intuición del orden que desarrollan los pueblos originarios de un territorio-país-Estado, basada en la creencia que todas las fuerzas-elementos-energías-razones que existen en la naturaleza son orgánicamente solidarias y donde el hombre es tomado en cuenta como parte de ellas como ente colectivo.

Las primeras vertientes que se preocuparon por definir el Derecho no occidental fueron las perspectivas clásicas devenidas del evolucionismo y de las perspectivas heurísticas¹⁹⁵. Si bien diferentes historiadores jurídicos oscilan en identificar el origen exacto de las primeras concepciones, coinciden en que tales dependían de las nociones de regulación social y sanción: estas dimensiones sociales se articularían dando vida a una forma de Derecho primitiva, en tanto su existencia era requerida –supuestamente- sólo con el fin de resguardar el equilibrio social a través del castigo de conductas desviadas respecto de idealizaciones normativas, modalidad que se habría expresado en la necesidad de subordinación de las conductas individuales respecto del orden social. Según Milka Castro, el origen

¹⁹² Oscar Correas: *El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces*, obtenido en www.dialnet.unirioja.es, el 12 de marzo de 2015

¹⁹³ Raquel Yrigoyen: *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal*, Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1999, pp. 19

¹⁹⁴ Cabedo: Ob. cit., p. 39

¹⁹⁵ Heurística: Técnica de la indagación y del descubrimiento. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.

temprano de este interés se encuentra en las definiciones evolucionistas de fines del siglo XIX y principios del XX. Autores como Bachoffen, Tylor, y los mismos Morgan y Engels, asumían que la existencia del Derecho era un fenómeno exclusivo de sociedades “civilizadas”, en tanto éstas contenían aparatajes sociales institucionalizados donde el conocimiento de regulación normativa era codificado y aplicado por tales instituciones. De esta forma el Derecho “primitivo” (como lo llamaban) se caracterizaba en tanto: “...el hombre primitivo consideraba la ley como de naturaleza puramente reguladora, ya que su puesta en práctica era por medio del castigo a los transgresores”, de acuerdo a lo sostenido por Milka Castro¹⁹⁶. Contemporánea a esta visión –señala María del Rosario Salamanca– surgió como crítica a la anterior, lo que Patricia Urteaga llama “antropología heurística”, que entendía que el Derecho era parte “...del todo llamado cultura”, es decir un ámbito encargado de mantener el orden social requerido para el equilibrio y reproducción de la estructura total de la sociedad. Dentro de esta corriente, Castro destaca la controversia entre Malinowski y Radcliffe Brown, respecto de la naturaleza del Derecho.

Malinowski sostuvo que el Derecho emerge como respuesta a la necesidad de toda sociedad y cultura de mantener y regular el orden social interno. De esta forma entendía que el Derecho es una conducta social y no solamente una abstracción lógica, en tanto se expresaría como “obligaciones recíprocamente convencionales”, específicamente lo definiría como: “reglas que restringen las inclinaciones humanas, las pasiones y los impulsos instintivos; reglas que protegen los derechos de un ciudadano contra la concupiscencia o malicia del otro”. Para este autor el Derecho serviría al requerimiento de control social, sin embargo no equipara control social con coerción. Desde los planteamientos de este autor, es relevante hasta nuestros días la crítica al principio de coerción como esencia del surgimiento del Derecho institucionalizado en cualquier sociedad, en tanto supondría como principio universal que el advenimiento del Derecho se encontraría en el momento que toda sociedad logra controlar la individualidad a través de una construcción normativa idealizada y a través de un aparataje social de control individual, como es el castigo a conductas desviadas. Malinowski relativizó con su hallazgo este principio, estableciendo que la coerción sería una característica de manifestación y no de constitución del Derecho, lo que hoy podríamos connotar como diferentes estilos jurídicos, dependiendo de su presencia o ausencia. Al mismo tiempo, esta relativización abre la inquietud de la necesidad –aún no superada– de cuestionarse las categorías utilizadas para describir y explicar fenómenos culturalmente diferenciados del Derecho occidental, ya que tanto las nociones de orden social, control social, coerción, y la misma categoría de Derecho surgen precisamente del

¹⁹⁶ María del Rosario Salamanca, Ramón Maureira Huircaman y Verónica Núñez: “Concepciones y usos del Derecho Indígena...”

sistema jurídico occidental, que en la actualidad conocemos mayormente como Derecho positivo¹⁹⁷.

Por su parte, Radcliffe Brown afirmaría que las sociedades sin gobierno central no se regirían por Derecho, sino por costumbre. El Derecho se orientaría al control social mediante la aplicación sistemática de fuerza en una sociedad políticamente organizada, lo que lo llevó a asumir el principio de coerción como parte de la naturaleza del Derecho, lo que a su vez implicaría la relevancia que le atribuiría a los sistemas de sanción por sobre los sistemas normativos, de tal forma que el campo del Derecho sería semejante al de las “sanciones legalmente aplicadas”. En relación con esto, no cualquier sanción sería legal, sólo lo serían aquéllas aplicadas por una autoridad militar, política o eclesiástica constituida. Estas nociones llevarían a suponer a este autor que las sociedades llamadas “primitivas” no tendrían Derecho¹⁹⁸.

Rodolfo Stavenhagen manifiesta que el Derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte de la estructura integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, junto con la lengua, el Derecho (consuetudinario o no), constituyen un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación, o comunidad. Y, a diferencia del Derecho positivo, el consuetudinario opera sin Estado, mientras que aquel emana de una autoridad política constituida y es ejecutado por órganos estatales¹⁹⁹.

Al respecto, Cabedo declara: “Sin duda, resulta ya clásica la definición que sobre el Derecho consuetudinario escribió en su día el maestro Rodolfo Stavenhagen. Según este autor, ‘este concepto se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del Derecho positivo vigente en un país determinado’²⁰⁰.

Igualmente Cabedo, cita a Durand Alcántara, que señaló que el Derecho consuetudinario indígena está integrado por un conjunto de normas jurídicas de tipo costumbrista que regulan las relaciones sociales de los pueblos indios, contando con sus propios órganos reguladores y aplicadores de dicha normatividad²⁰¹.

¹⁹⁷ Íd.

¹⁹⁸ Íd.D

¹⁹⁹ Rodolfo Stavenhagen: “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 27

²⁰⁰ Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 38

²⁰¹ Íd.

Así, en cuanto al *derecho consuetudinario*, se debe manifestar que si bien las perspectivas clásicas configuraron el primer soporte teórico, epistemológico y metodológico para conocer el Derecho no occidental desde diferentes proposiciones definitorias, el gran cuestionamiento histórico que se les ha hecho, es la imposibilidad de superar la obsesión de explicar el surgimiento y funcionamiento del Derecho desde una perspectiva hermética que presentaba este fenómeno como puro y ensimismado en cada sociedad. Además de esto, la sociología del conocimiento se ha encargado de develar las contradicciones socio éticas de las perspectivas clásicas, principalmente la identificación de su afán etnocéntrico, en tanto tales formas de categorización venían simplemente a deslegitimar expresiones socioculturales diferenciadas, por el hecho de no ajustarse al modelo lógico occidental, lo que en el plano de la repercusión social quiere decir que tales perspectivas se prestaban para legitimar el menosprecio y subordinación de estas sociedades por parte de las sociedades occidentales, en el marco de lo que se ha definido como praxis científica “colonialista”. Para suplir las carencias de estas perspectivas, las ciencias sociales de mediados del siglo pasado retomaron el uso del concepto de Derecho consuetudinario. Este término proviene del mundo antiguo donde era usado para distinguir las formas de regulación de las diferentes sociedades que los imperios iban absorbiendo. Tales derechos no eran codificados y eran valorados como de menor estatus y por eso se les llamaba consuetudinarios. Los usos coloniales del concepto se remitieron a la comparación dicotómica entre “Derecho positivo” y “Derecho consuetudinario”, dentro de los cuales el último se veía desde la perspectiva del poder como un conocimiento estático, de tal forma que su relación con el Derecho positivo se daba en tanto éste último alteraba al Derecho consuetudinario²⁰².

André Hoekema²⁰³ expresa que un concepto clave en los debates actuales sobre el Derecho es el sentido y alcance del pluralismo jurídico, en particular del Derecho Indígena. Señala que este Derecho se incluye dentro de un gran grupo de “derechos”, tipos de Derecho no estatales, que se resumen a menudo bajo el lema *folk law*, Derecho informal y otros, términos que tienen un carácter ambiguo, hasta peyorativo, ya que muchas veces se orientan a reafirmar la existencia del Derecho dominante, creado y sancionado por el Estado. Este autor manifiesta que, en particular, el término *Derecho consuetudinario* tiene rasgos negativos, sugiere que su base de eficacia y validez reside en el visto bueno del Estado así como en la ideología jurídica dominante. Al Derecho consuetudinario se le suele asignar, igualmente, un papel subordinado o subsidiario, puesto que es tomado en cuenta sólo cuando el Derecho oficial deja un espacio abierto. Agrega Hoekema que, por

²⁰² María del Rosario Salamanca...

²⁰³ André Hoekema: *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, obtenido en www.ilsa.org.co:81, el 16 de diciembre de 2014

ejemplo, el art. 171 de la Constitución de Bolivia²⁰⁴, que otorga reconocimiento a normas y procedimientos indígenas, no explica claramente si se trata de Derecho complementario o sustitutivo. De tales imprecisiones deviene la necesidad de contar con una ley que aclare esos aspectos y permita la coexistencia, mediante un respeto recíproco en el ejercicio de ambos, entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal.

Las tradiciones más contemporáneas del uso del concepto *Derecho consuetudinario* concuerdan en que: **1)** El Derecho consuetudinario es más bien flexible en tanto está obligado a adecuarse a diferentes situaciones históricas, y **2)** Que su interacción con el Derecho positivo conlleva un estado de subordinación. Si bien esta re conceptualización del Derecho “primitivo” como Derecho “consuetudinario”, vino a posibilitar su conocimiento en situaciones de contacto con el Derecho positivo, las nociones que oscilaban en su constitución categórica seguían siendo coerción vs. control social dentro del núcleo definitorio de la costumbre. De tal forma los debates posteriores respecto de este concepto se orientaron a cuestionar dichos principios. La noción de control social ha servido como parámetro de medición del Derecho. Por su parte, otras posturas re configuraron la noción de Derecho como coerción, como un proceso complejo que supera la dinámica mecanicista entre orden social y control social, otorgando un espacio importante al nivel de los comportamientos sociales respecto de los niveles normativos y su opuesto de aplicación sancionadora²⁰⁵.

Sobre el denominativo “Derecho Indígena” se debe mencionar que éste corresponde a la ampliación del concepto de “Derecho consuetudinario”, en tanto el último corresponde principalmente a las formas de cohesión y control intracultural de una sociedad dada, en cambio la primera hace referencia a una serie de atributos que debieran ser comunes a todas las sociedades indígenas en el marco de la interacción con los Estados naciones donde tales, arbitrariamente o no, se encuentran. De tal forma, la natural expresión del Derecho consuetudinario se suma a la necesidad de reconocimiento de la existencia y del ejercicio de los llamados derechos políticos de autogobierno, y los derechos culturales de resguardo de historia, tradiciones, lengua y religión, todos sintetizables en las propuestas de autonomía, hoy emergentes.

²⁰⁴ Refiriéndose a la Constitución reformada en 1994, que ahora ha sido abrogada por la Constitución de 7 de febrero de 2009.

²⁰⁵ Maria del Rosario Salamanca, Ramón Maureira Huircaman y Verónica Núñez: “Concepciones y usos del Derecho Indígena...”

Según Rosembert Ariza Santamaría²⁰⁶, la ambigüedad del concepto *Derecho Indígena* equiparándolo como sinónimo de *Derecho consuetudinario*, se presenta debido a tres distintas concepciones que antropólogos, abogados y juzgadores tienen de éste:

- a) Derecho Indígena como sistemas normativos;
- b) Derecho Indígena como *usos y costumbres*;
- c) Derecho Indígena como normas jurídicas: Como un conjunto de normas jurídicas emanadas de los pueblos y comunidades indígenas.

La dilucidación de estos conceptos adquiere importancia en la medida en que son llevados a la práctica por los impartidores de justicia, los verdaderos sistemas jurídicos indígenas son subestimados o rebajados a la mera categoría de *costumbres*, o de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Respecto de la interpretación del Derecho Indígena como *sistemas normativo*, Rosembert Ariza considera que es demasiado extensa porque bajo este concepto se puede agrupar una gran variedad de normas que no necesariamente son jurídicas; por ejemplo –indica– las normas morales, religiosas o sociales que rigen en el interior de las comunidades indígenas. En este sentido, dar el nombre de *sistemas normativos* al Derecho Indígena, resulta desafortunado si lo que se quiere es demostrar el carácter jurídico de las normas que los pueblos y comunidades indígenas aplican a sus jurisdicciones territoriales. En otras palabras, identificar el Derecho Indígena con los *sistemas normativos*, en un sentido amplio, puede llevarnos a confundir las normas jurídicas de los otros tipos de normas, que sin ser jurídicas se conjugan con la misma intensidad en el interior de estas comunidades.

Si resulta muy amplia la conceptualización de Derecho Indígena en sistemas normativos, resulta demasiado restrictiva identificarlo simplemente con *usos y costumbres*. De entrada, cabe señalar que esta expresión no denota, ni siquiera implícitamente, estar constituida por normas jurídicas. La acepción conjunta que se tiene de estos conceptos, se refiere más bien a normas de carácter religioso, moral o social; por ejemplo, la prohibición del noviazgo antes del matrimonio. En otras palabras, la acepción conjunta de estos conceptos (*usos y costumbres*), no existe en la teoría del Derecho como norma jurídica o como fuente de Derecho²⁰⁷.

²⁰⁶ Rosembert Ariza Santamaría: “Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria”, en *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible?*, Honrad –adenauer Stiftung, Ecuador, 2007, p. 11

²⁰⁷ Gómez Valencia: “Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita”. Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica: *Justicia y diversidad en tiempos de globalización*, Oaxtepec, Morelos, México, 2006

Si bien el uso de las categorías Derecho Consuetudinario y Derecho Indígena ha sido más bien similar, cabe señalar que su diferenciación respecto de ámbitos de acción varía: mientras que para las ciencias sociales Derecho Consuetudinario alude a la existencia de diferentes sistemas de justicia; el segundo, usado en el ámbito político internacional alude a una serie de atributos que le corresponde a las sociedades indígenas en tanto parte de la “humanidad”, es decir más allá de la especificidad sociocultural.

En ese sentido, y en el caso de Bolivia, han sido diversas las expresiones utilizadas para referirse al Derecho Indígena. Si bien el denominativo “justicia comunitaria” ha sido utilizado en muchos países, y en Bolivia se ha considerado en algunos ámbitos académicos y gubernamentales, como la expresión adecuada, tal el caso del Ministerio de Justicia que entre 1996 y 1998 llevó adelante, mediante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Proyecto de Justicia Comunitaria, con el objetivo de elaborar un Anteproyecto de Ley para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario vigente en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el país, en lo personal encuentro que dicha expresión ha tenido un uso arbitrario y abusivo por parte de grupos de personas que, tanto en los centros urbanos como en ciudades pequeñas del área rural, la han esgrimido para pretender justificar actos que no constituyen otra cosa que linchamientos, avasallamientos de propiedad y agresiones violentas, que han sido realizadas sin ningún proceso ni posibilidad de defensa de los supuestos *procesados* o *ajusticiados* como explicaré un poco más adelante.

El concepto de “justicia comunitaria”, indica Ramiro Molina Rivero, en ella publicación del Ministerio de Justicia antes referida, “tiene la ventaja de remitir no solo a instituciones y prácticas de resolución de conflictos, sino también a los contextos socioculturales que los definen, haciendo referencia fundamentalmente a la especificidad de la organización sociopolítica comunitaria”²⁰⁸; empero, conforme se ha reconocido en dicho documento, este concepto no es definitivo, sino que puede ser tomado como punto de partida en la comprensión de la justicia indígena o de sistemas interlegales, dado que la justicia comunitaria es un campo de acción específica que deberá ser incivilmente definida, aunque solamente sea como referencia conceptual.

Sin duda, la mayor concentración del debate, estuvo signada por las definiciones que el Ministerio de Justicia y el Comité Nacional de Implementación del nuevo código de Procedimiento Penal tuvieron en sus manos, la *vacatio legis* declarada para dicho Código tuvo como fin establecer un proceso de difusión y consolidación de su texto y con ella de la justicia comunitaria.

²⁰⁸ Ramiro Molina Rivero: “Derecho Consuetudinario”, *Justicia Comunitaria*, Tomo 9, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, La Paz, 1999, p. 36

Las investigaciones de la década de los noventa como parte de consultorías elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las publicaciones de dicho Ministerio, y otras opiniones coincidieron en adherirse a la denominación de “justicia comunitaria”.

Otro matiz a la expresión, la da Filiberto Montecinos Avendaño²⁰⁹, cuando señala que la justicia comunitaria se la podría definir desde el punto de vista académico o intelectual como un acontecimiento público sumarísimo (rápido), inmediato y de única instancia, practicada posiblemente de distinta manera y después de muchos decenios, ante todo en comarcas y en pequeñas poblaciones urbanas, luego imitada en las laderas y zonas periféricas de las ciudades, ante la ineficiencia en parte de la normatividad oficial para garantizar y mantener la seguridad jurídica que la población precisa para vivir en armonía. Este acercamiento a una definición actual de lo que es *justicia comunitaria* en la Bolivia del siglo XXI, es una de las más acertadas, por cuanto ya no se identifica con el Derecho Indígena propiamente, sino con el conjunto de prácticas que están realizando las personas cuando se ven en indefensión frente a la criminalidad, por ejemplo, en algunos casos, y en otros, cuando deciden *hacer justicia por mano propia* en barrios alejados de las ciudades, donde muchas veces no llega la Policía a restablecer el orden; inclusive se han visto casos en que se ha llegado al casi linchamiento contra personas inocentes, acusadas por una turba de haber cometido algún delito, en especial, robo.

Conviene recordar, entonces, que dicha “justicia comunitaria” encontró su contrapunto más alto en los sucesos de Ayo Ayo, cuando el Alcalde de dicho Municipio, fue torturado y quemado aún vivo en la plaza del pueblo, llamando a ello los autores “justicia comunitaria”. A partir de ese infausto suceso, grupos de personas ciudadanas, han llevado adelante linchamientos de presuntos ladrones especialmente, utilizando la expresión de haber “realizado” la justicia comunitaria. Asimismo, las llamadas “organizaciones sociales” en los últimos años, embanderan el término para amenazar a quienes se opongan a sus criterios.

En noviembre de 2008, en la localidad de Achacachi, una muchedumbre dio muerte a dos personas, luego de golpear y torturar durante más de ocho horas, rociar con gasolina y prender fuego a 11 presuntos antisociales que habrían estado robando en diferentes inmuebles del pueblo en tanto que la gente participaba de los actos de festejo del pueblo. Achacachi es un pueblo del altiplano boliviano, tristemente célebre por su mal llamada “justicia comunitaria”, mediante la cual sus pobladores cometen linchamientos contra supuestos ladrones u otras personas, tal el caso de un militar joven que fue torturado y asesinado hace 15 años en ese lugar.

²⁰⁹ Filiberto Montecinos Avendaño: *Justicia Comunitaria (Justicia de masas) y Justicia Ordinaria (Justicia occidental)*, CIMA, La Paz, 2010, p. 8

En 2009, marzo, la casa del ex vicepresidente de la República, Víctor Hugo Cárdenas, ubicada en Huatajata, a orillas del Lago Titicaca, fue violentamente tomada por campesinos. Cuando se realizó la toma se encontraban en la propiedad rural la esposa, Lidia Katari, los hijos, una hermana y dos sobrinos. El ex vicepresidente Víctor Hugo Cárdenas, de origen aymara, encabezó uno de los frentes que hizo campaña por el No a la nueva Constitución Política del Estado, y luego se volvió en uno de los potenciales candidatos para las elecciones de fin de año, para hacer frente al actual presidente del Estado, Evo Morales. Campesinos de la provincia Omasuyos declararon "estado de sitio civil" en la localidad de Huatajata a 70 kilómetros de La Paz para evitar que el Ministerio Público investigue la toma de la vivienda rural y la agresión a la familia del ex vicepresidente Víctor Hugo Cárdenas. Jerónimo De la Cruz, dirigente campesino, informó que los nueve cantones de la provincia Omasuyos anunciaron que no permitirán que la justicia realice las investigaciones y no permitirán el ingreso a esa población de ninguna autoridad del Ministerio Público. "Si entra la Policía, si entra algún Fiscal nos vamos a movilizar, vamos a aplicar el estado de sitio civil en la provincia Omasuyos no tienen por qué ingresar a investigar", afirmó²¹⁰.

La anterior es una muestra de lo que **no** constituye Derecho Indígena. Lo sucedido es un acto delincuenciales que hasta el momento de culminar la redacción de la presente Tesis, no ha merecido castigo alguno.

Al presente, las cifras continúan. En 2014 al menos 35 casos de "justicia por mano propia" se cometieron en Bolivia, según el documento "Situación del ejercicio de los Derechos Humanos en el Estado Plurinacional de Bolivia durante la gestión 2014", donde se afirma que la ausencia de organismos de seguridad, el crecimiento de la delincuencia, la intolerancia, la desconfianza en el sistema judicial y otros son las causas más comunes de estas acciones que son protagonizadas por vecinos y pobladores, muchas veces con la aquiescencia de toda la comunidad que luego asume una especie de pacto de silencio²¹¹.

En la mayoría de los casos, el suceso que desencadenó la ira de la turba fue el robo, seguido por el asesinato y el abuso sexual, pero también hubo víctimas inocentes, por ejemplo, el 9 de junio de 2014, un enfermo de epilepsia de 35 años, quien recibía tratamiento psiquiátrico, fue linchado por una turba en el municipio de Sipe Sipe, a la que fue entregado por cuatro personas que lo hallaron dentro de un inmueble. En otro caso, un adolescente de 16 años fue rescatado de ser quemado vivo por vecinos de un barrio que lo acusaron de robar una garrafa. (Cochabamba). El 11 de febrero del mismo año (2014), en Sica Sica, La Paz, Macedonio Corani, de

²¹⁰ Agencia de noticias Bolpres, obtenido en: www.bolpress.com, el 9 de marzo de 2015.

²¹¹ Obtenido en www.defensoria.gob.bo/.../INFORME%20EJERCICIO%20DDHH%2020..., el 6 de junio de 2015

41 años, fue lapidado en su comunidad por problemas de tierras. Su esposa contó que fue llevado con engaños a un lugar alejado donde le golpearon con piedras hasta matarlo. El 14 de marzo, en Vitichi, Potosí, un grupo de comunarios secuestró y torturó a dos policías del Control Operativo Aduanero, que en cumplimiento de sus funciones decomisaban mercadería de contrabando.

El 12 de octubre de 2014, día de la Elecciones Generales en Bolivia, campesinos de la comunidad de Irocota, en el municipio de Poroma, departamento de Chuquisaca, enterraron vivo a un hombre de 61 años al que acusaron de practicar brujería para asesinar a otro agricultor del lugar. La Policía informó lo siguiente:

*“El suceso **ocurrió el pasado domingo**, según informó a la radio Erbol el director de la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen (Felcc) de Chuquisaca, coronel Jaime González.*

*Autoridades de Irocota determinaron enterrar viva a esta persona de 61 años, de sexo masculino, siendo que lo sindicaban por **una muerte por práctica de brujería**”, señaló González.*

***El domingo regía una prohibición** para viajar por tierra, entre otras restricciones, debido a la votación de las elecciones generales.*

*En las últimas horas, **la Policía se enteró del suceso y logró rescatar el cadáver.***

*Los familiares de la víctima identificaron a los supuestos responsables de su muerte, aunque por ahora **no hay personas detenidas**, señaló González.”²¹²*

Y, así, muchos otros casos que son catalogados por la gente, en las calles, en un lenguaje común como “justicia comunitaria”.

Algunos de los hechos relatados no ingresan dentro del Derecho Indígena, pues éste tiene que tener normas de procedimiento, y permitir la defensa del procesado. Los diversos hechos de linchamientos son producidos tanto en localidades rurales como en las ciudades. Y es necesario decirlo: Algunas no forman parte de las normas que mantienen las comunidades campesinas y los pueblos indígenas en Bolivia, pero en algunos de esos casos, ha primado una decisión de la colectividad.

Las nuevas autoridades de los pueblos indígenas, que en su gran mayoría sorprenden por su juventud, como el caso de las autoridades de la Nación Yampara, que se estudió para la presente investigación, están con la corriente de

²¹² Periódico EL DEBER, 16 de octubre de 2014, obtenido en www.eldeber.com.bo el 28 de octubre de 2015

dejar los castigos físicos como los chicotazos, como lo sostuvo Juan Guarayo el 16 de abril de 2016 en una entrevista.

La justicia comunitaria no es agresión, no es violencia. La justicia comunitaria no es linchamiento. Linchamiento es la: “Forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen”²¹³.

En general, y en el siglo XXI, el sistema legal indígena no tiene relación alguna con el linchamiento, ni mucho menos con la justicia por mano propia. Si bien es cierto que se han producido ciertos actos que, a título de *justicia* comunitaria han dado lugar a la muerte de personas acusadas de alguna falta, no por ello se podría catalogar a todo el sistema de Derechos Indígena de las diferentes naciones indígenas asentadas en Bolivia, como vulneradoras de los derechos fundamentales, puesto que verdaderamente son casos aislados y que deben ser sometidos –eso si a conocimiento de la jurisdicción ordinaria, dado que uno de los pilares básicos en toda administración de justicia debe ser el respeto a la vida.

El Derecho Indígena es un auténtico sistema jurídico. Tiene autoridad y normas, no es espontáneo; es un sistema completo y cuenta con un procedimiento que resguarda los derechos de los sometidos a tales juicios. La sanción no puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima, es decir, hay una sentencia que no es punitiva sino sobre todo, reparadora, sanadora, que intenta recuperar el equilibrio que ha sido alterado²¹⁴.

Por tales motivos, no comparto la utilización de la expresión “justicia comunitaria”, prefiriendo llamar al objeto de estudio que nos ocupa, Derecho Indígena, pues más allá de los motivos indicados antes, el término “Derecho” es más amplio porque comprende además de la solución de conflictos -justicia-, la organización y estructura de sus autoridades, el desenvolvimiento de la vida en comunidad de acuerdo a las reglas aceptadas por todos y todas, conforme las anotaciones que se harán posteriormente en este trabajo.

2. PRÁCTICAS DE DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA

²¹³ Guillermo Cabanellas: Diccionario jurídico

²¹⁴ Bolívar Beltrán Gutiérrez: “El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, Montevideo., 2006, Tomo II, p. 808

El Derecho Indígena ha pervivido durante siglos, a pesar de los varios intentos de desconocerlo, ignorarlo o hacerlo desaparecer. Las prácticas de Derecho Indígena tienen data anterior a la colonia, han subsistido en la República y recién a partir de la década de los '90 del siglo XX han sido constitucionalizadas, en un avance que ni las mayores corrientes positivistas están pudiendo parar.

Antes de ingresar a las prácticas en algunas comunidades de Bolivia, mencionaré una de las muestras de los embates que ha sufrido el Derecho Indígena, que se encuentra nada menos que en un Decreto emitido en junio de 1825 por el libertador Simón Bolívar en Cuzco:

“Considerando:

1º.- Que la Constitución de la República no conoce desigualdad entre los ciudadanos:

2º.- Que se hallan extinguidos los títulos hereditarios.

3º.- Que la Constitución no señala ninguna autoridad a los caciques.

He venido en Decretar y Decreto:

1º.- El título y autoridad de los caciques quedan extinguidos.

2º.- Las autoridades locales ejercerán las funciones de los extinguidos caciques.

3º.- Los antiguos caciques deberán ser tratados por las autoridades de la República, como ciudadanos dignos de consideración, en todo lo que no perjudique á los derechos á intereses de los demás ciudadanos” (Flores Moncayo, 1952: 26)²¹⁵.

Sin embargo, el Derecho Indígena subsiste, en cuanto a sus autoridades, su organización, sus normas, procedimientos, sanciones, etc., y además, ahora, reconocido constitucionalmente y en instrumentos internacionales.

Respecto de los nombres que se otorgan a las autoridades, en la actualidad, las formas de organización y los tipos de autoridades de los pueblos indígenas originarios son diversos, variando de región en región y de cultura en cultura. En la zona andina las autoridades que rigen el gobierno comunal son denominadas Mallkus, Kurac Mallkus, Segunda Mayor, Kurakas, Sullka Mallkus, Jilaqatas, Caciques, Jilanqus, Justicia Comunal, Tamanis, Qamanis y Secretarios Generales,

²¹⁵ Citado por María Eugenia Choque: “La marka rebelde: Comunidades de Jesús de Machaca”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 468

entre otros. A su vez, en la Amazonia, Chiquitanía y el Chaco las autoridades son el Cacique, Capitán (mburuvicha), Secretarios Generales, corregidores y otros. Las diferencias en las denominaciones se extienden al interior de cada región, producto de diversas tradiciones, o por la presencia de diferentes áreas de influencia (aymaras, quechuas, guaraníes, etc.).

A continuación revisaremos algunos documentos que describen las prácticas de Derecho Indígena en algunas comunidades de Bolivia, para lo cual tomamos como referencia, la obra: Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia, que tiene como editores a Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni, elaborada con el auspicio de la Fundación Rosa Luxemburg en 2012.

2.1 Derecho Indígena en Jesús de Machaca (altiplano)

2.1.1 Ubicación geográfica y antecedentes históricos²¹⁶

La región de Jesús de Machaca está situada en la provincia Ingavi del departamento de La Paz, es decir, en el mismo altiplano boliviano. Se caracteriza por haber conservado, en un grado superior a otras partes, una serie de elementos culturales autóctonos, aunque, claro, no pudo permanecer –como ninguna cultura– impermeable a las corrientes culturales nacionales.

Esta región constituye una importante “marka aymara” que se remonta a la época preincaica. La región de Pakaji formó parte del Kollasuyo, región dividida en dos parcialidades: Urusuyo (parcialidad de arriba) conformada por marcas que se relacionaban con la montaña y la ganadería; y Umasuyo (parcialidad de abajo), relacionada con la agricultura y el agua.

Ya en la colonia se dividió en tres provincias: Sicasica, Omasuyos y Pacajes. Esta última tuvo la organización de 12 ayllus y marcas; entre ellas: Jisk’a Machaqa (Machaca la chica, hoy Jesús de Machaca) y Jach’a Machaqa (Machaca la grande, hoy Santiago de Machaca y San Andrés de Machaca).

Creada la República, Pacajes fue dividida en dos provincias: Ingavi y Pacajes. La primera fue organizada en cantones, casi todos ellos mantienen la estructura de marcas (conjunto de ayllus), uno de ellos es Jesús de Machaca.

²¹⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Los Aymaras de Machaca”, *Justicia Comunitaria*, Tomo 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999, p. 18.

Los habitantes de Machaca son aymaras y urus, aquellos en doble cantidad que éstos, buscaron siempre gobernarse y vivir libres, hecho que los llevó a comprar sus tierras en tres oportunidades, por medio de los caciques, a los Reyes de España, infructuosamente, claro está.

La influencia española llevó a que las autoridades originarias (*kuraka, lanti, jilakata o mallku, kamana e irasiri*), cuyas funciones eran de gobierno y administración, se combinaran con las correspondientes a la comunidad campesina y el cabildo español, dando lugar a la existencia del cacique, el segundo, el jilaqata y el alcalde.

En la República, el núcleo central (*marka*), en la región de Machaca, se fue transformando en una población mestiza. Pero, hasta 1865, el número de ayllus aymaras en Jesús de Machaca se mantuvo en el tradicional doce, que tiene un historial de lucha muy interesante. Lo positivo de los sangrientos hechos –luchas– es que el Gobierno reflexionó sobre la situación de servidumbre y abuso en que vivían los pueblos originarios.

Después de la guerra del Chaco (1935), surge una inusitada sensibilización hacia lo indígena (en ciertas esferas), por la ofrenda de vidas que en mayor número estuvo en los indios, que culmina con la Revolución Nacional de 1952, que abrió las puertas para un nuevo porvenir de la población indígena, aunque con mucha lentitud hasta ahora. Con la reforma agraria de 1953 y la nueva distribución de tierras, los ayllus se convierten en organizaciones sindicales, respetando la organización interna que tenían antes. Tales sindicatos se llaman hoy sub-centrales, y las estancias se transformaron en comunidades.

Desde 1994, el reconocimiento de pluriculturalidad y multiétnicidad en la Constitución, la aplicación de la Ley de Participación Popular (de la que hablaremos después, pero que tiene como punto fuerte la devolución de iniciativa a los pueblos indígenas y organizaciones de la comunidad), lleva al reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas a los que se les otorga hoy la calidad de pueblos originarios.

2.1.2 La autoridad de los ayllus

Conforme sostienen Choque y Ticona²¹⁷, la autoridad máxima de los ayllus fue el cacique y al frente de cada parcialidad había un segunda, apoyado por un alcalde y

²¹⁷ Roberto Choque Canqui y Esteban Ticona Alejo: *Jesús de Machaca, la marca rebelde. Sublevación y masacre de 1921*, CEDOIN/CIPCA, La Paz, p.13

uno o más jilakatas. El cacique o curaca encabezaba una dirección colegiada, la asamblea de mallkus llamada *Amawt'a* o Cabildo, cuyos miembros eran elegidos por la comunidad. Cada marka tiene un número variable de autoridades tradicionales, dependiendo de su tamaño. La máxima autoridad nunca ha sido ejercida sólo por el hombre, sino siempre en compañía de su esposa (*mama t'alla o jilakata tayka*). El cacique tenía bajo su responsabilidad la seguridad económica del ayllu y el manejo judicial, fuera de ser depositario de los archivos de la marka y de su memoria histórica. Eran líderes con experiencia en las dos culturas, la propia y la española/criolla.

El mallku es nombrado de una lista a la que se apunta con anticipación. Es un cargo anual y su función es dirigir la comunidad, presidiendo reuniones y tomando la iniciativa en los trabajos de la misma.

Con la creación de la República desapareció el cargo de cacique. Los títulos de los ayllus fueron en gran medida, extraviados, y las tierras fueron apropiadas por las familias de ex -caciques.

Después –comenta Albó²¹⁸, la marka de Jesús de Machaca entró en un proceso de transición con subdivisiones de las antiguas comunidades, manteniendo la pauta de arriba/abajo y la integración de las ex haciendas y los grupos marginales de urus y mineros en nuevas estructuras: escolar, con la creación de juntas escolares y asociaciones de padres de familia; administrativa, con un nuevo estatus jurídico de cantón y mecanismos como las Juntas de Vecinos, jueces y corregidores; comercial, creando ferias como polos de atracción; y, sindical, con una estructura de organización local y regional y como mecanismo de presión social²¹⁹.

Ahora, varios sindicatos forman una sub-central, y éstas, forman una central. Los sindicatos adoptaron en mayor o menor grado, elementos del sistema tradicional de elección de las autoridades de los ayllus.

2.1.3 El sistema de autoridades

De lo anotado por María Eugenia Choque (2012)²²⁰ en el documento: “La marka rebelde: Comunidades de Jesús de Machaca”, en Justicia Indígena,

²¹⁸ Xavier Albó: “Dinámica en la estructura intercomunitaria de Jesús de Machaca”, *América Indígena*, vol. XXXII, N° 3, México, p. 773

²¹⁹ Roberto Choque Canqui y Esteban Ticona Alejo: “Jesús de Machaca... p. 15

²²⁰ María Eugenia Choque: Ob. Cit.

Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia, se tiene que el reconocimiento máximo de la autoridad es el Mallku y la Tayka Mallku, como los máximos protectores de la comunidad. *“En resumen, por ellos comemos y por ellos hasta podemos morir, en caso de no preocuparse de nuestra comunidad. Cuando asumen la responsabilidad, llevan en su responsabilidad toda la carga de autoridad, por eso son respetados y reconocidos en la comunidad”* (Entrevista colectiva. Comunario de base. Chama, junio 2011).

- El rol de la mujer es igual, administrar justicia, cuando se encuentra en ejercicio de cargo. El cargo de la mujer va desde el cargo pequeño hasta el cargo de mayor responsabilidad, pero siempre en su cumplimiento de chacha-warmi.
- Es necesario el cumplimiento de cargo. En su función social, los pobladores tienen la obligación de cumplir el cargo. *“Actualmente hay problemas con los migrantes, ellos vienen y ya no quieren cumplir el cargo, cada uno tenemos la obligación de hacer la función social bajo usos y costumbres, de lo contrario sus tierras podrían pasar para la comunidad, para su cumplimiento social”*. (Entrevista colectiva. Comunario de base, Chama, 2011).

Respecto a otras organizaciones están el corregidor, Policía, Defensoría de la Niñez y la Mujer, oficialía del registro civil, catequistas, juntas vecinales.

Las autoridades que atienden son: Mallku, Jalja Mallku, presidente de la zona. Sus funciones son más de velar la protección y cuidado del ayllu, comunidad; son los representantes oficiales de la comunidad.

En la comunidad, el varón es quien posee mayor responsabilidad social y las etapas se inician una vez que regresa del cuartel y sobre todo cuando se “junta” o se casa con una mujer para formar el chacha-warmi (marido-mujer). De esta manera, podrá ocupar cargos sociales en la comunidad. (www.machaca.cebem.org). La mujer, por su parte, puede llegar a ocupar el cargo de Mallku Tayka o compañera del Mallku, ocupándose de la preparación y coordinación de los eventos comunales o de ayllu destinados a la capacitación de mujeres y, junto a otras, a la preparación del *apthapi* o comida comunal²²¹.

Las autoridades existentes son:

- Mallku
- Sullka Mallku (secretario de relaciones)

²²¹ Waldo Jordán y otros: *Jesús de Machaca y San Andrés de Machaca. Descripción de la situación social, política, económica y cultural*, Fundación Machaqa Amawt'a, La Paz, 2011

- Qilqir Mallku (secretario de actas)
- Anat kamani (secretario de deportes)
- Yatik amani (secretario de junta escolar, coordina con la dirección)
- Qilqi kamani (secretario de hacienda)
- Uywa kamani (secretario de agricultura, ganadería)
- Jalja kamani (secretario de conflicto)
- Chaski
- Kamani (secretario vocal)

En casos de mayor conflictividad que involucra a más actores. La realización de muchas reuniones, asambleas, *tantachawis*, como instancia y espacio de debate y concertación, no teniendo ningún resultado de satisfacción mutua, motivo por el cual como resolución se redacta el “Acta de no entendimiento” que consta en forma escrita en los libros de acta.

2.1.4 Tipos de conflictos²²²

- Conflicto de linderos, terrenos entre comunarios
- Transferencia de terrenos familiares
- Peleas de pareja/separación de parejas/violencia familiar
- Daño a chacras o pastizales- traspaso de ganado
- Medioambiente - recursos naturales
- Agresión verbal - insultos
- Deudas
- Robo
- Peleas entre comunarios
- Adulterio - infidelidad

²²² María Eugenia Choque: Ob. Cit.

- Violación - intento de violación
- Herencia
- Incumplimiento de cargo
- Peleas entre familiares
- Abandono de hijo
- Corrupción
- Asesinato

Un mayor porcentaje de casos se relacionan con los conflictos de linderos, terrenos entre comunarios, y conflictos de herencia relacionados con el tema de tierras, las autoridades indígenas tiene mayor facultad y atribución en la solución de estos conflictos, por cuanto son ellos quienes tienen mayor información y conocimientos de su medio respecto a la gestión y administración de sus tierras y territorios, el grado de conocimiento de linderos lleva a una definición territorial de propiedad no solo familiar, sino también comunal

Uno de los problemas que mayormente se presenta son las peleas entre parejas que conlleva violencia hacia la mujer y los hijos. A pesar de tener cierta invisibilidad en el número de casos, la violencia se presenta desde el cotidiano vivir tanto en el espacio privado como público. De acuerdo al número de casos, sobre el 100 por ciento ocupa el tercer lugar dentro de las problemáticas que se atiende en las comunidades de Jesús de Machaca. En relación con las peleas de pareja y violencia familiar, en muchos casos después de agresiones resultantes en más de 10 días de impedimento para la víctima, se llega a acuerdos para la firma de actas de buena conducta, la mujer prefiere este tipo de solución, por el temor a mayores represalias por parte del marido, quien en estado de ebriedad podría volver a incurrir en el delito. Este acuerdo mutuo, únicamente implica la curación médica de la víctima y un acta de buena conducta para ambos "*Acta de buena conducta* quienes en forma voluntaria se pusieron de acuerdo que la pelea había sucedido el 27 de noviembre entre ambas partes de acuerdo al reconocimiento que tiene don Guillermo y su esposa Andrea, don Guillermo asume la responsabilidad para hacerle curar el daño sufrido, también devuelve el reconocimiento la suma de cincuenta bolivianos 50,00 bs. Por el valor del certificado médico". A pesar de existir reconocimiento de violencia hacia la mujer, no existe sanción por los días de impedimento.

Otro caso que lleva a la reflexión es el de Justina, quien quedó a vivir en la comunidad de Jesús de Machaca juntamente con sus hijos y el marido constantemente se encuentra entre la ciudad de El Alto, en el Distrito 8 y el campo.

Desde hace mucho tiempo ella sufre violencia, el caso fue atendido en Servicios Legales del pueblo de Jesús de Machaqa, hace tres años. Tuvo que dar este paso, porque ya no fue posible, ni con los familiares y las autoridades originarias la solución a este caso de violencia. Existe un documento de compromiso por parte del esposo, en ese entonces Justina había sido golpeada brutalmente en estado de embarazo, por el cual el niño actualmente de tres años, presenta secuelas en su salud. En aquella oportunidad la sanción a este caso de violencia, después del documento forense, con más de 10 días de impedimento, solo fue el compromiso de atención médica en caso de volver a incurrir en el acto. Existe la sanción de 500 bs. Bajo este compromiso Justina pensó que cambiaría su relación, fue contrariamente peor, porque cada vez en estado de ebriedad recuerda “cómo es posible que una mujer, pueda convertirse en enemiga haciéndole llevar a las oficinas de la Defensoría, por el cual durante estos tiempos ha aumentado la violencia, ella muestra como la falta de sus dientes es por la agresión brutal en la boca y las constantes patadas en sus pies”²²³.

2.1.5 Tipos de sanciones

Las sanciones que se dan pueden ser de diferente índole: De tipo moral, material o económica. Las sanciones morales consisten en chicotear (dar golpes con un chicote) al culpable y, a la vez, una multa simbólica que puede ser la donación de algunas botellas de alcohol para las autoridades que son utilizadas para brindar con las partes del conflicto cuando el problema se resuelva. Las sanciones económicas varían según la gravedad y las sanciones materiales consisten en entregar determinada cantidad de ganado o hacer adobes (ladrillos de barro y paja) en beneficio de la comunidad o del afectado²²⁴.

María Eugenia Choque realiza un detalle de las diversas sanciones, que se aplican de acuerdo al grado de culpabilidad:²²⁵

- Castigo con trabajo en la comunidad.
- Castigo se aplica en la asamblea comunal, cuando es considerado grave

²²³ Ibid.

²²⁴ Waldo Jordán y otros, Ob. Cit.

²²⁵ María Eugenia Choque: Ob. Cit.

- Se establecen multas económicas, que van a resarcir el daño a la otra persona.
- En caso de que la sanción es por bienes colectivos, se establece una multa la cual debe ir también para el bien colectivo.
- Las multas van para el afectado.
- Las multas van para la comunidad.
- Se imponen obligaciones en trabajo para la comunidad.
- Se imponen obligaciones de resarcir con especies y animales para el bien de la comunidad (por ejemplo dos vacas, una para una comunidad y la otra para otra comunidad), cuando existen comunidades afectadas.

De acuerdo al Estatuto Autonómico de Jesús de Machaca, que aún está en el procedimiento de control de constitucionalidad ante el TCP, se tienen las siguientes sanciones:

“Artículo 21. Chicotazos. Documento Borrador del Estatuto Autonómico Indígena.

Cuando la falta es grave y hay suficiente evidencia, se puede aplicar al culpable algunos chicotazos de manera pública y formal para que reflexione y se corrija. Este es también el sentido del chicote (suriyawu) que es parte fundamental de la indumentaria del mallku awki. Se trata de una sanción simbólica y moral, que no debe rebajarse ni confundirse con un acto de tortura. Hay que hacerlo con moderación y con el consentimiento de los familiares, si están presentes, y va acompañado de recomendaciones al culpable.

Los azotes son parte de la sanción en el momento de juzgar al culpable, también el chicote es sinónimo de autoridad.

Artículo 22. Expulsión. Documento Borrador del Estatuto Autonómico Indígena.

La sanción máxima, que solo puede aplicarse en situaciones extremadamente graves y debidamente reglamentadas en las que ya se considera que no hay posibilidad de recuperar al culpable, es la expulsión de la comunidad (alishnukuña). Si es preciso, el caso puede pasar a la justicia ordinaria. Si el culpable es solo un miembro de la familia, hay que buscar otra forma de sanción que no dañe a los inocentes.”

2.1.6 Procedimiento de resolución de conflictos

Jesús de Machaqa se constituye en una de las primeras experiencias del proceso de autonomías indígenas, por lo mismo el estatuto autonómico indígena se encuentra en pleno proceso de debate. Sin embargo, su práctica de administración de justicia responde a una práctica de larga data, su propuesta de estatuto autonómico responde a esta práctica milenaria.

“Artículo 17. Procedimientos del Documento Borrador del Estatuto Autonómico Indígena

I. La primera instancia es privada, dentro de la familia o familias, con el apoyo de padrinos.

II. La segunda instancia es comunal y de ayllu, a través de su Jalja Mallku y su MallkuTayka. Primero los afectados presentan su denuncia estas autoridades y ellos citan a los interesados y a testigos.

Se escucha e interpela a las dos partes. Se toma la decisión, se hacen recomendaciones al culpable y se ejecuta la sanción.

III. La tercera instancia es la asamblea comunal o de ayllu, en la que, conocido el caso, la asamblea decide.

IV. Si la autoridad local y su asamblea piensan que no puede resolver el caso, lo pasan al Tribunal de Justicia Indígena Originario de la MAIOJMA, para que ellos resuelvan el caso.

Escuchado el caso y si este lo merece, el Tribunal de Justicia Indígena Originaria de la Marka, podrá solicitar al Magno Cabildo de la MAIOJMA reunirse y tomar la decisión de manera conjunta. Esta es la máxima instancia dentro de esta jurisdicción autónoma.”

Conforme al Libro de Actas de la comunidad, la primera de las instancias es la más común. Las partes acuden a la casa del mallku o secretario general y exponen su conflicto. Existen algunos símbolos que acompañan estas entrevistas: la *mesa-tari* y los *chicotes*²²⁶ en la pared. Los procedimientos del Derecho Indígena son muy

²²⁶ En la pared, a espaldas del mallku, se cuelgan por lo menos dos nervio de todo, uno más fuerte que el otro, para su uso según la gravedad de la culpa de los litigantes. Son los símbolos de la ley y justicia de la comunidad. En algunas comunidades, en vez del nervio del toro, están los chicotes (un palo con lazo muy rústico), que se usan cuando se está chacreando la tierra con la yunta y sirven para guiar a los bueyes. Se conocen los siguientes tipos de chicotes: El china-chicote, de un tubo de fierro con adornos y lazo trenzado, que se usa cuando se realiza viajes por lugares despoblados; el jilqat-chicote, generalmente de plata o por lo menos artísticamente fabricado es el símbolo de

formales, se registran en el Libro de Actas, donde se consignan los casos y sus sanciones.

Los procedimientos tienen una duración de días en la mayor parte de casos, costos económicos muy reducidos, solamente en los casos de multas, dado que la mediación de las autoridades tradicionales no implica ningún cobro, y un alto porcentaje de acatamiento de las resoluciones.

2.1.7 *Coordinación y cooperación con la justicia ordinaria*

De acuerdo al trabajo de campo efectuado por Ma. Eugenia Choque, la transgresión relacionada con la corrupción en el Municipio de San Andrés de Machaqa pasó a la justicia ordinaria, por la mala gestión y el perjuicio en las obras municipales. La resolución del Gobierno Municipal hizo que el ex - alcalde fuese enjuiciado.

Otros casos que fueron derivados a la justicia ordinaria son el asesinato de una madre por parte de su hijo, y el caso de la violación a una menor.

Los casos remitidos a justicia ordinaria son los casos graves, asesinatos, violación a menores, corrupción, en estos casos citados únicamente existe seguimiento por parte de las autoridades originarias al problema de corrupción, por involucrar a todo el Municipio.

En Jesús de Machaqa existen los Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) que depende del Municipio de Jesús de Machaqa. Se presentó el problema de violencia hacia la mujer que es constantemente golpeada por su pareja que viven en la ciudad de El Alto, desde hace tres años recibe continuas peleas. El caso se lo presentó en SLIM hace tres años, sin embargo los conflictos conyugales han seguido. Los problemas surgidos son por los sentimientos de celos por parte de su pareja. El caso pasó a la Fiscalía de la ciudad de El Alto.

El caso sobre asistencia familiar es otro caso de atención por parte de los Servicios Legales Integrales Municipales.

autoridad que el jilakata carga en su espalda por todo el año y lo usa para chicotear a los litigantes o infractores que atentan contra las buenas costumbres de la comunidad; el siriyawu, es un lazo trenzado de una brazada y cuarta, bastante grueso que la autoridad comunal se coloca en forma de una rosca cruzada en todo el cuerpo, por encima de su poncho en días de fiesta, actos religiosos, cívicos o reuniones especiales; el kimsa charran o kinsay charaña, es un pequeño chicote de lazo trenzado de tres pintas, casi todos los padres de familia en las comunidades lo tienen para disciplinar a sus hijos.

2.2 Derecho Indígena en la Comunidad Originaria Sullcuta Colchani

2.2.1 Ubicación geográfica.

Toda la referencia y estudio de esta Comunidad que a continuación se presenta, está basada en el estudio de campo efectuado por René Guery Chuquimia Escobar²²⁷.

Sullcuta Colchani se ubica en el municipio de Patacamaya, quinta sección municipal de la provincia Aroma del departamento de La Paz, a una distancia de 105 km de la ciudad de La Paz. Sullcuta Colchani es parte de uno de tres antiguos ayllus: Jilauta (casa del hermano mayor), Taypiuta (casa del hermano del medio) y Sullcuta (casa del hermano menor), que conformaban en el pasado esta región. La principal actividad económica es la agricultura, siendo el cultivo de la papa el más importante, seguido de la cebada, quinua, además de tubérculos y hortalizas.

2.2.2 Estructura organizativa

La Comunidad Originaria Sullcuta Colchani se compone de tres cantones, que a su vez son subcentrales sindicales: Colchani, Chacoma y Chiarumani. Cada cantón está compuesto por comunidades haciendo un total de 16 (Chairumani, Machac Huyo, Tiracoma, Villa Quishuara, Muruchapi, Wañajahuira, Colchani, Hiscacollo, Japuma, Cahuanuta, Pusuta Jatuquira, Chacoma, Alto Chacoma) y pertenece a la Central Agraria de Patacamaya que cobija a once cantones, del cual citamos al cantón Patacamaya conformado por las comunidades Jocko Pampa (abajo) y Patacamaya (arriba), del cual también se recopiló información.

2.2.3 Autoridades

La organización política de Sullcuta Colchani, combina lo originario con lo sindical. El jilaqata comunal y el justicia comunal representan a las autoridades originarias,

²²⁷ René Guery Chuquimia Escobar: "Justicia originaria en tierras altas", en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg, 2012

mientras que los subcentrales, secretarios generales, de relación y otros, son sindicales, en su caso políticas como el corregidor y autoridades vecinales. Las autoridades originarias evocan la memoria larga (lo prehispánico) mientras que la sindical proviene de la memoria corta (desde 1952) cuya organización pertenece a la Federación Departamental Sindical Única de Trabajadores Campesinos de la provincia Aroma - Tupaj Katari, que a su vez pertenece a la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB).

El jilaqata y el justicia comunal son las únicas autoridades que rotan entre los cantones de Sullcuta Colchani y son elegidos cada seis meses, en enero (año nuevo) y en junio (San Juan). Son los únicos cargos ejercidos en pareja chacha-warmi (marido y mujer) y portan símbolos de autoridad.

En el cantón de Patacamaya son cuatro sus autoridades principales: el corregidor, secretario general, jilaqata principal y justicia, las dos últimas se eligen cada seis meses, también tiene su caman de riego. No todas las comunidades eligen a las autoridades por el sistema de rotación “caiga quien caiga” según la lista de la comunidad, por ejemplo en la comunidad Jisk’a Qullu “antes se elegía por rotación, ahora democráticamente en una asamblea con una terna, el con mayor voto gana, secretario general, luego relación y acta”.

Las autoridades originarias realizan la *muyt’a* (recorrido) por todas las comunidades luego de ser posesionadas en Sica Sica. En cada comunidad, ambas autoridades se presentan brindando un cariño a los comunarios con fardos de refresco, pasankalla, coca, vino y alcohol (*ñuñu o t’inka*), para ch’allar y agradecer por su visita, señalando *jallalla tata, jallalla mama* frecuentemente y pidiendo disculpas, como se observó durante la investigación. Ambas autoridades cumplen la función principal de administrar justicia en los tres cantones, siempre caminan juntos y en pareja, llevan su propio Libro de Actas. Sin embargo, aunque su legitimidad está dado por la costumbre, la misma depende a veces de la coyuntura e intereses de cada cantón.

La participación de las mujeres en el ejercicio del cargo, así como en reuniones es muy poca.

Las mujeres pertenecen a la Federación Departamental Sindical de Mujeres Campesinas Bartolina Sisa de La Paz. Su presencia como organización es solo en los niveles, cantonal y comunal conformando directivas similares a la de los hombres, por eso entre las mujeres también están presentes los cargos de subcentral, secretaria general y otros en una suerte de paralelismo a la Tupaj Katari que sería de los hombres.

2.2.4 Tipos de conflictos

René Guery Chuquimia Escobar clasifica los tipos de conflictos:

- Problema agrario
- Social
- Bienes
- Agua
- Político
- Sobrenatural

Los **conflictos agrarios** son los más frecuentes, estando entre sus causas: la disminución de los espacios de cultivo porque “la familia se multiplica pero la tierra no crece”; la desigualdad en su distribución; el retorno de los residentes; la productividad de la zona; la presencia del recurso agua ya que es una región cuya productividad es buena. Se puede inferir que en zonas de buena productividad pero con reducción de espacios para redistribuir la tierra, la generación de conflictos agrarios es mayor, conflictos que son causales de problemas sociales al interior de la familia, interfamiliar, entre comunarios y entre comunidades. Uno de los conflictos es ocasionado por la falta de acceso a pasos peatonales entre los sembradíos para el tránsito de los comunarios y el ganado, y cuando los terrenos se encuentran en caminos de herradura, 301 este conflicto se debe a la reducción de espacios para dicho tránsito. Se registraron algunos casos que fueron resueltos cediendo un espacio para el tránsito peatonal o pagando ese tránsito. Los conflictos de terrenos pueden ser también ocasionados por el retorno de residentes, en vista de que “no siempre conocen sus predios”.

La invasión de los animales a los sembradíos desencadena en conflictos al causar daños a los cultivos, aunque se da en menor frecuencia. Es originado generalmente por descuido de los dueños del ganado. Se solucionan tasando el daño causado por el animal si fue oveja, chanco u otro animal quien invadió la chacra.

Las transgresiones del **ámbito social** se encuentran en segundo lugar, se distingue entre problemas leves y graves:

“Tú sabes un hombre no es santo pues, puede ocupar otras mujeres, ese es el grave, otra cosa es el robo, y las lastimaduras con pateadura. Nosotros arreglamos eso con trabajos duros como adobes, económicamente casi no lo

sancionamos, nos reímos. Leve siempre hay alguna riña, discusiones, a veces una patadita de atrás, eso no es mucho” (Comunario Sasari).

Las riñas y peleas son causadas por la falta de entendimiento “por brusco, por no entenderse, por ebriedad o una renegada”, las festividades son el espacio privilegiado por el consumo de bebidas alcohólicas siendo estas recurrentes al haber diversas festividades a lo largo del año, por eso, la vida social está amenazada constantemente por las consecuencias que desencadena el consumo de bebidas alcohólicas que se convierte como un vehículo para sacar a luz otras dimensiones de la conducta e identidad. También las peleas se originan al interior del seno familiar desencadenando en agresiones físicas.

Las peleas también pueden ser ocasionadas por pugnas de poder como en el cantón Chacoma donde existen grupos de poder que obstaculizan el entendimiento.

El abandono de hogar es tratado más por la justicia ordinaria. En comunidades donde irradia la tranquilidad, los casos de abandono u otro de índole social se generan por la llegada de nuevos miembros a la comunidad que traen otras costumbres como en la comunidad Sasari.

La violencia familiar, sobre todo a la mujer es recurrente, lo corroboró la Defensoría de Patacamaya. En dicha institución se manifestó que algunos casos no son denunciados por temor a más violencia o por querer ocultar. La violencia familiar puede alcanzar a las personas mayores, como la denuncia presentada a la autoridad originaria en la que el hijo no cuida la salud del padre viudo, siendo este mayor de edad.

Difamación, injurias, calumnias, mayormente han sido tratados por el corregidor hoy están siendo materia de las autoridades sindicales y originarias. Son consecuencia de los conflictos de terrenos y de la vida social.

Casos de violación suele escucharse, pero no son comunes. En años pasados era tratado en la comunidad dependiendo de la voluntad del transgresor y la agredida, además siendo penado de forma drástica, hoy prácticamente es destinada a la justicia ordinaria.

No en todos los cantones son comunes los problemas sociales, la razón puede ser por la presencia de iglesias evangélicas como la adventista, muy notoria en el cantón Chiarumani, distinguiéndose rápidamente por las costumbres como el rezar al inicio y finalización de las reuniones. La comunidad Sasari, por su carácter de ex hacienda tendría su particularidad. Según los comunarios “la discriminación, difamación, no hay en la comunidad”, en el pasado había los patrones, la vida era tranquila, había respeto, sin embargo “tampoco es una taza de leche” como ellos

mismos dicen, pues la llegada de nuevos comunarios o comunarias puede ocasionar conflictos sociales por que vienen con otras costumbres. A raíz de ello podemos decir que la movilidad social complejiza la vida en comunidad generando conflictos por el tránsito de valores y antivalores que llevan consigo las personas que llegan a determinada comunidad.

Las transgresiones en cuanto al **ámbito administrativo** suceden por el incumplimiento del cargo de autoridad, el faltamiento a la autoridad por los comunarios y la inasistencia a las reuniones. En el primer caso es considerado un delito grave porque el ejercicio del cargo de autoridad es obligatorio y está vinculado a la tenencia de la tierra. Un caso de incumplimiento corresponde a la comunidad de Cochinitos donde el secretario general *“se sacó chalina y su parca... a la maleta y dijo que ya mi renuncia al cargo, pero nosotros los comunarios rogamos que realice su cargo pero él se pidió ¼ intermedio... el dijo no” (sic)* (Libro de Actas Central Agraria de Patacamaya), fue reemplazado por la siguiente autoridad según la jerarquía sindical. Estos casos ameritan sanciones que pueden afectar la tenencia de la tierra del infractor. El faltamiento a la autoridad es una transgresión que ocurre en los últimos años debido al cambio de mentalidad en la comunidad tanto en comunarios como en autoridades. Si antes la autoridad era respetada y valorada, hoy sucede que los comunarios *“faltan a la autoridad por la crisis de valores, la autoridad tampoco se hace respetar”*, manifiesta un comunario.

2.2.5 Sanciones

En la actualidad, las sanciones varían según la falta cometida y su gravedad, pueden ir desde el pago de multas económicas casi en todos los casos, trabajos comunitarios como el hacer adobes u otro especialmente en problemas de orden social, alrededor de tres chicotazos, ello cambio ya que en el pasado se daban en la medida de arrobas (25 chicotazos), reversión de tierras ante el incumplimiento del cargo de autoridad, resarcimiento de los daños en casos de robo o de traspaso de animales al sembradío, pago en especies cuando hay traspaso de animales a las chacras y expulsión de la comunidad en casos extremos

Casos de reincidencia contempla como sanción la multa económica que serla destinada para el bien de la comunidad.

La sanción social, a diferencia de las sanciones señaladas podría tener un impacto mucho mayor por sus connotaciones sociales y de pérdida de honor o de prestigio en la comunidad de parte del transgresor.

Las sanciones en la actualidad no son las mismas que en el pasado. En una entrevista colectiva en la comunidad Sasari, se decía que en el tiempo aymara las sanciones eran duras:

“Cómo era el tiempo aymara, era diferente, uno que fallaba todas las leyes, las normas, lo liquidaban, los quemaban en el torre, ahora ya no es así”. También “antes era drástico, quien traicionaba al pueblo era excluirlo, la tierra pasaba a la comunidad.” (Entrevista colectiva, Sasari).

2.2.6 Los procedimientos

Los procedimientos para la resolución de conflictos son diferentes para cada caso y nivel de decisión. En el nivel de la Central Agraria de Patacamaya “los problemas que me vienen son con nota de denuncia”. Por lo general, los procedimientos de resolución pueden inspirarse en los estatutos y reglamentos, así como en los usos y costumbres.

“A veces hay reunioncitas en cada comunidad en base a eso los castigos se hacen, yo no soy quien para decidir esta es la multa, ellos ya tienen establecidos desde aquellos tiempos para dar el castigo como dice la Ley de deslinde jurisdiccional no puede ir más allá, aquí nomás las cosas internamente”... Cada cual tiene (también) su reglamento interno, en ahí ya está delimitado qué castigo va tener la persona (Central Agraria).

En general, depende del tipo de transgresión, pues para cada tipo existe un procedimiento. Por ejemplo, en los procedimientos de resolución de las transgresiones del ámbito social y familiar prevalece el valor de las relaciones humanas y el diálogo. Se tejen redes de parentesco espiritual como una primera instancia de resolución acudiendo a los padrinos de matrimonio, de no ser resuelto se acude a las autoridades sindicales y originarias. Para una buena resolución de cualquier problema, es necesario que el poder del diálogo sea lo suficientemente fuerte y amplio entre ambas partes para enterrar los recuerdos que pueda sentar el conflicto, posibilitar el perdón y la disculpa con el corazón.

En casos de abigeato y robo de bienes, la investigación es uno de los procedimientos necesarios para determinar la culpabilidad, el agarrar al ladrón, conducirlo a las autoridades, así como sancionarlo casi inmediatamente son pasos que aceleran su resolución.

2.3 Derecho Indígena en el Municipio de Umala y Maca Pueblo

Tomamos en cuenta la investigación de campo efectuada por René Guery Chuquimia Escobar²²⁸.

2.3.1 Ubicación geográfica.

Maca Pueblo de Umala se encuentra ubicada en el municipio de Umala, es la capital de la segunda sección de la provincia Aroma del departamento de La Paz.

La etimología del nombre de Umala deriva de las palabras “Uma jalsu” o “Uma jalaqa” (vertiente), de ahí que originalmente su nombre fue Umahala. Según los comunarios, el origen del pueblo de Umala está relacionado con el mito de pueblo encantado, la morada del Inca en Chaka jaki, según cuentan testimonios: “En Chaka jaki vivió un Inca que posteriormente se encantó”; y la presencia de San Pedro, San Francisco apóstoles del cristianismo contribuyó con este *mito*.

La principal actividad económica de Maka Pueblo es la agricultura siendo la papa el principal cultivo, seguido de quinua y otros productos, como actividad complementaria está la ganadería. En algunos cantones resalta la crianza de vacas para la producción de leche, actividad que en términos económicos es importante, son incluso socios de grandes empresas. Semanalmente los comunarios acuden a la feria de Patacamaya los días domingo para vender sus productos y comprar artículos de primera necesidad.

2.3.2 Estructura organizativa de Maka Pueblo de Umala

La comunidad Maka Pueblo pertenece a la Central Agraria de Umala. Se organiza según el modelo sindical, compuesto por una directiva de autoridades, siendo los más importantes los tres primeros. A raíz de la migración muchos radican en las ciudades de La Paz y Santa Cruz.

- Secretario General o Jilaqata
- Secretario de Relación

²²⁸ Ob. Cit.

- Secretario de Acta
- Secretario de Hacienda
- Secretario de Justicia
- Secretario de Educación
- Secretario de Agricultura y Ganadería
- Secretario de Agricultura
- Secretario de Vialidad
- Secretario de Deportes
- Secretario Vocal
- Secretario Vocal
- Junta Escolar

El secretario general es también conocido como jilaqata, siendo un cargo que fusiona el modelo sindical y el originario. Los cargos de autoridad son rotativos de acuerdo con la lista de la comunidad y son obligatorios. El cargo es chacha-warmi (marido y mujer) aunque hay una supremacía masculina. Sin embargo, cuando la mujer es viuda o soltera puede ejercer el cargo de autoridad como ocurrió en el año 2011, siendo jilaqata una mujer. Las mujeres pertenecen también a la organización de las Bartolinas quienes se organizan paralelamente a la Tupaj Katari.

2.3.3 Las transgresiones

Entre los ámbitos más comunes están en primer lugar los problemas de terrenos que puede involucrar desde el traspaso de animales a los sembradíos (caso que no es muy frecuente), la usurpación de terrenos por los comunarios, hasta conflictos por el retorno de residentes. En segundo lugar están los problemas de orden social como las riñas, peleas, injurias, calumnias. Finalmente, están los conflictos de límites entre comunidades.

La introducción del tractor en la roturación y siembra se convirtió también en generador de conflictos de colindancia entre parcelas de los comunarios, puesto que “cuando se trabaja con yunta va recto y se respeta las colindancias”, en cambio el tractor “se entra unos centímetros, hasta metros a otra parcela”.

Casos de incumplimiento e impuntualidad en la asistencia a las reuniones también ocurren, dichas faltas son controladas estrictamente por las autoridades, hoy su resolución depende del poder que tenga la autoridad, puede primar también la negociación.

2.3.4 Los procedimientos

El proceder de las autoridades es variado según la transgresión. En casos de peleas entre comunarios se apuesta normalmente a la conciliación como ocurre en la comunidad de Cañaviri.

“Se citan entre partes interesadas, arreglan nomás con las autoridades, ellos verán su sanción, mas es multa económica, antes se cargaban para chicotear y su multa era una oveja.”

Cuando el secretario general o jilaqata no puede resolver los conflictos, se acude a su inmediato superior, el subcentral agrario, y en último caso al central agraria, esto se debe a que en casos de problemas de terrenos “algunos son caprichosos, ahí nomás voy a mantener, sobre el capricho tenía que intervenir el corregidor. Ahora también el subcentral o el central agraria”.

El ritual es uno de los momentos de mucha importancia para cerrar los acuerdos y resolver el problema. Un comunario de Toloma retrata con detalles las connotaciones de la presencia de los elementos simbólicos como la coca, la pasankalla, el refresco, como elementos para construir y cerrar acuerdos

Antes se arreglaba internamente con testigos y todo, “pero esa generación de los abuelos ya no existe pues, uno que otro, pero saliendo al campo ya no pueden ubicarse, no se acuerdan o ya no hay”. Sin embargo, la presencia de testigos sigue siendo importante en las otras comunidades.

Se van introduciendo nuevas formas de resolución de conflictos de tierras cuando uno entra a sembrar el terreno de otro como, por ejemplo, la devolución de lo invertido, así también la división en surcos para la cosecha

Un caso que aún no fue resuelto es de una agresión física que sufrió un padre de familia, el corregidor se habría parcializado:

“A mi papá una vez me lo han golpeado, era una reunión en junio, estaban luego entre copas, luego mi tía ha venido, a mi mamá, hermano del papá lo han pegado, mi papá todo ensangrentado, agarrado palo ha ido mi mamá, se ha corrido, mi mamá, todavía siendo familia a mi esposo me lo van a

pegar. Hemos demandado al corregidor (juez, justicia). Al día siguiente he ido donde el corregidor con mi mamá, su conocida había ido a dar una pierna de llama al corregidor, con eso ha sacado la cara, ya no ha pasado nada, hasta ahora se ha quedado, ni disculpa, mis hermanos estaban de bronca, están amenazando, se ocultan” (Jilaqata de Umala).

2.3.5. Las sanciones

Las sanciones han cambiado sustancialmente en las últimas décadas. De un tiempo en que la severidad era la norma, hoy van siendo reemplazadas por las multas económicas principalmente y los trabajos para el bien común. Las primeras son destinadas para acciones de beneficio comunal, puede ser la compra de algún bien o el arreglo de la escuela y otro. El chicote prácticamente no se emplea para sancionar, sino es en casos excepcionales dependiendo de la autoridad, sin embargo su presencia sigue significando el respeto a la autoridad.

Un caso reciente donde se sancionó a la infractora fue causado por insultos y calumnias que fue resuelto en la asamblea de la comunidad:

“En la secretaría de la comunidad Maca Pueblo de Umala, de la provincia Aroma del Departamento de La Paz, siendo a horas 10:00 pm, del mes de julio 1 de 2004 (...) se reunieron la parte demandante y demandada, ambas mujeres y más de casa para solucionar problemas por la falta de respeto y degradándole en palabras vulgares, diciéndole puta y demás palabras y otros.

Manifiesta que no volverá a ocurrir en este acto de desagradándoles en diferentes actividades. Ambos prometen no volver a reñirse en lugares privados ni en público no mucho más en estado de ebriedad” (Libro de Actas de Maca Pueblo de Umala).

En este caso se aprobó una sanción de 500 bolivianos, monto en beneficio de la comunidad para la realización de obras.

2.4 Las actas de las comunidades

Las actas se convierten en un medio importante para la resolución de conflictos, tanto en Sullcuta Colchani como en Umala. La introducción de las actas se habría

dado por medio de los corregidores territoriales, que luego será apropiada por las autoridades originarias y sindicales, haciendo de la resolución de conflictos un proceso oral y escrito, con lo que se puede afirmar que la justicia indígena no es exclusivamente oral como normalmente se escucha decir.

El lenguaje que empleara el corregidor en la redacción de las actas será similar al que emplea la Policía, de ahí que se puede decir que las actas actuales tienen un lenguaje similar a la que emplea la Policía en su parte resolutive. Sin embargo, no todas las actas tendrán dicho lenguaje ni incluirán la multa económica en caso de reincidencia, algunas tendrán su forma de redacción propia.

Las actas recopiladas son de diferente tipo y tenor: actas de denuncia, actas de demanda, actas de constancia, actas de arreglo, actas de conformidad, actas de conformidad de límites, actas de conformidad de linderos y mojones, actas de repartición de terrenos, actas de reconocimiento, actas de conciliación, actas de buena conducta, actas de aceptación, actas de compromiso, actas sobre solución de terreno, actas de solución, actas de convenio, actas de garantía, entre las más usuales.

Los casos más comunes registrados en las actas son del ámbito agrario como los conflictos de linderos entre las comunidades, entre comunarios, traspaso de animales a los sembradíos, herencia familiar, derechos de posesión, conflictos por el riego, conflictos por el paso peatonal, robos de productos en los sembradíos, distribución de terrenos, usurpación de terrenos y otros; también transgresiones de orden social y político como el incumplimiento del cargo de autoridad, el abandono de los hijos a los padres mayores, agresiones físicas y otros.

Hay que señalar que no todos los casos de resolución de conflictos están registrados en el acta como. Por ejemplo, casos leves de orden social que ameritan el diálogo entre las partes que corresponde al espacio de las normas sociales que se arreglan familiarmente o por intermedio de los padrinos de matrimonio u otros, o casos graves como violación, agresiones físicas severas, adulterio, asesinato, robo de bienes familiares (a excepción de productos agrícolas).

Una de las principales funciones que tiene la suscripción de actas en la actualidad es de constituirse en un antecedente al que los comunarios y comunarias podrán recurrir en caso de incumplimiento de la misma, incluso puede ser legalizado por la autoridad comunal respectiva e incluso por el juez agrario cuando se trata de homologación del mismo, o simplemente se puede obtener una copia o fotocopia, pero no siempre es garantía de su cumplimiento.

2.5 La coordinación y cooperación entre sistemas. Causas por las que se acude a la justicia ordinaria

Tanto autoridades y comunarios acuden a las instancias de la justicia ordinaria como la Policía, defensoría de la niñez, adolescencia y adulto mayor, y los juzgados (agrario, penal, de sentencia, FELCC) para demandar la solución de diferentes problemas: de orden social principalmente como peleas, abandono de hogar, violencia familiar, violación, entre otros, y sobre asuntos agrarios, siendo el principal conflictos de posesión de terrenos de propiedad individual y mínimamente por problemas de riego.

Distintas serán las razones por el que acuden a dichas instancias. Una de ellas es la jurisdiccional, por eso casos que casi ya no se resuelve en la comunidad, como la violación o los asesinatos, son de potestad de la justicia ordinaria, a decir de una autoridad:

“Cuando no es de nosotros pasamos a la policía, a Sica Sica, no nos compete a nosotros, le dejamos ahí el juez tiene que resolver, ya no nos metemos” (Corregidor de Patacamaya).

Por otro lado, habría una tendencia a que los problemas que conllevan agresiones físicas severas sean elevados a la justicia ordinaria, acudiendo incluso al hospital de Patacamaya para obtener el certificado médico, mientras que las agresiones leves son resueltas en la comunidad:

(Agresiones físicas) *“Mayormente hemos ido a la justicia ordinaria, solo los pequeños arreglamos. Depende de la persona, uno se ha golpeado se pregunta, si tiene voluntad arreglamos conmigo pero si no tiene voluntad, se resiste quiere ir a la justicia ordinaria, han ido, se han sacado su certificado médico, un poco egoísmo quieren gastar dinero”* (Comunario de Sullcuta Colchani).

Otra importante razón es aquella en que todos los testimonios coinciden en señalar que se acude a la justicia ordinaria “por la falta de voluntad de entenderse en la comunidad”, “aquellos que no entienden van a la Policía” o a algún juez, se desmarcan de la lógica comunaria y prefieren gastar plata.

“Cuando no entiende la persona, la persona que está en problemas va a la Policía, nosotros como autoridad casi no vamos. Yo puedo dar un informe, tanto caso, tiene problema. Algunos directamente van, en ese caso ya no valoro a esa persona, el que sale directamente a un juzgado, a una policía, ya no puedo meterme, él tiene que arreglarse como sea, si me pide puedo enviar un informe” (Comunario de Sullcuta Colchani).

La reincidencia también puede ser motivo para acudir a la justicia ordinaria en casos de peleas para que firmen un acta de garantía en la Policía, para no seguir discutiendo y pagar una multa. Algunos comunarios lo consideran como un castigo.

2.6 Justicia indígena en tierras bajas: comunidades guaraníes de Charagua

Santiago Puerta y Marcelo Alberto Quelca han efectuado el estudio en comunidades de Tierras Bajas, siendo publicado en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg (2012). Nos basamos en dicho documento en todo lo que a continuación referimos sobre las comunidades guaraníes de Charagua.

2.6.1 Charagua.

La población guaraní en el territorio boliviano está distribuida mayoritariamente al sudoeste de Bolivia, en la macrorregión del Chaco Boliviano que se caracteriza por una vegetación xerofítica y un clima cálido seco. Está distribuida en 16 municipios y abarca tres departamentos: Tarija, Chuquisaca y Santa Cruz,

El municipio de Charagua, alberga a tres Territorios Comunitarios de Origen (TCO) –Charagua Norte, Parapitiguasu e Isoso– y dos centros urbanos –Charagua Centro y Estación–. Así mismo, las familias guaraníes están organizadas en comunidades –Tëta–, y un conjunto de ellas forman una organización intercomunal denominada Capitanía. La Capitanía Charagua Norte tiene 30 comunidades en las cuales habitan 1110 familias, Parapitiguasu tiene 17 comunidades 6 se encuentran en municipio de Boyuibe y 11 comunidades están municipio de Charagua con 900 familias y las Capitanías de Alto y Bajo Isoso con 30 comunidades y 1 479 familias entre ambas.

La etnia guaraní, mayoritaria en Charagua, y cuyo origen se remonta a las migraciones de guaraníes que habitaban lo que hoy es Paraguay debido a la búsqueda incesante de la tierra “sin mal” –“ñandereko”– han ocupado las tierras del Chaco boliviano y establecido una mestización en grado diverso con otras etnias locales o llegadas a estas regiones en épocas anteriores, constituyen la mayoría de población indígena. Hablan el idioma guaraní chiriguano, con importante nivel de bilingüismo, principalmente en los hombres, quienes tienen

mayor contacto con otras zonas de la región. La cultura guaraní que es de transmisión oral es rica con manifestaciones diversas que ha ido fortaleciendo su identidad, definida como una cultura del maíz, a partir del cual gira todas su calendario festivo y ritual.

En la actualidad Charagua constituye uno de los municipios que lograron reunir todos los requisitos impuestos para optar a proclamarse como Autonomía indígena en el conjunto del territorio chaqueño. Debido que la investigación se encuentra desarrollándose en un municipio que está en pleno proceso de elaboración de su Estatuto Autonómico, lo cual ha implicado una intensa coordinación con instituciones de apoyo a este proceso (CIPCA y la Fundación Arakuaarenda) y miembros de la Asamblea Autónoma Indígena de Charagua.

Los guaraníes de Charagua están organizados en 65 comunidades y en 5 capitanías, aunque la cantidad de comunidades en los últimos 10 años se ha incrementado sobre todo en Charagua Norte, Isoso Bajo y el Alto Isoso. Es importante mencionar dos elementos: 1) Que las comunidades del Isoso estaban aglutinadas hace 10 años atrás en una sola Capitanía, denominada CABI y; 2) Que las capitanías Parapitiguasu y Gran Kaipependi Karovaicho tienen comunidades fuera del territorio municipal de Charagua, 7 y 15, respectivamente. Así también, se puede diferenciar entre los guaraní de Charagua la presencia de los ava y los isoseño; entre ambas existe una distinción particular basado en el modo de expresión idiomática y cruces con otros grupos étnicos precoloniales.

2.6.2 Actividades productivas en Charagua

La principal actividad productiva de Charagua es la agropecuaria (64% de la población económicamente activa), siendo los cultivos más producidos el maíz, algodón y el sorgo; este último es un componente esencial en el sistema de producción de las colonias menonitas (cuya población equivale al 16% del total de Charagua) utilizado especialmente para la alimentación de sus animales.

El ganado bovino se ha desarrollado bajo el sistema de manejo extensivo tradicional, es decir alimentado a campo abierto. Históricamente ha sido desarrollada familiarmente a través de la constitución de las haciendas y en los últimos años, promocionada bastante su producción comunitaria por los guaraníes. El ganado bovino criollo es muy resistente a las sequías y se alimenta de ramoneo lo que permite aprovechar el potencial forrajero del bosque chaqueño (ya que los pastos cultivados no resisten el nivel de sequía) y permite también diversificar la actividad ganadera con la cría de ovinos de pelo y caprinos.

2.6.3 Valores del pueblo guaraní

Para entender un poco más sobre la aplicación de justicia en el mundo guaraní, es importante conocer sus valores:

- Meteirãmiño: Unidad entre comunidades, entre hombres y mujeres hacia un bien común y equitativo.
- Iyambae, Iyaambae: Autónomo y soberano (sin dueño, libre e independiente).
- Kuimbae: Indestructible e incorruptible.
- Yeyora: Libertad.
- Mboroaiu: Amor al prójimo y a la naturaleza.
- Yomboete: Respeto entre las personas y a la naturaleza.
- Yopoepi: Reciprocidad.
- Mborerekua: Solidaridad.

2.6.4 Las transgresiones

El chisme (en idioma guaraní: *Ndaye*)

El chisme ha sido considerado comúnmente como un mecanismo de control social interno de las comunidades, fundamentalmente sobre la vida cotidiana de las parejas, por tanto, sobre la sexualidad y la familia.

Según la información recopilada los chismes se divulgan comúnmente, en espacios donde las mujeres se encuentran alrededor de la cocina de la anfitriona y empiezan a conversar en torno al consumo de la yerba mate (poreo). Por tanto, se trataría de una actividad relacionada al entorno de las mujeres y sus espacios de socialización.

Sin embargo, en algunos casos se cometen exageraciones, y los chismes ya pasan a ser falsas informaciones y caen en el ámbito de la difamación o la calumnia, como en Taputa, que relatan:

“... caso de una pareja casada, donde las personas mencionaban que su esposa convivía con otro hombre pero a veces las persona se inventan cosas que no es verdad como también lo hacen por envidia que siente por otra persona, pero actualmente ya no existe de esto casos porque siempre hemos estado aconsejando a las mujeres sabemos que causa problema...”
(Entrevista a Alejo Molina).

Cuando se produce esta transgresión la persona afectada realiza la denuncia ante la máxima autoridad e indica el nombre del culpable, entonces las autoridades convocan a las partes con el objetivo de esclarecer la situación. Una vez reunidos, se emite una resolución que es registrada en el libro de actas, *“donde se menciona el compromiso que hace la persona demandada para no realizar en el futuro estas acciones”*.

La forma más común de resolución involucra un compromiso del transgresor de no incurrir nuevamente en el chisme. En caso de que se produzca una reincidencia, entonces se puede castigar con *“castigo comunal o multa con pago en especies (animales)”*

Los robos

La frecuencia de esta transgresión se ha dado generalmente por la atracción a los productos disponibles como el maíz y ganado. Las formas de tratar los casos difieren, en el caso de ganado mayor directamente pasa a su definición en reunión comunal (...) Un caso de robo de maíz del troje (almacén) fue que:

“El dueño del troje visitó al Alcalde comunal para hacer la denuncia que, después del viaje que habían realizado a Santa Cruz, se habían sorprendido que su troje ya no estaba lleno. Hicieron sus averiguaciones y han encontrado al culpable ...) el alcalde convocó a su directiva, al consejero de la iglesia, algún ex dirigente, a la persona inculpada y el demandante. Ahí se ha definido con pruebas la culpabilidad de la persona demandada.”

Sin embargo, existen casos donde no se ha podido encontrar a los culpables, haciendo una reflexión colectiva diciendo que no debe haber este tipo de robos, pues *“quedamos mal todos”*.

Una vez establecida la responsabilidad se emite una resolución tendente al resarcimiento al aplicarse *“multa en dinero o especie y debe ser cancelado al tesorero de la comunidad”*. Una forma de pago es mediante la realización de trabajo gratuito a favor de la comunidad o de la persona afectada (FT-04-01-02).

En estos casos las resoluciones, incluyendo las sanciones establecidas, se registran y se suscriben en el libro de actas.

En este tipo de transgresiones se puede evidenciar la articulación con la justicia ordinaria, puesto que cuando el robo de ganado vacuno es cometido por una persona externa a la comunidad, es llevada en primera instancia al dirigente comunal, quien después envía la denuncia al corregidor. Lo mismo ocurre cuando este suceso se produce entre personas de diferentes comunidades, se recurre al corregidor.

Brujería

Esta es una transgresión que tiene que ver con el ámbito espiritual y las creencias específicas de las comunidades guaraníes, dentro de las cuales juegan un papel importante la existencia de brujos y la brujería "...son producto de las construcciones socio-culturales que tiene como fin último mantener el equilibrio del sistema social, entre lo permitido y las anomalías..."

Estos casos tienen lugar cuando se acusa a una persona, hombre o mujer de tener poderes sobrenaturales (*mbaekua*) "mágicos" que son utilizados en contra de otras personas, manifestándose mediante la aparición de enfermedades o incluso la muerte.

"Una vez también se presentó un delito muy grave en nuestra comunidad donde los comunarios acusaron a una mujer que se dice mató a una personar y esa mujer participó en la iglesia evangélica en ese tiempo, había un grupo de persona que realizaba actividad en la iglesia fue que las persona cuando oraban dicen que en su oración veía que la mujer que lo mató a la persona era bruja. Donde una noche un grupo de persona se puso de acuerdo a matar a la mujer bruja, es así que se presentó problema muy serio porque sabemos que quitar la vida de una persona es un delito muy grave. Ahora gracias a Dios ya no existe conflicto como años ante siempre hemos estados reflexionando a las persona en las reuniones de se realiza en la comunidad mencionándoles que no hagan daño a los vecino..." (Entrevista a Alejo Molina, Taputa).

La decisión respecto a si la comunidad debe o no juzgar a esta persona se toma a través de las consideraciones que puede realizar el *ipayeo*, persona que goza de poderes sobrenaturales pero los utiliza para hacer el bien, quien debe informar a la autoridad. Además, se puede corroborar esta decisión por intermedio de los sueños que tienen las personas en los que puede aparecerse la figura del *mbaekua*. Esto ratifica la dimensión sobrenatural de esta transgresión, que no solo

transcurre en un plano de realidad distinto sino que para su identificación también se debe recurrir al ámbito espiritual. Por todo esto, se trata de una transgresión difícil de comprobar, razón por la cual se soluciona de forma muy reservada.

Violación

Son transgresiones considerados graves por las comunidades. Muchas veces estos delitos son denunciados directamente a las autoridades policiales de Charagua. Donde ni la defensoría de la mujer, niñez y adolescencia interviene. Las autoridades comunales mencionan que esta transgresión, si bien la remiten a la justicia ordinaria, los denunciantes deben informar a las autoridades locales, cosa que no ha ocurrido en los casos mencionados. Resaltan que la importancia para que denuncien a las autoridades locales, es para que en reunión comunal se socialice el caso a todas y todos los comunarios, a manera de reflexión colectiva indicando que son acciones que no son de su cultura, de su *ñandereko* (nuestro modo de ser).

Pero también hay casos, en los que se denuncia directamente a la Policía, sin aviso a las autoridades comunales, quienes en reunión comunal mencionan que cometieron una falta, por no comentar a las autoridades locales, pues, “somos hermanos y por tanto, debemos hablar primero entre nosotros”.

Otras transgresiones

Además de las transgresiones señaladas se han identificado peleas entre parejas, entre comunarios, que son también acciones que ocurren con cierta frecuencia y cuyas formas de resolución del conflicto están relacionadas con la restauración de las parejas y restablecimiento de las relaciones interpersonales, respectivamente.

Si bien estos casos tienden a resolverse en la comunidad, se han dado casos donde peleas entre parejas fueron remitidas a la justicia ordinaria; pero sobre todo ocurre cuando el inculpado no muestra apertura y voluntad para resolver su problema, más por el contrario, se encuentra amenazando incluso a las autoridades. Por ese nivel de agresividad, se lo deriva entre los demandantes y la autoridad comunal a la Defensoría de la Mujer, Niñez y Adolescencia y esta lo deriva a la Policía. Por más que pida intermediación de la autoridad comunal, el inculpado tiene que aceptar sus responsabilidades en estos niveles.

2.6.5 Procedimientos de la justicia indígena

En los diferentes casos se han encontrado procedimientos similares sobre todo al inicio del proceso de resolución de conflictos. A diferencia de la justicia ordinaria, la justicia indígena tiene dos “niveles” o “espacios” donde se aplica justicia. Un primer nivel es el tratamiento del caso, entre autoridades comunales y los implicados. En este nivel la sanción es, sobre todo, moral, explicándole al demandado que sus acciones están afectando la imagen de la comunidad, de su familia y del mal ejemplo que les están dando a sus hijos y los demás jóvenes. Un dato interesante es lo que menciona la autoridad máxima de Akae, quien menciona que en la justicia indígena se juzga con amor (*mboroaiu*) y no con odio. El segundo nivel, es y con la participación de la asamblea.

2.6.6 Autoridades en la comunidad de Akae.

En la comunidad de Akae se tiene a 1) Presidente comunal, 2) Alcalde comunal, 3) Secretario comunal, 4) Tesorero comunal, 5) Vocal comunal; sin embargo, adicionalmente existen otras directivas (agua potable, salud, educación) autónomas y que coordinan con la Directiva Comunal.

2.6.7 Mujeres autoridades

En los estudios de caso analizados, solo se ha visto que la comunidad de Akae ha tomado la decisión desde hace dos años atrás, de nombrar como máxima autoridad a una mujer. Al parecer estas innovaciones en las comunidades se deben sobre todo al crecimiento de conflictos que pueden hacer tambalear la estabilidad de la comunidad. En Akae por ejemplo, han sido los conflictos entre guaraníes y chapacos, donde la discriminación y alusiones despectivas entre unos y otros cada vez acrecentaban más. Pero también mencionar, que las mujeres deben capacitarse para contar con el reconocimiento comunal, para que luego puedan acceder a estos nuevos roles. En las comunidades que aún no han tomado la decisión de incluir a las mujeres en sus directivas mencionan que “todavía no existe la mayor participación de las mujeres en las reuniones, solo tenemos a una mujer que ocupa cargos y después son puros varones que asume cargos, quizá después tendremos mayor participación de parte de las mujeres, eso se necesita ahora en la

comunidad, tiene que haber equidad de género es decir 50% mujeres y 50% varones”.

2.6.8 Acerca de los tipos de sanciones, multas y obligaciones

De acuerdo con los casos estudiados, podemos mencionar que en la mayoría de los casos el tipo de resolución es conciliatoria, donde el castigo es sobre todo moral. Solo en el caso del adulterio se paga un monto definido por la autoridad comunal y que generalmente es utilizado para la movilización de la misma, pero que no hace perder el sentido moral de la sanción.

La resolución del problema está dado en un ambiente reservado entre las autoridades comunales, los involucrados y las personas invitadas, evitando socializar el detalle del conflicto a otros miembros de la comunidad. La reserva del detalle de estos casos incluso se remite a los libros de acta, puesto que no cualquiera puede acceder a esta información. Lo sorprendente también es que la mayoría de los casos han sido resueltos en horarios nocturnos, llegando inclusive a horas de la madrugada.

2.6.9 Coordinación y cooperación con la justicia ordinaria

Se han identificado casos concretos en los cuales se produce la coordinación y cooperación entre la justicia indígena guaraní y la justicia ordinaria, a partir de la relación que se presenta entre la comunidad y las instancias de justicia ordinaria, y donde las comunidades a través de sus autoridades acuden a la justicia ordinaria. Esto sucede principalmente cuando se produce el robo de animales mayores, en caso de violación, y reconocimiento de hijos. En la mayoría de los casos esta articulación se da mediante de la figura del corregidor, que aunque ahora ya no sea parte de la estructura del estado, aún funge como un actor de coordinación y operador de la demanda del afectado que debe buscar restituir el daño mediante la denuncia a la Policía.

En este ámbito, la policía local en el área urbana de Charagua y la defensoría de la mujer, niñez y la adolescencia juega un papel importante en la recepción de la denuncia, además de ser las instancias últimas donde estas llegan, pues en la mayoría los casos no son transferidas a las instancias de justicia y de igual manera el seguimiento a estos casos por parte de la justicia indígena es casi nulo.

Las autoridades comunales que administran justicia también consideran de importancia ciertos casos enviar a la justicia ordinaria, pues por su nivel de conflictividad podrían generar daño y división en la comunidad, afectando también la vida de las autoridades que imparten justicia. En muchos de los casos donde se traslada la resolución del conflicto, las autoridades comunales prefieren esa ruta a fin de deslindarse de responsabilidades o prefieren no poner en riesgo la integridad y la unidad comunal, por considerarlos casos graves que se deben dar una sanción muy fuerte. Si hipotéticamente se asumiera el caso, se generarían conflictos o enfrentamientos entre las autoridades comunales, con sus familiares de los procesados y/o sancionados, que a la larga afectará a la estabilidad institucional de la comunidad.

Es necesario reiterar una vez más que todo lo referido sobre prácticas de Derecho Indígena en diversas comunidades que se ha presentado en forma precedente, se basa en la publicación: **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, con Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez como Editores, y el trabajo de campo de diversos autores, que han sido citados en cada caso.

3. EL DERECHO INDÍGENA COMO VERDADERO SISTEMA JURÍDICO

La concepción monista del Derecho identificaba al mismo -como se ha visto en el Capítulo I del presente trabajo- con la normatividad escrita emanada por el Estado, el cual -conforme a esta corriente- goza del monopolio del uso legítimo de la violencia. De este modo, dentro del territorio de un Estado únicamente cabría hablar de la existencia de un sistema jurídico: El Derecho estatal. Desde esta visión monista y etnocéntrica del Derecho, el Derecho Indígena es minusvalorado al referirse a él con el término de costumbre o *usos y costumbres*. En términos valorativos, por lo general, el uso del concepto "costumbre" va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están en contra de la ley. En realidad, esta concepción del Derecho Indígena es acorde con la concepción misma que sobre el indígena se tuvo. En su día, fueron tratados como "salvajes", o "atrasados", y sometidos a procesos de aculturación mediante las políticas de asimilación y, posteriormente, de

integración a la sociedad hegemónica, al "progreso", la intolerancia de la diferencia, de la diversidad²²⁹.

Según señala Vicente Cabedo Mallol, llama la atención que las reflexiones sobre si el Derecho Indígena está constituido por normas jurídicas, si constituye un sistema jurídico, parten de unos conceptos elaborados por la teoría general del Derecho, que fueron la herramienta del positivismo y que son obra, obviamente, de la cultura occidental, preguntándose al respecto hasta qué punto no resulta viciado o contaminado el análisis. Cabedo Mallol señala que es elocuente Oscar Correas²³⁰ cuando, entrando a debatir si los pueblos indígenas cuentan con sistemas normativos o con sistemas jurídicos, cita como ejemplo a otro sector marginado, como son los Sin Tierra brasileños, y se pregunta: ¿qué diferencia a estos sistemas normativos, obedecidos por grupos pequeños, sin procedimientos complicados de aplicación, de un sistema jurídico?; y responde que probablemente haya muchas diferencias, o probablemente no tantas, pero en realidad ello poco importa. Sin embargo –sostiene Cabedo Mallol– que lo que ha pretendido demostrar en sus investigaciones es que la normatividad indígena es Derecho, es decir, que constituye un sistema jurídico, con el único fin de reivindicar el reconocimiento de la pluralidad jurídica, o de situar al Derecho de los pueblos indígenas al mismo nivel que el Derecho estatal. En ese marco de planteamientos, el autor que estamos analizando, establece que, como premisa para el tema, será identificar cuándo estamos en presencia de un sistema jurídico. En este sentido –señala– es necesario acudir a Hart y las *reglas secundarias*. Según Hart, un sistema jurídico está formado por dos tipos de reglas: *las primarias y las secundarias*. Las primarias serían predicables respecto de todo tipo de sociedad, mientras que las secundarias representarían, en palabras de Hart, el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico. Desde este punto de vista, las llamadas sociedades "primitivas" carecerían de estas últimas reglas y, por ende, sus normas de control social no conformarían un auténtico sistema jurídico. De ahí que nuestra atención se centre en las meritadas reglas secundarias. Las reglas secundarias incluirían reglas de *reconocimiento, de cambio y de adjudicación*. La ausencia de estos tres tipos de reglas conllevaría, respectivamente, una falta de certeza, un carácter estático y una insuficiente presión (en todo caso, difusa) en el cumplimiento de las reglas primarias. Serían, pues, estos tres elementos -desde esta perspectiva formalista- determinantes a la hora de calificar un sistema como jurídico. Aceptando estos postulados, cabría preguntarse si los pueblos indígenas cuentan o no con un

²²⁹ Vicente Cabedo Mallol: "De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena", *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004, obtenido en www.scielo.unam.mx (22 de marzo de 2015).

²³⁰ Oscar Correas: "Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia", Infojus, Boletín 81, México, III-UNAM, 1995, obtenido en www.juridicas.unam.mx el 18 de agosto de 2015

Derecho pleno. Afirma Cadebo Mallol, que es la realidad la que despeja el interrogante, constatando que en la normatividad indígena no se da esa falta de certeza, de seguridad jurídica, ni el carácter estático, ni, por supuesto, esa falta de control "jurisdiccional"²³¹.

Así, como se tiene estudiado, tanto en las comunidades aymaras, como las quechuas y guaraníes de Bolivia, sus miembros conocen y reconocen sus propias normas primarias, las mismas que han ido evolucionando conforme pasa el tiempo, de modo que se han "adecuando" o "adaptando" a la distinta realidad que traza el tiempo, al margen de haber adoptado algunas formas de organización del sistema occidental, reconocen y hacen suyas algunas de las autoridades del Estado, y han tomado rasgos de las sanciones de dicho sistema, cuando no han hecho suyas algunas de ellas.

Para Durand Alcántara el Derecho Indígena es múltiple, complejo, contradictorio, histórico y recíproco²³², pues así como existe diversidad de pueblos indígenas, existe también una diversidad de Derechos, y no un único Derecho. A más, es dinámico, evolutivo, toma como base los valores y principios históricamente concebidos y transmitidos.

De acuerdo con Stavenhagen²³³, el Derecho Indígena contempla, entre los más importantes, los siguientes aspectos:

- a)** Normas de comportamiento público;
- b)** Mantenimiento del orden interno;
- c)** Definición de los derechos y obligaciones de los miembros;
- d)** Distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.)
- e)** Definición de los hechos que puedan ser considerados delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción;
- f)** Manejo y control de la forma de solución de los conflictos; y,
- g)** Definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena

²³¹ Vicente Cabedo Mallol: "De la intolerancia al reconocimiento..."

²³² Carlos Durand Alcántara: *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio. Los triquis de Oaxacaun estudio de caso*, Universidad Autónoma Chapingo y Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, México, p. 202

²³³ Rodolfo Stavenhagen: "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990

Entonces, ante la pregunta de ¿por qué se minusvalora los sistemas indígenas de justicia?, Cabedo Mallol expresa que el "problema" en el reconocimiento del Derecho Indígena, su tolerancia, por parte de los positivistas, radica o se asocia al propio carácter consuetudinario del mismo. Para la ideología jurídica dominante, la de las facultades de Derecho, la costumbre se sitúa en una posición desventajosa frente a la norma escrita, y queda convertida en una fuente de Derecho que no puede ser contraria a la ley (escrita), *contra legem*. A ello se une que la costumbre jurídica indígena forma parte de un conjunto de categorías más amplias, como son la costumbre general y la cultura de los pueblos indios, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos. El citado autor comparte con Raquel Yrigoyen²³⁴, el criterio que no tiene por qué exigirse que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social²³⁵.

Así, Cabedo Mallol, en este análisis, nos sitúa más en una dimensión política y menos científico – jurídica, señalando que:

“Y éste es el punto al cual queríamos llegar, pues no puede comprenderse, si no es por razones políticas, cómo se pretende verificar si los pueblos indígenas cuentan o no con sistemas jurídicos desde el punto de vista occidental. Imponer nuestra idea de sistema jurídico, dirá Esther Sánchez, ‘atenta contra el propósito mismo de reconocer y proteger la diferencia’.

Por lo tanto, resultará fundamental primero entender estas razones políticas para, posteriormente, ofrecer una definición de sistema jurídico que supere esos condicionamientos y, de este modo, resolver la cuestión planteada inicialmente: la existencia de sistemas jurídicos indígenas.”²³⁶

Partiendo del pensamiento de Magdalena Gómez²³⁷, reiteramos que afirmar que **existe Derecho Indígena significa reconocer sus principales componentes:**

a) Existen órganos generalmente pluripersonales en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por el propio pueblo. En nuestro país encontramos este carácter en cuando a la distribución y organización de cargo, como se ha visto en las comunidades estudiadas, Jesús de Machaca, Jatun Ciénaga, Ramadas y, en especial el Izozog, cuentan con una

²³⁴ Raquel Yrigoyen: *Pautas para la coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal*, Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1999, p. 54

²³⁵ Vicente Cabedo Mallol: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*p. 73

²³⁶ Íd.

²³⁷ Íd.

estructura bien elaborada en cuanto a sus autoridades, de manera que todos los comunarios saben a quién acudir en caso de conflicto, dependiendo del tipo de conflicto. Se reitera que desde la implementación, a partir de la revolución nacional, de los sindicatos campesinos, existe en muchas de las comunidades un sistema híbrido entre autoridades comunales tradicionales y las elegidas por el Estado, empero, aún así la esfera de competencias se encuentra delimitada y sólo en raras ocasiones se ha producido alguna invasión de atribuciones, claro está, siempre por parte de las autoridades estatales.

b) Cuentan con **reglas de conducta de cumplimiento obligatorio** que han sufrido variaciones y adaptaciones, pero son asumidas con un cierto grado de consenso por los pueblos, en su compleja relación con un Estado y una sociedad que los ha ignorado y, que les ha introducido la idea que sus normas no son legítimas y que solamente es el “Derecho de afuera” el válido para el desenvolvimiento de su vida económica, familiar, comunitaria y para la solución de sus conflictos.

c) Existen **normas de coacción, es decir, un sistema de sanciones**, que en general ha mantenido el objetivo de reconducir y reintegrar a la colectividad al individuo trasgresor de las normas comunitarias. Es más, en el Izozog, se encuentra por demás interesante el método empleado en lo referido a reflexionar y tratar de hacer entender al trasgresor, lo malo de su acto y lo negativo del resultado que ha logrado, para la comunidad.

d) Se trata de **normas cuya flexibilidad está muy relacionada con su naturaleza oral**, contienen principios generales sobre los que se resuelven conflictos concretos. Precisamente la falta de codificación y su naturaleza de principios generales ha permitido acumular una enorme experiencia y habilidad para aplicar y mantener las normas propias. La resolución de los problemas tiene un carácter bastante humanitario, considerando cada caso; aunque, lógicamente, existen las excepciones como las anotadas en referencia al castigo de los delitos que en el Derecho oficial denominamos “contra la libertad sexual”, como la violación, ya que en algunas comunidades, el “castigo” al violador es que contraiga matrimonio con la víctima, lo cual considero no debe ser del mayor agrado para esta última. Pese a ello, también es necesario remarcar que, en los casos de gravedad –como es la violación- la parte afectada tiene la opción de acudir al Derecho estatal.

e) Este sistema de administración de justicia –sostiene Magdalena Gómez- puede validamente considerarse como **base de instancia final en casos menores y de primera instancia jurisdiccional en casos graves**,

dejando a las autoridades externas la posibilidad de resolver en apelación siempre y cuando se introduzcan reformas que permitan la consideración de los elementos culturales que incidieron en los hechos materia del litigio tales como uso del traductor en lengua indígena, peritajes de autoridades tradicionales, testimoniales de la comunidad entre otros.

Comparto la afirmación de la autora referida cuando señala que se habla con gran preocupación que estas propuestas implican una reforma al poder judicial o que se está hablando de un “poder judicial indígena”, por cuanto, quienes sostienen ello, olvidan que, muy al margen de su reconocimiento constitucional o social, en áreas urbanas, este Derecho ha existido desde siempre y ha ido variando conforme el transcurso del tiempo, tomando en cuenta la dinámica de la vida en comunidad. Tampoco es válido el criterio en sentido que se debe ser profesional del Derecho para administrar justicia, toda vez que ése no es requisito para los encargados de hacer las leyes, es decir se puede ser miembro del Congreso Nacional, o, más aún, para ser miembro de una Asamblea Constituyente, con potestad de modificar la Constitución. **Sin embargo**, mantengo un reparo prudente en cuanto al último punto de los componentes del Derecho Indígena que puntualiza la autora citada, referido a la primera instancia de la justicia indígena cuando se trata de delitos mayores o graves, que tendrían que ser conocidos por la justicia ordinaria, por cuanto, conforme sostiene Cabedo Mallol: “El derecho al Derecho propio, que incluiría la jurisdicción propia, no debe limitarse por razón de la materia (por ejemplo circunscribiéndolo a lo que para nosotros serían cuestiones de Derecho privado) o de la gravedad (no reducirse, por ejemplo, en cuestiones criminales a los delitos menores), cada que cada comunidad es la que debería decidir”.

Entonces, si una comunidad, por los propios procesos de aculturación, sólo se ve capacitada para resolver los conflictos menores, debe tener la plena libertad de decidir *derivar* el caso concreto a la justicia ordinaria; pero, si por otras razones decide resolver incluso delitos graves, también debe tener toda la potestad de hacerlo.

Precisamente, sobre **la voluntariedad en el ejercicio de la jurisdicción indígena y la obligatoriedad del sometimiento**, Vicente Cabedo manifiesta:

“...la voluntariedad del ejercicio de la jurisdicción indígena, al constituirse ésta como un Derecho que ‘podrán ejercer (aplicar)’ las autoridades indígenas (campesinas y nativas en la norma peruana). A este respecto, conviene aclarar que, pese a no recoger de forma expresa esta facultad optativa la constitución ecuatoriana -constituiría la excepción-, la propia finalidad de la norma impide interpretar el verbo ‘ejercerán’ de modo imperativo. Por tanto, como nos indica Sánchez Botero, el que se configure la jurisdicción indígena como un derecho colectivo o de grupo comporta que si

no se ejerce no se puede entender que hay una denegación de justicia y que si se ejerce las decisiones tienen pleno valor.

Realmente quien determinará si dichas autoridades van a ejercer funciones judiciales será la propia comunidad indígena. Será ésta la que decidirá si ejerce, hace uso, de este derecho (un derecho subjetivo colectivo). El ejercicio de la susodicha jurisdicción y la competencia material dependerá, en última instancia, de:

- *El grado de aculturación de la comunidad en cuestión*
- *El grado de ineficacia de la justicia estatal*
- *La capacidad de reconstitución y reformulación, en ese contexto concreto, de la normatividad indígena.*

Voluntariedad en su ejercicio que posibilita que las autoridades indígenas, por las especiales circunstancias de un caso concreto, decidan trasladar un asunto a la jurisdicción ordinaria, pese a tratarse de asuntos que resuelven normalmente.

Diferente es si la jurisdicción indígena, una vez que la comunidad respectiva ha decidido ejercer este derecho, es obligatoria o voluntaria para los indígenas que conforman dicha comunidad. A nuestro entender, estos indígenas deben quedar sometidos a la jurisdicción de su comunidad. La voluntariedad, entendida como la posibilidad de optar entre la jurisdicción indígena o la estatal, desvirtuaría el mismo reconocimiento constitucional de aquella e iría en detrimento de la propia cohesión de la comunidad.”²³⁸

En ese sentido, comparto el criterio de Cabedo, ya que –en palabras suyas- el respeto al pluralismo jurídico coloca en paridad al Derecho estatal y los derechos de los pueblos indígenas, por lo que no debe ponerse límite por razón de la materia o la gravedad. La comunidad indígena originaria será la que determine sus propios límites en cuanto a ello; y, si ha decidido conocer y resolver el asunto, el comunario está obligado a someterse a esa jurisdicción.

De todos modos, es preciso reiterar la necesaria interrelación entre justicia estatal y justicia indígena, lo que se podrá lograr únicamente a través de un diálogo intercultural.

En el caso de Bolivia, cabe mencionar que, no obstante la larga tradición del ejercicio del Derecho Indígena, la aceptación del mismo en esferas ciudadanas y, sobre todo, en el ámbito intelectual o de la denominada *clase media* boliviana, es

²³⁸ Vicente Cabedo: *Constitucionalismo...*, pp. 126 y 127

casi nula, y ello se debe, en la actualidad, a por lo menos dos razones perceptibles: La primera, que ha subsistido desde antaño, se asienta en la subestimación histórica a la capacidad de los indígenas de procurar por sí solos, su organización comunitaria y la resolución de conflictos, en síntesis, se cree que tales indígenas requieren de, cuando menos un *apoyo* del Estado –llámese autoridad civil, policial o judicial- que pueda determinar la organización de sus comunidades y solucione sus controversias, porque se considera que, al no tener normas escritas, las autoridades fácilmente pueden caer en una suerte de solución de controversias improvisadas o en la arbitrariedad al momento de aplicar sanciones. En realidad, aún hoy se concibe a los pueblos indígenas en Bolivia, como grupos humanos *en franco retraso frente a occidente*, que no pueden actuar por sí solos. Empero, no sería justo desconocer que, en los últimos años, han surgido también voces que, luego de estudiado la temática indígena y su sed de autonomía judicial, han concluido que poseen una forma de organización, de elección de autoridades, de solución de conflictos, que poco tienen que envidiar al Derecho estatal, como se está demostrando en el presente trabajo.

La segunda razón sobre la escasa aceptación del ejercicio del Derecho Indígena y su coexistencia con el Derecho estatal, se explica por el momento político que está atravesando Bolivia. En efecto, al resultar electo Presidente Constitucional de Bolivia, Evo Morales, impulsó una política de reconocimiento de la autonomía indígena, cuya paternidad no se le debe atribuir en forma exclusiva al mencionado, dado que ya en la reforma constitucional de 1994, se incluyó tal reconocimiento en la Constitución. Lo que acontece es que, a partir de la propugnación desmedida que el gobierno está haciendo, de todo lo que es indígena –lo cual *per se* no es malo, lo deplorable deviene de las actitudes discriminatorias que se están presentando contra todo lo que no sea indígena- se ha producido una reacción contraria, en sentido de no permitir un mayor *avance* de las autonomías indígenas, dentro de las cuales la que mayor crítica ha recibido es la autonomía judicial, confundiendo muchas veces el ejercicio del verdadero Derecho Indígena, con los simples linchamientos que no pasan de ser delitos comunes, que han sido indebidamente *bautizados* como justicia comunitaria, extremo que, naturalmente, ha despertado el rechazo de la población citadina, que en gran parte, incluidos los espacios de abogados y jueces, ha elevado sus voces de protesta contra el reconocimiento del pluralismo jurídico, a pesar que el mismo –como se ha estudiado- lejos de merecer o no un apartado específico en la Constitución, *existe* en el territorio boliviano desde hace muchísimos años.

Óscar Correas señala que la posibilidad de reconocer el pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, se enfrenta con una ideología fortísima, cual es la ideología de la *soberanía*. Recuerda Correas en sus ensayos cómo el Estado moderno se ha constituido alrededor de la idea de soberanía, y, en este sentido, se afirma que no hay ningún otro poder por encima de él. Con esta

ideología resulta obvio que las normas sólo pueden ser producidas por el poder (el Estado "soberano")²³⁹. Son, pues, conforme dice Cabedo Mallol, razones políticas y no jurídicas, en principio, las que impedirían, si se quisiera, analizar si las normas de los pueblos indígenas son Derecho. Dichas razones políticas, junto con el hecho que la teoría general del Derecho ha elaborado el concepto de sistema jurídico sobre la base de los sistemas europeos, nos llevan a la necesidad de reelaborar un concepto de Derecho, de sistema jurídico, que realmente sea "universal"²⁴⁰.

Vicente Cabedo Mallol expone que Correas propone un concepto sociológico del Derecho, según el cual éste sería "un discurso prescriptivo autorizado que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal". Con esta definición de Derecho, Correas se plantea, en relación con los pueblos indígenas, la siguiente pregunta retórica: ¿usan normas que amenazan con la violencia (entiéndase tanto física como simbólica) y que son cumplidas y hechas cumplir por funcionarios autorizados? Su respuesta es que sí, que se cumplen en estas sociedades los elementos apuntados de la definición de Derecho que propone.²⁴¹

Es importante puntualizar que Francisco Ballón, citado por Cabedo Mallol, sostiene que "es necesario escapar al encasillamiento que supone definir la génesis de un sistema jurídico, basado en criterios formales, y reorientar el análisis en función a los criterios políticos y sociales que hacen coherente cualquier sistema normativo"²⁴². Además, es imprescindible dejar anotado que la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, en su artículo 5° proclama que "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus [...] *sistemas jurídicos*", lo que evidencia que está plenamente reconocida en un documento tan importante, como lo es la citada Declaración, la existencia y el respeto de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

4. COEXISTENCIA Y CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO INDÍGENA

²³⁹ Oscar Correas: "La teoría general del derecho frente al Derecho Indígena", *Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 14, Lima, UNMS, 1994, pp. 15- 31

²⁴⁰ Vicente Cabedo Mallol: "De la intolerancia al reconocimiento..."

²⁴¹ Vicente Cabedo Mallol: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*p. 75

²⁴² Francisco Ballón, "Introducción al derecho de los pueblos indígenas", *Justicia comunitaria en los Andes*, vol. I, Allpanchis, núm. 59/60, Sicuani, Cuzco, Perú, Instituto de Pastoral Andina, 2002, citado por Vicente Cabedo Mallol.

No existe protección adecuada de las minorías étnicas, sino a través de la existencia del pluralismo jurídico, sostiene Silvina Ramírez²⁴³, que alega que uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados. Pone de relieve el salto cualitativo que significa abandonar la idea de Estado-nación (un Estado uniformador que predica la unidad del orden jurídico estatal) para asumir la construcción de un nuevo Estado, signado por procesos de globalización, donde la posibilidad que instancias supra estatales puedan formular una política criminal alrededor de determinadas áreas, es hoy una realidad, y por procesos de administración de justicia local, lo que confluente para pergeñar un Estado que se enfrenta a la protección de sus *minorías*, sin que ello lo comprometa con su fragmentación o con la pérdida de su soberanía o unidad estatal.

Sin embargo, la referida autora comenta que el concepto así formulado no es tan simple de entender o de hacer jugar en una realidad cada vez más dinámica. Las minorías tienden a reclamar medidas destinadas a beneficiarlas y que no siempre son compatibles con la voluntad de las mayorías. En Bolivia, como se tiene explicado, existe esa diferencia de criterio, y en los hechos, está resultando muy difícil de superar, pero no pueden ignorarse los grandes pasos que se están dando en este tema, como el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico. Ahora, resta lograr una coexistencia armónica entre las dos justicias, pues, la existencia del Derecho Indígena y su sistema de administración de justicia, a estas alturas, tiene una abierta respuesta afirmativa.

Plantearse la existencia o vigencia actual del Derecho Indígena en América Latina es cuestionarse la eficacia del mismo, sostiene Cabedo²⁴⁴. Señala este autor que, de acuerdo con la teoría general del Derecho, un sistema jurídico existe cuando es eficaz. Y lo es cuando sus normas son efectivas, por lo que se pregunta si el Derecho Indígena es eficaz, y, consiguientemente, si sus normas consuetudinarias son efectivas y por tanto, válidas; es decir, comprobar si las costumbres jurídicas, que han regulado durante siglos la vida y las relaciones dentro de una comunidad indígena, continúan vigentes hoy en día, siendo obedecidas por sus miembros. Cabedo habla de dos enfoques que ofrece la doctrina sobre la vigencia actual del Derecho consuetudinario: El romántico y el escéptico. El primero supone que la vida cotidiana de las comunidades indígenas está regulada por preceptos justos y ancestrales que mantienen un orden armónico ajeno al Derecho que rige la nación. Quienes sostienen este punto de vista, piensan que los mecanismos de control social internos constituyen por sí mismos, un sistema de justicia y que, por lo tanto, resulta válido hablar de un Derecho Indígena propio. Por el contrario, lo que

²⁴³ Silvina Ramírez: "Diversidad cultural...", p. 2

²⁴⁴ Cabedo Mallol: *Constitucionalismo...*, p. 89

se puede denominar escépticos, consideran que las prácticas jurídicas que aún existen entre los indígenas son restos de un Derecho antiguo o reminiscencias de la justicia impuesta por el régimen colonial.

Puntualiza Cabedo que tanto la subsistencia como la reconstitución de los sistemas jurídicos indígenas dependen de los diversos ritmos y grados de asimilación o integración (y a su vez, resistencia), de los diferentes grupos étnicos (e, incluso, dentro de cada uno de ellos, de las comunidades que los conforman) a la "cultura nacional" dentro de un Estado, y, por supuesto, en las diferencias, en relación con esta aculturación de los indígenas, de un Estado a otro. De este modo, se pueden encontrar comunidades que cuentan con sistemas jurídicos en los que se pueden distinguir, salvando las distancias, las principales ramas del Derecho positivo (civil, penal, administrativa, procesal). En cambio, en otras comunidades, se pueden encontrar únicamente costumbres dispersas.

Lo que es una verdad innegable, es que el Derecho Indígena sigue vigente. La forma en que éste se relaciona con el Derecho estatal, es el tema que debe centrar ahora la atención de los gobiernos, legisladores y de las propias comunidades indígenas, protagonistas de tal Derecho.

Es común que el discurso desde el Estado plantee que las normas de Derecho Indígena deben "armonizarse" con la Constitución y, con ello, el mensaje implícito es que la carga de la armonización corre a cuenta de los conceptos sustantivos del Derecho Indígena. Por ejemplo, para no afectar o contradecir al orden jurídico estatal o para no parecer demasiado "radicales" en el discurso, no hablamos de jurisdicción para pueblos indígenas sino de "sistemas normativos" o de "consideración de usos y costumbres al dictar resoluciones jurídicas"²⁴⁵. De esta manera, la "armonización" consiste en reducir la jurisdicción indígena a la simple resolución de actos menores y sin ninguna importancia. Señala Magdalena Gómez que, en síntesis, pareciera que se pretende "armonizar" para minimizar la importancia del Derecho Indígena. Es clara la resistencia a ubicar al Derecho Indígena como una suerte de Derecho Constitucional de la pluriculturalidad.

Algunas posiciones incluso señalan que tales normas tradicionales, tendrían que ser asumidas en códigos, "ordenadas" en normas escritas, dejando de lado con ello, y en forma inexplicable e incomprensible, todo el valor de norma -precisamente- consuetudinaria, tradicional y, por ende, oral.

Así, Magdalena Gómez reflexiona lo siguiente:

²⁴⁵ Magdalena Gómez: "Derecho Indígena y Constitucionalidad" Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Marzo, 2000 Arica, Chile obtenido en www.alertanet.org/dc-mgomez, consultado el 17 de abril de 2015

“(...) tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez mas crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos, también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al Derecho Indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones "usos y costumbres", "costumbre jurídica" e incluso "Derecho consuetudinario".

En contraste, el concepto de "pluralismo legal" se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el Derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno mas de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.”²⁴⁶

Entonces, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el Derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno mas de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla. De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa

²⁴⁶ Magdalena Gómez: "Derecho Indígena..."

asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

La coordinación entre las justicias indígenas y la justicia ordinaria plantea un gran reto de **diálogo intercultural**, Su abordaje implica trascender lo legislativo para asumir asuntos como la convivencia, la integración nacional y la administración de justicia en contextos pluriculturales, entre muchos otros.

Dado que las demandas indígenas se han enfatizado y los reclamos específicos de las comunidades en relación con la obtención de territorios, al desarrollo étnico y cultural, al desarrollo económico autogestionado y a la consecución de un orden jurídico que esté en manos de sus propias autoridades han tomado una dimensión propia, es que se justifica la necesidad de la existencia de los niveles de coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos.

Siguiendo tres criterios desarrollados por la antropología en los que se entiende que sistemas jurídicos puedan sustituirse, competir y complementarse entre si, sostiene Lorena Ossio²⁴⁷, pueden encontrarse maneras de resolver los conflictos que se presenten por problemas de competencias y de jurisdicciones. En este caso, de acuerdo a la teoría de sistemas, la contradicción entre normas tiende a anular una de las normas en conflicto, mientras que en conflicto entre principios prevalece el valor mayor protegido (principio de proporcionalidad). Este nivel de coordinación se encuentra en dos niveles que se distinguen nítidamente: 1) El nivel normativo; y, 2) El nivel fáctico. En el nivel normativo, la pluralidad jurídica está reconocida constitucionalmente en diferentes países latinoamericanos. Podría definirse como “la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basada en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”. Es así que se busca el respeto a la diversidad buscando vías de comunicación entre el Derecho Indígena y el Derecho oficial. En el nivel fáctico, se reconoce la existencia de la diversidad, aceptando los derechos reclamados por los pueblos indígenas. Esto implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada; La existencia de intereses en conflicto. Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada, porque esta interrelación no está exenta de tensiones, y sólo un tratamiento

²⁴⁷ Lorena Ossio: “Avances y retrocesos: Rumbo a la complementariedad de la justicia comunitaria y la justicia estatal en Bolivia”, en *Justicia ordinaria y justicia comunitaria: ¿Un matrimonio imposible?*, Konrad Adenauer Stiftung, Ecuador, 2007, p. 78

despojado de dobleces será factible alcanzar; fundado en el respeto y en la tolerancia de otros modos de vida.

La diferencia entre el Derecho Indígena y el Derecho positivo oficial, estriba –continúa Lorena Ossio-, en la diferencia de tratamiento, por ejemplo, en el caso de una trasgresión normativa, al infractor. Por lo general, en el primero, no se aparta al infractor de la comunidad, por el contrario, permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de la sociedad, confinándolo a una institución total, que resulta un concepto sociológico que hace referencia a instituciones cerradas –cárceles, manicomios, escuelas- que se organizan y funcionan en base a un sistema disciplinario rígido. En cuanto a las notas distintivas que los caracterizan, el Derecho Indígena consiste en un conjunto de normas de distinto tipo, no codificadas, reconocidas y practicadas por la comunidad. Las normas jurídicas que constituyen el Derecho positivo oficial, emanan de una autoridad política organizada que tiene entre sus potestades la creación (Órgano Legislativo) y aplicación (órgano Ejecutivo), de la mencionada normativa.

Esta mirada divergente, que radica en una concepción del Derecho y del castigo diametralmente opuesta, posibilita justificar la existencia de dos jurisdicciones distintas. Más aún cuando el Derecho consuetudinario no existe ni funciona de manera aislada, la interacción con el Derecho oficial es constante y complementario²⁴⁸.

En ese sentido, expresa Cabedo²⁴⁹, rechazada actualmente por todos la consideración del Derecho Indígena como conjunto de normas ancestrales inmutables, provenientes de los incas, de los mayas o del resto de civilizaciones que habitaban América a la llegada de los españoles, parece evidente que el mismo se ha ido conformando a lo largo de estos siglos (de ahí el carácter histórico). No se puede hablar de compartimientos estancos entre el Derecho consuetudinario y el Derecho estatal, después de quinientos años de aculturación jurídica. La influencia que ha ido ejerciendo el Derecho estatal como Derecho hegemónico –señala Cabedo, citando a Stavenhagen- es tal, que para muchos este Derecho consuetudinario indígena no es más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el Derecho positivo nacional a su manera. Empero, esa consideración del Derecho indígena es demasiado simplista y reduccionista, pues el Derecho es reflejo de una cultura determinada, de una cosmovisión, que en el caso de los indígenas difiere sustancialmente de la sociedad occidental, por lo que siempre se encontrará en los sistemas jurídicos indígenas, un sustrato que es expresión de los valores de esos pueblos.

²⁴⁸ Lorena Ossio: “Avances y retrocesos...”, p. 80

²⁴⁹ Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 66

Pero tampoco es adecuado colocar al Derecho Indígena en contradicción u oposición al Derecho oficial, aunque no se puede pasar por alto que, con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el Derecho hegemónico, adaptando y reinterpretando esas normas positivas. De lo que se concluye que en la relación del Derecho Indígena y el Derecho estatal, se combinan resistencia y adaptación mutuas. Resistencia del primero frente aquellos elementos del segundo que lo agraden, pero al mismo tiempo constante adaptación a aquél²⁵⁰.

Diego Iturralde²⁵¹, explica la relación entre sistemas jurídicos indígenas y sistemas jurídicos estatales, a través de lo que denomina *el uso de la ley y el uso de la costumbre* por parte de los pueblos indígenas. El *uso de la costumbre* se observa porque los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas –a su Derecho consuetudinario- como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Otro uso de la costumbre jurídica, es el de su invocación en los procedimientos estatales en los que sean parte. Dicha invocación pretende reforzar sus pretensiones, o, en procesos penales, atenuar la posible pena. Por su parte, el *uso de la ley* también está muy presente entre los indígenas, puesto que utilizan frecuentemente la legalidad y el Derecho oficial para obtener el reconocimiento de sus derechos. Uso del sistema jurídico oficial que no es reciente. La utilización de la ley o de la costumbre responde a tácticas o criterios de oportunidad para la consecución de sus demandas, intereses o derechos, que vienen, como diría Alberto Wray²⁵², como estrategias de supervivencia de la propia comunidad. Estrategias que, en relación con el Derecho, conllevarían una suerte de actitud dual, según se trate de relaciones intraétnicas – con una escasa eficacia del Derecho oficial- o interétnicas –se asumiría la normativa estatal-. Sin embargo, ello no debe hacernos olvidar las enormes desventajas de los indígenas frente al aparato estatal administrativo y judicial.

Lógicamente que deben existir límites claros para el ejercicio del Derecho Indígena. Tales límites deben estar asentados en el resguardo y respeto de los derechos humanos, y el respeto a la Constitución. Empero, considero necesario que, a más de la proclamación expresa de tales límites, es imperioso dotar de normas que hagan posible la coexistencia armónica entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, determinando cuándo, a quiénes, en qué circunstancias se podrá aplicar el primero, sus sanciones, y la relación que tendrá con la denominada “justicia oficial.

²⁵⁰ Cabedo: Íd.

²⁵¹ Citado por Vicente Cabedo en *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas...*p. 92

²⁵² Íd., p. 93

En la actualidad **la coexistencia del Derecho Indígena con el Derecho oficial** puede establecerse en áreas donde habitualmente operan cada uno de ellos, aunque siempre es posible identificar la superposición entre ambos sistemas que presenta dos fases de características distintas: una de coincidencia y concordancia, y otra de conflicto y colisión disfuncionales entre ambos sistemas.

En efecto, hay aspectos de compatibilidad y complementariedad entre ambos sistemas que permiten tratar faltas o delitos indiferentemente desde una u otra perspectiva. Conforme se vio, muchas normas consuetudinarias coinciden con faltas o delitos codificados por el Derecho oficial. Aunque los principios fundamentales del Derecho consuetudinario están conforme con los que rigen en Derecho estatal, las maneras de llegar a una solución o sanción, se diferencian por los procedimientos legales del primero, por sus objetivos, que destacan la conciliación y el encuentro del justo término medio, que satisfaga a las partes en litigio y a la reintegración del inculgado.

En ese contexto, la justicia tradicional cumple una función eminentemente práctica al descongestionar en gran medida los servicios de atención de la sociedad por parte del aparato judicial, que carece crónicamente del número adecuado de agentes institucionales para el cumplimiento eficiente de sus funciones.

De otro lado, no se puede negar que existen conflictos entre ambos sistemas en aquellos casos de aplicación de normas que vulneren derechos humanos, particularmente en cuanto a la aplicación de determinadas sanciones, como la pena de muerte, o, desde mi punto de vista, la exigencia de matrimonio del agresor con la víctima de violación si es que ésta no está de acuerdo. Las autoridades comunales son, hoy en día, concientes que pueden llegar a tener problemas con la justicia ordinaria en caso de aplicar ciertas penas si se saben de las mismas, motivo por el que son renuentes a dar información al respecto.

Vuelvo a remarcar la poca importancia que se da a la mujer y a la vida de la mujer en muchas de las comunidades aymaras. Tal el caso de una disputa entre hermanos por terrenos, en el que la esposa de uno de ellos fue herida mortalmente. Las autoridades, conforme estilan hacerlo en este tipo de casos mayores, decidieron pasar el asunto a la justicia ordinaria, pero los hermanos se pusieron de acuerdo sobre las tierras y resolvieron olvidar la muerte de la mujer, pese a la exigencia y protesta de la comunidad para que el culpable se presente a declarar en la Policía. Esto demuestra a las claras que en algunos casos, se desconocen los derechos humanos.

5. LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS

Los pueblos indígena originario campesinos en Bolivia, al igual que los de América Latina, en general, resuelven casos relacionados con problemas de límites de tierras, amenazas, daños, lesiones, robos, difamación, injurias, violencia familiar, herencias, rapto, cacería prohibida, abigeato, asaltos, tala de árboles o incendios que se dan por accidente y, en algunos casos, hasta violaciones y homicidios. Esta distribución de competencias no está relacionada, en muchos casos, con las normas penales estatales, pero la realidad demuestra que el ejercicio de la jurisdicción indígena está permitiendo aliviar una gran cantidad de conflictos que sobrepasarían las posibilidades de atención en los juzgados ordinarios.

Pese a ello, se producen muchos casos en que los jueces, tribunales o el Ministerio Público interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas como autoridad y sin considerar las particularidades culturales de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, que se traducen y reflejan en las decisiones que en cada caso adoptan. Esta *interferencia desinformada*, como la denomina Juan Carlos Martínez²⁵³, suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismas que las nuevas normas constitucionales buscan promover y respetar.

Por otro lado, no son raros los casos en los que miembros del pueblo indígena originario campesino utilizan la justicia estatal y preenden *refugiarse* en ella, para eximirse de prestar servicios a la comunidad, rehusar el acatamiento de las normas comunes de convivencia, evitar sanciones por conductas contrarias al pueblo, dejar de participar en las festividades comunes, y, en general, superponer su voluntad individual sobre la voluntad colectiva. En todos estos casos la actuación de las instancias estatales pierde de vista la especificidad e identidad cultural y política de la comunidad, lo que les lleva a ignorar la resolución tomada por la autoridad indígena. Recae, por tanto, en el juzgador estatal la compleja tarea de ponderar los derechos individuales invocados, por un lado, y por el otro los derechos colectivos propios de las comunidades originarias, partiendo de una lectura intercultural de los estándares constitucionales e internacionales. Mientras el Estado no puede permitir una violación del núcleo de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de comunidades indígenas, derechos garantizados en la propia constitución y tratados internacionales, tampoco debe el juzgador contribuir a la desintegración de estas comunidades, a su vez protegida legalmente, permitiendo

²⁵³ Juan Carlos Martínez y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012, p. 38

un “fórum shopping” por parte de sus miembros según la conveniencia de cada caso.

Ahora bien, *contrario sensu*, es importante que la **autoridad indígena entienda la jurisdicción del Estado** y tenga disposición de articular y coordinar sus funciones, sin embargo es importante que perciba la misma voluntad intercultural de jueces y autoridades estatales, pues en caso contrario habrá una tendencia a esconder sus propias actuaciones y esto sí generará un clima propicio para el abuso y la injusticia de las propias autoridades indígenas. Por lo general las autoridades indígenas son conscientes que algunos asuntos de sus demarcaciones merecen ser llevados a la justicia estatal e históricamente lo han hecho. En algunos casos también colaboran haciendo detenciones, llevando citatorios y notificaciones y declarando testigos que no se pueden presentar hasta las cabeceras donde se asientan los juzgados.

Por otra parte, la **distinción material del derecho como ámbito de competencia** por lo general no opera en las comunidades, donde la distinción entre materia penal, civil, familiar, agraria, etc. no se da o por lo menos no se da con igual precisión que en los juzgados estatales. La lógica de la justicia comunitaria es atender el conflicto como una unidad con todas sus vertientes, incluso en muchos casos se mezcla una perspectiva trascendente, espiritual o religiosa sobre el orden material. En estos sistemas de creencias, el conflicto rompe con la relación entre **el plano material y el espiritual**, por tanto la resolución de los mismos implica el restablecimiento del orden trascendente. Desde esta perspectiva, la separación material del derecho entorpece y limita la atención de un conflicto entendido de manera integral.

Una de las reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas, ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir con un *derecho al propio Derecho*. En la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, esa aspiración ha sido satisfecha cuando menos en el texto constitucional, con mayor o menor amplitud. Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el ordenamiento jurídico indígena y el ordenamiento jurídico estatal. El problema ha radicado y radica en la controversia entre el Derecho Indígena y los derechos humanos reconocidos en las Leyes Fundamentales de cada país.

6. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: LOS LIMITES DEL DERECHO INDÍGENA

6.1 La resistencia al reconocimiento del Derecho Indígena.

La renuencia de ciertos sectores al reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución Política del Estado se debe, entre otros factores, al desconocimiento del sistema jurídico indígena. Muchos creen que la justicia estatal está al alcance de todos y todas, y que por más alejado que se encuentre de un centro poblado – donde tiene sus funciones un juez- un comunario podrá llegar al mismo para presentar sus demandas o reclamos. Asimismo, se cree que se *fractura* la idea de justicia, cuando se trata de establecer, constitucionalmente, el reconocimiento del pluralismo jurídico; y que las decisiones de la justicia indígena no podrán ser *revisadas* por ninguna instancia en caso que se lesionen derechos humanos.

Se pueden sintetizar las siguientes observaciones al reconocimiento del pluralismo jurídico:

Algunos juristas y personas en general piensan que al ser equivalentes ambas jurisdicciones, ninguna es más que la otra, por lo que la justicia ordinaria no puede revisar las decisiones de la justicia indígena. Eso es cierto...pero, solamente en parte. Es cierto porque el art. 179.II de la Constitución ahora vigente, determina que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozan de igual jerarquía. Y si bien no se pueden revisar las decisiones de la justicia indígena en la justicia ordinaria, ello no implica una jerarquía o preeminencia de aquella sobre esta última, que es el segundo reparo que plantea Jorge Lazarte, sintetizando lo que piensa la gran mayoría de quienes se oponen al reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución.

En efecto, se cree que la justicia indígena prevalecerá frente a la ordinaria, porque esta no revisará sus determinaciones. Y es que lo que no reconocen es que no tiene por qué realizar tal revisión, dado que se trata del reconocimiento de – precisamente- del “derecho al propio Derecho” como diría Cabedo. Es decir, que las comunidades indígenas adopten sus decisiones, y solamente cuando se estime que se ha lesionado algún derecho humano, se acuda ante la jurisdicción constitucional. Y, con ello, se desvirtúa el reparo que sostiene que no existirá ningún control sobre la vulneración de derechos humanos, lo que no es evidente.

Si una persona que ha sido sometida a un procedimiento indígena, sea como denunciante o denunciada, considera que en dicho procedimiento o en la resolución a la que se ha arribado, se ha conculcado alguno de sus derechos

humanos, tiene toda la potestad de acudir a la justicia constitucional a través de alguna de las acciones de tutela que prevé la propia Constitución, como se verá más adelante.

Otro reparo contra el reconocimiento del Derecho Indígena, radica en que supuestamente cualquier persona podría ser imputada o juzgada en el ámbito indígena, y pasible a alguna sanción de dicho orden. Ello no es cierto. La misma Constitución en su art. 191.II establece los ámbitos de vigencia personal, material territorial –que serán detallados más adelante– señalando que en todo caso son *concurrentes*, es decir, que los tres deben presentarse en forma simultánea y que, si falta alguno de ellos, no podría aplicarse el Derecho Indígena en ese caso.

Desvirtuadas como están, por la propia ley Suprema, las observaciones que se formularon y continúan presentándose contra el reconocimiento del pluralismo jurídico, es menester puntualizar los motivos por los que en un Estado que cuenta con un Derecho positivo y un sistema de administración de justicia apoyado en ese ordenamiento jurídico, es necesario el reconocimiento del ejercicio del Derecho Indígena. La razón primigenia es porque no se puede negar la existencia –reconocimiento constitucional al margen– de un Derecho Indígena que ha pervivido en la colonia y en la República, o sea que ha existido siempre, con las variaciones que se han ido presentando época tras época. No por la falta de reconocimiento constitucional desapareció el Derecho Indígena. Al contrario, se ha mantenido vigente por más de quinientos años y hoy por hoy, en pleno siglo XXI, es ejercido por numerosos pueblos originarios, dirimiendo controversias día a día, lo que *per se* constituye un buen motivo para su *constitucionalización*.

Por si fuera poco, Antonio Peña Jumpa expresa que existe un rechazo por parte de los indígenas, a la justicia estatal; rechazo que se fundamenta en tres causas:

- 1) Los costos del acceso a la justicia del Estado;
- 2) El dilatamiento de los juicios, que impide se restablezca la armonía en la comunidad; y,
- 3) La negativa de una solución definitiva, que es una percepción que –señala este autor– invade a los aymaras (donde realizó el estudio de campo), como consecuencia del dilatamiento de los juicios y de la posibilidad de presentar recursos a las resoluciones judiciales²⁵⁴.

A lo anterior se suma el hecho que la mayor parte de los indígenas, no comprenden las sanciones del mundo occidental, toda vez que, lejos de buscar el *castigo* del

²⁵⁴ Antonio Peña Jumpa; Vicente Cabedo Mallol; Francisco López Bárcenas: *Constituciones, Derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

infractor, buscan el *resarcimiento*, la *reparación*, y la *rearmonización* de la vida en la comunidad.

Reflexiona Cabedo, en sentido, que cierto es que estos problemas con los que se topan los indígenas a la hora de acceder a la justicia estatal afectan también al resto de la población, pero respecto de ellos, la situación se agrava por su propia situación social, económica y la discriminación y marginación que sufren²⁵⁵.

6.2 La legitimidad del reconocimiento.

A partir de la conformación de los nuevos Estados en América Latina, las Constituciones que se establecieron tuvieron una clara inspiración en la Revolución Francesa, asentada sobre la base de derechos liberales de carácter universal. Luego de más de un siglo y medio, los Estados se enfrentan con la realidad que la universalidad deseada no podía dar cuenta de derechos humanos que no eran respetados, tales como la preservación de la identidad y la convivencia con la diferencia, y se volvía, entonces, imprescindible encontrar vías que condujeran a construir unidad en la diversidad, lo cual era obstaculizado por la carencia de instrumentos jurídicos adecuados que contemplaran el problema. Sin lugar a dudas que un movimiento tiene una fortaleza e incidencia mucho mayor que si se producen avances aislados en la materia. Una vez que el desafío del reconocimiento se ha planteado a nivel internacional, y que los Convenios de la OIT, las Declaraciones de la ONU, y los instrumentos de organismos de Derechos Humanos han permitido un mayor debate y han aportado legitimidad al tratamiento del lugar que les cabe ocupar a los pueblos indígenas en la estructura estatal, el camino se ha allanado. Existen bases comunes para que los pueblos indígenas lleven adelante su plan de vida asentado en valores que no necesariamente coinciden con nuestra mirada occidental. Esta necesidad de diferenciación en la solución de conflictos pone de manifiesto la enorme importancia de volcar en un texto constitucional un reconocimiento explícito que, si bien no garantiza un avance cualitativo, fortalece las acciones que deben implementarse²⁵⁶.

Así, frente al reto de establecer el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución, debe incidirse en una afirmación necesaria –aunque reiterativa- y es que existe un Derecho Indígena al margen que no haya sido históricamente reflejado –sino recientemente- en el orden constitucional latinoamericano, ello nos

²⁵⁵ Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 100

²⁵⁶ Silvina Ramírez: Ob. cit., p. 4

ubica de entrada en la distinción entre derechos históricos y Derecho positivo, entendido este como el que se incluye literalmente en la Constitución. El proceso de juridicidad del Derecho Indígena si bien no tiene un campo suficientemente desarrollado, puede analizarse con las herramientas teóricas del constitucionalismo, sobre todo si consideramos que partimos del supuesto histórico y político que ha prevalecido entre los pueblos indígenas en nuestra región, esto es que sus planteamientos pretenden encontrar un espacio en el marco de los Estados nacionales. Si uno de los problemas que expresa la crisis del Derecho es un distanciamiento con la realidad social y su apego a la letra de la norma, en el caso indígena dicha crisis es doble ante la ausencia de normas. La ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más. Ahora corresponde al Estado asumir una propuesta de reconstitución para dar cabida a nuevos sujetos de derecho, que han mantenido su legitimidad a lo largo del tiempo²⁵⁷.

Habermas²⁵⁸ incursiona en la teoría jurídica crítica y propone que reconozcamos que no hay Derecho sin validez, pero tampoco hay Derecho sólo con validez. Para él la validez deberá ser la suma concomitante del principio de legalidad y el principio de legitimidad. Ahí donde concurren ambas nacerá la validez. Por lo tanto desecha la tesis clásica de validez formal Kelseniana. La valoración del ordenamiento jurídico como ordenamiento condicionado en su validez y, por tanto, en su existencia por el principio de efectividad es fundamental para comprender el significado real del Derecho en general y del Derecho Constitucional en particular.

Todos sabemos que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han “administrado justicia” y ésta es –en el criterio occidental y del positivismo en el Derecho- una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida y el hecho que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la “ilegalidad”, desde el punto de vista occidental. Sin embargo, las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico²⁵⁹.

²⁵⁷ Magdalena Gómez: *Derecho Indígena y Constitucionalidad...*

²⁵⁸ Jürgen Habermas: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 1998

²⁵⁹ Magdalena Gómez: *Derecho Indígena y Constitucionalidad...*

Para ilustrar lo que está en juego con ese reconocimiento, nos atenemos a la reflexión planteada por Bartolomé Clavero²⁶⁰ en el sentido que debemos partir que el silencio de la ley también es ley y analizar a ésta no sólo por lo que dice sino por lo que calla. Como sabemos, tratándose de pueblos indígenas en América Latina hasta hace algo más de una década prácticamente la ley lo había callado todo. En la base del planteamiento indígena está el criterio de precedencia histórica, es decir el señalamiento que su origen se ubica con anterioridad a la creación misma del Estado. Por ello resulta muy sugerente el enfoque de Habermas que sustenta que no es el Derecho el que crea la legitimidad sino que es la legitimidad la que crea Derecho. Visto así el Derecho Indígena al insertarse en el texto constitucional obtiene reconocimiento y no se trataría de creación de derechos nuevos.

Este criterio debe destacarse porque el espacio jurídico indígena ha sido objeto de sucesivos despojos en ocasiones a nombre de derechos adquiridos por terceros. Y en tales situaciones el Derecho deberá prever mecanismos para definir en qué casos hay prevalencia del interés jurídico indígena. En todo caso este sería un ejemplo de las implicaciones del tardío reconocimiento a los pueblos indígenas y de la responsabilidad que el Estado debería asumir²⁶¹.

Raquel Yrigoyen²⁶² enumera los motivos en que se sustenta la legitimidad y eficacia de los sistemas jurídicos indígenas:

- a)** La pertenencia a los mismos códigos culturales y compartir normas y valores comunes entre quienes resuelven o toman decisiones y los usuarios del sistema;
- b)** La primacía del criterio de “resolver conflictos”;
- c)** La importancia otorgada al consenso, así como a la reparación y la restitución;
- d)** La indiferenciación entre asuntos civiles y penales, y el encaramiento global de los problemas;
- e)** El uso del mismo idioma;
- f)** La cercanía entre las partes y los entes resolutorios de los conflictos (cercanía geográfica, social y cultural);
- g)** La no necesidad de pagar abogados y otros costos del sistema estatal;

²⁶⁰ Bartolomé Clavero: *Derecho Indígena y Cultura Constitucional*, Siglo XXI, México, 1994, p. 43

²⁶¹ Magdalena Gómez: *Derecho Indígena y Constitucionalidad...*

²⁶² Yrigoyen: *Pautas para...*, p. 44

h) La celeridad en resolver casos.

Cabedo²⁶³ sostiene que Yrigoyen se centra en este listado más en las características y en la propia eficacia de la justicia indígena que en el fundamento último de la legitimidad. La legitimidad de la jurisdicción indígena debe buscarse (y no predicarse) en la misma legitimidad del Derecho consuetudinario, del sistema jurídico indígena. En ese sentido, Stavenhagen²⁶⁴ sostiene que la legitimidad de este conjunto de formas y reglas, atendiendo a su propio origen, se encuentra en el sistema de parentesco, en las propias concepciones religiosas y en el vínculo social con la tierra.

6.3 Reconocimiento internacional

La temática de los pueblos originarios o comunidades indígenas, no ha sido objeto de mucho tratamiento específico en el ámbito internacional. En la mayor parte de los casos, se los entiende abarcados dentro de las normas internacionales relativas a los derechos humanos en general. Empero, se han producido instrumentos que, de modo especial, tienen relevancia directa para el tema ahora tratado, que se verán a continuación de manera muy sintética, siguiendo el orden que presenta el eminente Rodolfo Stavenhagen²⁶⁵:

En la **Carta de Naciones Unidas** hay varias normas que pueden invocarse en la temática indígena. Así, el artículo 1 apartado 3, entre los propósitos y principios de las Naciones Unidas, se encuentra la de realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

En el artículo 13.1.b), esta Carta indica que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

²⁶³ Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 101

²⁶⁴ Citado por Cabedo: Ob. cit., p. 101

²⁶⁵ Rodolfo Stavenhagen: *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, obtenido en: www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades

El artículo 73, establece que:

“Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;

b. a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto...”

Por su parte, la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, al consagrar la igualdad de todos los seres humanos en sus artículos 1 y 2.1, 7, y, al señalar en su art. 27.1, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, está siendo un marco de referencia para los derechos de las poblaciones indígenas, que, aunque no son mencionadas en forma expresa, se ven alcanzadas por el ámbito de protección de estas disposiciones.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma y ratificación el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976, ha sido ratificado por 90 Estados. Este Pacto incluye el derecho a la libre determinación de los pueblos y al disfrute y utilización plena y libre de sus riquezas y recursos naturales, cuando en su artículo 1.1 dice que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud del cual, establecen libremente su condición política y proveen asimismo, su desarrollo económico, social y cultural. De manera individual, reconoce, en su artículo 15.1, el derecho a participar en la vida cultural, señalando que entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966, entró en vigor en 1976, ratificado por 86 Estados, en su artículo 27 expresa que en los Estados en que existan *minorías étnicas*, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo es el que mayor relevancia tiene para las poblaciones indígenas entre los anteriores Pactos y Declaraciones, no obstante que no se refiere en forma específica y directa a los pueblos indígenas, toda vez que constituye un reconocimiento internacional de los derechos de grupos étnicos en el marco de los Estados independientes. Stavenhagen comenta que el hecho que haya sido incluido en este Pacto, marca sin duda un avance histórico, ya que durante muchos años la ONU no quiso aprobar ningún instrumento relativo a las minorías étnicas u otras. En 1948, cuando fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General descartó específicamente la posibilidad de referirse a los derechos de las minorías y encargó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías que se ocupara de ellas. Este artículo 27 es el resultado de muchos años de discusiones y controversias en el seno de la Subcomisión²⁶⁶.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General en 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por 38 Estados, señala en su primer considerando:

“Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de derechos Humanos establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.”

Y, para cumplir esos objetivos, en su artículo 1 establece que todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y aleguen ser víctimas de violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

Hoy en día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena, con una cada vez más creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos

²⁶⁶ Rodolfo Stavenhagen: *Derecho Indígena y...*

pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzar la ratificación del **Convenio 169 de la OIT**, o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias.

Efectivamente, en 1989 se aprobó el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**. Dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat.

El artículo 2 de este convenio, luego de determinar en el artículo 1 su ámbito de aplicación, determina que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Tal acción deberá incluir diversas medidas, entre ellas, las que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Dentro de ese marco, el artículo 4 dispone la adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; puntualizando que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Asimismo, el artículo 5 manda que, al aplicar las disposiciones del Convenio, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente

En el artículo 8 se encuentran normas importantes que, aunque criticadas por algunos autores, han contribuido al reconocimiento del pluralismo jurídico en las Constituciones de los países. Esta norma determina:

“Artículo 8.-

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

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

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

Yrigoyen argumenta que el Convenio 169 no subordina la jurisdicción indígena a la del sistema estatal. Sin embargo, Kimberly Inksater²⁶⁷ sostiene que mientras que el artículo 8.2) garantiza un derecho específico para retener las costumbres jurídicas e institucionales, el texto complementario del mismo está dirigido hacia la consideración de las costumbres indígenas *dentro* del sistema estatal. Existe cierta ambigüedad entre la aplicación autónoma del Derecho Indígena y la aplicación de costumbres indígenas por el Derecho estatal, lo que se constata con la redacción del artículo 8 en sus apartados 1) y 2).

“Artículo 9

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

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

Inksater indica que la ambigüedad del artículo 8, se repite en el artículo 9, pues sus normas implican que la ley estatal puede aplicar el *Derecho consuetudinario*, o las autoridades indígenas pueden aplicar sus leyes dentro de los límites de las normas fundamentales de derechos humanos.

²⁶⁷ Kimberly Inksater: *Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo*, Universidad de Ottawa, Ottawa, 2006, p. 70

Pese a las críticas, sostengo que el Convenio 169 de la OIT constituye un gran avance en el reconocimiento del pluralismo jurídico en los Estados que cuentan con población indígena originaria.

El concepto de pluralismo jurídico hace referencia a la “coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro un mismo espacio territorio; es decir...la co-existencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro de un Estado o ámbito espacial en el que existan”²⁶⁸. De dicha definición, que coincide con la otorgada por Raquel Yrigoyen Fajardo, para quien el pluralismo jurídico “es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico...”, se desprende el reconocimiento del carácter de sistema jurídico del derecho indígena.

6.4 El Estado pluricultural, pluralismo jurídico subordinado: El Impacto del Convenio 169 en la reforma constitucional de 1994

En el marco del Convenio 169 de la OIT, fue diseñándose en Bolivia un constitucionalismo bajo el influjo del reconocimiento a la diversidad, que inaugura –de acuerdo a la denominación de Raquel Yrigoyen- el constitucionalismo pluricultural²⁶⁹, que tiene las siguientes características anotadas por la misma autora: El reconocimiento del derecho individual y colectivo a la identidad y diversidad cultural, el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 y la introducción de fórmulas de pluralismo jurídico, “logrando romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es ‘derecho’ el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado”.²⁷⁰

Efectivamente, como hemos sostenido, la reforma constitucional de 1994 introduce el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia (art. 1.I), y, en el art. 171 de la Constitución, se declararon los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades indígenas y campesinas, en especial

²⁶⁸ Mejía Coca, Juan, “Algunos temas a discutirse en la temática de justicia indígena”, en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, op. cit., pág. 132 y ss.

²⁶⁹ La autora –como desarrollaremos más adelante en el cuerpo principal de la presente Tesis- sostiene que el *horizonte del constitucionalismo pluralista* tiene tres ciclos: El primero, el *constitucionalismo multicultural*, el segundo, el *constitucionalismo pluricultural*, y el tercero, el *constitucionalismo plurinacional*. En Bolivia, el horizonte del constitucionalismo pluralista, se inicia directamente con el constitucionalismo pluricultural, conforme se analiza en el presente trabajo.

²⁷⁰ *Ibíd.* p. 4 y ss.

los relativos a sus tierras comunitarias de origen, su identidad, valores, lengua, costumbres e instituciones, y se reconoció a las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas **la facultad de “ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos (...)”**.

Conforme a lo anotado, la Constitución boliviana abrogada realizó un reconocimiento de la vigencia de las normas de las comunidades indígenas y campesinas, basado en los valores propios de la comunidad y la forma de regular su vida social, de sus autoridades naturales, tanto en sus métodos de selección como en el ejercicio de funciones jurisdiccionales para la aplicación de esas normas; además, se reconocieron los procedimientos utilizados para la solución de los conflictos suscitados dentro de las comunidades. En ese entendido, las “autoridades naturales” (autoridades de los pueblos indígenas) podían aplicar sus propias normas, siempre que las mismas no fueran contrarias a la Constitución y **las leyes**. Al prever esta limitación, la Constitución se alejó un tanto de los lineamientos generales establecidos por el Convenio 169, en el que se estableció como único límite de la aplicación del derecho indígena, los derechos humanos establecidos en los Pactos internacionales así como los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de cada país.

Sin duda, el límite impuesto por la Constitución del '94 en el art. 171, sobre la compatibilidad de la aplicación del derecho indígena con las leyes, es lo que le restó efectividad y fuerza, en la medida en que el ordenamiento jurídico nacional no tomó en cuenta la existencia de ese derecho indígena y, por tanto, la aplicación de sus normas siempre encontraba una barrera y un límite en las leyes.

Por otra parte, cabe mencionar que si bien se reconocieron los derechos de los pueblos indígenas y la jurisdicción indígena, el marco del reconocimiento fue limitado, pues a más del art. 1 referido al carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia y el art. 171 citado, el tema indígena seguía siendo ajeno a la configuración institucional del Estado boliviano, y estaba incluido como un Régimen Especial (Título Tercero, Régimen Agrario y Campesino, de la Parte Tercera, Regímenes Especiales).

Además, el art. 171 de la CPE establecía que una ley debía compatibilizar las función jurisdiccional indígena de “las autoridades naturales” con las atribuciones de los poderes del Estado; sin embargo, pese a la existencia de proyectos de Ley, éstos no fueron aprobados por el parlamento.

Ello determinó que los temas relativos, por ejemplo, a la competencia territorial, material y personal de la jurisdicción no estuvieran precisados, que no exista una norma expresa que estableciera el órgano destinado al control de la jurisdicción

indígena y que, en los hechos, la jurisdicción ordinaria terminara por controlar las decisiones de la indígena.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas fue ratificada por Bolivia **mediante Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007** y tiene un peso gravitante, como fundamento y justificación, en la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009. Es el instrumento internacional principal para la promoción y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Recordemos que hay alrededor de 370 millones de indígenas en todo el planeta, que viven en cerca de 70 países, hablando más de 5.000 idiomas, donde la situación de Bolivia no es para nada aislada, dado que en nuestro país se cuenta con 36 idiomas oficiales, que son hablados por diversidad de naciones, cada una con su cultura, idioma y normativa tradicional propias.

El propósito fundamental del señalado texto internacional, es eliminar las persistentes desigualdades que siguen enfrentando los pueblos indígenas y reparar lo que la historia y los Estados hicieron contra estos pueblos: violaciones masivas a los derechos humanos, asimilación forzada, genocidio, conquista y colonización de sus tierras y recursos naturales, guerras y matanzas, entre otros.

La Declaración establece que los Pueblos Indígenas son titulares de derechos como los demás pueblos y que, como lo estipula el artículo 3 de dicho texto (al igual que otros Pactos Internacionales), "los pueblos indígenas tienen derechos a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

El art. 5 de la Declaración instituye que 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. Esta disposición reconoce el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer sus instituciones jurídicas, lo que involucra el reconocimiento expreso de la existencia del pluralismo jurídico en los países donde existen pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 27 estipula que los Estados **establecerán y aplicarán, conjuntamente** con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que **se reconozcan debidamente las leyes**, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con **sus tierras**, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Debemos otorgar mayor interés a lo dispuesto por el art. 34 de esta Declaración, que señala: “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**”.

6.5 Reconocimiento constitucional.

Cabedo expresa que ha existido cierta reticencia a considerar al Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como un verdadero sistema jurídico²⁷¹. Para Óscar Correas²⁷², el reconocimiento del Derecho Indígena y con ello del pluralismo jurídico se encuentra con una ideología muy fuerte que opaca la posibilidad de concebir la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo territorio. Esa ideología es la soberanía. De ahí –señala Cabedo- surge la concepción que sólo es Derecho el emanado del poder soberano, del Estado, y compuesto, además, por normas escritas. Sin embargo, si definimos el Derecho, conforme lo sostiene Oscar Correas, como el conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados, no habría obstáculo alguno para aceptar al Derecho Indígena como sistema jurídico.

Frente a ello, el autor mencionado²⁷³, se pregunta cuál el motivo por el que no se quiere o no se ha querido aceptar al Derecho consuetudinario o Derecho Indígena como sistema jurídico, pregunta que nos lleva a la respuesta inequívoca que no se acepta por razones políticas. Entonces, descartadas las razones políticas que intentan imponer el Derecho del Estado en todo el territorio del mismo desconociendo la realidad, es necesario afirmar que existen, junto a los sistemas jurídicos estatales, sistemas jurídicos indígenas creados alrededor de sus conocimientos, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social²⁷⁴.

²⁷¹ Vicente Cabedo: *El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador (Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena)*, obtenido en <http://www.observatorio.cl>, en 19 de diciembre de 2014

²⁷² Óscar Correas: “Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Nacional Autónoma de México, obtenido de www.e-archivo.uc3m.es, el 13 de diciembre de 2014

²⁷³ Vicente Cabedo: *El pluralismo jurídico en Colombia...*

²⁷⁴ Vicente Cabedo: *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*, obtenido en www.alertanet.org, en 15 de diciembre de 2014

Siguiendo al profesor Cabedo²⁷⁵ -cuya doctrina ciertamente ha nutrido abundantemente esta investigación- en su trabajo “Los Pueblo Indígenas y sus derechos en las Constituciones Iberoamericanas”, al estudiar el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural en las Constituciones Latinoamericanas, presentó una **clasificación en tres bloques**, según la ubicación de tal reconocimiento, teniendo en cuenta si el mismo aparece reflejado de forma expresa o, por el contrario hay que deducirlo de su articulado.

En ese sentido, en el **primer bloque** se encuentran las Constituciones de Nicaragua, Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Guatemala y México, en las que ya en sus artículos iniciales, se expresa el pluralismo étnico y cultural, incluyéndolo bien dentro del título de “principios fundamentales”, o “disposiciones generales”, o en el dedicado a “la persona”, o en las “garantías individuales”. Se trata de Estados que cuentan con una mayoría de población indígena, excepto Nicaragua y Colombia.

Un **segundo bloque** está conformado por las Constituciones que reconocen la existencia o preexistencia de los pueblos indígenas, como el caso de Paraguay y de Argentina, o la propia “identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales”, como en Panamá. En este bloque no existe la referencia explícita al multiculturalismo o a la diversidad étnica y cultural, además que la temática indígena no aparece en los preceptos iniciales. Son países donde la población indígena es inferior a los del primer bloque.

El tercer y último bloque está conformado por la Constitución de Brasil, en la que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural está implícito, al dedicar todo un capítulo a los “indios”, además de hacer referencia a ellos en otros artículos.

Finalmente, algunos Estados en los que la referencia a la cuestión indígena en sus Constituciones es inexistente, como Chile, Costa Rica; simbólica o indirecta, como El Salvador; o de carácter tuitivo como Honduras.

No obstante que durante los siglos XIX y XX el constitucionalismo latinoamericano no abordó la problemática de los derechos de los pueblos indígenas, los últimos treinta años se ha producido un gran avance siendo cada vez más frecuente el reconocimiento expreso de los pueblos indígenas en las Constituciones de la mayoría de los países de América Latina.

Raquel Yrigoyen²⁷⁶ establece tres ciclos en cuanto al constitucionalismo referido al reconocimiento del Pluralismo Jurídico y del Derecho Indígena, que serán

²⁷⁵ Vicente Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 81

²⁷⁶ Raquel Yrigoyen Fajardo: *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Publicado en: Berraondo, Mikel

desarrollados conforme dicha autora propone y que plenamente compartimos por ser fiel a la realidad de lo sucedido en nuestros países con relación al Pluralismo Jurídico.

La división sobre los modelos de constitucionalismo que efectúa Yrigoyen se compone de:

1. Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena.
 - a. Modelo segregacionista colonial de tutela federal de naciones domésticas.
 - b. Modelo propiamente liberal-asimilacionista.
 - c. Modelo constitucional misionero-civilizador
2. Constitucionalismo Social en el siglo XX y el indigenismo integracionista.
3. Constitucionalismo pluralista de finales del siglo XX
 - a. El ciclo del constitucionalismo multicultural (1982-1988).
 - b. El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989-2005).
 - c. El ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Seguidamente, comparto el desarrollo que efectúa Raquel Yrigoyen de conformidad a la clasificación y contenido que ella nos ofrece.

6.5.1 Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena.

El constitucionalismo liberal se caracteriza por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente individualista. Tales modelos de tratamiento indígena son bosquejados en las primeras constituciones históricas de las Américas, en parangón a la Constitución de Cádiz de 1812 Tienen como objetivo el sometimiento indígena, esto es, el despojo de sus territorios, el aseguramiento de su subordinación política, y su anulación cultural. Las modalidades específicas de sometimiento constitucional indígena responden al grado de sujeción o autonomía indígena precedente.

(coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567), obtenido en <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>, en 15 de diciembre de 2015

Yrigoyen Fajardo indica que las tres modalidades de sometimiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal son las siguientes:

a) Modelo segregacionista colonial de tutela federal de naciones domésticas. El primer modelo de tratamiento constitucional de los indígenas en las Américas aparece ya con la Constitución de los Estados Unidos (EEUU) de 1787. Las provisiones de esta Constitución están destinadas a la domesticación de las naciones indias no sometidas, con las que la Corona Inglesa –previamente- y la Unión –luego- habían firmado tratados, como los que firmaban con naciones extranjeras. El desarrollo de este modelo derivará en un formato segregacionista-colonial de tutela federal de “naciones domésticas”, uso de guerra –por fuera de las reglas de guerra-, reducción física y subordinación política, con regímenes diferenciados; establecimiento de territorios sin soberanía estadual, pluralismo jurídico subordinado y limitado, y suspensión constitucional de ciudadanía para los indígenas no tributarios²⁷⁷.

b) Modelo propiamente liberal-asimilacionista. El segundo modelo es diseñado por la primera Constitución de la Hispanoamérica Independiente, la Constitución de Venezuela de 1811. Este modelo se dirige a los indígenas ya sometidos y reducidos en pueblos de indios durante la era colonial. Busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la Colonia permitían.

En el marco de la ideología individualista liberal –explica Yrigoyen- los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. Bajo tal ideología liberal se pregona la conversión de indios en ciudadanos iguales ante la ley, lo que se traduce en levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios (mita y servicio personal). La otra cara de la moneda es el levantamiento de las protecciones colectivas que existían en era colonial y protegían a los indígenas frente al avance de los criollos, como la inalienabilidad de tierras colectivas indígenas. El constitucionalismo liberal busca hacer desaparecer los elementos de cohesión colectiva, y de reproducción material, política y cultural de los pueblos indígenas, y así prevenir posibles levantamientos, como ocurrió a fines de la era colonial. Bajo la ideología del Estado-nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la asimilación de los

²⁷⁷ Íd.

indígenas a dicho patrón general. Quedan desterrados el fuero, autoridades, y normas indígenas, su cultura e idiomas²⁷⁸.

c) Modelo constitucional misionero-civilizador. El tercer modelo – continúa Raquel Yrigoyen- se desprende de las constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, todavía bajo esquema monárquico. Contiene un programa Misionero-civilizador de conversión y civilización de indios infieles/incivilizados, bajo tutela eclesial o estatal. Este modelo está destinado al sometimiento de las naciones indígenas aún no colonizadas, buscando la sedentarización de las mismas en misiones o reducciones. Con ello, los nuevos Estados buscan ganar territorio para ampliar la frontera agrícola interna con la presencia de colonos, y asegurar la frontera externa. El constitucionalismo misionero-civilizador utiliza los medios del segregacionismo colonial (segregación territorial, régimen legal especial, tutela eclesial y administrativa, gobierno indirecto, pluralismo subordinado), bajo suspensión transitoria de ciudadanía.

Su objetivo explícito no es el de mantener a los indígenas segregados, sino de “civilizarlos”, a fin que posteriormente se sometan a la ley general. Sin embargo, esta modalidad segregacionista tutelar tenderá a perpetuarse. En el siglo XIX, los nuevos estados andinos, y latinoamericanos en general, adoptan estos tres paradigmas de sometimiento constitucional de los indígenas, de modo directo o mixto, así como sucesivo, de acuerdo a la condición indígena precedente.

Estas modalidades de sometimiento constitucional indígena mantendrán su vigencia durante todo el siglo XIX y hasta entrado siglo XX, cuando aparezca el constitucionalismo social²⁷⁹.

6.5.2. El Constitucionalismo Social en el siglo XX y el indigenismo integracionista.

Con la emergencia del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la Constitución de México de 1917, se introducen los derechos sociales y colectivos, que cuestionan las limitaciones del modelo liberal precedente. Ello, por lo menos, tiene tres implicaciones: La primera: A diferencia del carácter fundamentalmente abstencionista que el modelo liberal clásico diseñaba como papel del Estado, los derechos de carácter social obligan al Estado a formas de intervención en la vida

²⁷⁸ Íd.

²⁷⁹ Ibíd.

económica y social, incluyendo políticas públicas proactivas, así como el establecimiento de limitaciones a la libertad contractual y al derecho de propiedad, asignando a éste una función social.

La segunda implicación radica en que, a diferencia de la interpretación liberal formal del principio de igualdad ante la ley, el constitucionalismo social asume una interpretación sustantiva del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las condiciones materiales para que la misma se haga efectiva, por lo que asume un papel protector o tutelar de sectores o grupos sociales vulnerables –trabajadores, campesinos, madres, lo que posibilita el desarrollo de normas tutelares de carácter especial o diferenciado.

Y, la tercera implicación descansa en que, superando la proscripción de sujetos corporativos que hacía el constitucionalismo liberal individualista, la introducción de derechos colectivos supone el reconocimiento y protección de entes colectivos - como sindicatos, cooperativas, comunidades-, y no sólo de individuos. De ese modo, el constitucionalismo social posibilita el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos o especiales de carácter protector, y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado en favor de derechos sociales de la población indígena.

El constitucionalismo social define el “problema indígena” como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la Oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola. Los derechos sociales y colectivos que introduce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas a los que en el siglo precedente se les aplicara el modelo liberal individualista de disolución de sus entidades jurídicas colectivas, tierras, idiomas, costumbres, autoridades. Queda claro a los legisladores que el desmontaje de las protecciones colectivas que la Colonia daba a las comunidades indígenas no produjo prósperos agricultores sino despojo territorial a favor de hacendados, servidumbre indígena, miseria generalizada y marginación social; lo que las nuevas políticas sociales buscan disminuir. He ahí que las Constituciones se preocupan por el reconocimiento de entidades colectivas y tierras; el fin de la servidumbre, y el establecimiento de diversas protecciones, con un propósito de integración y desarrollo.

En el marco del constitucionalismo social, el indigenismo integracionista reconoce derechos indígenas específicos que dan paso a nuevas políticas públicas. Así, Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena. Además, las Constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena, y dan un papel activo al Estado con relación a la educación, la salud y la

integración de los indígenas al mercado y el Estado. Y, asimismo, las Constituciones reconocen tierras colectivas, incluso restaurando el carácter inalienable que tenían en la Colonia. Los indígenas son definidos básicamente como campesinos.

A más, las Constituciones reconocen algunas especificidades culturales proscritas previamente, lo que hace permisible el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Y también se reconocen algunas instituciones, autoridades, usos y prácticas jurídicas indígenas para regulación de la vida social y la resolución de conflictos, pero subordinadas a la ley y el orden público, y sin que en ningún caso amenacen la integridad territorial, el monopolio estatal de la violencia legítima y la llamada “unidad nacional”.

Si bien el pensamiento jurídico constitucional admite entidades y derechos colectivos, superando el liberalismo individualista decimonónico, no hace concesiones respecto de la identidad Estado-derecho. Al contrario, el Estado social supone un reforzamiento de la presencia estatal y el indigenismo permite la regulación estatal del mundo indígena. La máxima fisura intrasistémica que permite el pensamiento jurídico monista es la aceptación de “costumbres” indígenas, pero no el derecho indígena como tal, o el pluralismo legal. El reconocimiento de ciertas costumbres o incluso del derecho consuetudinario indígena mismo sólo cabe de modo transitorio y con el expreso límite que no afecte las políticas de integración a las que los estados pueden someter a los pueblos indígenas. Esto tiene un claro desarrollo en el ámbito internacional con la elaboración del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes de 1957. En el campo internacional americano el nuevo indigenismo integracionista se expresa a partir del Congreso de Pazcuaro en 1940, que permite la institucionalización del mismo como política de Estado a escala intercontinental. La Carta Americana de creación de la Organización de los Estados Americanos –OEA en 1948 establece un marco integracionista sobre el “problema indígena”.

La autora citada puntualiza que mientras los estados Centroandinos inician a partir de la tercera década del siglo XX un nuevo indigenismo integracionista, al amparo del constitucionalismo social (para paliar los nefastos efectos de las políticas asimilacionistas y privatistas del siglo anterior), Chile y Argentina emprenden políticas de cuño asimilacionista. Tales se extienden hasta la segunda mitad del siglo XX. Luego de medio siglo de políticas asimilacionistas en Chile, el efecto es el aumento del despojo territorial, la reducción del número de comunidades y la migración de indígenas a las ciudades. La llegada del constitucionalismo social no impacta sobre el mundo indígena sino hasta los sesentas, con las políticas agrarias que Freire (1967) y Allende (1970-73) emprenden a favor del “desarrollo agrario y la integración de las masas campesinas a la nación”. Sin embargo, pronto se inicia un nuevo ciclo violento de despojo. Chile es el primer Estado que introduce,

nuevamente mediante la violencia, el modelo económico neoliberal de privatización de la economía y la transferencia de recursos a las transnacionales. Ello impacta en un nuevo despojo de tierras y recursos que las políticas campesinistas habían logrado transferir o reconocer a los colectivos indígenas bajo el título de campesinos. Los indígenas tendrán que esperar el inicio de la democracia para una legislación indigenista que les reconozca derechos (1991). En el caso argentino, hay variantes, pues en 1960 el Estado ratifica el Convenio 107 de la OIT, consagrando oficialmente el indigenismo integracionista, que se concreta con la Ley de 1980. El cambio constitucional se hace esperar hasta 1994 y en el 2000 el Estado ratifica el Convenio 169 que supera el Convenio 107²⁸⁰.

6.5.3 El constitucionalismo pluralista de finales del siglo XX.

En el marco del constitucionalismo social los Estados reconocieron el sujeto colectivo indígena y derechos especiales. Sin embargo, los colectivos indígenas sólo fueron reconocidos como comunidades o etnias, no propiamente como pueblos. De otro lado, el modelo integracionista mantuvo el ideal del Estado-nación y el monismo legal o monismo jurídico. El reconocimiento de “costumbres” indígenas, así como de formas limitadas y subordinadas de la justicia indígena, constituyeron fisuras intrasistémicas que no implicaban el reconocimiento del derecho indígena o del pluralismo jurídico propiamente.

A fines del siglo XX se producen cambios importantes que permiten la emergencia del Horizonte Pluralista.

La transición se da con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación o el Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas. La de Guatemala empieza a utilizar el discurso del multiculturalismo, pero todavía bajo el horizonte integracionista. La de Nicaragua, luego de un proceso de confrontación armada, reconoce el carácter multicultural del pueblo, y es la primera en la región en reconocer “autonomías” de los pueblos indígenas, aunque todavía no plenamente el pluralismo jurídico.

El reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, lo inaugura la Constitución de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), aunque con variantes. Las

²⁸⁰ *Ibíd.*

constituciones de Paraguay (1992) y México (1992-2001), contienen fórmulas mediatizadas de reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena. En el caso del Paraguay, por su carácter voluntario, y en el de México, por su carácter subordinado (validación de las decisiones indígenas por los jueces ordinarios). Argentina luego de más de un siglo, cambia en 1994 la Constitución misionero-civilizadora de 1853, pero todavía bajo la fórmula norteamericana de otorgar atribuciones al Congreso para regular en materia indígena. No obstante, incorpora nuevos conceptos –como el de la preexistencia de los pueblos indígenas- y derechos específicos para los mismos.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT asegura la incorporación del concepto de pueblos indígenas, superando el de poblaciones que tenía el Convenio 107. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que los estados habían desarrollado con los pueblos indígenas.

Considerando el principio de la igual dignidad de las culturas que las nuevas constituciones reconocen ahora, lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos. Del mismo modo, debería reconocerse poder de definición a todos los pueblos para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas²⁸¹.

Luego, Yrigoyen desarrolla más ampliamente el constitucionalismo pluralista en “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, y define la existencia de tres ciclos dentro de dicho modelo constitucionalista:²⁸²

a) El ciclo del constitucionalismo multicultural (1982-1988). Está marcado por el surgimiento del multiculturalismo y por las nuevas demandas indígenas. Las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho –individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución de Canadá (1982) abre la brecha con un reconocimiento pionero de su herencia multicultural (multicultural heritage) y la

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² Raquel Yrigoyen: “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, obtenido en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf el 24 de marzo de 2015

incorporación de los derechos de los aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). La Constitución de Guatemala de 1985 reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La de Nicaragua en 1987, también reconoce la “naturaleza multiétnica” del pueblo, así como los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades étnicas del Atlántico, para que puedan organizarse según “sus tradiciones históricas y culturales” y desarrollar un régimen de autonomías. La Constitución de Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos de los planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que se ubica en el umbral del segundo ciclo.

Se constata que en este ciclo, las Constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico.

b) El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989-2005). En este ciclo, las constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y la diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además los conceptos de “nación multiétnica/multicultural” y de “Estado pluricultural”, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado. El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar los derechos de los indígenas así como los de los afrodescendientes y otros colectivos.

Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros. Lo más importante de este ciclo es que las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, dado que reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones que no siempre se implementan de modo orgánico y sistemático. Este modelo se expande en América Central y Sudamérica: Colombia (1991), México y

Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y la Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999).

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los años noventa se dio paralelamente a otras reformas constitucionales destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. Por ello, continúa Yrigoyen, la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados.

La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad, generaron, de alguna manera, una inflación de los derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales aptos para hacerlos efectivos.

Los nuevos derechos conquistados y la atribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas han provocado un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para promulgar leyes sin estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas²⁸³.

c) El ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006-2009). Está conformado por dos procesos constituyente: Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se configura como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de

²⁸³ Íd.

Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia. Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la perspectiva indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir” y a la seguridad alimentaria, entre otros. Y asimismo reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena. Adicionalmente, la Constitución de Ecuador incorpora derechos para nuevos sujetos, como la naturaleza (la Pachamama, los cursos de agua), por fuera de la sistemática homocéntrica occidental.

Las Constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria²⁸⁴.

Ciertamente, el desarrollo del constitucionalismo desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a su propio Derecho, que engloba su propio sistema de justicia, no ha sido fácil ni rápido. A partir de la década de los '90 en Latinoamérica se ha ido avanzando para la visibilización y constitucionalización de algo que existe desde siempre como es el Derecho Indígena. Y si bien se comenzó en forma tímida y timorata, en algunos países como Bolivia y Ecuador, se está viviendo el auge de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, aunque, desafortunadamente, existan serias limitaciones en la implementación de lo consagrado por la Ley Suprema, y lo que es peor, pasa por la inadecuada, interesada y sesgada aprobación de leyes “de desarrollo”, como la ley de Deslinde Jurisdiccional en Bolivia, que en lugar de permitir el apropiado reconocimiento del derecho al propio Derecho, constituyen un franco retroceso en todo lo que ha costado lograr.

Ahora bien, para entender la jurisdicción indígena como un derecho colectivo fundamental de los pueblos y comunidades indígenas, debemos partir del reconocimiento que hace el derecho internacional y la mayoría de las constituciones latinoamericanas de la existencia jurídica de estos pueblos, y con ello del derecho a la libre determinación y la autonomía de la que gozan. A partir de este primer reconocimiento vamos a encontrar legislaciones avanzadas en materia de pluralismo jurídico, como son la colombiana, la ecuatoriana y la

²⁸⁴ Íd.

boliviana y otras con un reconocimiento limitado a la jurisdicción indígena como son la peruana, la guatemalteca y la mexicana.

Dentro de ese marco, cabe mencionar que, en los ámbitos internos, en América Latina se han realizado sucesivas reformas constitucionales: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (2009), Ecuador (2008) y Venezuela (1999). Estos países iniciaron el reconocimiento a derechos originarios ligados a las tierras, como un paso necesario para garantizar la reproducción física y cultural en un concepto más amplio que el de tenencia de la tierra.

Tanto Colombia, como Bolivia y Ecuador, incorporan de manera directa los conceptos de pueblo indígena, territorio y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado, y de Bolivia, además se reconoce la autonomía²⁸⁵ indígena a la par de las autonomías regionales, departamentales y municipales. En menor rango y profundidad se ubican las reformas de Costa Rica (1977), Panamá (1972, revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998), y en el caso de Chile se emitió una ley sin reforma constitucional (1993). En ellas se tiende a enfatizar el reconocimiento a la naturaleza pluricultural de sus naciones y a ofrecer garantías para ejercer y fortalecer su identidad. Salvo la de México, todas ellas hacen declaración expresa del carácter inembargable e inalienable de las tierras y territorios²⁸⁶.

Hasta este momento y a lo largo del presente trabajo de investigación, se ha demostrado la existencia del Derecho Indígena, más allá del reconocimiento o no, que le hayan dado las Constituciones. Ahora, corresponde efectuar una breve revisión respecto del reconocimiento constitucional en algunos países, y finalmente, analizar el reconocimiento que sobre este tema contiene la Constitución boliviana, promulgada el 7 de febrero de 2009.

De inicio, con referencia al reconocimiento de la diversidad cultural, los países en los que coexisten diversas culturas han tomado cada vez más consciencia de la conveniencia de valorar y promover la multiplicidad de las expresiones culturales, en pos de una interacción social cada vez más armoniosa. En ese marco, se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (UNESCO, 2001) y la Convención

²⁸⁵ Constitución boliviana: “**Artículo 272.** La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones.”

²⁸⁶ Bartolomé Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional*. México, Siglo XXI, 1994.

sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005), el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros.

En América Latina algunas Constituciones han avanzado hacia una mayor aceptación de la diversidad cultural. Como ya he referido, Bolivia se define como un país “plurinacional e intercultural”, en el cual se fomenta el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe, y se reconoce el derecho a la identidad cultural de las naciones y pueblos indígenas (arts. 1°, 9° N° 2 y 3, 30.II.2, 100.I y 100.III de la Constitución Política del Estado).

Colombia, a su vez, reconoce y protege la “diversidad étnica y cultural” de la nación colombiana (art. 7°).

El art. 1° de la Constitución de **Ecuador** señala que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural, plurinacional* y laico”.

El pueblo de **Nicaragua**, por su parte, se define como “plural y multiétnico” (arts. 5° y 8°).

A pesar que la **Constitución mexicana** sostiene que la nación de dicho país es única e indivisible, admite que su composición es “pluricultural” y que se sustenta originalmente en sus pueblos indígenas (art. 2°).

En la constitución del **Perú** se consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural, debiendo el Estado reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (art. 2°.19).

Paraguay se proclama como país pluricultural y bilingüe, debiendo su Estado respetar las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas (art. 140, en relación con el art. 66).

La constitución de **Venezuela** reconoce y respeta la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (art. 100), y consagra el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad, étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto (art. 121).

En otras Constituciones existe un reconocimiento implícito de la diversidad cultural en cuanto principio institucional orientador: En Argentina (arts. 75 N° 17 y 19), Guatemala (arts. 58, 66-70), Honduras (art. 173), y Panamá (art. 86).

Específicamente sobre el Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena, se tiene que la Constitución de **Colombia** de 1991 establece

“Artículo 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad

con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

La Constitución mexicana con la reforma de 10 de julio de 2015, establece:

“Artículo 2º. *La Nación Mexicana es única e indivisible.*

*La Nación tiene una **composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas** que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

*La conciencia de su **identidad indígena** deberá ser criterio fundamental para determinar **a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas**.*

*Son **comunidades integrantes de un pueblo indígena**, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.*

*El **derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación** se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.*

*A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la **autonomía** para:*

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus

formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.

IV. *Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.*

V. *Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.*

VI. *Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.*

VII. *Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.*

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. *Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se **deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales** respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

El anterior precepto ha sido introducido en la última reforma constitucional mexicana y constituye un gran avance respecto de la regulación que antes existía, por cuanto, la ahora vigente, además de reconocer la composición pluricultural del Estado, sustentada en sus pueblos indígenas, proclama la autonomía de dichos pueblos para **aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y**

solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. Entonces, está determinando los límites del ejercicio del derecho Indígena en los derechos humanos, las garantías individuales, haciendo una mención expresa a la mujeres, que resulta un matiz positivo y avanzado en esta temática; sin embargo, la última parte de ese apartado, cuando dice: ***“La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”***, podría ser interpretado de diversas formas, una en sentido que las decisiones que adopten los pueblos indígenas en la resolución de conflictos tendrían que ser validadas por las autoridades estatales, lo que significaría una interpretación contraria a la concepción pluralista de esta Constitución; y, otra –más acertada- podría referirse a que, en caso que una resolución de un pueblo indígena sea contrario a los derechos humanos, garantías individuales o a lo establecido por la Constitución, podría acudir ante la autoridad judicial pertinente para que determine lo correspondiente.

La **Constitución peruana**, proclama:

“Artículo 149º.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

En **Venezuela**, la Constitución expresa:

“Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

En breves líneas, la Constitución venezolana, está estableciendo los ámbitos de competencia de la jurisdicción indígena, cuando señala que podrá aplicar sus normas y procedimientos “en su hábitat”, que es la competencia territorial; “que solo afecten a sus integrantes”, es la competencia personal; y, asimismo, circunscribe la actuación de la instancia indígena dentro de lo determinado por la Constitución, “la ley” y el orden público. Al definir a la Ley como una de las limitaciones al ejercicio del Derecho Indígena, la norma constitucional señalada supra, está subordinando en extremo las decisiones indígenas, puesto que no

solamente están sometidas a la Ley Suprema, sino a las leyes, como se hizo en Bolivia con la reforma constitucional de 1994, criterio que en mi país, felizmente, ha sido superado con la nueva Constitución, vigente desde 2009.

La Constitución de **Ecuador** (2008),²⁸⁷ en su art. 57 apartado 10:

“10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su Derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

Y, en su artículo 171, expresamente reconoce la jurisdicción indígena:

“Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su Derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

De la misma manera que podemos reconstruir la trayectoria de la juridización de las demandas de los pueblos indígenas, se ha ido gestando en los Estados nacionales de América Latina un inventario defensivo que, “en aras de la unidad nacional y soberanía”, expresa una creciente cerrazón ante la necesidad de cambiar la naturaleza del orden jurídico y dar entrada como principio constitutivo al de la pluriculturalidad. Hay sin duda conciencia de la contradicción que entraña para las aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos. En el contenido de la demanda indígena destaca su inserción en la vida política nacional, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, y la posibilidad de participar en la toma de

²⁸⁷ El caso ecuatoriano ha sido objeto de estudio por parte de Silvia Bagni. Consultense “La partecipazione popolare in Ecuador” *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, IV, pp. 1783 – 1800; “Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador”, en *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, FILODIRITTO Ed., Bolonia, 2014, pp. 73-99

decisiones sobre los proyectos de desarrollo²⁸⁸. Como vemos, no se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o a la contratación de maestros que hablen lengua indígena²⁸⁹.

Siguiendo el entendimiento de Bartolomé Clavero²⁹⁰, repásense unas Constituciones y se verá que los reconocimientos de Derecho Indígena son como añadidos o apósitos que no inciden sobre un conjunto o sistema. Por haberse girado del monoculturalismo europeo a la multiculturalidad americana, no se ha pasado a revisar la fábrica del edificio que respondía a la primera base y no a la segunda. Por reconocer Derecho Indígena, ningún Estado americano ha puesto en revisión su propio sistema, pero éste es tema que puede dar lugar a otra investigación, centrándonos ahora en la existencia del pluralismo jurídico en Bolivia, y la coexistencia entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal, tal cual se encuentra configurado hoy en día. Ningún Estado se ha planteado todavía su reconstitución a la luz y en virtud de la multiculturalidad. Está proponiéndose a los indígenas que se incorporen y que participen en la misma estructura sustancial de poderes que se fundó y organizó ignorándoles y sometiéndoles, dominándoles y marginándoles. Se les ofrece un espacio que puede seguir siendo, pese a todo, marginal. Si la situación varía hoy a favor de los indígenas, no es por mérito de instrumentos internacionales y constituciones estatales, sino del aprovechamiento de espacios por parte de los mismos pueblos y comunidades indígenas, de sus demandas y las conquistas que han ido logrando a través del tiempo.

Los propios reconocimientos de jurisdicción y, en su caso, autonomías indígenas suelen producirse en términos que los dejan a la disposición de la ley y de la justicia del Estado. No se registran como derechos inmediatamente constitucionales, esto es, superiores a los poderes constituidos, sino como principios cuya inteligencia y desarrollo se encomiendan ante todo a la legislación del propio Estado, no siendo ella muy pluricultural precisamente, aunque haya representación indígena²⁹¹.

Las Constituciones de América Latina han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y costumbres”, y el límite para dicha aplicación, ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales.

²⁸⁸ Floriberto Díaz Gómez: “Principios comunitarios y Derechos Indios”. *México Indígena* No.25. Diciembre de 1988, pp.32-37

²⁸⁹ Magdalena Gómez: *Derecho Indígena y Constitucionalidad...*

²⁹⁰ Bartolomé Clavero: *Escenario Constitucional del Derecho Indígena en América*, obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero el 22 de abril de 2015

²⁹¹ Bartolomé Clavero: *Escenario Constitucional del Derecho Indígena en América*, obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero el 22 de abril de 2015

Lo propio sucede en **Bolivia**, cuando en la reforma constitucional de 1994, se incluyó el artículo 171, donde por primera vez en la historia republicana, se reconoció y protegió en la Ley Suprema del Estado, los derechos de los pueblos indígenas; se les reconoce personalidad jurídica, y el ejercicio de funciones de administración, así como la aplicación de sus propias normas, conforme a sus propios procedimientos.

El citado art. 171 de la Constitución reformada parcialmente en 1994, señalaba:

“ARTÍCULO 171º.-

*I. Se reconocen, se 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, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, **costumbres e instituciones.***

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

*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. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.*** (las negrillas son nuestras)

De lo anterior se infiere que, en la anterior Constitución boliviana, existían cuatro elementos en la jurisdicción indígena: La posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstas de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Es imperioso remarcar que se determina, en tales normas, el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de compatibilización de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

De manera directa, este texto constitucional se refería a la aplicación de decisiones de autoridad ya sea de tipo administrativo o judicial Sin embargo, en la medida que las autoridades “naturales” aplican “normas propias...en conformidad a sus usos y procedimientos”, hay también un reconocimiento explícito de éstas, como distintas

del Derecho positivo. Desde esta perspectiva, se reconoce que las comunidades y sus autoridades tienen también su propia capacidad legislativa, al menos en esa esfera de “usos y costumbres” que suponen un permanente intercambio con la asamblea y tiene más flexibilidad que la letra escrita.

A un nivel más abstracto, este reconocimiento coincidía “con la propuesta cada vez más aceptada que más allá del Derecho positivo escrito, hay que reconocer cierto pluralismo jurídico”. Lo contrario sería como pensar que no hay lenguaje si no está escrito, cuando en realidad gran parte de la belleza y potencial de todo el lenguaje se pierde cuando lo reducimos o encerramos en un texto escrito.²⁹²

Con la Constitución de 7 de febrero de 2009 -a pesar de la forma en que se procedió a la reforma total del más importante instrumento jurídico legal del país²⁹³-, ahora es la Constitución que rige en el Estado boliviano, por lo que debe ser acatada y obedecida-, se establece una serie de normas respecto de los pueblos indígena originario campesinos.

Las Naciones Originarias y Pueblos Indígenas a través de sus Organizaciones Nacionales: Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyo (CONAMAQ) y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), plantearon durante la realización de la Asamblea Constituyente (y otras organizaciones se sumaron a esta petición) la urgente necesidad que Bolivia adopte un modelo de Estado Plurinacional como uno de sus planteamientos fundamentales. Tras mucha insistencia de parte de estas organizaciones se logró una Nueva Constitución Política del Estado, donde se reconoce a las naciones y pueblos indígenas originarios el dominio ancestral sobre sus territorios, “garantizando” su libre determinación en el marco de la Unidad del Estado, reconociendo su derecho a la

²⁹² Xavier Albó y Franz Barrios Suvelza: “Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías”, *Cuaderno de Futuro* N° 22, Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD, La Paz, 2007, p.123

²⁹³ Recuérdese que la Asamblea Constituyente funcionó en Sucre, y a partir de agosto de 2007, al sacar -en forma unilateral los constituyentes del partido político Movimiento Al Socialismo (MAS), del Presidente Evo Morales- de la discusión el tema de la capitalidad plena para la ciudad de Sucre, comenzó una serie de enfrentamientos que terminaron el 24 y 25 de noviembre de ese año, con el saldo de tres personas muertas en Sucre. La aprobación de ese texto no contó con la presencia de ningún constituyente de la oposición. Después, los constituyentes oficialistas aprobaron en Oruro el texto final y, finalmente, en octubre de 2008, fue el Congreso Nacional que -al margen de la Asamblea Constituyente- modificó el proyecto, y fijó fecha para el referéndum ratificatorio que se realizó el 25 de enero, donde ganó la aprobación de la Constitución, que ahora rige a partir del 7 de febrero de 2009, fecha de su promulgación y publicación en la Gaceta Oficial.

autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.²⁹⁴

6.6 La Constitución vigente y el Estado Plurinacional e Intercultural

He señalado en forma reiterada que el art. 1 de la CPE establece que *“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”*

Conforme a la redacción del primer artículo constitucional, es evidente que el modelo de Estado asumido es complejo, en la medida en que es un Estado Unitario que no puede concebirse sin lo social, sin lo plurinacional ni comunitario, ni sin la característica de Estado de Derecho. Ello supone, entonces, que las formas clásicas para designar al Estado como Estado de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho –como sostiene la SCP 112/2012 de 27 de abril- resultan insuficientes para caracterizar al nuevo modelo y clasificarlo, pues se nutre de diferentes principios y valores que vienen de la tradición del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), del constitucionalismo social (Estado Social y Democrático de Derecho) y del Estado Constitucional de Derecho (neoconstitucionalismo), pero además, con una característica esencial que lo distingue y que marca el horizonte de este nuevo Estado: El carácter plurinacional que se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas²⁹⁵.

Efectivamente, debe considerarse que entre los rasgos fundamentales del Estado de Derecho, se encuentran el imperio de la ley, el principio de división de poderes (separación de funciones), el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales de corte individual; características que, aunque con una nueva formulación, se encuentran en el texto constitucional; las cuales sin embargo, se complementan con los postulados del Estado Social de Derecho, como el de igualdad material, constitución económica, reconocimiento de derechos de

²⁹⁴ Humberto Guarayo Llacsá: “Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)”, *Justicia Intercultural en los países andinos*, Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013, p. 111

²⁹⁵ Fundación CONSTRUIR, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Universidad de Chile. *El derecho de acceso a la justicia de las mujeres*, obtenido en www.fundacionconstruir.org/.../FINALLIBDERECHOJUSTICIAMUJER... el 2 de octubre de 2015

carácter económico y social, etc., que también se encuentran de manera ampliada en el texto constitucional²⁹⁶.

Por otra parte, en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución es una norma con contenido jurídico vinculante a todo poder y a la sociedad en su conjunto, considerada, como sostiene Eduardo García de Enterría, con valor normativo inmediato y directo²⁹⁷; lo que significa que la ley (principio de legalidad) se encuentra plenamente subordinada a la Constitución, no sólo en cuanto a su forma de producción, sino también a su contenido. Así, la Constitución es entendida no sólo de manera formal, como reguladora de las fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino como la Ley Suprema que contiene los valores, principios, derechos y garantías (parte dogmática) que deben ser la base de todos los órganos del poder público, en especial del legislador y del intérprete de la Constitución.

El modelo de Estado asumido en Bolivia, contiene estas características, pues, por una parte, se establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores y, por otra, la Constitución se encuentra garantizada porque existe un órgano jurisdiccional para hacer valer las normas constitucionales, frente a su lesión, a través de los mecanismos de protección previstos en la misma Constitución. Así, es la justicia constitucional y, fundamentalmente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

El Estado boliviano, además, tiene **carácter Plurinacional** (art. 1 de la CPE), por el cual se quiebran los fundamentos del Estado-nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico, y no sólo se reconoce a los pueblos indígenas como culturas diferentes -en el marco de una noción multicultural- sino como “**naciones**”, entendiéndolas no sólo como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada²⁹⁸, **sino como pueblos con capacidad política para definir sus destinos**²⁹⁹ aunque en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE.

²⁹⁶ Obtenido en <http://www.revistabolivianadederecho.org/index.php/item/1563-scp-0108-2014-al-10-01-aprehension-por-fiscales-control-de-la-investigacion-por-juez-cautelar-excepcion-de-incompetencia-no-tiene-efecto-suspensivo-en-etapa-preparatoria>, el 19 de diciembre de 2015

²⁹⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A, 1994.

²⁹⁸ Walsh, Catherine, ‘El Estado Plurinacional e Intercultural’, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 169.

²⁹⁹ Irigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, op cit.

Alberto del Real Alcalá dice que la Constitución boliviana fractura el modelo de Estado propio del *“liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uninacional, centralista y unicultural que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica, cultural o nacional. E instaura, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional”*³⁰⁰.

Es entonces el carácter plurinacional el cambio más trascendente en el modelo de Estado asumido en Bolivia³⁰¹, como corolario del reconocimiento -de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas- de la igual dignidad de los pueblos y personas indígenas (art. 9.2³⁰², 14.II y II³⁰³ de la CPE) y, fundamentalmente, del derecho a la libre determinación en el marco de la unidad del Estado (art. 2³⁰⁴ de la CPE).

Gutiérrez Alonso, con relación al *Estado Plurinacional*, expresa lo siguiente³⁰⁵:

³⁰⁰ Del Real Alcalá, Alberto, *“La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias”*, en Memoria Conferencia Internacional “Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”, CONCED, GTZ, Bolivia 2010, p. 103.

³⁰¹ Ibid, p. 107 y ss.

³⁰² Art. 9.- “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 2) Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e **igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades**, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe”

³⁰³ Art. 14.II. “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religiosa, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”

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

³⁰⁴ Art. 2 “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consisten en su derecho a la autonomía, el autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales conforme a esta Constitución y la ley”.

³⁰⁵ Juan Gutiérrez Alonso: *Los procesos de cambio político-constitucional en Bolivia, Ecuador y Colombia*, obtenido en <http://www.clubdelaconstitucion.com/index.php?view=article&catid=32%3Acur-08->

“No menos interesante resulta la reciente configuración constitucional del Estado boliviano como un «Estado Plurinacional». Una cuestión que en realidad ha sido elaborada en determinados laboratorios de pensamiento europeos, cuyos miembros no parecen dudar en emigrar a otras latitudes para ver realizadas sus teorías; aprovechando ciertas corrientes populistas que permitan abrazar los experimentos y ocurrencias varias. No le quepa duda a nadie que el «Estado Plurinacional» no es una idea de los campesinos del altiplano boliviano, tampoco una iniciativa de las comunidades afrodescendientes existentes en la región andina y mucho menos de los guaraníes amazónicos ni otras etnias y razas existentes en los valles que caen desde la exuberante cordillera.”

El citado autor sostiene que en Iberoamérica, con carácter general, la Constitución es considerada, por encima de todo, como un “Programa político de un Gobierno”, que la adopta o la reforma según sus conveniencias. Considero que la realidad de hoy en día está demostrando lo acertado de esa afirmación. En Bolivia, el discurso del partido ahora en el poder fue, en sus orígenes, claramente reivindicativo de los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, tras más de 10 años en el poder, se constata que se ha ido reduciendo el ámbito de ejercicio de sus derechos, como lo demuestra el hecho de la aprobación y puesta en vigencia de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

En cuanto al reconocimiento del carácter plurinacional, a decir de Catherine Walsh, el mismo trata de resolver tres asuntos críticos:

1. La relación colonial y el poder que ésta ejercita; es decir la colonialidad que pervive en el Estado y que encuentra su base en el sistema de clasificación social jerárquica, que localizaba a los indios en los peldaños más bajos de la sociedad y a los blancos europeos y sus descendientes, como identidades positivas, en la cima³⁰⁶.
2. La ambigüedad fundacional de la nación y sus modelos de Estado y sociedad excluyentes; es decir, el carácter uni-nacional del Estado y la naturaleza monocultural de las estructuras e instituciones sociales y políticas, “productos tanto del mestizaje como del nacionalismo excluyente y el discurso de poder, como del modelo civilizatorio: la modernidad blanco-occidental”³⁰⁷.

09&id=71%3Acambio-politico-cons&format=pdf&option=com_content&Itemid=47, el 14 de abril de 2016

³⁰⁶ Walsh, Catherine, ‘El Estado Plurinacional e Intercultural’, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 163 y ss.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 164 y ss.

3. La consolidación democrática y constitucional; pues ésta dependerá de la “inclusión de las poblaciones históricamente marginalizadas. Es decir, la inclusión como criterio crucial para sostener niveles altos de compromiso a la democracia, como también para asegurar la legitimidad de la democracia misma”.³⁰⁸

Sin embargo, si bien es evidente que el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado se constituye en el “hecho fundamente básico” a partir del cual se pueden resolver los asuntos críticos pendientes heredados de un Estado colonial, uninacional, con estructuras e instituciones monoculturales y con una democracia caracterizada por la marginación de los pueblos indígenas, **empero esta característica (plurinacionalidad) no es suficiente, sino que debe complementarse con la interculturalidad**³⁰⁹.

Para Rosembert Ariza Santamaría, la interculturalidad es “la necesidad de construir relaciones entre grupos, entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el propósito de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la multi o pluriculturalidad simplemente como parte de la pluralidad étnico cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia. Esta nueva forma de acción institucional abre múltiples posibilidades a los países andinos de repensarse como sociedad incluyente y democrática”³¹⁰

Conforme a ello, el concepto de interculturalidad representa un avance respecto a los conceptos de pluriculturalidad y multiculturalismo que sólo hacían referencia a la existencia de múltiples culturas dentro del Estado³¹¹. La interculturalidad, en ese sentido, reconoce las potencialidades de las diferentes culturas /naciones para el replanteamiento de las relaciones de poder y la transformación estructural de la sociedad y el Estado³¹². Lo intercultural, de acuerdo a Catherine Walsh, es algo por

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 167.

³⁰⁹ Para Galo Ramón Valarezo, la plurinacionalidad es un concepto ambiguo y de menor alcance que la Interculturalidad por tres razones: “(i) la Plurinacionalidad sólo reconoce la diversidad, pero no enfatiza la unidad en la diversidad; (ii) induce al Estado a tratar a los pueblos indígenas como minorías nacionales, y no transforma de manera activa a toda la estructura racista, excluyente, inequitativa y monocultural dominante, y (iii) la plurinacionalidad es parcialmente aplicable a zonas con territorios habitados por un solo pueblo, pero es inaplicable a territorios fluidos, que son la mayoría en el Ecuador, en donde conviven diversos pueblos y ciudadanos/as” Valarezo, Galo Ramón, ‘¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 125 y ss.

³¹⁰ Ariza Santamaría, Rosembert, *El pluralismo en el Estado Pluricultural, redundancia o pertenencia*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional, Sucre-Bolivia, 2010.

³¹¹ Valarezo, Galo Ramón. *Op. cit.*

³¹² Walsh, Catherine, *op. cit.* p. 178

construir que “permite imaginar y construir pasos hacia una sociedad distinta basada en condiciones de respeto, legitimidad mutua, equidad, simetría e igualdad, donde la diferencia es el elemento **constitutivo** y no un simple añadido. Por eso mismo, la interculturalidad es central a la refundación estatal: por las relaciones y articulaciones por construir no sólo entre grupos sino también entre las estructuras, instituciones y derechos que este Estado proponga, entendiendo que tras de ellos existen lógicas, racionalidades, costumbres y conocimientos distintos”, y concluye señalando que es indispensable la complementariedad y complicidad entre lo plurinacional e intercultural³¹³. Bajo esa perspectiva, la interculturalidad es concebida como un proyecto que permitirá -bajo la premisa de la igualdad de las culturas y la presencia de los pueblos indígenas en la estructura estatal y sus diversas instituciones que deviene del carácter plurinacional del Estado- “la conjunción de lógicas, saberes prácticas, perspectivas, seres y sistemas de vida”³¹⁴ y, por ello mismo, tiene carácter constitutivo, en la medida en que a partir de dicha conjunción se construirán nuevos sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales, así como nuevas estrategias cognitivas.

De otro lado, la Constitución boliviana reconoce como fines y funciones del Estado el fomentar el respeto mutuo, el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe (art. 9.2 de la CPE); diálogo que permitirá, por otra parte, cumplir con otro fin, cual es el de reafirmar y consolidar la unidad del país (art. 9.3 de la CPE). A ello se añade la declaración de Bolivia como Estado pacifista que promueva la interculturalidad (art. 10.I) y, entre otros artículos, se reconoce a la interculturalidad como principio de la potestad de impartir justicia (art. 178 de la CPE).

Las características anotadas dan inicio al **constitucionalismo plurinacional e intercultural** en Bolivia en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, como se ha visto, expresamente reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos. De esa manera, como apunta Yrigoyen, los pueblos indígenas son reconocidos no únicamente como diversas culturas, sino como naciones originarias con autodeterminación o libre determinación, es decir, “*sujetos políticos que definen su destino, se gobiernan en autonomías y participan en los pactos del Estado, configurado como plurinacional*”³¹⁵. El nuevo constitucionalismo se asienta, así,

³¹³ *Ibíd.*, p. 179

³¹⁴ *Ibíd.*, 182

³¹⁵ Yrigoyen, Raquel, *El Horizonte....op. cit.* p. 14-15.

dentro de un proyecto “descolonizador” basado en el principio de pluralismo jurídico, la igual dignidad de los pueblos y culturas y la interculturalidad³¹⁶.

Este constitucionalismo, que ha sido denominado por Bartolomé Clavero como *emancipatorio*, toca el tema de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de manera transversal, y sus instituciones forman parte de la estructura general del Estado. Efectivamente, desde el primer artículo que proclama a Bolivia como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, pasando por los principios³¹⁷, valores³¹⁸ y fines³¹⁹ del Estado, los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales, los órganos del Estado, Relaciones Internacionales, hasta la Organización Territorial del Estado y el reconocimiento de las autonomías indígenas originaria campesinas, el carácter plurinacional e intercultural del Estado atraviesa todas las normas constitucionales.

Así, las instituciones que crea la Constitución están empapadas de pluralismo y, en virtud a ello, las naciones y pueblos indígena originario campesinos estarán representadas tanto en el Órgano Legislativo Plurinacional como en el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Órgano Electoral Plurinacional y el Tribunal Agroambiental, entre otros, haciendo efectivo el derecho previsto en el art. 30.18 de la CPE: “A la participación en los órganos e instituciones del Estado”.

Por otra parte, es menester mencionar que Real Alcalá³²⁰, al analizar los límites constitucionales a la plurinacionalidad, hace referencia al principio de unidad el país, el cual estaría garantizado y descansa sobre:

1. La existencia de instituciones comunes para todo el territorio boliviano (Asamblea Legislativa Plurinacional y TCP (Tribunal

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 15. En un sentido más crítico, léase Carlos Flores Juberías: “Questioning Democracy in the Name of the People: The So-Called New Latin American Constitutionalism”, *Security Dialogues* n° 2/1 (2015), pp. 55-70.

³¹⁷ Art. 8 de la CPE: el Estado asume principios de las diferentes nacionalidades: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma tamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa) *teko kavi* (vida buena), *ivi maradi* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).

³¹⁸ Art. 8.II: el Estado se sustenta, entre otros valores, en la reciprocidad, complementariedad, armonía y equilibrio, para vivir bien, que son valores de los pueblos indígenas.

³¹⁹ art. 9.I de la CPE: “Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”; 2. “Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe”.

³²⁰ Del Real Alcalá, Alberto, op. cit. p. 149 -150.

Constitucional Plurinacional), sea el caso por ejemplo, además de otras instituciones compartidas.

2. La 'unidad de legislación' (que proporciona la existencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional) según establece el artículo 145 CPE en el nivel de esta Asamblea Legislativa (Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores), que es la única con facultad de aprobar y sancionar leyes que rigen para todo el territorio boliviano.

3. La unidad en la configuración institucional de la 'estructura territorial' del Estado. Los principios que rigen el nuevo 'modelo territorial' boliviano son, entre otros, los de 'unidad' y 'lealtad constitucional' (art. 270 de la CPE).

4. La unidad de la doctrina jurisdiccional que proporcionan sobre todo las resoluciones del TCP como última instancia (...).

En ese entendido, en cuanto al **pluralismo jurídico**, las normas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos se constituirían en un sistema jurídico, por cuanto tienen sus propias normas, instituciones, autoridades encargadas de administrar justicia, los procedimientos para la resolución de conflictos dentro de la comunidad³²¹. De acuerdo a Vicente Cabedo, estas normas configuran un sistema jurídico porque existe: un **reconocimiento** –por parte de los pueblos indígenas- de sus propias normas, la posibilidad del **cambio** de dichas normas por el transcurso del tiempo, e **instituciones propias** establecidas para su aplicación³²².

Ahora bien, como anota Catherine Walsh, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos generalmente aplican sus normas en los márgenes de la legalidad estatal y esta aplicación no se constituye en nuevo fenómeno, sino en una realidad histórica, siendo lo nuevo el reconocimiento por las normas internacionales y los Estados, que generalmente lo contemplan de manera subordinada³²³.

³²¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, 1999, disponible en <http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm>.

³²² Cit. por Cabedo, Mallol, Vicente, *De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*, en *Política y Cultura, primavera 2004*, núm. 21, pp. 73-93 obtenido en <http://www.projur.org/de-la-intolerancia.pdf> el 22 de marzo de 2015

³²³ Walsh, Raquel, *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*, Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril de 2010

Dentro de ese marco, Hoekema³²⁴ sostiene que **cuando existe un reconocimiento estatal de los sistemas indígena originario campesinos, se ingresa al ámbito del pluralismo jurídico de tipo formal**, que puede ser:

a. Unitario³²⁵, cuando se reconoce la existencia simultánea de sistemas normativos distintos dentro de un solo territorio, subordinados al derecho estatal; pues éste, en definitiva, determina de manera unilateral su legitimidad y su ámbito de aplicación, reconociéndose, en el caso de los pueblos indígenas, únicamente un papel complementario al derecho ordinario o estatal o, a lo sumo, como ocurría en la Constitución abrogada, como una solución alternativa de conflictos, subordinada a su compatibilidad con la Constitución **y las leyes**, conforme se ha explicado en acápite antes desarrollados.

El pluralismo jurídico formal subordinado se fundamenta en el multiculturalismo, como política de manejo de la diversidad, por el cual se reconocen ciertos derechos –limitados- a las diferentes culturas y pueblos indígenas, respetando algunos rasgos culturalmente distintos. En ese sentido, se limita la aplicación de las normas a determinados ámbitos y grupos y respecto a competencias que el propio sistema estatal define, permitiendo, incluso, su revisión por la jurisdicción ordinaria.

b. Igualitario cuando, de acuerdo a Hoekema:

“(...) el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional”.

“Entonces, reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho”. El derecho indígena sustituye al derecho nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente.

Ahora bien, conforme a la definición anotada, en el pluralismo jurídico de tipo igualitario, son los propios pueblos indígenas quienes, en el ámbito de su derecho a la libre determinación, sin injerencia estatal, establecen sus normas, procedimientos, instituciones, existiendo, por tanto, una autodefinición subjetiva

³²⁴ Hoekema, André, op. cit.

³²⁵ Inksater, Kimberly, op. cit.

de lo que es el derecho indígena³²⁶ y el reconocimiento, por parte del Estado de la validez e igualdad de los diferentes sistemas normativos.

Sin embargo, debe entenderse que dicho reconocimiento no implica la desarticulación axiológica de los mismos, ni la ausencia de referentes comunes para todos ellos. En ese sentido, se parte de la existencia de una pluralidad de sistemas como un hecho reconocido por el Estado; empero, conforme anota Walsh, se debe lograr la interculturalidad como meta por construir, y ahí precisamente radica el pluralismo –jurídico– como ideal, conforme se ha explicado precedentemente.

Si se adopta la posición contraria, en sentido que los diferentes “sistemas” tendrían que ser inconexos y ejercerse sin ninguna articulación, estaríamos ante una concepción próxima al multiculturalismo, definido como la política que promueve las diferencias étnicas y culturales, lo que en definitiva iría contra el principio de interculturalidad que se ha explicado ampliamente en el presente trabajo.

Bajo ese criterio, el pluralismo jurídico, como un hecho, efectivamente es entendido como la mera coexistencia de sistemas jurídicos, sin embargo, a partir del enfoque de la interculturalidad, se debe propender al diálogo permanente entre los sistemas, buscando la interacción entre ellos y el diálogo intercultural, con la finalidad de llegar a consensos, acuerdos, que fijarán los principios que deben ser respetados por todos los grupos culturales; principios que, a la vez, alimentarán tanto el derecho indígena como el derecho *occidental*, y que, por tanto, tendrán como consecuencia una base común que impregnará las normas tanto de los pueblos indígenas como de quienes no lo son y que, a la vez, servirá de límite para ambos.

Conforme a ello, en el futuro, se construirá un nuevo Derecho, totalmente renovado y, sin lugar a dudas, se podrá hablar de **un sistema jurídico plural**; perspectiva que ha sido avizorada por el propio Hoekema al señalar:

“Los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden complementarse, en el caso de que, aparte de la plena autonomía del derecho indígena (o de varios sistemas distintos indígenas) en la aplicación de las leyes y los reglamentos nacionales, se tome en consideración la cosmovisión y/o la cultura específica de uno de los partidos involucrados”³²⁷.

Bajo ese entendido, el pluralismo jurídico, como sostiene Diana Rocío Bernal Camargo, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, debe ir más allá del reconocimiento formal de instituciones,

³²⁶ Inksater, Kinberly, op.cit.

³²⁷ *Ibíd.*

*“sino que ha de tratarse de un pluralismo que busque la interacción de todos los actores implicados, lo que supone **la revisión misma del derecho** (...) En el pluralismo jurídico, que reconoce verdaderamente el pluralismo cultural, se está en presencia de sistemas normativos indígenas, considerados verdaderos sistemas jurídicos o derecho: tienen capacidad para crear normas, resolver conflictos, organizar el orden (Yrigoyen, 1999), y pese a que se encuentren al amparo de valores, principios y reglas constitucionales, la pluralidad radica en la **construcción dialógica de esos preceptos superiores** (...)”³²⁸*

En similar sentido, Catherine Walsh plantea una interculturalización jurídica, al sostener que, además de impulsar una pluralidad jurídica no subordinada que permita el funcionamiento “en términos igualitarios y equitativos de diferentes sistemas normativos cada uno con sus filosofías, lógicas, racionalidad y prácticas de vida”, se debe relacionar articular y hacer converger los derechos indígenas con el derecho ‘nacional’, “reconstituyendo éste plurinacionalmente e impulsando, a la vez, la construcción de una nueva inter-culturalidad jurídica –o mejor dicho, una *interculturalización jurídica- para todos*”³²⁹.

Conforme a ello, Walsh sostiene que “una interculturalización jurídica se concibe a partir de un marco distinto, el que encuentra sustento en la convergencia, la articulación y la complementariedad. Su afán no es desconocer o reemplazar el pluralismo jurídico. Más bien es profundizarlo, permitiendo que sirva como criterio para también pensar, pluralizar y equilibrar el derecho general ‘nacional’”³³⁰, añadiendo posteriormente que se busca una interculturalización entre las formas de comprender y ejercer los derechos, lo que necesariamente deriva en una interpretación intercultural e intercivilizatoria del derecho y abre las posibilidades del ejercicio de la justicia “dentro de tribunales que involucren además de jueces estatales, autoridades de los pueblos y comunidades”; pues sólo así se garantizaría el diálogo intercultural, y se construiría un nuevo derecho³³¹.

Bajo los criterios anotados, existe una reconceptualización del pluralismo jurídico, que no hace referencia únicamente a la coexistencia de diversos sistemas normativos dentro de un espacio territorial, sino a la posibilidad de construir un

³²⁸ Bernal Camargo, Diana Rocío, “Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas”, en *Revista Diálogos de Saberes*, julio-diciembre de 2009, p. 245 a 261.

³²⁹ Walsh, Catherine, *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*, Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril 2010.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ Humberto Guarayo Llanos y otra: *Interdialogando. Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Konrad Adenauer, La Paz, 2014

nuevo derecho a partir del relacionamiento, articulación y convergencia de los diferentes sistemas normativos.

En las normas contenidas en el artículo 30, la Constitución boliviana proclama los derechos específicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de la siguiente forma:

“Artículo 30.

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

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

- 1. A existir libremente.*
- 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.*
- 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.*
- 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.*
- III.** *El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.”*

Aunque debió ser considerada de manera independiente, la Constitución incluye en la Segunda Parte (Estructura y organización funcional del Estado), Título III, referido al Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, la jurisdicción indígena originaria campesina (Capítulo Cuarto).

Entre las Disposiciones Generales del mencionado Título, destaca para nuestro estudio el artículo 179, que diferencia la jurisdicción ordinaria, que –señala- se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; puntualizando que la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. Asimismo, el párrafo II de este precepto otorga igual jerarquía a la jurisdicción ordinaria y la

jurisdicción indígena originario campesina. A continuación expresa que la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional, y que el Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Ya en forma concreta respecto de la jurisdicción indígena, se establece:

“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.”*

La anterior norma reconoce en forma clara y expresa, el pluralismo jurídico en Bolivia, al determinar que los pueblos indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, conforme a sus procedimientos.

Resulta de esencial importancia el párrafo II del artículo 179, cuando delimita el ejercicio del Derecho Indígena dentro del marco de respeto a los derechos a la vida, a la defensa y demás derechos y garantía establecidos en la Ley Suprema, de modo que en Bolivia, el límite de la jurisdicción indígena se encuentra en los derechos humanos en general, sin restricción, por cuanto al catálogo de derechos que proclama la misma Constitución, deberán añadirse los reconocidos en instrumentos internacionales, conforme dispone el art. 13.II: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

En la norma siguiente –artículo 191- la Constitución determina los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, cuando manifiesta:

“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.” (las negrillas son nuestras)*

Por consiguiente, deben disiparse las dudas y resquemores de los contrarios al reconocimiento del pluralismo jurídico en el país, dado que la Ley Suprema está demarcando dónde, a quiénes y qué materias serán conocidas y resueltas a través de las autoridades originarias.

Esta disposición encomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional (hasta ahora, Congreso Nacional), la elaboración de una “Ley de deslinde jurisdiccional”, que más adelante tocaremos.

En cuanto al cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena, el artículo 192 dice:

“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.”*

Hasta ahora me resulta difícil entender los motivos de aquellas personas que ven en la obligatoriedad de las determinaciones de la justicia indígena, un “peligro”, una “afrenta”, a la justicia ordinaria, cuando lo único que se está haciendo es reconocer en la Constitución la existencia de un ejercicio que ha pervivido durante siglos, y que, no por la falta de reconocimiento, ha desaparecido ni va a desaparecer.

A lo anterior, debe sumarse el hecho que, tanto el procedimiento como las decisiones que adopte la jurisdicción indígena pueden ser sometidos control en el

Tribunal Constitucional Plurinacional, pues la limitación del ejercicio del Derecho Indígena por los derechos fundamentales, implica la posibilidad de plantear, según sea el caso, una acción de libertad, una acción de amparo constitucional, o una acción popular, que en revisión, son conocidos por el citado Tribunal de la jurisdicción constitucional.

A más que el artículo 202.8, reconoce competencia al Tribunal Constitucional Plurinacional para absolver: “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”, de manera que se reconoce la eventual consulta que haga alguna comunidad indígena antes de aplicar una norma del Derecho Indígena, a un caso específico, ello –entendiéndolo– tendrá que estar vinculado justamente, al resguardo de los derechos humanos, pues es ése el límite que la propia Constitución impone.

Los posibles conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción indígena con la ordinaria y la agroambiental, serán dirimidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional (atribución 11ª del artículo 202).

Es imprescindible remarcar que, además, el Tribunal Constitucional Plurinacional “estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (artículo 197), elegidos mediante sufragio universal. Al respecto, cabe recordar que, para Cabedo, la cuestión de resolver las posibles violaciones de derechos humanos en el ejercicio del Derecho Indígena corresponde al Tribunal Constitucional, y para Raquel Yrigoyen³³², deberían existir tribunales mixtos o escabinados:

“(…) la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades comunitarias/indígenas/ronderas que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre JE y derechos humanos (y no con base en un solo Derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes). El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan verdaderamente en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido. La construcción de un

³³² Raquel Yrigoyen Fajardo: “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, publicado en *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes* No 59-60, Cusco: Instituto de Pastoral Andina, obtenido en www.alertanet.org en 18 de enero de 2015

Estado Pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo, la negociación.”

Por ende, la norma establecida en la Constitución boliviana sobre la conformación mixta del Tribunal Constitucional Plurinacional, sería un secretismo de las posturas de los dos anteriores autores.

La Constitución boliviana dispone que a través de una Ley se establezca su composición, organización y funcionamiento. Es innegable el gran avance que se ha producido con la norma constitucional que estamos estudiando, en cuanto al reconocimiento del pluralismo jurídico en Bolivia. Entre otros aspectos, se ha eliminado como límite del ejercicio de las normas del Derecho Indígena, las leyes, que estaban previstas en la Constitución ahora abrogada.

La Constitución tiene que ser un límite claro para el mencionado ejercicio, pues aún cuando se trata de naciones con un Derecho propio cada una de ellas, no se puede soslayar el hecho que están inmersas dentro de un Estado que cuenta con una Ley Fundamental, que también los pueblos indígenas deben respetar conforme al principio de supremacía constitucional.

Diversos autores han propuesto “pautas” y procedimientos para establecer los niveles de compatibilidad y coordinación vigentes, necesarios y posibles entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal, o para ser más precisos, entre la jurisdicción indígena y la estatal. El desarrollo jurídico e institucional de las declaraciones constitucionales ha sido más bien el logro de las demandas indígenas que, a tiempo de plasmarse, hallaban su paradoja en normas de grado inferior restrictivas de los avances logrados, demostrando su parálisis, su estancamiento, su sorpresa, y con ello, su inevitable resolución política.

Lo que sucede es que las pautas de coordinación han sido establecidas con ojos occidentales, cuando no con fuerte sentido de continuidad colonial, dejando de lado inclusive lo que dispone el Convenio 169 de la OIT, que en Bolivia ha sido ratificado mediante Ley 1257, cuando expresa que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse en cuenta debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario; y que *“dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”*:.

En el ínterin que va desde la ratificación del Convenio 169 hasta hoy, aparecieron algunos anteproyectos muy curiosos, elaborados con visión totalmente estatal, neo colonizadora, como el denominado “Anteproyecto de Reglamento de la Ley de

Arbitraje y Conciliación”, presentado por Carlos Alarcón, cuando fungía como Ministro de Justicia del ex Presidente Carlos Mesa, en el que establecía un capítulo de “Conciliadores Comunitarios”, que encargaban al Viceministerio de Justicia, el registro de las autoridades originarias para convertirlas en dependientes de ella, lo que escapa a toda la corriente de respeto, autonomía e independencia del Derecho Indígena y sus autoridades.

Asimismo, se presentó una propuesta relativa a la conversión de las autoridades originarias en jueces de paz, planteada por la Corte Suprema de Justicia, que felizmente no fue acogida. Digo felizmente, por cuanto ello hubiera implicado una distorsión total al reconocimiento y aplicación del Derecho Indígena.

Empero, quienes propugnamos un auténtico derecho al propio Derecho –expresión acuñada por el profesor Vicente Cabedo y que hago mía- hemos recibido como una muy mala sorpresa la emisión en 2010 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que rompe todo el avance que se tuvo en Bolivia sobre el Pluralismo Jurídico, como comentaré más adelante.

6.7 Los derechos humanos como límite del Derecho Indígena

Muchas veces se considera que no es necesario definir conceptos que, se estima, se definen por si mismos, de modo que resulta más complicado definir las cosas y los aspectos de la vida que se escuchan con relativa frecuencia, que son más comunes, cotidianos o reiterativos. Dentro de ese tipo de conceptos se tiene el de Derechos Humanos. Es un concepto que, especialmente en los niveles de intelectualidad, se lo tiene por sentido, por definido y sin lugar a discusiones. Empero, nada más falso. A medida que se ha ido extendiendo la utilización del término “Derechos Humanos”, se ha tornado más imprecisa su significación³³³.

Existen diversas definiciones de lo que constituyen los derechos humanos, casi tantas como autores han dedicado obras para su estudio. Héctor Faúndez señala que los derechos humanos:

“Son las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder, para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que

³³³ María Yamile Hayes Michel: *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, Gaviota del Sucre, Sucre, 2007, p. 27

*reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte*³³⁴

Una definición de derechos humanos, entre descriptiva pero con una fuerte carga teleológica, que ha sido generalmente aceptada por la doctrina, es la que propone Pérez Luño, quien entiende que los derechos humanos son *"un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*³³⁵

Los derechos humanos se fundamentan en la dignidad de la persona. Por eso todo ser humano, sin importar su edad, religión, sexo o condición social, goza de ellos. Los derechos humanos son las facultades, prerrogativas y libertades fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin los cuales no se puede vivir como tal. Se entiende por fundamento de los Derechos Humanos la realidad o realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los Derechos Humanos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra que el valor social fundamental de la **dignidad** de la persona, que constituye el fundamento último de todo derecho³³⁶.

Se afirma que los derechos humanos son universales. La cuestión de la **universalidad** de los derechos humanos ante las diversidades culturales que existen en el mundo, es un tema que siempre ha estado presente, desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 hasta hoy, en la política, en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, que se encuentra en el centro de los problemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se vincula directamente con el tema del universalismo y del regionalismo en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos y que es y ha sido tema de nunca agotadas polémicas.

La Carta de las Naciones Unidas - que tiene por esencia una vocación de universalidad, en cuanto constitución de la comunidad internacional, y expresión jurídica, en cierta forma, de la Humanidad - reafirmó en su Preámbulo "la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana" y se construyó con el propósito de realizar la cooperación internacional

³³⁴ Héctor Faúndez: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, pág. 21

³³⁵ Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1999, 48.

³³⁶ María Yamile Hayes Michel: *Los derechos humanos....*, p. 31

para "el desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (art. 13). De estas normas, así como de otras disposiciones de la Carta relativas a los derechos humanos (arts. 13.1.B; 55c; 62.2; 68; 76.c), resulta que la idea de los derechos humanos recogida por la Carta de las Naciones Unidas es consustancial con la concepción universalista y global de la comunidad internacional que ella acepta y proclama. Para la Carta todos los seres humanos, sin ninguna exclusión o discriminación, son titulares de los derechos, a que ella se refiere.

Naturalmente esta necesaria universalidad de los derechos humanos - consecuencia de la idea en la que la Carta se sustenta de la universalidad del sistema internacional de las Naciones Unidas- no significa desconocer la proyección en el tema de los derechos humanos de las diversidades culturales y las particularidades regionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 no podía sino seguir el criterio universalista de la Carta. Pero lo reiteró y consolidó, al referirse a "los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana " (Preámbulo, párrafo 1) y a "la conciencia de la humanidad" (Preámbulo). Este carácter se reafirmó con la denominación de la Declaración de 1948 como "universal" -y no como internacional - propuesta por René Cassin³³⁷ para destacar justamente el carácter universal. Se refiere a **todos los integrantes de la comunidad internacional, incluidos la totalidad de los seres humanos, cualquiera que fuera su pertenencia estatal, su ideología, su religión o su sexo**. Con base en estas ideas, la Asamblea General proclamó la Declaración "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", a fin que se logre el respeto de esos derechos y libertades y "su reconocimiento y aplicación universales y efectivos". La Declaración proclama derechos iguales de todos los hombres. Esto significa tomarlos en cuenta con sus identidades respectivas y con sus diferencias. Se reivindica así el derecho a la diferencia, que es esencial para que la identidad de todos los seres humanos, sea una realidad verdadera y cierta.

El objetivo antropológico de la Declaración es unir a todos los individuos más allá de sus diferencias, hermanar unidad y diversidad en nombre de la igual dignidad en las diferencias de identidad³³⁸. Pero además, la Declaración Universal dio otro paso adelante, significativo y distinto. Consideró que "una concepción común de

³³⁷ René Samuel Cassin (Bayona, Pirineos Atlánticos, Francia 5 de octubre 1887 – París 20 de febrero 1976) fue un jurista y juez francés, redactor principal de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y galardonado el 1968 con el Premio Nobel de la Paz.

³³⁸ Héctor Gross Espiell: *Universalidad de derechos humanos y diversidades culturales*, obtenido en www.unesco.org/is/sj/rics158/grosespiellspa.html el 5 enero de 2015

estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento" del compromiso de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas de asegurar "el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre" (Preámbulo párrafos 7 y 6).

De tal modo, la universalidad de los derechos humanos, gracias a la Declaración, pasó a ser un axioma generalmente aceptado.

Si todos los seres humanos, sin excepción alguna somos iguales en dignidad y derechos, no existe razón alguna para que, dentro de las comunidades indígenas, se considere otro criterio en cuanto a la dignidad de las personas. Por ende, la concepción de "seres humanos", el sometimiento de un procedimiento indígena, ante autoridades tradicionales y la imposición de una pena, también deberán ser realizadas dentro de dicho criterio, es decir, con la debida consideración a la condición de "humano" del trasgresor, así como de la víctima o parte afectada. Sin embargo y desde luego, es imperioso reconocer el relativismo cultural cuyo estudio ha profundizado la Corte Constitucional de Colombia.

Es necesario remarcar que las conferencias internacionales de Teherán y de Viena de las Naciones Unidas, celebradas en 1968 y en 1993, prestaron atención al problema de la universalidad de los derechos humanos y a la concepción de estos derechos. La Proclamación de Teherán de 13 de mayo de 1968, declaró "solemnemente" que: "La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional" (párrafo 2). Esta afirmación, nada dice de las particularidades culturales ni del universalismo y el regionalismo en materia de derechos humanos, pese a que ya entonces el desarrollo del Derecho Internacional universal, a través en especial de la adopción de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, así como de otros instrumentos de las Naciones Unidas, coexistía con los textos adoptados o en proceso de adopción en el Consejo de Europa y en la Organización de Estados Americanos.

En 1993 se reunió la Conferencia de Viena. La Declaración de Viena es mucho más completa que la Proclamación de Teherán sobre el tema que nos ocupa. En primer lugar señala que **el fundamento común de estos derechos se encuentra en la dignidad de la persona**. El tercer párrafo del Preámbulo, reconoce y afirma "que todos los derechos humanos dimanen de la dignidad y el valor de la persona humana...". El párrafo primero de la Declaración termina expresando de manera rotunda que "el carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas".

Y el párrafo quinto, dedicado íntegramente a la cuestión, expresa: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. **Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales**".

Estos textos de la Declaración de Viena llevan a precisar las siguientes conclusiones:

- Afirman definitivamente que la dignidad es el fundamento común de todos los derechos humanos;
- Proclaman el carácter universal de estos derechos;
- Reconocen, dentro de la aceptación de esta concepción universal, la necesidad de tener en cuenta las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos.

Desde la óptica regional, los instrumentos regionales relativos a los derechos humanos no niegan la concepción universal de estos derechos ni descartan la compatibilidad de tal concepción con las particularidades y diversidades culturales y regionales. En el sistema interamericano, por ejemplo, ya se afirmó claramente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que estos derechos son atributos de la persona humana que no nacen del hecho de ser el individuo nacional de determinado Estado y que emanan de la dignidad consustancial con la idea de lo que es el ser humano. Son derechos de todos los hombres, sin ninguna distinción geográfica, regional, económica, social, política, religiosa, ideológica, sexista o por razón de color. Son por ende, universales.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) se funda en esta misma concepción. Es más, al referirse a los principios que antes hemos evocado, expresa que estos principios "han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional". De tal modo, se armoniza la idea de la universalidad de los Derechos Humanos, con las particularidades y condiciones regionales y con el establecimiento de un sistema regional de protección, compatible y armonioso con el régimen universal de protección internacional.

El ejercicio de los derechos humanos viene siendo una fuente de dinamismo doctrinario y jurisprudencial que ha marcado las concepciones de derechos en la última mitad del siglo pasado. Estos aportes han permitido superar las originarias concepciones del constitucionalismo inglés, americano y francés, muy influenciados por el Derecho de los ingleses y por las concepciones liberales. El primero, que concebía como derechos fundamentales únicamente a los derechos de libertad de pensamiento y de participación política; el segundo, que se basaba en la tolerancia, en la libertad de pensamiento y de conciencia, en las garantías procesales, en la soberanía del pueblo y en el derecho a la participación; y el tercero, basado en la concepción liberal del gobierno de la ley, la igualdad formal, la soberanía popular y la separación de poderes³³⁹. Han puesto en revisión, además, aquellas concepciones que declararon la rigidez constitucional que entienden a la Constitución como un cuerpo formado por dos partes: una dogmática y otra orgánica. Esta concepción ha hecho que unos derechos sean entendidos como directamente aplicables y otros se reconozcan como reglas para el funcionamiento del Estado. El concepto de rigidez constitucional constituye la base de la teoría de los derechos públicos subjetivos en los que caben, básicamente, las libertades de signo individual.

Hablar de derechos fundamentales significa que ciertos derechos poseen unas implicaciones jurídicas especiales en el ordenamiento jurídico, esto es, que en ciertas situaciones subjetivas ventajosas, reconocidas por el orden jurídico como valiosas, la Constitución les asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a otras situaciones. Los derechos fundamentales serán también entendidos como derechos y valores que reflejan el entendimiento de una sociedad que concibe al ser humano viviendo en una sociedad que no solo defiende sus derechos individuales sino también sus derechos colectivos y, a partir de ello, encarga al poder constituido asegurar su protección y cumplimiento.

Los derechos humanos están reconocidos a toda persona, sin importar dónde haya nacido. Simplemente la condición de ser “humano” implica la necesidad de reconocimiento de la dignidad que es inmanente a dicha condición, razón por demás válida para sostener que el límite de todo Derecho u ordenamiento jurídico, llámese estatal, occidental, indígena u otro, debe ser el respeto de los derechos de todo ser humano, por lo que al momento de imponer sanciones, por ejemplo, deberá tomarse en cuenta este aspecto, claro está, **con la conveniente comprensión de las culturas diversas** y costumbres que existen en los pueblos indígenas, los cuales también están reatados al resguardo de los derechos humanos.

³³⁹ Gregorio Peces-Barba: *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Eudema Universidad, Madrid, 1991 pp. 126 a 134

Precisamente, por esa necesaria comprensión de las culturas diversas, nos toca un muy difícil desafío: Lograr entender que los derechos humanos como los vemos los no indígenas, pueden ser distintos a las concepciones que, de derechos, tengan los pueblos y naciones indígenas. Cabedo³⁴⁰ se pregunta si los derechos humanos son una imposición de la cultura occidental, señalando que “la solución pasa por ese diálogo intercultural, por esa lectura intercultural de los derechos humanos” que se ha referido también en este trabajo.

En ese marco, Claudio Nash Rojas³⁴¹, destaca que el desafío es desplegar acciones para adecuar y compatibilizar, por ejemplo, las sanciones impuestas por las comunidades en el ejercicio de la justicia comunitaria, con los estándares mínimos en derechos humanos, evitando la desnaturalización del derecho consuetudinario indígena, pero manteniendo la idea básica de los derechos humanos, cual es, la protección de ciertos mínimos vinculados con la dignidad del ser humano. Este debe ser un proceso dialogado y no impuesto.

La Corte Constitucional colombiana ha concretado el límite de los derechos humanos, en los “mínimos aceptables” o núcleo de “derechos intangibles”, que serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. También considera que debe respetarse la legalidad en el procesamiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas. Estos límites –expresa Cabedo- no están basados en el consenso o diálogo intercultural, sino que se ha optado por un relativismo cultural moderado, por lo que propone la potenciación del citado diálogo intercultural para alcanzar ese consenso en relación con los derechos humanos³⁴².

Así, la **Sentencia T-921/13 de la Corte Constitucional de Colombia, puntualiza:**

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la

³⁴⁰ Vicente cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 85

³⁴¹ Claudio Nash Rojas; “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, No. 4 *Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 64

³⁴² Íd., p. 243

esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.”

Magdalena Gómez, sobre las implicaciones del reconocimiento de los sistemas indígenas de resolución de conflictos, sostiene que se haría explícita la limitación que dicho reconocimiento se ejercerá sin contravenir los derechos fundamentales, en especial los de la mujer³⁴³.

Con relación a la afirmación de esta autora, conviene recordar que históricamente, la mujer ha estado relegada en la sociedad, sea ésta occidental o indígena. Sus derechos no han sido reconocidos sino a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos –que constituye una Declaración general,. Sin especificar derechos *para las mujeres*-, paulatinamente se han ido dictando algunos instrumentos a favor de la temática de la mujer en el mundo, y aún así hasta hoy es difícil lograr consensos sobre el respeto de los derechos humanos de las mujeres. En ese sentido, debe partirse de la premisa que: Si la situación de los pueblos indígenas ha sido ignorada en cuanto al reconocimiento y respeto de sus derechos, tanto colectivos como individuales, la situación de la mujer dentro tales pueblos, no ha tenido una mejor suerte, sino, al contrario, conforme se ha investigado, hoy por hoy continúan vigentes ciertas costumbres atentatorias a los derechos de la mujer, y algunas que constituyen una verdadera aberración en el siglo XXI, como el “*arreglo*” de los padres de una joven víctima de violación, para que contraiga matrimonio con el agresor.

Por ello, propugno también el criterio en sentido que debe precautelarse con mayor énfasis, la situación de la mujer en las normas del Derecho Indígena, en cuanto a su tratamiento como víctima, esposa, hija, madre, como respecto de la tenencia de la tierra, la violencia intrafamiliar, etc., que desafortunadamente son tratados como “temas menores” o sin importancia, únicamente porque el sujeto es la mujer.

Por otra parte, como antes señalamos, diversos estudios socio-jurídicos y socio-antropológicos, muestran que las comunidades indígenas del continente tienen sistemas jurídicos propios, que son reconocidos y vitales en sus contextos, y que tienen la capacidad de promover, favorecer, obligar e inhibir conductas de sus individuos. Con frecuencia, estos sistemas, asociados a una cultura campesina contienen sanciones corporales o vinculaciones religiosas a las que el derecho moderno se opone, y que han generado diversos juicios y sobre todo prejuicios en contra de los sistemas normativos indígenas. Estas perspectivas los señalan como abusivos y bárbaros, pero lo cierto es que muy pocos juristas y jueces los conocen

³⁴³ Citada por Cabedo

y los comprenden en su justa dimensión y racionalidad. El reto hoy en día es que, como antes señalamos, la ley los reconoce y esto hace que tales prácticas ya no sean simplemente antijurídicas, sino que forman parte de nuestros sistemas jurídicos y, por tanto, se requiere una ponderación entre dichas costumbres por un lado y principios y derechos inalienables reconocidos a nivel nacional como internacional por el otro.

En amplias regiones del continente, particularmente en regiones inaccesibles, desérticas, selváticas o de alta montaña, los pueblos indígenas han desarrollado estrategias de adaptación y en ellas controlan la convivencia, proveen servicios y sancionan conductas con una participación marginal de los Estados y sus autoridades³⁴⁴. Sin las instituciones de estos pueblos aquellas serían tierras de nadie. Juan Carlos Martínez asevera que lo que ha garantizado la coexistencia y reproducción social en estas regiones no son los Estados, sino los propios pueblos. En la práctica, la resolución de la mayoría de los conflictos, a veces pequeños a veces grandes, que surgen en estos territorios, es competencia indígena y no de los juzgados ordinarios. Por ésta razón, en los dos primeros **casos** el análisis jurídico debe tomar muy en serio el papel de la autoridad indígena y en todo caso revisar la constitucionalidad de sus determinaciones y no desecharlas *a priori*.

Continúa mencionando que muchos actores del sistema de justicia estatal aseveran que no existe una jurisdicción indígena, o que existen obstáculos importantes para su ejercicio, mostrando un desconocimiento o limitada interpretación de las leyes que al respecto se han promulgado en sus países. También es común que las autoridades jurisdiccionales reflejen esquemas de interpretación rígida que debilitan una mejor comprensión y coordinación de sistemas jurídicos. Para la adecuada coordinación de sistemas jurídicos, se requiere que los jueces ordinarios comprendan que, de acuerdo con la normativa aplicable del Derecho Internacional Público y su desarrollo en las constituciones y leyes internas, la generación de normas y el desarrollo de los juicios, no es un monopolio de las instituciones del Estado monista, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos.

En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva no sólo *la aplicación de una normativa propia*, sino también un sistema jurisdiccional *con procedimientos y autoridades propios* para la aplicación de la misma. Los trabajos de antropología jurídica muestran que en los pueblos y comunidades indígenas, existen principios como la reparación, la conciliación, el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos entre otras, que bien pueden ser entendidas como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural

³⁴⁴ Juan Carlos Martínez y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012, p. 41

específico. También es cierto que en muchos casos se siguen usando penas corporales como trabajo comunitario, el uso de cepos, ortiga, baños de agua fría, entre otros, generando situaciones que deben ser primero comprendidos para saber cuál o cuáles son los valores jurídicos protegido por esas instituciones, y después valorados desde una perspectiva intercultural de los DDHH tal como lo ha hecho, de manera particular, la Corte Constitucional de Colombia³⁴⁵.

La definición de un catálogo de conductas que atentan contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es pues una lógica expresión de la autonomía, que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política tal y como se les garantiza en las constituciones y los instrumentos internacionales. También tienen derecho de aplicar estas normas si se sujetan a los principios de las constituciones y al respeto de los derechos humanos, en particular a los derechos humanos de las mujeres. Alguien podría suponer –sostiene Juan Carlos Martínez– que la aplicación de los sistemas normativos indígenas puede contravenir, por ejemplo, el derecho a un debido proceso, al principio de legalidad, todos ellos derechos humanos reconocidos. Sin embargo, una interpretación más diligente mostrará que siendo el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio constitucional, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar en estos casos, así como los principios del debido proceso, no son los de la justicia ordinaria, sino la emanada de sus propios sistemas normativos que también están reconocidos constitucionalmente. El compromiso del pueblo indígena con el Estado es actualizar tales principios en sus sistemas normativos; en tal sentido no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, si no que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones, tradiciones y procedimientos de formalización de la norma. Eso es lo que tiene que probar la comunidad y no su apego a los códigos penales o demás leyes secundarias. Es decir, si bien las instituciones indígenas están obligadas a respetar los mínimos establecidos en las Constituciones y los tratados internacionales, el parámetro para determinar si respetan los principios de derechos humanos no puede ser la legislación secundaria, sino los principios más generales adecuados al propio entorno cultural, político, económico y social que la propia Constitución y los instrumentos internacionales reconocen y protegen³⁴⁶.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Juan Carlos Martínez y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012, p. 41

Para comprender la relación antedicha, es importante atender la reflexión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los DDHH y las Libertades Fundamentales de los Indígenas:

*“(...) según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los DDHH individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, **no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques** haciéndolos más eficaces para la protección de los DDHH, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos.”*³⁴⁷

Al respecto, resulta interesante la posición que asume Claudio Nash Rojas³⁴⁸, sobre una *interpretación culturalmente sensible*, que –según sostiene– pasa por considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos. Esta es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación. Sin embargo –agrega– al ser los derechos humanos un límite al poder, incluso un límite al poder de las comunidades indígenas, el ejercicio de su Derecho, no puede desconocer los principios generales que revisten los derechos humanos, por ejemplo, la mutilación genital femenina, en este caso, si ésta es una costumbre de la comunidad, es una costumbre que el Estado no puede legitimar y la comunidad tendrá que cambiar dicha costumbre sin posibilidad de escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarla. En el mismo sentido, la protección frente a la violencia contra las mujeres debe ser un límite infranqueable donde las costumbres culturales no pueden justificar dichas prácticas.

7. LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL: EL DERECHO INDÍGENA A MEDIAS.

³⁴⁷ Los derechos humanos y las cuestiones indígenas Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Naciones Unidas, enero de 2004

³⁴⁸ Claudio Nash Rojas; “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, No. 4 *Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 64

La Constitución boliviana, promulgada el 7 de febrero de 2009, invita a reflexionar sobre el pluralismo jurídico y la diversidad cultural; al igual que la realidad de la distribución de la población del país.

Debe tomarse en cuenta que la población que vive en comunidades indígenas o pueblos originarios, requiere de una normativa que pueda desarrollar el reconocimiento hecho en la Constitución sobre el pluralismo jurídico existente, pues, tal número de personas, que están insertas dentro del sistema jurídico indígena, da lugar a la necesidad que, ante esa pluralidad cultural, corresponda una pluralidad jurídica. El desafío planteado por la reforma constitucional de 1994 no consiste en crear nuevas estructuras que pretendan contener esa diversidad, sino reconocer aquellas estructuras ya existentes, que, a lo largo de muchos años, han demostrado su efectividad en la resolución de conflictos.

De acuerdo a Raquel Yrigoyen³⁴⁹, la última década del siglo XX ha estado marcada por las reformas constitucionales que reconocen el Derecho Indígena en varios países de Latinoamérica, y “el reto que queda es la elaboración de las leyes de desarrollo constitucional y su implementación institucional”, leyes que deberían atender por lo menos dos demandas: Establecer mecanismos de coordinación o compatibilización entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, o entre las funciones de justicia indígena y los poderes del Estado; y, establecer procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el Derecho consuetudinario y los derechos humanos, para lo que deberá tomarse en cuenta el marco dado por el Convenio 169 de la OIT y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Constitución boliviana reconoce de modo explícito a las comunidades indígenas, las funciones de administración de justicia y aplicación de normas propias, esto es, de *funciones jurisdiccionales, normativas y ejecutivas*. Por consiguiente, habrá que compatibilizar estas funciones con las de los poderes del Estado y no sólo con el sistema judicial.

Establecer normas de desarrollo constitucional referidas a la compatibilización entre el Derecho Indígena y el estatal, así como para resolver supuestos conflictos entre el Derecho Indígena y los derechos humanos, es parte del proceso de la construcción de una nueva juridicidad pluralista e inclusiva, que tenga legitimidad y eficacia. Por ello, correspondía a la Asamblea Legislativa Plurinacional, encarar con seriedad y responsabilidad la tarea de elaborar una ley de deslinde jurisdiccional conforme disponen los artículos 191 y 192 de la Constitución; había

³⁴⁹ Raquel Yrigoyen: “Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia Ecuador)”, *Pena y Estado* N° 4, El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 5

pensado que, para un resultado de consenso, debería haber implementado un amplio proceso de debate nacional al respecto, acompañado de la difusión del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de modo que todos y todas, a través de seminarios, talleres y otras formas de difusión en todos los espacios, harían conocer su voz y criterio. Sin embargo, la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010, ha tergiversado el sentido que estableció la Constitución en cuanto al ámbito material de la jurisdicción indígena, como veremos más adelante.

Soy una convencida total que, en virtud del principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa, la ley de deslinde jurisdiccional no debía ser contraria, ni desnaturalizar, reducir o tergiversar el contenido de la norma constitucional. **Pero lo hizo.**

En ese marco, debió considerarse que Yrigoyen³⁵⁰ propone los siguientes criterios para la ley de coordinación –llamada por la Constitución boliviana, *de deslinde jurisdiccional*-:

- a) Competencia material;
- b) Competencia territorial;
- c) Competencia personal;
- d) Competencia temporal.
- e) Descriminalización del Derecho y la justicia indígenas;
- f) Mecanismos para el respeto de actos jurídicos indígenas;
- g) Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos;
- h) Remisión de situaciones o casos a la justicia indígena;
- i) Fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales;
- j) Formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas;
- k) Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el Derecho consuetudinario;
- l) Otras demandas de coordinación y adecuación

³⁵⁰ Raquel Yrigoyen: Pautas...

Por su parte, Cabedo³⁵¹ señala como temas clave para el objeto de la ley de coordinación:

- 1) Establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de posibles conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones;
- 2) Determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos con relación a la jurisdicción especial indígena

En el caso de Bolivia, como se tiene visto, es la Constitución la que ya ha establecido en forma clara, las competencias personal y territorial. Personal, al establecer que están sujetos a la jurisdicción indígena originario campesina, los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores, demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos; por lo que, esta jurisdicción no abarca a quienes no pertenecen al pueblo indígena. Y, territorial, porque determina que la jurisdicción indígena originario campesina se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos de producen dentro de la jurisdicción de un pueblo originario campesino. En cuanto al ámbito material, señala que esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos, de acuerdo a la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Para el estudio de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, a riesgo de ser reiterativa, debemos recordar que la Ley Suprema dispone:

“Artículo 191.

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

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

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, 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.

³⁵¹ Vicente Cabedo: *Constitucionalismo...*, p. 110

3. *Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.*"

"Artículo 192.

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

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

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

Ahora, de conformidad a la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, para el análisis de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, deben considerarse fundamentalmente las siguientes bases, sintetizadas del documento *Propuestas para la Ley de deslinde jurisdiccional*³⁵², en el que varios juristas bolivianos, luego de analizar las perspectivas del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en Bolivia luego de entrar en vigencia la nueva Constitucional, propusieron algunos *criterios para la elaboración de una propuesta normativa*, que, como desarrollaré más adelante, no fueron recogidos por los legisladores a tiempo de elaborar la tan mentada Ley de Deslinde Jurisdiccional que más que luces, ha traído sombras en el tema que hoy abordamos.

En ese marco, las bases propuestas para analizar en el indicado documento son las siguientes:

1. El fundamento del reconocimiento al derecho de las naciones y pueblos indígenas a ejercer sus sistemas jurídicos, que deriva del carácter plurinacional del Estado y, fundamentalmente, del derecho a la libre determinación en el marco de la unidad del Estado.
2. La igualdad jerárquica de la jurisdicción indígena originaria campesina y de la ordinaria, y el control de ambas a través de la justicia constitucional.

³⁵² Ramiro Molina y otros: *Propuestas para la Ley de deslinde jurisdiccional*, Fundación Construir, 2009, obtenido en www.fundacionconstruir.org/index.php/.../PropuestasLeyDeslinde_30.pd... el 18 de abril de 2015

3. Conformación plural del Tribunal Constitucional, y actuación de conformidad a los principios de pluralismo jurídico e interculturalidad, lo que supone la interpretación intercultural de los hechos y el derecho.
4. En mérito al principio de igualdad jerárquica de las jurisdicciones y el principio de interculturalidad, se deben establecer mecanismos para la conformación plural de los jueces y tribunales de garantías que conocen las resoluciones y actos de la jurisdicción indígena, pues son estos jueces y tribunales –que provienen de la jurisdicción ordinaria- los que inicialmente conocen las acciones de defensa previstas en la Constitución y, en los hechos, se estaría permitiendo que la jurisdicción ordinaria, con una visión monocultural, resuelva la posible lesión de derechos y garantías en la jurisdicción indígena originaria campesina, desconociendo los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico e igualdad de pueblos y culturas.
5. Respeto a los ámbitos de vigencia de las competencias personal, territorial, definidas en la Constitución Política del Estado, y de la competencia material, a partir de una interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad. Sobre estos ámbitos de vigencia –como denomina la Constitución a la competencia- es necesario efectuar algunas reflexiones:

7.1 Ámbito de vigencia personal

La Ley Fundamental establece, en el segundo párrafo del art. 191, que *“están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos”*.

Conforme a dicha norma, están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino; para lo cual se deben establecer criterios para determinar quién debe ser considerado miembro para ser juzgado por esa jurisdicción.

Previamente se debe señalar que el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, previsto en el art. 30 de la CPE, es un derecho de carácter colectivo, cuya titularidad recae en un grupo de personas plenamente identificado: La nación y pueblo indígena originario campesino. Consecuentemente, ese derecho sólo puede ser ejercido por esa colectividad, definida por el art. 30 como aquella que *“(...) comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones,*

territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”.

En ese entendido, el derecho indígena se aplica a los miembros de esa colectividad, es decir a quienes compartan identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión. De esta afirmación podría establecerse una primera conclusión: que el derecho indígena sólo se aplica a los miembros del pueblo indígena que compartan dichas características y, por ende, vivan en un determinado territorio.

Sin embargo, pueden presentarse problemas a la hora de aplicar el derecho indígena, si se toma en cuenta que uno de los criterios para determinar la pertenencia de una persona a un pueblo indígena es la auto identificación como miembro de esa colectividad, prevista en el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT³⁵³; entonces, puede suceder que personas que no compartan todas las características descritas en el art. 30 de la CPE se autodefinan como miembros de la nación y pueblo indígena originario campesino.

Para analizar dicho supuesto, se debe acudir al art. 191.I de la CPE que señala que 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; en ese entendido, no sólo basta la autodefinición, sino que la persona debe mantener un *vínculo* con la comunidad y, en ese entendido, es la colectividad la que, en virtud a ese vínculo, debe aceptar a la persona como miembro de la colectividad.

Adicionalmente al tema que se ha abordado, existen otros problemas vinculados también a la competencia material.

Uno es el de la posible **lesión de bienes jurídicos de la nación y pueblo indígena originario campesino por terceras personas.**

Al parecer, en este punto la Constitución es clara al sostener que sólo están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino (art. 191.II.1); sin embargo, surgen dificultades de interpretación al analizar dicha norma con la prevista en el art. 179.II de la CPE que determina que “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía”.

Efectivamente, la última norma citada se constituye en un principio rector de la función judicial y, en ese ámbito, debe regir la interpretación, no sólo de las

³⁵³ El art. 1.2. del Convenio 169 de la OIT establece: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

normas legales, sino también de las propias normas constitucionales, además de ser la base para la actividad legislativa que desarrollará la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En ese ámbito, ¿es coherente con el principio de igualdad de jerarquías proclamado en el art. 179.II que el miembro de una nación y pueblo indígena originario campesino que comete hechos fuera de su territorio sea juzgado por las autoridades ordinarias, y que un no indígena que comete hechos en territorio indígena, afectando bienes jurídicos de la nación y pueblo indígena originario campesino, sea juzgado por la jurisdicción ordinaria? Evidentemente no; pues, en este caso, se está priorizando la jurisdicción ordinaria.

Consecuentemente, desde una interpretación de la propia Constitución, en base a los principios contenidos en ella, y retomando la posición inicial del Proyecto de Constitución aprobado en Oruro, tendría que reivindicarse la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina para juzgar aquellos hechos que, cometidos en su territorio por no indígenas, lesionen los bienes jurídicos de la nación o pueblo indígena originario campesino. Sin embargo, en estos supuestos, se deberían considerar las especificidades culturales y, por lo mismo, al igual que en los supuestos en que los indígenas sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, se tendrían que tomar en cuenta atenuantes de responsabilidad, como el error de prohibición culturalmente diferenciado que, inclusive, puede excluir la responsabilidad.

También se plantean problemas en torno a los **miembros de la nación y pueblo indígena originaria campesina, parcialmente vinculados a su comunidad.**

Considerando lo señalado en párrafos precedentes respecto al *especial vínculo* que debe existir entre los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, en el supuesto que se analiza, estaría presente tal vínculo, debido a que sólo temporalmente está alejado de la comunidad; en tal sentido, la persona tendría que ser sometida a la jurisdicción indígena originaria campesina, en caso de que se suscite un conflicto en el territorio indígena, afectando bienes jurídicos de la comunidad.

7.2 Ámbito de vigencia territorial

De acuerdo al art.191.II.3, la jurisdicción indígena originaria campesina *“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”*.

Conforma a la norma anotada, los hechos deben producirse dentro del territorio en el cual ejercen jurisdicción las autoridades indígenas originaria campesinas, o cuando los efectos se producen en el mismo. Cabe aclarar que la jurisdicción indígena originaria campesina no presupone la autonomía indígena originaria campesina prevista en la Constitución; pues ésta se basa “en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta” (art. 290.I CPE); entonces, el hecho de que una nación y pueblo indígena originario campesino no quiera conformar una entidad territorial autónoma, no le quita la posibilidad de seguir aplicando sus normas, que es un derecho que lo tienen no como entidades territoriales autónomas, sino como pueblos indígenas originario campesinos.

Ahora bien, en los supuestos en que las naciones y pueblos indígenas no hubieran accedido a autonomías indígenas originario campesinas o, finalmente, no quieran hacerlo, la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en el territorio indígena originario campesino que ocupan, ya sea que posean título sobre ellas, se encuentren en proceso de titulación, o la ocupen de acuerdo a las normas de la comunidad respecto a los límites de sus tierras y/o territorio.

Hecha esa digresión, el ámbito de vigencia territorial de la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que la competencia personal, presenta las siguientes variantes.

En relación a los **hechos cometidos entre miembros de la nación y pueblo indígena originario campesino fuera del territorio indígena**, surgen dos alternativas: **1.** Al haberse suscitado los hechos fuera del territorio indígena, deben ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y **2.** los hechos deben ser conocidos por la jurisdicción indígena originaria campesina. Esta última sería la solución más respetuosa de la pertenencia étnica de ambas partes en conflicto, considerando que el mismo se suscitó sólo entre los miembros de la misma nación y pueblo indígena originario campesino y que no involucra a terceras personas. Esta posición ha sido asumida, por ejemplo, en el art. 133 de la Ley Orgánica de los Pueblos Indígenas de 8 de diciembre de 2005 de Venezuela³⁵⁴.

³⁵⁴ **El art. 133 de dicha Ley dispone:** “La competencia de la jurisdicción especial indígena estará determinada por los siguientes criterios:

1. Competencia Territorial: Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer de cualquier incidencia o conflicto surgido dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas respectivos.

2. Competencia Extraterritorial: 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

En cuanto a los **hechos cometidos entre miembros de la nación y pueblo indígena originario campesino en el territorio de otro pueblo indígena o hechos cometidos entre miembros de diferentes naciones y pueblos indígena originario campesinos en un determinado territorio indígena**, siguiendo la lógica anterior, el primer supuesto tendría que ser conocido por la jurisdicción de la nación o pueblo indígena al que pertenecen ambos involucrados; sin embargo, considerando que los hechos se produjeron en el territorio de otro pueblo indígena, las autoridades de ambos pueblos pueden definir el conflicto, ya sea decidiendo por juzgar ambas el hecho o por definir la competencia a favor de una de ellas. Similar criterio tendría que adoptarse para el segundo caso, es decir, tratándose de hechos cometidos entre miembros de diferentes naciones o pueblos indígena originario campesinos, en un determinado territorio indígena: son las autoridades de los pueblos involucrados los que deberán definir la competencia, considerando sus normas propias.

En los casos **de hechos cometidos por miembros indígenas contra no indígenas**, por respeto al principio de pluralismo, es la jurisdicción ordinaria la que tiene que conocer los hechos, debido a que el conflicto interviene una tercera persona no indígena, que no comparte los patrones culturales ni normas de quien causó el conflicto; sin embargo, en estos casos se debe tener en cuenta lo previsto en el art. 8 del Convenio 169 que determina que los tribunales y autoridades al pronunciarse sobre cuestiones penales deben tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas³⁵⁵, para ello, se debería intervenir peritos especializados en temas indígenas en los procesos ordinarios, con la finalidad de atenuar o, en su caso, excluir la responsabilidad penal por error de prohibición culturalmente diferenciado, conforme lo establece el art. 391 del Código de procedimiento penal y de manera genérica el art. 16 del Código Penal, normas que también tendrían que ser previstas –como se tiene señalado– para los supuestos en que no indígenas sean juzgados por las autoridades indígenas originaria campesinas.

7.3 Ámbito de vigencia material

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”.

³⁵⁵ El art. 8.1 del Convenio 169 establece: “1 .Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

El art. 191.II.2) de la CPE determina que la jurisdicción indígena originaria campesina “conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional”.

Sobre este tema, se debe señalar que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establecen límites en cuanto a las materias que pueden ser conocidas por la jurisdicción indígena; es más, el Convenio 169 de la OIT expresamente contempla la posibilidad de que las autoridades indígenas puedan conocer delitos.

De lo señalado se concluye que todas las materias pueden ser conocidas por la jurisdicción indígena originaria campesina, siempre y cuando, claro está, se cumplan con los requisitos de los ámbitos de vigencia personal y territorial y, además, el conflicto suscitado se encuentre regulado por su Derecho³⁵⁶.

La regla es, entonces que los Pueblos Indígenas conozcan, en principio, todas las materias, dejando la posibilidad, empero, que los aspectos que no se encuentren regulados por sus normas sean remitidos a la jurisdicción ordinaria.

Sobre dichas bases, comenzaremos el análisis.

El **29 de diciembre de 2010** se promulgó la **Ley No. 073** denominada **Ley de Deslinde Jurisdiccional**, cuyo primer artículo fija como objeto de la misma, regular los ámbitos de vigencia 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. Esta primera norma mantiene la expresión de *ámbitos de vigencia* a que hace referencia el art. 191.II de la CPE, que también son llamados ámbitos de competencia por diversos autores; además, constriñe su objeto a los dos casos que la Constitución le encomendó en sus arts. 191.II y 192.II.

El art. 3 de la Ley ahora analizada, reitera lo señalado por el art. 179.II de la CPE, que establece que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de **igual jerarquía** que la jurisdicción ordinaria, agregando –lo que no está dicho en la Ley Suprema– la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas. Ello coincide con el principio proclamado en el art. 4.e) de la misma Ley: *“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”*, que se ve afianzado con los principios de complementariedad, definido como la concurrencia de esfuerzos e

³⁵⁶ En el mismo sentido, Guachalla Escóbar, Jennifer, “Sistema jurídico de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas en Bolivia”, en *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, Revista especializada de Derechos Humanos, Año 1, N° 3, 2008, p. 131.

iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, e independencia, que implica que ninguna autoridad de una jurisdicción podrá tener injerencia sobre otra (art. 4 incisos f) y g).

En este punto, resulta imprescindible adelantar el estudio de la Ley 073, y acudir a su art. 12, que dispone la **obligatoriedad** del cumplimiento de las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina y que deben ser acatadas por todas las personas y autoridades; y en su parágrafo II determina que las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.

El inciso h) del art. 4 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, reconoce el principio **de Equidad e igualdad de género**, en sentido que *“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.”* Asimismo, el art. 5.II, en concordancia con el precedente, proclama que 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.

No es posible dejar pasar este punto, dado que el principio así proclamado claramente se refiere al ejercicio de la jurisdicción indígena, lo cual desde luego, es acertado en el contexto constitucional que precautela los derechos de la mujer en igualdad de condiciones en todo ámbito, así como lo hace la esfera internacional; sin embargo, considero insuficiente esa declaración, por cuanto los derechos de la mujer en el específico ejercicio del Derecho Indígena, se encuentra en una situación de casi indefensión en algunos pueblos indígenas. En efecto, recordemos que Magdalena Gómez, sobre las implicaciones del reconocimiento de los sistemas indígenas de resolución de conflictos, sostiene que se haría explícita la limitación que dicho reconocimiento se ejercerá sin contravenir los derechos fundamentales, en especial los de la mujer³⁵⁷. Con relación a la afirmación de esta autora, conviene recordar que históricamente, la mujer ha estado relegada en la sociedad, sea ésta occidental o indígena. Sus derechos no han sido reconocidos sino a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos –que constituye una Declaración general, sin especificar derechos *para las mujeres*-, paulatinamente se han ido dictando algunos instrumentos a favor de la temática de la mujer en el mundo, y aún así hasta hoy es difícil lograr consensos sobre el respeto de los derechos humanos de las mujeres. En ese sentido, debe partirse de la premisa que:

³⁵⁷ Magdalena Gómez: “Derecho Indígena y Constitucionalidad ...

Si la situación de los pueblos indígenas ha sido ignorada en cuanto al reconocimiento y respeto de sus derechos, tanto colectivos como individuales, la situación de la mujer dentro tales pueblos, no ha tenido una mejor suerte, sino, al contrario, conforme se ha investigado, hoy por hoy continúan vigentes ciertas costumbres atentatorias a los derechos de la mujer, y algunas que constituyen una verdadera aberración en el siglo XXI, como el “arreglo” de los padres de una joven víctima de violación, para que contraiga matrimonio con el agresor, aunque es muy destacable la inserción del parágrafo IV del art. 5 de la Ley 073 que categóricamente establece que: *“Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres”*, y declara **ilegal** cualquier conciliación respecto de este tema. Ello constituye un importante avance, pero deberá precautelarse con mayor énfasis, la situación de la mujer en las normas del Derecho Indígena, en cuanto a su tratamiento como víctima, esposa, hija, madre, como respecto de la tenencia de la tierra, etc., aunque esto pasa por un profundo proceso de concienciación hacia los miembros de las comunidades indígenas y pueblos originarios.

Retornando con el art. 5, su parágrafo I contiene el mandato de respeto, promoción y garantía del derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Esta norma concuerda con los arts. 15.I y 190.I de la CPE, sobre el respeto al derecho a la vida, y la prohibición de la pena de muerte, que está también señalada en el art. 6 de la Ley 073 hoy estudiada, a lo que debe sumarse la catalogación del linchamiento como violación a los derechos humanos que hace el apartado V del mismo art. 5, con lo que se reconoce que el linchamiento es un crimen común, conceptualizado como la forma popular de ejecutar justicia aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen.

Sobre la segunda parte del parágrafo I del art. 5, cuando se refiere al respeto de “los demás derechos y garantías” constitucionales, se entiende que abarca a todos los derechos proclamados y garantías señaladas en la Constitución, por ejemplo, a la libertad de residencia, permanencia y circulación en todo el territorio boliviano que está proclamado como uno de los derechos civiles en el art. 21.7 de la Constitución, de manera que puede identificarse una contradicción con lo dispuesto por el mismo art. 5 en su apartado III de la Ley 073, que excluye de la aplicación de la sanción de **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, cuando lo expresado en el parágrafo I no contempla ninguna excepción al mandato de respeto de los demás derechos y garantías que reconoce la Ley Fundamental del país, por ende, podría generarse conflictividad al momento de aplicar, por las autoridades indígenas, la máxima

sanción que es la expulsión de la comunidad a quien haya contravenido sus normas. Tendrá que ser el Tribunal Constitucional Plurinacional que, sobre esta situación, efectúe una interpretación desde y conforme a la Constitución.

Ingresando a la regulación de los **ámbitos de vigencia** de la jurisdicción indígena originaria campesina, el art. 9 de la Ley 073, especificando el **ámbito de vigencia personal**, señala que están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino, en idéntico sentido que lo hace el art.191.II.1 de la CPE, que dice que están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciadores o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. En este punto, se presentan las cuestionantes que planteamos como bases para el análisis de esta Ley, pues existirán casos en que no solamente se tratará de miembros de una comunidad que cometan faltas dentro de esa comunidad, y podrían presentarse las variables que ya mencionamos.

En cuanto al **ámbito de vigencia material**, el art.10 de la Ley estudiada, en su apartado I dispone que 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. Esta, pues, constituye la norma general que atribuye a la jurisdicción indígena la potestad de conocer y resolver cuestiones que han conocido desde siempre, en respeto del antes aludido *derecho al propio Derecho*. En el siguiente párrafo de este articulado, la Ley fija las excepciones al conocimiento y resolución de asuntos en la jurisdicción indígena, lo cual no es otra cosa que la delimitación de la esfera competencial. Y, ahí se presentan los mayores problemas.

En ese marco, el inciso a del párrafo II del art. 10 enumera los asuntos que, en el **ámbito penal**, no serán de conocimiento de la jurisdicción indígena: 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.

La exclusión efectuada por la Ley 073 del conocimiento y resolución por parte de autoridades indígenas en su propio sistema jurídico, debe ser tratada con sumo cuidado, puesto que puede ser comprensible en algunos casos, pero en otros, no. Tómese por ejemplo el caso de delitos tributarios, el Estado es el directo interesado en su resolución, empero, tales delitos no se cometen en las jurisdicciones indígenas, sino, obvio, dentro del sistema legal estatal.

Por otro lado, en los debates previos a la aprobación del texto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, fue recurrente la preocupación sobre de qué manera resolvería la jurisdicción indígena los delitos de terrorismo o narcotráfico, o los delitos graves como asesinato o violación. Con la redacción antedicha, se entiende que en los casos que el Estado debe intervenir conforme a su potestad privativa, se reserva el derecho de aplicar las normas estatales dentro de un proceso instaurado en la jurisdicción ordinaria. Y ahí está el problema. La Ley de Deslinde Jurisdiccional está coartando el ejercicio del Derecho Indígena.

La diferencia entre el Derecho Indígena y el Derecho positivo oficial, estriba, entre otros aspectos, en la diferencia de tratamiento, por ejemplo, en el caso de una trasgresión normativa, al infractor. Por lo general, en el primero, no se aparta al infractor de la comunidad, por el contrario, permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de la sociedad, confinándolo a una institución total, que resulta un concepto sociológico que hace referencia a instituciones cerradas –cárceles, manicomios, centros- que se organizan y funcionan en base a un sistema disciplinario rígido. En cuanto a las notas distintivas que los caracterizan, el Derecho Indígena consiste en un conjunto de normas de distinto tipo, no codificadas, reconocidas y practicadas por la comunidad. Las normas jurídicas que constituyen el Derecho positivo oficial, emanan de una autoridad política organizada que tiene entre sus potestades la creación (Órgano Legislativo) y aplicación (órgano Ejecutivo), de la mencionada normativa. Esta mirada divergente, que radica en una concepción del Derecho y del castigo diametralmente opuesta, posibilita justificar la existencia de dos jurisdicciones distintas. Más aún cuando –es menester resaltar- el Derecho consuetudinario no existe ni funciona de manera aislada, la interacción con el Derecho oficial o estatal es constante y complementaria. Todo esto explica la concepción implícita en el tratamiento de la jurisdicción indígena. De esa manera, la comprensión del fundamento conciliatorio, reparador –en lo posible- que tiene el Derecho Indígena debería ser una causa más para el ámbito de vigencia material o competencia material, pues el fin no es el castigo *per se*, sino la reinserción del infractor a la sociedad.

Volviendo al análisis, en **materia civil**, la Ley 073 excluye de la jurisdicción indígena el conocimiento de cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autónoma y lo relacionado al derecho propietario.

Igualmente, excluye todo lo relativo al 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.

El inciso d) del párrafo II del art. 10 de la Ley menciona también la exclusión de otras materias que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones: ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

En este momento no puedo evitar una desazón que me produce esta Ley. Ha determinado, implícitamente, que la jurisdicción indígena solamente conozca los casos menores, sin posibilidad alguna que sean las mismas autoridades indígenas las que determinen si derivan el caso a la justicia ordinaria o no.

Se debe recordar que durante el proceso constituyente para dotarnos de la nueva Constitución ³⁵⁸ se dio un trascendental avance, tomando en cuenta que la Asamblea Constituyente estaba conformada por muchas mujeres indígenas que por fin pudieron ser escuchadas. Por ello se tiene la Constitución emitida en ese sentido, aunque con limitaciones, pero no tales como las introducidas en la Ley de Deslinde, las cuales verdaderamente no alcanzo a comprender, porque antes de su aprobación el Ministerio de Justicia llevó adelante todo un proceso consultivo con los pueblos indígenas. Proceso en el que personalmente participé en mi condición de Letrada del Tribunal Constitucional –en ese entonces- y también como Docente titular de la Universidad estatal. Sin embargo, una vez elaborado el proyecto de Ley de deslinde que inclusive superaba las limitaciones constitucionales, cuando fue tratado en la Asamblea Legislativa Plurinacional mereció tantos recortes y modificaciones que hacen irreconocible al primigenio y original proyecto. Pues, ahora los pueblos indígenas, según esta Ley, no pueden conocer casos relativos a las mujeres, de violencia, de tierras, etcétera. Ni siquiera hubo debate en el Congreso, lo aprobaron sin debate. ¿Por qué? Una Asamblea Legislativa “Plurinacional”, con una mayoría de más de dos tercios de legisladores y legisladoras del partido en función de gobierno de Evo Morales, una persona indígena que, juntamente otros personajes de la política boliviana, batieron banderas sobre el pluralismo jurídico, y ahora emiten una Ley que cercena derechos que antes se ejercían aún sin estar reconocidos?

El art. 11 de la Ley 073, de acuerdo al art. 191.II.3 de la CPE, y aclarando el mismo, remarca que 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** concurran los otros

³⁵⁸ Véase las aportaciones a su análisis de Juan Gutiérrez Alonso en Reflexiones y enseñanzas del último proceso constituyente en Bolivia”, *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, 2014, pp. 799-824.

ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley.

Sobre la coordinación entre sistemas, el tema, la Ley 073, en su art. 14 enumera como mecanismos de coordinación, el establecimiento de: Sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas; espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones; espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos; y otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley. Esta disposición no deja de ser demasiado ambigua, dado que no establece con criterios reales, las posibilidades fácticas concretas de coordinación entre jurisdicciones, por lo que considero insuficiente frente al mandato contenido en el art. 192.II de la Constitución.

Más concretos son los mecanismos de cooperación que la Ley objeto de análisis comprende en su art. 16, cuando indica, por ejemplo, que las autoridades jurisdiccionales y del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, prestarán inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas lo soliciten; así como las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas; y deberá procederse a la remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones; sin excluir otros mecanismos de cooperación que puedan surgir a través de la aplicación concreta de la Ley.

Respecto a la Ley de Deslinde Jurisdiccional boliviana, Raquel Yrigoyen manifiesta³⁵⁹:

“Creo que en Bolivia tienen un proceso constituyente muy importante, a partir del periodo 2006-2009, que produce una nueva Constitución ya en el marco de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, reconoce la libre determinación de los pueblos, la igual dignidad de los pueblos y culturas, reconoce la paridad, la igualdad entre la jurisdicción indígena y ordinaria, la interculturalidad, el principio del pluralismo jurídico. En ese marco no se entiende una Ley de Deslinde Jurisdiccional (del 29 de diciembre de 2010) que resucita a Carlos V; en la era colonial la corona española, como todos los imperios hicieron,

³⁵⁹ Entrevista realizada por Malkya Tudela, enviada especial para el **Periódico Digital PIEB** (24-10-2012) obtenido en http://www.pieb.com.bo/sipieb_notas.php?idn=7508 el 17 de diciembre de 2015

administraba sus territorios a través de las autoridades locales, permitía los usos y costumbres que no contradijeran la ley ni la religión, y permitía la administración de justicia de curacas o caciques siempre que fueran casos pequeños entre indios y no afectaran a españoles o terceros. Resulta que a pesar de todo este principio del constitucionalismo plurinacional que declara la libre determinación de los pueblos, la paridad de las jurisdicciones, la Ley de Deslinde Jurisdiccional dice que los pueblos indígenas solo administran justicia en casos menores, no pueden ver casos de violencia, relativos a las mujeres, casos graves, solo casos pequeños, no pueden ver casos de tierras, agroambientales, prácticamente no pueden ver nada, eso es resucitar a Carlos V.

Ante la pregunta sobre si en Bolivia existe un auténtico Pluralismo Jurídico o se trata de un Pluralismo Jurídico subordinado, Yrigoyen responde:

“Creo que totalmente la política actual es de pluralismo subordinado, creo que es posible leer el texto constitucional inclusive con sus limitaciones a la luz de las normas más favorables y a la luz del pluralismo igualitario, pero la política que se ha impuesto a través de la Ley de Deslinde es de un pluralismo subordinado y ese mismo problema pasa en otros campos de incumplimiento de la Constitución, de los derechos indígenas, de la declaración, etc.”

Juan Carlos Martínez efectúa una crítica a la Ley de Deslinde Jurisdiccional emitida en Bolivia cuando sostiene: *“Cabe destacar que la reciente Ley de Deslinde aprobada en Bolivia no es coherente con los avances logrados por su propia Constitución, pues acorta de manera sustantiva los derechos reconocidos a estos pueblos para administrar justicia propia.”*³⁶⁰

Asimismo, remarca:

“Es importante señalar que las leyes secundarias que asignan competencia específicas a las autoridades indígenas, como la legislación penal en el Estado de Oaxaca, México, o la Ley de Deslinde de Bolivia, son contrarias al espíritu constitucional que reconoce autonomía al sujeto colectivo — pueblo indígena— para definir sus propios sistemas normativos. Es decir, es facultad de los pueblos indígenas de establecer las normas, las autoridades y los procedimientos que definan las conductas que serán prohibidas, permitidas y obligadas en ese contexto. En coherencia con los

³⁶⁰ Juan Carlos Martínez y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012, p. 25, expresa que en Perú el Poder Judicial ha iniciado un impresionante proceso de coordinación entre la justicia estatal e indígena, que indiscutiblemente lo ponen a la vanguardia en materia de pluralismo jurídico, a pesar de que su legislación no tiene alcances notables.

*nuevos principios constitucionales, la relación entre los individuos indígenas y la colectividad debe ser definida por la propia comunidad indígena y no por la legislación secundaria general.” Las **leyes secundarias** que definen las conductas que pueden conocer las autoridades indígenas restan a los pueblos indígenas la posibilidad real que sus autoridades asuman la jurisdicción que se desprende de sus propios sistemas normativos.³⁶¹”*

Conforme afirma un miembro de la comunidad Santiago de Machaca³⁶², la ley de deslinde jurisdiccional de inicio tuvo bastante expectativa, sin embargo los resultados de la ley, a pesar de haber existido participación, no contempla las recomendaciones que salieron en los eventos; sienten que la ley no se acerca a la real dimensión de administrar justicia, es decir se sienten coartados en su derecho. Fundamentalmente el artículo 10, que coarta las acciones de las autoridades tradicionales, y solo se vincula a la resolución de conflictos ambientales, la interpretación se reduce a los problemas leves, que son los que deben solucionar las autoridades originarias.

Sobre la base de todo lo anterior, si bien el art. 10.II de la Ley del Deslinde Jurisdiccional, ha establecido límites al ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina, no es menos evidente que si se pretende construir un auténtico Estado Pluralista en el que se respete el derecho al propio Derecho, esa norma tiene que ser interpretada conforme la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Ese ha sido el razonamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional en la **SCP 0037/2013**, que partiendo del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y de las características de nuestro Estado, señaló:

“(…) en correspondencia con una interpretación sistémica y teleológica de la Ley Fundamental, es importante recordar que en virtud de la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos (art. 2 de la CPE), cada uno de ellos tiene su sistema jurídico acorde con su cosmovisión, con su cultura, tradiciones, valores, principios y normas, en virtud de ello determinan qué hechos o asuntos resuelven, deciden o sancionan, adquiriendo la competencia para conocer los hechos y asuntos que siempre han conocido y resuelto, así como para decidir en cuáles deciden intervenir y cuáles derivarlos a otra jurisdicción.

³⁶¹ Juan Carlos Martínez y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012, p. 39 - 40

³⁶² María Eugenia Choque: “La marca rebelde: Comunidades de Jesús de Machaca”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 468

En este contexto, la jurisdicción indígena originaria campesina en confluencia con el ámbito personal y territorial tiene competencia para conocer y resolver los hechos y asuntos que siempre han resuelto y que considere atinentes, independientemente sean considerados leves o graves, penales o civiles por el derecho estatal. De tal forma, es importante evitar una reducción externa de los asuntos que pueden conocer porque se ingresa en un quiebre de los postulados constitucionales y los previstos en el bloque de constitucionalidad.

En este orden, debe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

*Con esta línea de razonamiento, es importante dejar como pauta interpretativa que en virtud del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesino y su autonomía, **el contenido de lo previsto en el art. 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe encontrar compatibilidad con la Constitución Política del Estado entendida en su unidad**, vale decir, bajo sus principios fundantes de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización entre otros y el bloque de constitucionalidad, cuya compatibilidad de cada una de las materias asignadas, no corresponde ser analizada en la causa presente por no vincularse con la problemática en análisis.*

(...)

*En virtud de los ámbitos señalados, **la jurisdicción indígena tiene competencia respecto de los hechos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígena originario campesinos, lo que supone que la jurisdicción indígena y su derecho son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo indígena originario que se trate; por tanto, la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional.***

*Consiguientemente, cuando confluyan estos tres ámbitos: personal, material y territorial **corresponde a la jurisdicción indígena resolver el conflicto o controversia, bajos sus normas y procedimientos propios, al mismo tiempo corresponde el deber de abstenerse o de realizar actos de intromisión en su ejercicio, así como el deber de respetar sus decisiones y resoluciones**, y en todo caso realizar actos de coordinación y colaboración para que la misma sea ejecutada y cumplida.*

En este contexto no son aplicables las reglas que rigen a la jurisdicción ordinaria, como las de haber prevenido primero la causa, para que se otorgue competencia a la jurisdicción ordinaria ante hechos en los que se ven involucrados miembros de los pueblos indígena originario campesinos, sino los ámbitos de vigencia personal, material y territorial que rige a esta jurisdicción.”

8. DERECHO INDÍGENA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

La nueva Constitución Política del Estado, promulgada el 7 de febrero de 2009, como se tiene dicho, establece en su art. 202, la esfera competencial del Tribunal Constitucional Plurinacional, enumerando las siguientes atribuciones:

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

- 1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas,*
- 2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.*
- 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.*
- 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.*
- 5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.*
- 6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión*

no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.

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.

9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.

10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

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

12. Los recursos directos de nulidad.”

Las atribuciones contenidas en los incisos 8 y 11 están directamente relacionadas con los pueblos indígenas originarios campesinos, han sido instituidas para ello. Por su parte, el inciso 7, respecto de la revisión de las acciones de defensa constitucional, como las acciones de libertad, de amparo constitucional, y popular, se presentan en todo ámbito, incluido el indígena, por cuanto existen situaciones en las que miembros de los PIOC's acuden al TTCP para presentar una acción de esta naturaleza al considerar lesionados sus derechos fundamentales.

Ahora bien, con las reformas introducidas con relación a la naturaleza, el estatus jurídico-constitucional y la estructura orgánica del órgano contralor se puede señalar que estamos en una nueva etapa en el sistema de control de constitucionalidad del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta nueva etapa está caracterizada además por la adopción del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N° 254, que entró en vigencia a partir del 6 de agosto de 2012. Se trata de un cuerpo normativo de naturaleza procesal que desarrolla las normas de la Constitución, con disposiciones legales que tienen por objeto regular la sustanciación de los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional y los Juzgados y Tribunales de Garantías Constitucionales, consigna normas axiológicas porque proclama los principios procesales sobre los que se configuran los procesos constitucionales, entre ellos el principio del no formalismo, que tiene particular importancia para reencauzar la labor del control de constitucionalidad, especialmente en el ámbito tutelar.

Evidentemente, se está produciendo profusa jurisprudencia constitucional en la temática de los pueblos indígena originario campesinos, y el ejercicio de su Derecho. Es importante resaltar que dentro de la estructura organizacional del Tribunal Constitucional Plurinacional se ha creado la Secretaría Técnica y Descolonización, con la finalidad de contar en forma permanente con un equipo interdisciplinario que articule la jurisdicción constitucional y la jurisdicción indígena. Dicha Secretaría está conformada por sociólogos, antropólogos y amautas³⁶³, y realizan trabajo y estudios de campo cuando alguna de las Salas Especializadas o el Pleno del Tribunal así lo solicitan para la resolución de casos concretos.

Así, en varias de sus Sentencias, el Tribunal Constitucional Plurinacional está contribuyendo a una coordinación saludable entre el Derecho estatal y el Derecho Indígena, aunque –es menester reconocer- aún falta mucho camino que avanzar en la consolidación del auténtico pluralismo jurídico y el reconocimiento de la igualdad jerárquica entre jurisdicciones en Bolivia.

8.1 El papel del Tribunal Constitucional Boliviano en la construcción de un sistema jurídico plural, basado en la interculturalidad

Será la interpretación que el Tribunal Constitucional Plurinacional efectúe de la misma Constitución, de los derechos colectivos e individuales, la que empapará las normas indígenas y no indígenas, las que deberán adecuarse a la interpretación efectuada y, por lo mismo, ambas normas estarán recíprocamente influidas y enriquecidas por el diálogo intercultural.

Del Real Alcalá, refiriéndose a los derechos fundamentales, sostiene que estos son el criterio unificador ante la pluralidad de jurisdicciones en igualdad de condiciones que cohabitan en el Ordenamiento boliviano, añadiendo que “el sistema de justicia constitucional, **desde un punto de vista *formal*; y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, desde un punto de vista *material*, actúan como dos de las instancias más sólidas de la unidad del país**”³⁶⁴.

Efectivamente, de acuerdo a las competencias asignadas por la Constitución Política del Estado (art. 202 de la CPE), el Tribunal Constitucional Plurinacional

³⁶³ Nombre que se otorga a las máximas autoridades en algunos pueblos indígenas en Bolivia.

³⁶⁴ Del Real Alcalá, Alberto, op. cit., p. 147.

ejercherà el control en los siguientes ámbitos, relacionados con los sistemas jurídicos indígena originario campesinos:

8.1.a) Control normativo de constitucionalidad

A través del control previo obligatorio de los estatutos autonómicos, entre los cuales se encuentra el indígena, y la consulta sobre la constitucionalidad de las normas indígenas aplicables a un caso concreto.

- **El control previo de los estatutos autonómicos:** De acuerdo al art. art. 257 CPE:

Cada órgano deliberativo de las entidades territoriales elaborará de manera participativa el proyecto de Estatuto o Carta Orgánica que deberá ser aprobado por dos tercios del total de sus miembros, y previo control de constitucionalidad, entrará en vigencia como norma institucional básica de la entidad territorial mediante referendo aprobatorio en su jurisdicción.

Conforme al texto constitucional, el control es **obligatorio**, pues, todos los estatutos autonómicos y cartas orgánicas deben ser sometidos a control previo de constitucionalidad luego de su elaboración y antes de la realización de referendo. Se justifica el control obligatorio por la finalidad que persigue la consulta, cual es la de evitar que las normas contradigan la Ley fundamental y se respeten las competencias asignadas al nivel central del Estado y a las diferentes entidades territoriales autónomas, así como el modelo de Estado asumido en el art. 1 de la CPE.

El Tribunal Constitucional Plurinacional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estatutos, teniendo la Declaración Constitucional carácter obligatorio y, por tanto, los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas- y en el caso de la autonomías indígenas, las autoridades originarias correspondientes- deben acatar la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, reformulando, en su caso, las normas del Estatuto Autonómico que fueron consideradas contrarias a la CPE. Realizada la subsanación observada por el Tribunal Constitucional, el órgano deliberativo deberá mandar nuevamente el proyecto al Tribunal Constitucional hasta que éste determine su conformidad con la Ley Fundamental.

Como se aprecia, los estatutos indígenas, tendrán que adecuar sus normas a la Constitución Política del Estado, lo que supone que la Declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional, **sobre la base de una interpretación intercultural**, influirá en las normas contenidas en el Estatuto, lo que supone la permeabilización de dichas normas por la interpretación adoptada por el órgano que ejerce el control de constitucionalidad.

- La consulta sobre la constitucionalidad de las normas indígenas aplicables a un caso concreto:

Esta consulta está prevista en el art. 202.8 de la CPE, y puede ser definida como la jurisdiccional a través de la cual la autoridad legitimada somete a control de constitucionalidad la norma de una nación y pueblo indígena originario campesino, aplicable a un caso concreto, a objeto que el Tribunal Constitucional Plurinacional verifique su compatibilidad con las normas de la Constitución.

Esta consulta se justifica por la naturaleza oral de las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y por la variedad de normas existentes, y de acuerdo a la redacción de la norma constitucional y de la Ley 27, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, es facultativa, a instancia de la autoridad legitimada, es decir las autoridades indígena originario campesina, cuando tenga duda sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar.

La Resolución que pronuncie el Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo al art. 140 de la LTCP, puede determinar la aplicabilidad o no de la norma consultada al caso concreto y cuando ello no sea posible, propondrá respuestas alternativas, **culturalmente adecuadas** al caso concreto planteado; Resolución que tendrá **carácter obligatorio**.

Como se observa, en estos casos, el diálogo intercultural que se instaure en el Tribunal Constitucional Plurinacional será fundamental, pues a través de la Resolución que emita, se irán estableciendo los límites de las normas indígenas e inclusive, se podrán otorgar respuesta alternativas que sea culturalmente adecuadas, lo que implica una modificación de sus normas **desde una instancia plural** donde claramente se puede observar la interculturalización jurídica.

8.1.b) Control del respeto a los derechos (individuales y colectivos) y garantías fundamentales,

Se lleva a cabo a través de las acciones tutelares como: acción de libertad, de amparo constitucional, popular y de cumplimiento: Si el límite de validez de las resoluciones y determinaciones de la jurisdicción indígena es, entre otros, el respeto a los derechos fundamentales y humanos, aunque la Constitución no lo señale de manera expresa, dichos actos y resoluciones pueden ser controlados por la justicia constitucional.

En este punto debe aclararse que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe efectuar una interpretación intercultural tanto de los hechos como de los derechos, lo que significa que la visión universal de los derechos tendrá que considerar las particularidades de cada nación y pueblo indígena originario campesino, y la forma en que se ejerce el derecho considerado lesionado en dichos grupos.

Como apunta Nina Pacari, la interpretación intercultural implica *“la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura de la situación y realidad nacionales, desde un enfoque que contemple el pleno ejercicio del principio de la diversidad cultural. El resultado de esta praxis dará lugar a nuevos marcos conceptuales, a nuevos paradigmas que pueden contribuir en la solución de los acuciantes problemas que aquejan a nuestras sociedades pluriculturales”*³⁶⁵.

Para efectuar dicha interpretación, como anota la misma autora, es necesario conocer la cultura, costumbres, instituciones, idioma, filosofía, visión del mundo y del desarrollo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Esto supone que ante la denuncia de lesión a derechos fundamentales y humanos, se instaurará el diálogo intercultural, de ahí la pertinencia y la necesaria conformación plural del Tribunal Constitucional Plurinacional; pues en éste estará presente la visión occidental y la indígena originaria campesina; aunque, claro está, dada la diversidad de naciones y pueblos indígena originario campesino, no debe descartarse recurrir a los peritajes culturales que den a conocer los rasgos de la nación y pueblo indígena originaria campesina, donde supuestamente se causó la lesión a derechos.

La **SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0234/2016-S3 de 19 de febrero de 2016**, emitida en el Amparo Constitucional en el que el accionante denunció la lesión de derechos, por cuanto, el 23 de diciembre de 2013, en el cabildo de emergencia realizado en la comunidad de Puqui, fue acusado de

³⁶⁵ Pacari, Nina, *Hacia una nueva lectura del indigenismo: Claves de Interpretación para el primer mundo*, sin número de página.

*lik'ichiri*³⁶⁶, y que originó su expulsión y aislamiento, dañando así su dignidad y el de su familia, expresa el criterio intercultural con el que se tienen que decidir las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional, que devienen de acciones y decisiones de la jurisdicción indígena.

Así, dicha Sentencia, considera:

“IV.1. El debido proceso en contextos interculturales

El art. 1 de la CPE, a tiempo de reconocer que nuestro Estado Unitario de Derecho Plurinacional Comunitario, se funda entre otros, en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, garantizó también el derecho de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NPIOC) a su libre determinación -art. 2 de la CPE-, señalando un amplio catálogo de derechos que están previstos en el art. 30.II de nuestra Ley Fundamental. Asimismo, se impuso como deber de la jurisdicción indígena originaria campesina el de respetar el derecho a la vida, a la defensa y los demás derechos y garantías fundamentales -art. 190.II de la CPE-.

*En ese contexto, para la vigencia de los postulados previstos en nuestra Constitución Política del Estado, la SCP 0961/2014 de 23 de mayo, indicó que: “...el Constituyente ha establecido una textura de mínima intervención sobre el derecho indígena originario campesino, que significa que el mismo **no puede ser en esencia sometido a un tipo de control externo, salvo que por la gravedad de una afectación de derechos fundamentales, este Tribunal Constitucional Plurinacional, debe brindar una tutela con dos objetivos concretos: 1) Consolidar un ejercicio de la administración de justicia indígena originaria campesina respetuosa de los derechos fundamentales de las personas; y, 2) Reconocer que las decisiones asumidas por la justicia indígena originario campesinas se basan en el principio de intangibilidad, y que su revisión extraordinaria obedece al supuesto excepcional de violación de los derechos fundamentales establecidos en la Norma Suprema”, señalando luego que: “...el debido proceso no debe ser entendido en términos occidentales cuando se analiza la tramitación de un proceso sustanciado en la jurisdicción indígena originaria campesina; pues si bien el debido proceso en el occidente tiene un contenido cultural construido a partir de la vivencia y experiencia de distintos sistemas jurídicos, se debe establecer que **éste no tiene los mismos componentes que el debido proceso en términos indígena originario campesino, pues obedece legítimamente a tradiciones jurídicas diferentes, ambas constitucionalmente reconocidas, en ese ámbito ésta jurisdicción debe*****

³⁶⁶ Lik'ichiri: brujo

*considerar que en los casos que se le presentan sobre aparentes lesiones al debido proceso en la tramitación de un proceso sometido a la jurisdicción indígena originario campesino, **deberá incidir esencialmente en analizar si la persona ha podido asumir defensa en el proceso y si la sanción que se le ha impuesto no afecta sus derechos a la vida, a la dignidad y a la integridad física***” (las negrillas son nuestras).

IV.2. Sobre la armonía y el equilibrio de la comunidad como finalidad en la resolución de controversias en la jurisdicción indígena originaria campesina

La SCP 1127/2013-L de 30 de agosto, a tiempo de examinar el carácter de la justicia indígena originario campesina, indicó que: “...se debe tener presente que la naturaleza de la justicia indígena originaria campesina es buscar el equilibrio-armonía de la comunidad, así como la preservación de la vida y el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, no siendo para de ella el carácter punitivo o castigador, debido a que su filosofía es la de ser reparadora o restauradora de los derechos”. De igual modo, la SCP 1259/2013-L de 13 de diciembre, asumió que: “Esta jurisdicción no sólo comprende la capacidad de notio (conocer), juditio (juzgar), sino también de coertio (capacidad de ejercicio de la violencia legítima)...

*También se ha establecido que **la naturaleza de las penas en el sistema indígena, buscan prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad...***

*(...); es decir, **que las penas no persiguen mirar el pasado, sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y mirar hacia el futuro. Indica además, que las penas establecidas en las comunidades, pretenden regular el control social de la vida en la comunidad, no persiguen en general dañar al individuo infractor o sujeto transgresor, sino mitigar el daño, restaurar la armonía social...***” (las negrillas nos corresponden).

Coligiéndose así que la jurisdicción indígena originario campesina, tiene facultades coercitivas como medios de disuasión y prevención contra actos contrarios a sus normas y procedimientos propios; empero, no se limita en sus fines a la sanción de un miembro infractor o en su caso a que se repare los derechos a una eventual víctima, sino, que busca el restablecimiento del equilibrio de la vida en comunidad; puesto que, las trasgresiones a sus propias normas pueden afectar la convivencia pacífica de sus miembros.”

Entonces, el fallo comentado se basa en que la cosmovisión de cada cultura es diferente, y que el análisis de los derechos fundamentales y su supuesta vulneración, debe hacerse sobre la base del contexto cultural aplicable.

8.1.c) *El control del competencias a través del conocimiento de los conflictos de competencias entre órganos del poder público,*

Que pueden surgir entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas, **y entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.**

El conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria y la agroambiental está previsto en el art. 202.11) de la CPE, y desarrollado en los arts. 124, 125 y 126 de la LTCP y puede ser definido como el procedimiento jurisdiccional extraordinario que tiene la finalidad de determinar el titular de una competencia asignada por la Constitución o la Ley a la jurisdicción indígena originaria campesina, a la jurisdicción ordinaria y a la agroambiental, en aquellos casos en los que, con motivo de emitir una disposición o adoptar un acto, se genera un conflicto porque se entiende que uno de los titulares invade el ámbito de competencia de otro.

Este conflicto de competencias necesariamente versará sobre la competencia material, territorial y personal entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental, y deberá ser definido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, suspendiéndose el trámite de la causa principal mientras dure la sustanciación del procedimiento dirimitorio. La Resolución del Tribunal Constitución dirimirá la competencia y remitirá el proceso a la jurisdicción que declare competente.

Esta atribución es una de las más importantes en la construcción del pluralismo jurídico, pues a través de ella se establecerán los límites entre las jurisdicciones y los niveles de coordinación; para ello es importante, al igual que en los casos anteriores, un auténtico diálogo intercultural entre los diferentes sistemas. Para establecer las competencias, deberá tomarse en cuenta, sobre todo, las normas del bloque de constitucionalidad y los principios que se desprenden de ella y la Ley del Deslinde Jurisdiccional.

De acuerdo a lo anotado, el Tribunal Constitucional se convierte en la piedra angular del pluralismo jurídico, pues será este órgano fundamental para la interculturalización del derecho; pues, a partir del diálogo entre ambas visiones, desde el plano de la igualdad, se fijarán los principios que sustentarán la

convivencia con el otro y servirán de base para la construcción de **un nuevo derecho y, en ese sentido, un sistema jurídico plural.**

Como conclusión, se puede afirmar que en el caso boliviano, si bien existen varios sistemas jurídicos paralelos (como dato fáctico), empero, el reto, la meta, es la interculturalidad, un pluralismo jurídico remozado y constitutivo en el que se relacionen, articulan y converjan los diferentes sistemas jurídicos preexistentes. Es en este entendido, que la conformación plural del Tribunal constitucional es una garantía para que este diálogo culturas se presente.

El Tribunal Constitucional en la **SC 0243/2010-R**, llegó a similar razonamiento:

“De acuerdo al texto constitucional (art. 179), la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozan de igual jerarquía y, en ese sentido, no se prevé ningún medio de revisión, por parte de la jurisdicción ordinaria, de las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192).

La jurisdicción indígena originaria campesina, por otra parte, de acuerdo al art. 190 de la CPE, respeta el derecho a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución y también claro está, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, estableciendo el art. 119.I expresamente que: “Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.” De lo dicho se establece que el respeto a derechos y garantías, marca el límite de la validez, de las resoluciones y determinaciones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

En ese entendido, tanto la jurisdicción indígena originaria campesina, como la ordinaria, están controladas por la justicia constitucional, y, en definitiva por el Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano que debe controlar el respeto a los derechos y garantías fundamentales en ambas jurisdicciones, considerando los principios generales de la potestad de impartir justicia previstos en el art. 178 de la CPE, entre ellos, el pluralismo jurídico y la interculturalidad.

Conforme a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional se convierte en el órgano esencial para la consolidación del pluralismo y la interculturalidad en Bolivia. De ahí deriva la necesidad de su conformación plural, que en cierta medida garantizará el diálogo entre culturas, para permitir que las

diferentes atribuciones del Tribunal Constitucional sean ejercidas en el marco de los principios antes anotados, lográndose bases, principios y consensos mínimos en un Estado Plurinacional, que sustenten una convivencia armónica entre las diferentes culturas. En ese entendido, será esa base principista la que informará las normas indígenas y no indígenas y, por lo mismo, ambas estarán recíprocamente influidas y enriquecidas por el diálogo intercultural.

Cabe añadir que el Tribunal Constitucional Plurinacional, también consolidará el pluralismo jurídico, estableciendo los límites de la jurisdicción ordinaria y la indígena, pues entre sus atribuciones tiene que conocer y resolver los conflictos de competencia entre esas jurisdicciones. El desafío, por tanto, es lograr que, basados en el principio de interculturalidad, se logre un sustrato mínimo común, buscándose la unidad en la diversidad; pues, la existencia de un pluralismo jurídico no puede ser considerada como una desorganización axiológica, social y jurídica: “El reto del pluralismo jurídico es permitir un diálogo entre la noción de la unidad y de la diversidad, de tal modo que se garantice a la vez la aplicación de los derechos humanos (noción universal) y el de los derechos consuetudinario de los grupos culturales (noción particularista)” (De Trazegnies Granda, Cit. por MOLINA RIVERO, Ramiro, “Una aproximación histórica y contemporánea al derecho indígena”, en Desafíos de la Democracia en la Región Andina, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1998 p. 51-52).

De acuerdo a todo lo anotado, se puede sostener que el modelo de “pluralismo jurídico” diseñado en la Constitución Política del Estado está orientado por el principio de interculturalidad, pretendiéndose lograr la construcción de un nuevo derecho, de un sistema jurídico plural, sobre la base de la diálogo intercultural que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En ese ámbito, una definición remozada de pluralismo jurídico, podría ser la siguiente: Proceso de interculturización de los diferentes sistemas jurídicos existentes dentro del Estado, en igualdad de condiciones, para la constitución de un nuevo derecho.

El pluralismo jurídico, es decir la coexistencia de dos tipos de normas al mismo tiempo: Unas del Derecho estatal y otras del Derecho Indígena, y la forma en que se produce la coexistencia entre ambos Derechos, se encuentra en la jurisprudencia constitucional, que hace más de una década emitió su primera Sentencia en la que trató de lograr un equilibrio entre las decisiones de una comunidad indígena y los derechos humanos. Se trata de la Sentencia Constitucional (SC) 0295/2003-R³⁶⁷

³⁶⁷ Se puede obtener la Sentencia completa en: www.tcpbolivia.bo

dentro del amparo constitucional planteado en contra de una decisión de expulsión de la comunidad de San Juan del Rosario. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional de entonces, indagó, a través de un estudio sociológico que encargó, que la familia expulsada constituía un elemento disociador en una comunidad que, por lo demás, funcionaba perfectamente en cuanto a su organización, sistema de autoridades, funcionamiento administrativo, economía, actividades comunales, etc.

En efecto, el Informe que presentó el sociólogo contratado, estableció entre otros puntos que la familia expulsada no obedecía las normas de convivencia en la comunidad, no asistía a asambleas, no acataba las tarifas mínimas que se fijaron en consenso para el cobro del alojamiento –considérese que se trata de una comunidad a orillas del Salar de Uyuni, con gran afluencia de turistas- no pagaban las multas que les imponían por sus desobediencias; en fin, luego de varias solicitudes para que cambien de actitud y muchas llamadas de atención, las autoridades decidieron expulsarlos.

El TC resolvió conceder la tutela pero dispuso que las autoridades indígenas comuniquen al Tribunal si en el plazo de 6 meses la familia recurrente de amparo no enmendaba su conducta.

No llegó ninguna comunicación al Tribunal Constitucional, sin embargo, años después se conoció que la familia –que accionó el Amparo- decidió alejarse por voluntad propia de la comunidad.

La Sentencia mencionada en ese momento –año 2003- constituyó un avance en la jurisprudencia constitucional que antes de ella no se preocupó de indagar las condiciones de vida comunitaria para pronunciar sus decisiones. Empero, al haber sido la proponente de la Sentencia en mi condición de Letrada del Tribunal Constitucional en ese entonces, con el tiempo que ha transcurrido y un mayor conocimiento de la resolución emitida, una concepción colonialista y occidentalizada puesto que no se consideró que como elemento disociador en un engranaje social que rara vez era roto, la familia accionante perturbaba la vía comunitaria, y que pese a las variadas solicitudes y advertencias, no quisieron adecuarse a la convivencia social bajo reglas establecidas por acuerdo de la gran mayoría de la comunidad, lo que motivó la determinación de la asamblea comunitaria de expulsarlos, que –ahora entiendo- era la sanción que, dentro de su sistema judicial, correspondía ante la renuencia persistente de no acatar las normas de convivencia pacífica.

Viendo en retrospectiva, para ese momento -2003- la Sentencia comentada fue un avance porque no se emitió una decisión de concesión de tutela a secas, sino que se basó en un estudio sociológico sobre la vida en la comunidad. Empero, hoy en día, considero que la determinación de expulsión de la comunidad de los esposos que

no tenían el mínimo interés de vivir en forma armónica ni acatar las normas comunitarias, fue acertada. Por ello propugno el criterio que debe conocerse el procedimiento de las comunidades indígenas que agotan todo a su alcance antes de disponer una sanción tan drástica como es la expulsión, y no mirar con ojos occidentales u occidentalizados las sanciones que imponen los pueblos indígenas, puesto que para las autoridades de dichos pueblos es aún menos humano mandar a una persona a la cárcel.

En aquella época y al ser la primera emitida con una visión menos positivista que las emitidas hasta entonces, esta *sui generis* decisión fue luego seguida por otras en la misma línea jurisprudencial, y recibió tanto aplausos como fuertes críticas. Comenzaremos por referir algunas de estas últimas.

Idón Moisés Chivi Vargas señaló que con esta Sentencia se construyó una *“línea jurisdiccional que otorga una imagen de jurisdicción indígena sui generis a lo boliviano”*, pues, manifiesta que “Pluralismo jurídico” y “Derecho consuetudinario” son lo mismo que “justicia comunitaria”, y que esta última es la denominación correcta, cuando no es así. También expresa que la Sentencia se sustenta no en el estudio realizado en la Comunidad, sino en la jurisprudencia comparada citada en el fallo, es decir, la experiencia colombiana, donde los pueblos indígenas son una minoría demográfica y “nada más”. Considera el mencionado autor que la disposición para que las autoridades de la Comunidad “informen” al Tribunal sobre el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los esposos recurrentes no fue la más acertada.

De otro lado, en “Pluralismo Jurídico e Interculturalidad”, Jorge Luis Arce Mantilla³⁶⁸ señala que el Tribunal Constitucional, en referencia a dicha Resolución: “(...) plasmó reconocimiento de los usos y costumbres en la solución alternativa de conflictos que realizan las autoridades y las organizaciones de las comunidades campesinas e indígenas. Argumentó que era necesario un estudio especializado (estudio éste que me parece por demás pertinente para poder comprender la justicia comunitaria de esta comunidad en su dinámica más compleja) para dar cumplimiento al artículo 171 de la Constitución Política del Estado...”

Sostiene que:

“Esta sentencia reconoce la existencia del pluralismo jurídico, presente en nuestro país junto a la justicia oficial u ordinaria convive el Derecho Consuetudinario que ha sobrevivido a la época de la conquista, el coloniaje y la República, siendo que las comunidades campesinas e indígenas, han

³⁶⁸ Jorge Luis Arce Mantilla: “Comentario de la Sentencia Constitucional 0295/2003-R de fecha 11 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia”, *Pluralismo e Interculturalidad*, IDEI Sucre, 2007, p.269

opuesto resistencia para mantener sus usos y costumbres. Éstas mantienen sus instituciones relacionadas con la tierra, el territorio, uso y gestión del agua, manejo de recursos naturales, relaciones intrafamiliares, el trabajo comunal, la educación y la resolución de conflictos...

(...) Está claro que el reconocimiento de la vigencia del pluralismo jurídico existente en Bolivia, por parte de los operadores de la justicia, es de trascendental importancia y el tema debe ser discutido con mucha profundidad en la Asamblea Constituyente...

(...) Esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional ayuda a resolver la problemática de la justicia, resolviendo los problemas de armonización y complementación entre los sistemas de justicia ordinaria y comunitaria indígena, de los jueces originarios y su naturaleza conciliatoria, el reconocimiento de las decisiones de estos jueces a través de su ejecución por las instancias formales...".³⁶⁹

Sobre el tipo de sanción comentado y que fue objeto de amparo constitucional en el anterior caso, la Corte Constitucional de Colombia, emitió la **Sentencia T-254/94**, en una acción de tutela planteada por un miembro de la comunidad indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, de la que fue expulsarlo, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto, refiriendo el recurrente que su exclusión de la comunidad se realizó sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado investigación alguna en relación con los hechos imputados; y que, con base en rumores que ninguno sustentó, se lo despojó de la parcela adjudicada a él por la comunidad, de aproximadamente dos hectáreas, en la que tenía cultivos de yuca, caña, plátano, maíz, limones, maracuyá, mango y papayos. La directiva del cabildo indígena no aceptó su propuesta en el sentido que se dejara la parcela a un hijo menor suyo, de 16 años de edad, en cuyo caso él abandonaría voluntariamente la comunidad. Pese a la mediación del Consejo Regional Indígena del Tolima, CRIT, el cabildo indígena reiteró su decisión de "expulsarlo" y "desterrarlo", junto con su familia, de la comunidad, donde residía y laboraba hace más de 11 años, habiéndose caracterizado por ser un auténtico líder preocupado por su bienestar.

Luego de un pormenorizado y exquisito análisis jurídico, la Corte Constitucional colombiana **concedió** la tutela del derecho fundamental al debido proceso al solicitante y del derecho a la integridad física a sus hijos, y, en consecuencia, ordenar a las miembros del cabildo indígena de El Tambo acoger nuevamente en la

³⁶⁹ El libro *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, fue elaborado con el aporte de varias personas conocedoras e investigadoras de la temática indígena, antes de la culminación de la Asamblea constituyente desarrollada en Sucre, a partir de 2006 hasta diciembre del 2007.

comunidad indígena, bajo la responsabilidad de ésta, al actor y a su familia, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión a que haya lugar por los hechos que se imputan al señor Ananías Narvaez, sin que ésta última pueda involucrar a su familia dentro de un juicio que respete las normas y procedimientos de la comunidad, pero con estricta sujeción a la Constitución.

Los fundamentos de la Corte fueron principalmente los siguientes:

1) La persona fue colocada en indefensión frente a la comunidad indígena:

“las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Respecto de las decisiones de la comunidad que afectan a uno de sus integrantes, no existen medios de defensa judicial, de manera que el recurrente está en indefensión respecto de una organización privada como es la comunidad indígena”

2) Si bien las comunidades y pueblos indígenas tienen autonomía reconocida, la misma debe ser ejercida dentro de los límites que señala la Constitución:

“La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, 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.”

3) Derechos humanos: Límite al ejercicio del Derecho Indígena:

“Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del Derecho Internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos

humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.”

4) La sanción de expulsión de la comunidad está prohibida:

*“Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Bajo una perspectiva antropológica, **la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la pérdida de su identidad cultural y la separación física del resto de la comunidad.**”*

5) Si bien la propiedad es colectiva en la comunidad, el desconocimiento de las mejoras realizadas por la persona, equivale a una confiscación constitucionalmente prohibida.

“Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita.”

6) Se vulneró el debido proceso, que es un derecho reconocido a toda persona.

“El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según “sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley”. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta.”

7) Proporcionalidad de las sanciones: No debe abarcar nunca a los integrantes de la familia del infractor.

“Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada. Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante, este poder no es ilimitado, debe ser

*razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento. Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...". Adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, **la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos.**"*

Determinación de la Corte Constitucional colombiana que constituye un hito en el tratamiento de sanciones impuestas a comunarios, cuando aquellas han pasado los límites establecidos para el ejercicio del Derecho Indígena, Se encuentra similitud entre dicha Sentencia y la antes comentada SC 295/2003 de Bolivia en cuanto al razonamiento general sobre la sanción de expulsión o extrañamiento, aunque los hechos difieren entre caso y caso como se tiene analizado.

Volviendo a la primera decisión del Tribunal Constitucional ha sido luego seguida por otras en la misma línea jurisprudencial, como las **SSCC 0313/2004-R** de 10 de marzo, **0860/2007-R** de 12 de diciembre, entre otras, como se comenta más adelante.

Sin duda, uno de los puntos más difíciles de solucionar cuando se estudia la coexistencia del Derecho Indígena con el Derecho oficial, es el tema de los límites al ejercicio de aquel, pues implica la admisión o no del conjunto de ciertos valores que regirían en ese caso, **aunque existe consenso alrededor de la existencia de un límite que no puede ser rebasado, y es el constituido por el respeto y resguardo a los derechos humanos**, como se tiene dicho.

Justamente, el Tribunal Constitucional boliviano, en diversas Sentencias, ha resguardado los derechos humanos, como límite al ejercicio del Derecho Indígena. Así, en la **SC 1008/2004-R de 1 de julio**, dejó claro que:

"(...) la declaración del derecho propietario y otorgamiento del respectivo título sobre las tierras comunitarias de origen, en aquellos casos en los que los pueblos indígenas o comunidades campesinas no estén asentados y ocupando una determinada área geográfica no se opera de hecho sino de derecho, es decir, es el Estado que previa sustanciación de los respectivos procesos o procedimientos administrativos del que declarará la propiedad del respectivo pueblo indígenas o comunidad campesina sobre una determinada extensión de tierras y otorgará el título ejecutorial, sin

*afectar otros derechos. En el caso que motiva el presente recurso, los co-recurridos (...) y sus dirigidos, no han acreditado su pertenencia a un pueblo indígena o comunidad campesina u originaria, al contrario asumen ser miembros del Movimiento Sin Tierra, de otro lado, aún para el supuesto de ser miembros de un pueblo indígena o comunidad campesina con personalidad jurídica debidamente reconocida y registrada por el Estado, no se encontraban asentados y en posesión de la mediana propiedad agraria denominada "Hacienda Collana", precisamente por ello asumieron acciones de hecho para ocuparla, por lo tanto, conforme se ha referido precedentemente, corresponde al Estado sustanciar el proceso de saneamiento simple y definir la legitimidad del derecho propietario; **por lo tanto la ocupación realizada y admitida por los nombrados co-recurridos no puede justificarse invocando las normas previstas por el art. 171.I de la Constitución.***

En segundo lugar, según la norma prevista por el art. 171.III de la Constitución (...) en el marco de la consagración de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, reconoce como parte del ordenamiento jurídico el Derecho consuetudinario de éstos, así como a sus formas de organización social y política, lo que implica el reconocimiento de sus autoridades naturales, con potestad de administrar y aplicar el Derecho consuetudinario como solución alternativa de conflictos. De la norma citada se infiere lo siguiente: a) quienes administran y aplican el Derecho consuetudinario son las autoridades naturales de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; b) el Derecho consuetudinario puede ser aplicado a la solución alternativa de conflictos; c) la aplicación referida es a la solución de los conflictos entre los miembros del pueblo indígena o comunidad campesina; y d) dicha aplicación tiene su límite en las normas previstas por la Constitución y las Leyes, lo que significa que en la aplicación del Derecho consuetudinario no puede infringirse la Constitución y las leyes, se entiende en lo que concierne al respeto y resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

De lo referido precedentemente se concluye que el Derecho consuetudinario, cuya aplicación está reconocida por el art. 171.III de la Constitución, no es aplicable para resolver un eventual conflicto de derecho propietario sobre la tierra, así como sobre bienes inmuebles, muebles, maquinaria y semovientes introducidos a una propiedad agraria para desarrollar una actividad productiva, conflicto que se origina entre los propietarios y detentadores de la propiedad agraria con un grupo de personas que, al considerar que dicha propiedad no cumple una función

económico-social, pretenden reivindicar para sí el derecho propietario; pues para este caso la Constitución ha reservado para el Estado la definición sobre el reagrupamiento, reversión y consiguiente redistribución de la tierra, a través de las instancias y autoridades estatales competentes para ello y cumpliendo con los procedimientos y formalidades respectivas, tendientes a resguardar y respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas consagradas por la propia Constitución.” En ese mismo sentido se tiene, entre otras, la **SC 0661/2005-R de 14 de junio**.

También dentro de ese marco, aunque en un contexto fáctico distinto, la **SC 0635/2006-R de 4 de julio**, ha puntualizado que si bien los pueblos indígenas, comunidades campesinas y sindicatos, gozan del respeto y reconocimiento no sólo de su personalidad jurídica, sino también de la forma de administración y aplicación de normas propias internas que las rigen, sin embargo, **éstas no pueden ser contrarias, ni en su texto ni en su aplicación, a la Constitución Política del Estado** en el entendido que los miembros o comunarios de las mencionadas organizaciones se encuentran también bajo su protección, de manera que los derechos y garantías reconocidos por la Ley Fundamental no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, no pudiendo sustraerse las organizaciones sindicales campesinas o indígenas a la observancia de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales.

La Sentencia anotada, devino de una reunión de la población de El Palmar, en la que se consideró el “mal comportamiento” de una comunaria, posteriormente recurrente, así como las difamaciones, injurias y falsas denuncias en las que habría incurrido, se repudió su malintencionada actitud respecto a las autoridades del lugar, y se acordó expulsarla, a ella y su familia, de la población de El Palmar y autorizar y conminar a la Subalcaldía a expropiar de manera inmediata el lote urbano en el que vive. La Sentencia determinó que los términos de esa decisión:

“(…) resultan contrarios a la garantía que establece el art. 16.IV CPE, que prescribe que: “nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal ; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente ...”, precepto constitucional que persigue evitar la imposición de una sanción, sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal contenidos en la Constitución y las leyes que desarrollan tales derechos, garantía que conforme a la jurisprudencia sentada por este Tribunal, alcanza a toda clase de procesos judiciales o administrativos (Así, las SSCC 378/2000-R,

441/2000-R, 128/2001-R, 347/2001-R, 0081/2002-R y 378/2002-R, entre otras).”

Otro caso interesante es el que dio lugar a la **SC 1017/2006-R de 16 de octubre**, en un recurso de hábeas corpus interpuesto por una pareja que argüía que fueron detenidos junto a sus dos hijos menores por las autoridades tradicionales de Tumarapi con el pretexto que mantenían relaciones concubinarias ilegales, obligándoles a retirar una denuncia por el delito de robo contra el codemandado (...); que posteriormente con la intervención del “Mallku” de Tumarapi fueron obligados a firmar el compromiso “de no dar más citaciones” (sic) a la persona que les robó; y que los recurridos emitieron un Voto Resolutivo prohibiéndoles “pisar” (sic) la comunidad de Tumarapi “bajo alternativa de matarlos”, en el mismo sentido resolvieron en magna asamblea de autoridades políticas y sindicales de ese pueblo; para que, finalmente, bajo presión les despojaron de sus viviendas que entregaron a dos de los correcurridos.

En esa problemática, el Tribunal expresó:

“(...) se tiene en primera instancia que los recurridos actuaron en aras de la justicia comunitaria –que conforme se estableció en el Fundamento Jurídico anterior, debe ejercerse estrictamente dentro de los parámetros contenidos en la Constitución y las leyes- situación que no observaron los demandados por cuanto prohibieron terminantemente a los recurrentes transitar en Tumarapi, configurando una decisión de confinamiento de hecho, y los detuvieron por tres días consecutivos sin que exista flagrancia, que es el único caso como se tiene anotado en el que la ley faculta a toda persona a aprehender al delincuente in fraganti con el único objeto de conducirlo de manera inmediata ante autoridad competente; incurriendo así en acto ilegal que lesiona el derecho a la libertad de locomoción de los recurrentes.

Asimismo, se debe se debe dejar claramente deslindado que en la especie no se produjo la figura prevista por el art. 28 del CPP por la cual en virtud del Derecho Consuetudinario Indígena se habría resuelto la comisión de un delito o falta por parte de los recurrentes en la comunidad de Tumarapi respetando los derechos fundamentales y garantías establecidos por la Constitución Política del Estado dando lugar así a la extinción de la acción penal; al contrario, se constata que, en los hechos, los ahora recurrentes no fueron aprehendidos por un supuesto delito; es más, ni siquiera existe un proceso penal iniciado contra ellos; por otra parte, las “sanciones” impuestas resultan lesivas a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales. Consiguientemente la actuación de los recurridos no puede encontrar amparo ni justificarse en lo previsto por el artículo anteriormente citado, como arguyen éstos.”

De otro lado, también se tiene la **SC 1100/2006-R de 1 de noviembre**, originada en el recurso planteado por un comunario de Sapani Centro, arguyendo que los ex y actuales dirigentes de dicha comunidad, atribuyéndole la comisión de “delitos contra la moral y las buenas costumbres” (sic), haciendo justicia por propia mano, e irrumpiendo en su domicilio como si fuese un vulgar delincuente, lo detuvieron, lo arrastraron hasta el corregimiento y luego lo torturaron; después, bajo amenaza de muerte le hicieron firmar un acta donde le hicieron ceder todos sus terrenos y su casa a favor del mencionado Sindicato, para finalmente expulsarlo de dicha comunidad; situación que fue mantenida por los actuales dirigentes de dicha comunidad quienes además le quitaron las llaves de su domicilio, donde aún llegaba y se apropiaron de toda la producción de sus terrenos, que a la fecha siguen usufructuando. El Tribunal Constitucional concluyó en el siguiente sentido:

*(...) corresponde dejar establecido, que las medidas de hecho en las que incurrieron los recurridos, asumidas a raíz de que -a juicio de éstos- el recurrente hubiera cometido “delitos contra la moral y las buenas costumbres”(sic), **de ningún modo pueden justificar que las autoridades naturales de la comunidades indígenas o campesinas a título de aplicar la justicia comunitaria o el ejercicio del Derecho consuetudinario, lesionen y por ende, desconozcan derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Pactos y Convenios Internacionales sobre derechos humanos; que si bien por mandato expreso del art. 171.III de la CPE: “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” (las negrillas son nuestras); empero, el ejercicio de esta potestad encuentra o tiene su límite en las normas previstas por la Constitución y las Leyes, lo que significa que en la aplicación del Derecho consuetudinario no puede desconocerse el citado precepto constitucional ni la previsión contenida en el art. 28 del Código de Procedimiento Penal (CPP), que expresamente determina: “(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”.***

En consecuencia, en el marco de las disposiciones legales citadas, la jurisprudencia glosada y los razonamientos expuestos, corresponde otorgar la tutela solicitada por el recurrente.” (Las negrillas son nuestras)

Como se advierte, **la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera firme e inequívoca que el art. 171 de la Constitución –ahora abrogada- debe ser entendido, interpretado y aplicado conforme los lineamientos de la propia Ley Fundamental, lo que abarca ineludiblemente, el respeto de los derechos humanos.**

8.2 Decisiones del TCP a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado.

Las anteriores Sentencias Constitucionales fueron emitidas a la luz de la antigua Constitución Política del Estado. **A partir de la vigencia de la actual Constitución**, que reconoce en forma mucho más amplia los derechos de los pueblos indígena originarios campesinos, así como proclama el pluralismo jurídico en forma totalmente categórica y clara, se está generando jurisprudencia constitucional que, en algunos muy importantes aspectos, ha sentado las bases para un auténtico pluralismo jurídico reconocido en los hechos y una interrelación entre sistemas en igualdad jerárquica, pero, en otros, se establece no más una línea conservadora y colonialista que aún no se quiere perder. A continuación, se sintetizan los fundamentos de algunas de las Sentencias más relevantes.

8.2.1 Sobre la convergencia de los principios y valores supremos de carácter plural

La SC 0258/2011-R DE 16 DE MARZO, reconoció que:

*“Además de ser un Estado constitucional de Derecho, el Estado boliviano también tiene **carácter Plurinacional** (art. 1 de la CPE), **por el cual se quiebran los fundamentos del Estado nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico y se reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones, con capacidad política para definir sus destinos** (IRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*), **aunque en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el***

art. 2 de la CPE. *En ese entendido, y siguiendo a Alberto del Real Alcalá, la Constitución boliviana quiebra el modelo de Estado propio del “liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uninacional, centralista y unicultural que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica, cultural o nacional. **E instaure, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional**” (las negrillas son nuestras).*

Ciertamente, como reitera la **SCP 037/2013 DE 4 DE ENERO**, el reconocimiento de la diversidad cultural como base esencial del Estado Plurinacional **plantea que el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización constituyen los otros ejes fundacionales que sustentan la construcción del nuevo Estado boliviano.** Así la **SCP 1422/2012 de 24 de septiembre**, refiriéndose a ellos señaló lo siguiente:

“...la interculturalidad, asegura que los valores plurales supremos, se complementen en una sociedad plural e irradien de contenido todos los actos de la vida social, incluidos aquellos procedimientos o decisiones emanadas de los pueblos y naciones indígenas originarios campesinos” (el resaltado es propio).

*En este escenario, la interculturalidad se proyecta en una dimensión diferente al enfoque de la multiculturalidad, éste último diseñado bajo los moldes del Estado Nación, que reconoce la diversidad cultural con niveles de tolerancia y de reconocimiento de la diversidad en tanto y en cuanto esa diversidad se subordine a una sola forma de justicia, un solo sistema político, económico, social, cultural, lingüístico: el dominante, es decir, reproduce los moldes de superioridad de una cultura. **En tanto que la interculturalidad plurinacional se cimienta en la igualdad jurídica de las culturas y se proyecta desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que con sus diferentes formas y modos de vida, saberes y conocimientos, valores y realidades se ingresa en un proceso de interrelación recíproca e igualitaria de diversas identidades plurinacionales, que conviven, dialogan y se complementan, conservando su esencia identitaria para el vivir bien, es decir, para permitir la reproducción de la vida en armonía y equilibrio.***

En este proceso, la interculturalidad no se reduce al mero interrelacionamiento, va más allá de las interrelaciones lineales subordinadas y condicionadas por la “inclusión” o “reconocimiento” de las

naciones, sino que es a partir de su reconstitución desde donde se relacionan de manera intrínseca los demás principios-valor plurales referidos de la complementariedad, reciprocidad, armonía y el equilibrio, que decantan en el vivir bien. Así la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien define el vivir bien en el siguiente sentido:

“El Vivir Bien (Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Päve). Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo” (el resaltado es nuestro).

Dentro de la óptica de la anterior Sentencia, la SCP 1714/2012 DE 1 DE octubre DE 2012, expresa:

“la particularidad del caso boliviano, obedece a su refundación como plurinacional y comunitario con pluralismo jurídico, económico, cultural y lingüístico; por tanto, incorpora principios y valores de carácter plural, que sólo una “Constitución abierta” puede cobijar, en respuesta a ser producto de una sociedad heterogénea, que permite la coexistencia de principios y valores provenientes de la diversidad cultural, los que ingresan en una dinámica de contrapeso con el propósito de ser conciliados para su coexistencia pacífica. En virtud de ello, es imprescindible concebir a estos principios y valores bajo un carácter no absoluto para así lograr su pervivencia armónica.

En efecto, los principios y valores propios de los pueblos indígenas no sólo amplían el plexo de la parte axiomática de la Constitución, sino que los valores de armonía y complementariedad con la naturaleza, de vida buena y tierra sin mal, deben coexistir con el resto de los principios y valores supremos en un plano de convergencia sinérgica que permitan efectivizar el “vivir bien”, teniendo en cuenta que la diversidad cultural es un patrimonio actual y del pasado, donde las culturas son un sistema que se recrea constantemente, vivo y dinámico.”

Asimismo, la **Declaración Constitucional 0006/2013, DE 5 DE JUNIO DE 2013**, establece sobre los principios de carácter plural:

*“...los principios-valor de carácter plural son parte del proceso de construcción constante de materializar el Estado Plurinacional cimentado en las naciones y pueblos indígena originario campesinos, convirtiéndose en postulados a ser concretizados al momento de aplicar y poner en vigencia la Constitución, pues toda la parte orgánica de la Constitución se construye en correspondencia de su parte dogmática y axiológica, ambas deben confluirse sinérgicamente, **dado que estos principios-valor, al igual que el resto de principios y valores supremos que proyecta la Constitución, son los ideales que el pueblo boliviano, con su pluralidad, decidió constituirlos como máximos objetivos a ser desarrollados por el ordenamiento jurídico y expresarlos en su estructura social, económica, política y jurídica;** por lo mismo, determinan el sentido y finalidad de las demás normas y disposiciones legales que conforman el resto del ordenamiento jurídico, del sistema de justicia, así como del accionar del conjunto de la sociedad. Razonamiento que ya fue adoptado en la SCP 1714/2012.*

*De acuerdo con lo precedentemente señalado, **la transversalización de los principios-valor de la plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización como nuevos ejes fundacionales implican un proceso de reingeniería donde el sistema de administración de justicia no es ajeno al proceso de irradiación de los principios-valor de carácter plural, tan es así que el ordenamiento jurídico boliviano se proyecta hacia la construcción del control plural de constitucionalidad (...)**”*

8.2.2 Sobre la Consulta de Autoridades Indígena Originario Campesinas sobre la Aplicación de una Norma Indígena:

La Declaración Constitucional Plurinacional 0006/2013 de 5 de junio 2013 emerge de una Consulta de autoridad indígena originaria campesina sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto presentada por Andrés Velásquez Ajllahuanca, Secretario General de Cahua Grande, Lorena Juana Jiménez Fabrica y Nimfa Nemecia Fabrica Clavijo, miembros de Zongo, Cahua Grande, provincia Murillo del departamento de La Paz. Los accionantes indican que desde hace treinta y cinco años, el empresario minero José Oscar Bellota Cornejo explota la mina ubicada en las comunidades Cahua Grande y Cahua Chico del Valle Zongo,

donde se produce “scheelita”, “...en una cantidad aproximada de 40 a 50 quintales, con un costo promedio de cada quintal de Bs6.000 (sic); sin embargo, refieren que esa explotación nunca generó beneficio alguno en favor de la comunidad; asimismo, señalan que tampoco se realizó obras sociales, ni se les otorgó regalías por esa explotación; por el contrario, afirman que José Oscar Bellota Cornejo, aprovechándose de la necesidad y pobreza de los comunarios, viene comprando terrenos agrícolas en grandes extensiones -más de 30 ha-, para luego revenderlas.

Sostienen que estos hechos dieron lugar a que en aplicación de sus “usos y costumbres”, la comunidad decida su expulsión, pero en represalia de esta medida, José Oscar Bellota Cornejo les inició procesos penales en El Alto. Consultan “...la aplicabilidad de la norma constitucional de los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos: art. 30 Parágrafo I, parágrafo II, numeral 16 de la Constitución Política del Estado Plurinacional” (sic) en relación con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que en su art. 12.II, establece que las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y otras legalmente reconocidas.

El Tribunal Constitucional en esta Declaración aborda varias temáticas relativas al pluralismo jurídico:

En cuanto al Pluralismo, sostiene:

“Por su parte el pluralismo proyectado en la Constitución adquiere también otro dimensionamiento, se desmarca del pluralismo multicultural que diseñó un pluralismo subordinado que asume la diversidad como un reconocimiento e incorporación del otro: los pueblos indígena originario campesinos, pero sin dejar el predominio de la cultura dominante. Es decir, el Estado sigue cimentado en los moldes del Estado-Nación con un sólo sistema político, jurídico, económico y social con fuerte influencia de los modelos de desarrollo occidental reduciendo las cosmovisiones y prácticas indígenas al ámbito de lo “cultural”. Así en el ámbito del pluralismo jurídico, se plantea un pluralismo jurídico subordinado que plantea la prevalencia de un único “sistema jurídico”, con una única fuente del derecho válida, la proveniente del órgano legislativo del Estado, considerando los sistemas de administración indígena como subsistemas de resolución alternativa. En este reduccionismo de Estado-Derecho, las fuentes no estatales de producción del derecho, son desconocidas o en su caso toleradas únicamente si se enmarcan y no contradicen a la Ley.

Bajo el pluralismo del Estado Plurinacional, la coexistencia de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos, no se reduce a “re conocer” los otros sistemas por parte de una cultura superior que decide “re conocer” la

coexistencia de otros sistemas y formas de organización, máxime si estos sistemas son anteriores y preexistentes al Estado. El pluralismo proyectado por la Constitución boliviana establece la coexistencia en igualdad jurídica de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales provenientes de los pueblos y naciones indígena originario campesinos que gozan de igual jerarquía y legitimidad, por eso es que el planteamiento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos no fue el reconocimiento de unos sobre otros, sino la construcción de un Estado Plurinacional: con pluralidad de naciones que pactaron la construcción conjunta, con poder de decisión en los destinos del Estado Plurinacional. Entonces, el pluralismo del Estado Plurinacional se erige en un pluralismo descolonizador, que plantea la convivencia igualitaria de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales orientados a una nueva institucionalidad que se despoje de toda forma de monismo y homogeneidad cultural, jurídica, económica y política.

Con este nuevo enfoque de pluralismo y pluralidad la coexistencia de las diversas culturas no es paralela, tampoco se expresan como estructuras cerradas sin la necesidad de mutua influencia, todo lo contrario, bajo el pluralismo del Estado Plurinacional esta pluralidad de sistemas es abierta, por tanto, sujeta a un proceso de irradiación, de reconstitución, retroalimentación entre sí y potenciamiento desde lo propio, es decir, va más allá de la “inclusión” y el “reconocimiento” de los sistemas de administración indígena, de los valores plurales. El pluralismo descolonizador tiene la perspectiva de superar el Estado-Nación homogeneizador, por ello desde los pueblos y naciones indígena originario campesinos, desde sus saberes y conocimientos y desde sus cosmovisiones se ingresa en el proceso de encuentro y convivencia, de diálogo de esos contextos plurales para construir una realidad descolonizadora.”

Respecto de la naturaleza y fines de la consulta por parte de pueblos indígena originario campesinos, esta Declaración Constitucional establece:

*“...para las tierras altas la consulta se equipara con el término aymarajiskt’a que significa “pregunta” y jist’aña que implica preguntar, **procedimiento comunitario que por la cosmovisión de estos pueblos es atemporal**. Por su parte, para tierras bajas, la consulta se equipará al término guaraní mbarandu práctica constante y permanente, que no identifica momentos específicos o concretos para su realización ni tampoco un espacio determinado.*

*Lo precedentemente señalado, permite concebir que la consulta instituida en el art. 202.8 de la CPE como un mecanismo constitucional propio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, **está condicionada a la***

diversidad de sistemas jurídicos; es decir, la consulta en sí misma contiene las preocupaciones, preguntas, necesidades y demandas de la diversidad de contextos y problemas que llegan y llegarán a plantear las autoridades indígena originario campesinas. Por eso es que en la consulta el acceso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la justicia constitucional debe ser directo, abierto y flexible, por ende, su procedimiento debe respetar la diversidad y el contexto de cada comunidad.

En el contexto señalado, y en el marco de los nuevos caracteres del Estado Plurinacional, la consulta de las autoridades indígena originario campesinas se encuentra orientada fortalecer, restituir y reconstituir el ejercicio e igualdad jurisdiccional, por ello cada nación y pueblo indígena originario campesino, en el marco de la libre determinación y autogobierno, puede activar la consulta como un mecanismo inherente a su jurisdicción al momento de tomar decisiones, aplicarlas o una vez ejecutadas; es decir, sin formalidades que restrinjan su acceso abierto, directo y flexible a la justicia constitucional, y de manera recíproca pueda ser un instrumento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que permita restituir el equilibrio y armonía en cada una de ellas.

En la comprensión señalada y siguiéndola pauta de interpretación de la consulta señalada, es decir, desde y conforme a la cosmovisión de los pueblos indígena originario campesinos, es posible establecer que la finalidad de toda consulta -tanto para tierras altas como bajas-, es el restablecimiento de la armonía y el equilibrio para consolidar así el vivir bien, por tanto, la consulta es constante, permanente, útil y vital.

(...)

el mecanismo de consulta de autoridades de pueblos y naciones indígena originario campesinos para la aplicación de sus normas y procedimientos, en coherencia con los postulados de refundación del Estado; es decir, la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, forma parte de un ámbito específico y diferente al control previo de constitucionalidad, por cuya consecuencia, no existe para este mecanismo un criterio de temporalidad a ser aplicado, tampoco un plazo de caducidad para su activación, previsión que asegura que se cumpla con la finalidad de la consulta: el restablecimiento de la armonía y el equilibrio comunitario para consolidar así el vivir bien.”

En la **parte resolutive**, el TCP determinó: La APLICABILIDAD de la decisión comunal de expulsión y desalojo del empresario minero José Oscar Bellota Cornejo

de Zongo, conforme sus principios, valores normas y procedimientos propios en el marco de su jurisdicción. Esta decisión se fundamenta en lo siguiente:

a) El derecho a la libre autodeterminación.

“...las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a la luz del derecho a la libre determinación y en el marco de los derechos colectivos anotados precedentemente, de acuerdo a sus valores, prácticas e instituciones, pueden asumir decisiones, destinadas a un libre ejercicio de su condición política o a la manifestación de su libre determinación en relación a su visión de desarrollo económico, social y cultural.

En correspondencia con lo anterior, las decisiones que puedan ser asumidas por las naciones y pueblos indígena originario campesinos encuentran fundamento en el derecho a su autonomía, el cual, de acuerdo a su cosmovisión y valores propios, garantiza que estos colectivos, determinen su proyecto colectivo de vida, su forma de organización política, social, institucional, económica y sus formas propias de gestión comunal, aspectos que además encuentran sustento en los elementos fundantes del Estado Plurinacional de Bolivia; es decir, en la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización.”

b) Finalidad de la jurisdicción indígena.

“...la administración de justicia en la “comunidad -ayllu -tenta” de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se cimienta en el retorno al equilibrio y la armonía, por ello, la justicia desde las cosmovisiones de los pueblos y naciones indígena originario campesinos permite mantener el equilibrio en la comunidad, y éste, resulta ser el fundamento de sus sistemas jurídicos. Lo que supone que las sanciones dentro de la jurisdicción indígena originaria campesina, buscan restablecer el equilibrio comunal.”

c) Sobre la constitucionalidad de la sanción de expulsión.

“...los sistemas jurídicos de los pueblos son la fuente del constitucionalismo pluralista, sobre la que se funda el Estado Plurinacional, por tanto, la reconstitución de estos sistemas jurídicos son el principio y a la vez una parte en la construcción de lo plural, donde se intercambian, los principios y valores plurales (arts. 8 y 178.I de la CPE), en un marco de convivencia y coexistencia igualitaria de los sistemas jurídicos (art. 179.II CPE).

*En la perspectiva señalada, la expulsión como sanción, también encuentra fundamento constitucional cuando el texto constitucional establece que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, ejercerán funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (art. 190.I de la CPE), lo que implica que **el conjunto de elementos que hacen a sus sistemas jurídicos, incluyendo las sanciones que las autoridades, en el marco de su jurisdicción, aplican según sus normas y procedimientos propios, son fuente del derecho y por tanto, constitucionales.***

*De ahí que, en el marco de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, la expulsión como una institución propia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, **goza de la misma dignidad constitucional, que las sanciones que impone la justicia ordinaria, prueba de ello es que el párrafo II del art. 191 de la CPE, no limita el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígena originario campesino; por el contrario, enuncia la compatibilidad y coherencia de los principios, valores, normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario Campesinos, con los derechos y garantías establecidos en la propia constitución, al establecer que “La jurisdicción indígena originario campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución” (art. 190.II de la CPE).”***

En ese aspecto, más adelante, agrega:

*“...de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, la sanción de expulsión, al ser una institución jurídica de los pueblos indígenas, se encuentra reconocido internacionalmente, en tanto y en cuanto sea compatible, con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, **límite que impulsa, bajo el reconocimiento de la diversidad cultural, realizar una interpretación intercultural de los derechos humanos, que la justicia constitucional deberá realizar al momento de ejercer el control de constitucionalidad de los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.***

*En consecuencia, teniendo en cuenta que la consulta establecida en el art. 202.8 de la CPE, constituye un mecanismo constitucional directamente vinculado con la jurisdicción indígena originaria campesina orientado a su restitución y fortalecimiento, es importante apuntar que **la determinación de la aplicabilidad o no de la norma consultada debe estar circunscrita a la realidad concreta de cada caso, de acuerdo con su contexto a***

efectos de lograr el restablecimiento de la armonía y el equilibrio dentro de la comunidad consultante, resultando fundamental la identificación de la norma aplicable al caso concreto desde y conforme a las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, toda vez que los alcances, efectos y casos en que se aplica la expulsión, son atinentes a cada nación y pueblo indígena originario campesino.”

(...)

“...la expulsión se encuentra sujeta a la jurisdicción indígena originaria campesina de Zongo, como la última medida y sanción máxima de las comunidades de Zongo, cuyo objetivo fundamental es la restitución de la armonía y equilibrio en las comunidades. Por tanto, la decisión en su aplicación depende de la decisión de la comunidad, antes de acudir a otras instancias.”

Culmina enfatizando que:

“... la consulta planteada por las autoridades originarias de Zongo fue ejercitada luego de haber aplicado su norma al caso concreto; es decir, la sanción de expulsión, decisión que obedeció a la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión -afectación a la comunidad en su conjunto, integridad de las familias, temas vinculados con la contaminación ambiental. En consecuencia, esta Sala Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional, considera que la decisión de expulsión asumida por la comunidad fue asumida respecto a una situación muy grave, que en criterio de la comunidad ha puesto en riesgo su integridad, no siendo la decisión asumida desproporcional ni excesiva, menos ajena a los supuestos en los que las comunidades de Zongo adoptan la expulsión como sanción, decisión que obedece y responde a sus sistemas jurídicos.

Con todo lo señalado, se colige que la decisión de expulsión de José José Oscar Bellota Cornejo de Zongo, fue asumida en ejercicio del derecho a su jurisdicción, el cual, de acuerdo a su cosmovisión y valores propios, garantiza el ejercicio igualitario de sus sistemas jurídicos, como una manifestación del pluralismo jurídico proyectado por la Constitución, teniendo en cuenta que en el marco de la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos, estos colectivos establecen su proyecto colectivo de vida, su forma de organización política, social, institucional, económica, sus formas propias de gestión comunal y ejercen sus sistemas jurídicos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones.”

En referencia a la **sanción de expulsión**, es necesario puntualizar que la libertad de locomoción reconoce la potestad de toda persona para trasladarse por

cualquier lugar, en otras palabras, es la prerrogativa que tiene la persona para ir o venir, entrar o salir de un lugar, quedarse o irse, fijar su domicilio, cambiar de residencia, volver a la anterior, en fin, la libertad de locomoción implica decidir moverse –o no- por sí mismo sin mayor injerencia de nadie, dentro de los límites establecido por la Constitución y las leyes. Dicha libertad está reconocida a nivel internacional en los arts. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

La Constitución de Bolivia en su art. 21.7 desarrolla el derecho a la libertad de locomoción cuando dispone que toda persona tiene derecho “ *A la libertad de residencia, permanencia y circulación en todo el territorio boliviano, que incluye la salida e ingreso del país.*” En ese sentido, la jurisprudencia constitucional, en la SC 1577/2005-R de 6 de diciembre, expresa que dicho derecho debe entenderse como “*...la libertad del hombre de poder mantenerse, circular, transitar, salir de su radio de acción cuando él así lo quiera y pretenda...*”

Entonces, en una visión monocultural, positivista y de universalidad cerrada de los derechos humanos, podría creerse *a priori*, que el citado derecho estaría siendo conculcado cada vez que un pueblo indígena o comunidad campesina disponga la sanción de expulsión como sanción a casos graves. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de igualdad jerárquica de sistemas jurídicos, en virtud al cual, conforme se ha señalado en esta investigación, las normas de los pueblos indígenas tienen la misma jerarquía que las leyes emanadas de instancias formales. Además, debe considerarse que los derechos individuales para los pueblos indígenas son reconocidos en su relación con la comunidad, de modo que si una persona no cumple con las normas comunitarias, está rompiendo el equilibrio y la armonía de la comunidad por lo cual debe abandonar la misma.

La Declaración Constitucional 030/2014 de 28 de Mayo de 2014 trae causa de cuando las autoridades de la Nación Uru Chipaya, mediante memorial presentado el 21 de mayo de 2014, consultaron sobre la aplicación de sus normas y procedimientos propios para el cambio y destitución de sus autoridades y representantes municipales conforme a su jurisdicción en el marco de un caso concreto.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Primera Especializada, de conformidad con la atribución conferida por los arts. 202.8 de la Constitución Política del Estado y 12.12 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, **declaró la aplicabilidad** de la decisión comunal de cambio y destitución de Elías Felipe Villca, al cargo de Alcalde Municipal de la Nación Uru Chipaya, conforme sus principios, valores, normas y procedimientos propios en el marco de su

jurisdicción y dispuso que las autoridades de los demás órganos respeten y den cumplimiento a las resoluciones asumidas por los ayllus de la Nación Uru Chipaya.

El TCP, para llegar a la anterior decisión, comienza efectuando una contextualización de la nación Uru Chipaya, señalando que es la cultura más antigua de América, se remonta aproximadamente a 35.000 años a.C., tiempo que a pesar de sobrepasar los límites de la historia misma, se manifiesta como un pueblo vigente en la actualidad, con idioma (puquina), arquitectura (huayllicha y putuku), agricultura, sistema de riego, culinaria, medicina, indumentaria (peinados de las mujeres), tejidos, y tradiciones propias. Se sustenta bajo los principios de Lucuthiñi (dualidad), am-eph (esposo y esposa), con base en la cosmovisión Uru Chipaya: Wayllicha (principio comunitario de vida), Tzijwi (principio de equilibrio, igualdad y espiritualidad con la pacha) y los valores Sis (saber y sabiduría milenaria), Lanqs (trabajo comunitario), Asis (dimensión de la fuerza del poder y el servicio a la comunidad), Peks (dimensión de la Pacha, creador de la vida, primer elemento fundamental de la vida) y Tsañs (Respeto saludo a sus autoridades, los mayores y entre ma-eph).

La Nación Uru Chipaya, se encuentra situada en la provincia Sabaya del departamento de Oruro, próxima al salar de Coipasa a orillas del río Lauca, en el altiplano boliviano, aproximadamente a 4000 metros sobre el nivel del mar (msnm). Añade que para mayor conocimiento y comprensión de las características de la Nación Uru Chipaya, se tiene el Informe Técnico TCP-STD-UJIOC-N° 012/2013 de la unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina de la Secretaría Técnica y Descolonización de dicho Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyos aspectos más relevantes constan en la Declaración que ahora analizamos.

Así, en cuanto a su sistema de Administración de Justicia, la Declaración Constitucional señala:

“El ejercicio de esta justicia puede ser clasificada en tres niveles: En la comunidad, cuyo tratamiento de los problemas tiene carácter interno y familiar; en el ayllu, cuando la comunidad no logra resolver el caso es derivado a nivel Ayllu. Finalmente, a nivel de la Nación Uru que es el “Chauq Parla”, como la máxima y última instancia la que define la sanción o castigo. A continuación detallamos:

- a) En la comunidad, de forma interna se reúnen mujeres y hombres principales, sabias y sabios que han cumplido con todo los servicios comunales, para solucionar el problema convocado por los reep-reept'alla.*
- b) En el ayllu, es el ayllu parla dirigida por los Reep-reept'alla mayor y segunda.*

c) En el territorio de la nación Originaria Uru Chipaya, es el Chawk Parla como última instancia con la participación de los ayllus dirigida por el Qhastan yokstan qhamñi suñi.”

Con lo que se constata que para arribar a la decisión, el TCP se ha munido de todo un estudio de la Nación Uru Chipaya, de manera que sobre esa base es que se ha pronunciado. Todo lo que evidencia un notable avance en la jurisdicción constitucional sobre el tratamiento de la temática del Derecho y la jurisdicción Indígenas.

En el caso concreto, la Nación Uru Chipaya, conforme sus normas y procedimientos propios desde hace cientos de años, efectúa en el marco de su jurisdicción, la elección de sus autoridades y representantes por “usos y costumbres” aplicando procedimientos propios. En este marco el 2010, aplicando los referidos procedimientos, eligió como representante de la referida Nación Uru Chipaya para Alcalde del municipio de Chipaya, a un miembro de dicha Nación, en su territorio y bajo su jurisdicción a Elías Felipe Villca, quien una vez posesionado como alcalde, habría empezado a incumplir las recomendaciones, sugerencias y resoluciones de las autoridades originarias, “lo que ocasionó que la gestión sea un desastre, incurriendo en enfrentamientos con el personal de salud, dejó de cancelar por siete meses el desayuno escolar perjudicando la educación, agredió a las autoridades originarias, hizo cerrar el banco de la población, no ejecutó proyectos...” (sic). Con estos antecedentes, en el marco de sus normas y procedimientos propios, la Asamblea General de la Nación Uru Chipaya, resolvió la destitución de Elías Felipe Villca, como Alcalde de Chipaya, sin que, ello signifique intromisión en la jurisdicción ordinaria y normas electorales, ya que según refieren las autoridades, “por 'usos y costumbres' se decidió que él sea alcalde y ahora aplicando esos mismos 'usos y costumbres' se decidió que él vuelva a la bases y se haga cargo de la alcaldía un interino que también es miembro de nuestra nación” (sic).

Sin embargo, el destituido desconoció la decisión de la Asamblea Uru Chipaya.

Los fundamentos de esta Declaración parten del análisis del constitucionalismo plurinacional y descolonizador, cuando puntualiza:

“Consecuentemente, si bien el neoconstitucionalismo, nos contribuye elementos esenciales para la constitucionalización de los derechos y la interpretación judicial; es también cierta la necesidad de refundar un “constitucionalismo propio”; a partir, del quiebre entre el constitucionalismo colonial y neoliberal y el constitucionalismo plurinacional descolonizador, donde este último, no busca transitar, validar ni legitimar el viejo Estado Social de Derecho, sino, trascender el mismo; ¿Cuál el elemento auténtico de este constitucionalismo propio? la enorme legitimidad social y la fuerza

descolonizadora que contiene, las cosmovisiones propias de nuestras diversidades inscritas en el texto constitucional, la nueva materialidad y sentido plural de los derechos y garantías constitucionales, y el “retorno” a nuestros propios horizontes civilizatorios (Suma Qamaña). En este sentido, nuestro constitucionalismo se distancia de la matriz eurocéntrica de pensamiento jurídico, a partir de su propio contenido histórico y social. Entonces, más allá de las distintas vertientes del neoconstitucionalismo, es preciso señalar que la plurinacionalidad es una respuesta a la crisis de la propia estatalidad, sea en forma legal, social o constitucional; por lo que la descolonización ha trastocado el carácter eurocéntrico, homocéntrico e individualista de los constitucionalismos coloniales y liberales; poniendo sobre el tapete nuestras diversidades, luchas anticoloniales y experiencias comunitarias.”

Parámetro significativo que denota que el TCP está adoptando una visión más pluralista, o por lo menos así lo hizo cuando se encontraba como Magistrado el Tata Gualberto Cusi, indígena, abogado, que resultó ganador, juntamente con los otros magistrados, en las elecciones para autoridades judiciales el año 2011.

Asimismo, esta Declaración refiere que *“La “interpretación plural”, es una herramienta hermenéutica de carácter multidimensional que implica la apertura a nuevas formas de observación que nacen fuera de los marcos de la “razón jurídica” colonial (ratio decidendi).”*

Respecto a la Consulta como mecanismo constitucional, establece:

“...las consultas de AIOC sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto, deben ser resueltas de conformidad a la naturaleza dinámica, oral, ancestral y diversa de sus normas, lo que indefectiblemente implica que la Sala Especializada de este Tribunal Constitucional Plurinacional, dimensione sus resoluciones atendiendo a las realidades concretas de los consultantes, comprendiendo que sus normas y procedimientos propios son al mismo tiempo prácticas que responden a necesidades, conforme a las cuales van cambiando, si perder con ello su autenticidad y esencia histórica (ancestralidad).”

Expresa que uno de los pilares sobre la que se cimienta el constitucionalismo en Bolivia, es la descolonización, *“que implica trastocar de las formas institucionales y legales impuesta por el estado Nación, a la construcción colectiva a partir de lo plurinacional; es decir, desde los horizontes, instituciones y formas propias.”* En este marco, *este Tribunal es consciente que muchas de las formas de autogobierno de las naciones originarias han adoptado, para su “legalidad” las formas de la institucionalidad occidental (como la democracia electoral). Sin embargo, estas continúan siendo ejercidas bajo las formas colectiva o comunitaria; es decir, es el*

poder comunal que determina cómo se elige, define, restituye, cambia y sustituye a sus autoridades, sean originarias o gubernamentales, siendo que estas últimas le permiten un relacionamiento con el Estado, por lo que si bien revisten formalidades electorales, son elegidos bajo la lógica comunitaria, o lo que la CPE en su art. 11.II numeral 3 ha denominado como democracia comunitaria, que es simplemente la decisión comunitaria colectiva para cualquier toma de decisiones, donde la participación no es individualizada en el voto sino en el consenso colectivo.”

Ya en el fundamento jurídico principal, esta Declaración determina que:

“Es bajo el sentido de lo comunitario donde yace la cosmovisión de la Nación Uru Chipaya. La comunidad, es el espacio del poder comunal, donde todos los miembros de las familias participan, “desde el más pequeño hasta el más grande (desde el niño hasta el anciano)”, no se excluye a nadie. Así, la forma comunitaria esta expresada en sus principio y valores, como Lucuthiñi (dualidad), am-eph (esposo y esposa), con base en la cosmovisión Uru Chipaya: Wayllichá (principio comunitario de vida), Tzijwi (principio de equilibrio, igualdad y espiritualidad con la pacha) y los valores Sis (saber y sabiduría milenaria), Lanqs (trabajo comunitario), Asis (dimensión de la fuerza del poder y el servicio a la comunidad), Peks (dimensión de la Pacha, creador de la vida, primer elemento fundamental de la vida) y Tsañs (Respeto saludo a sus autoridades, los mayores y entre ma-eph.

Al respecto es preciso resaltar el principio Wayllichá, que hace referencia al principio comunitario de vida y valor de Asis, que corresponde a la dimensión del poder; ambas hacen referencia a la lógica comunitaria dentro del ejercicio del poder, donde la toma de decisiones se encuentra en las instancias de deliberación colectiva como son las asambleas, cabildos, entre otros, donde se concentra el poder comunal; en este sentido, en el caso concreto de Chipaya, de sus actas y pronunciamientos, se advierte la forma colectiva y comunitaria para la toma de sus decisiones. Según su cosmovisión, esta misma lógica la elección de sus autoridades, sean originarias o municipales, emana de la decisión colectiva de sus comunidades, sea por medio del consenso o la rotación, donde las “representaciones”, no implican delegación del poder sino ejercicio del poder comunal, a partir del cual son elegidas, puestas, cambiadas y sustituidas sus autoridades.”

Concluyendo que, de acuerdo con las prácticas de la Nación Uru Chipaya, se tiene establecido de manera convencional que toda autoridad, cuando se trata de cargos rentados y no rentados (con sueldo o sin sueldo) deben rotar entre todas las comunidades, ayllus, etc. Es decir, existe un principio de igualdad de oportunidades para todas las familias, comunidades y ayllus en el acceso a cargos

que tiene una remuneración económica, tal como es el caso de ser Alcalde. De modo que, el acceso a este tipo de cargos **gira de manera cíclica por rotación de ayllu en ayllu**, la misma se consagra en su instancia máxima de deliberación en ejercicio de la democracia comunitaria. En este caso ya no existen elecciones representadas por los partidos políticos, sino la elección de autoridades se basa estrictamente en las normas y procedimientos propios de esta cultura. De la misma forma las autoridades menores son designadas por rotación; es decir, las elecciones de autoridades públicas (alcaldes o alcaldesas, concejales o concejales, asambleístas, etc.) **si bien están fundadas en el voto popular y plebiscitario, constituye en la práctica un formalismo que legitima las decisiones asumidas con anterioridad por la comunidad que designa estos cargos por turno entre cada uno de sus ayllus.**

En la ratio decidendi propiamente, el TCP concluye:

“Por lo tanto, esta Sala, desde una postura descolonizadora y plural, considera que si una autoridad municipal ha sido elegida por decisión comunal mediante normas y procedimientos propios, puede también ser destituida por este mismo mecanismo, que es igualmente legítimo y legal a la luz del sistema político de la nación consultante. En este orden, no resulta coherente que aquellas autoridades que fueron elegidas a través de la lógica comunitaria, luego pretendan ampararse en la lógica y el sistema occidental, desconociendo los propios valores y principios de la comunidad, así como sus normas, procedimientos e instituciones, los acuerdos y compromisos asumidos con anterioridad, pues es el poder comunal que le da legitimidad y legalidad comunitaria.”

Esta Declaración Constitucional ingresó al ámbito del Derecho Indígena en cuanto a las decisiones administrativas, y claramente deja sentado que desde el constitucionalismo descolonizador y plurinacional, que toma en cuenta las diversas cosmovisiones, en este caso, de las naciones indígena originario campesinas del territorio boliviano, las autoridades elegidas bajo las normas de la nación indígena, deben cumplir con las mismas en el desarrollo de sus funciones, y, de no hacerlo, existen también normas y mecanismos propios por los que pueden destituir a esa autoridad que ha perdido la confianza de los comunarios. Además, remarca que una autoridad que fue elegida por normas comunitarias no puede aferrarse a las normas del Derecho oficial para permanecer en el cargo al que accedió según otro sistema jurídico

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0057/2015 DE 2 DE MARZO DE 2015

Las autoridades de la Sub Central Villa Lipe y comunidad Carmen Lipe plantean consulta sobre la determinación de **expulsión de la Comunidad** de la familia de “Genaro, Eloy, Eduardo, William, Hilda, Lourdes y Primo, todos de apellido Pari” (sic), *por los daños que provocaron a la comunidad de Carmen Lipe, debido a la sustracción de la imagen original labrada en piedra de la Virgen del Carmen y la suplantación de una réplica en su lugar, así como la destrucción de “chullpares” ubicados en lugares sagrados.*

Esta Declaración inicia el estudio del caso con el ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina (JIOC) y el resguardo de los derechos fundamentales entorno al paradigma del vivir bien

“El carácter comunitario del Estado, reconoce el pensamiento de los Pueblos indígenas originarios campesinos (PIOC) que se centra en la comunidad antes que en el individuo; comunidad que a su vez, es la base del vivir bien; pues debe entenderse que ésta, es una célula de organización política y administrativa, base fundamental de los pueblos milenarios siendo ese el paradigma bajo el cual se refundó nuestro Estado”

Luego de realizar una descripción del contenido de la Ley de Deslinde Jurisdiccional sobre los ámbitos de vigencia personal, territorial y material de la jurisdicción indígena originario campesina y referir jurisprudencia constitucional que se pronunció al respecto, el TCP incide sobre los **límites del ejercicio de la jurisdicción IOC:**

“Como se dijo anteriormente, el derecho al ejercicio de la jurisdicción IOC es la potestad que tienen las colectividades indígenas de dirimir controversias de distinta naturaleza, con la intervención de sus propias autoridades en base a sus sistemas normativos y de ser necesario, usando la fuerza pública para garantizar la materialización de sus decisiones, lo que responde a la concreción del texto constitucional referido al expreso reconocimiento al pluralismo jurídico como elemento que sustenta el “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”; sin embargo, la potestad de impartir justicia, ya sea desde el ejercicio de la jurisdicción IOC u ordinaria, no tiene carácter absoluto ni es ilimitado, sino que, en virtud a lo preceptuado por la Ley Fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad, encuentran sus límites.

Ahora bien, previo a identificar los aspectos y elementos que configuran las limitaciones del ejercicio de la jurisdicción IOC, se debe resaltar que, en sujeción a la voluntad del constituyente boliviano expresada en la integridad de la Norma Suprema, que busca la construcción de un nuevo Estado incluyente caracterizado por la pluralidad, la interculturalidad, el

pluralismo en sus diversas facetas y la descolonización, debe hacerse énfasis en que los límites del ejercicio del derecho a ejercer jurisdicción, propio de las NPIOC, pasa por comprender que estas sean asumidas en el marco de la búsqueda de la maximización del derecho a la libre determinación y autonomía de las naciones IOC y, una minimización en las restricciones, en la medida que sea única y estrictamente para salvaguardar intereses superiores debidamente justificados; de modo que, una limitación indiscriminada del ejercicio de la jurisdicción IOC tendría como consecuencia que el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico sea una mera declaración formal y carente de contenido, además ello implicaría vigorizar el monismo jurídico que a partir de la vigencia de la Constitución Política del Estado, es un sistema superado jurídico.”

Sin duda, una de las problemáticas más difíciles dentro de la comprensión del Derecho Indígena es su sistema de sanciones. Entre ellas, la expulsión de una comunidad, deviene en la sanción más grave. Desde luego que cada caso es distinto y si bien en la Declaración Constitucional Plurinacional **0006/2013 de 5 de junio 2013**, antes estudiada, se estableció la aplicabilidad de la decisión comunal de expulsión y desalojo, en la Declaración 0057/2015 que nos ahora nos ocupa, el TCP declaró la INAPLICABILIDAD de la decisión de expulsión asumida. Por ello, específica sobre los límites de la JIOC:

“... es menester considerar el contenido del art. 2 de la CPE, de cuyo texto se advierte que la voluntad del constituyente limitó el ejercicio del derecho a la libre determinación -del que emerge el derecho de las NPIOC a ejercer jurisdicción- a la unidad del Estado; es decir, en virtud al precepto constitucional de referencia, el ejercicio de la jurisdicción IOC no puede directa o indirectamente afectar la integridad del Estado, de ahí que este elemento constituye un límite material de ése derecho de la colectividad indígena.

En el marco de los fundamentos precedentemente desarrollados, es inexcusable considerar el contenido del art. 190.II de la CPE, cuyo tenor literal señala que: “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”. En similar sentido, el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT, establece lo siguiente: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”; y en el art. 9.I del mismo Convenio,

se prevé que: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (las negrillas son añadidas).

Empero, la Declaración reconoce que, a pesar de las limitaciones establecidas en la CPE y la Ley de Deslinde Jurisdiccional, las restricciones del ejercicio de la jurisdicción IOC deben ser comprendidas y asumidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional y demás autoridades, bajo la fórmula de maximización del derecho a la libre determinación y autonomía de las NPIOC, puesto que *“una concepción contraria implicaría una clara afrenta al espíritu de la Constitución Política del Estado, que desde su Preámbulo pone de manifiesto el deseo de construir una sociedad y un Estado colectivo, diverso y plural, cimentado en la inclusión, más aún si el pluralismo jurídico, entre otros aspectos, constituye un eje fundacional del Estado Plurinacional de Bolivia, en efecto, una restricción fuera de lo estrictamente conveniente y en discordancia con los postulados del constituyente resultaría contrario al espíritu y esencia misma de la voluntad del mismo.”*

Seguidamente, establece que en la JIOC se ha podido establecer que las infracciones son calificadas en leves, graves y gravísimas, cuya sanción es acorde a su gravedad. Dentro de las penas extremas, se encuentra consignada aquella relativa al destierro del infractor, situación que supone la **expulsión de la comunidad** en el cual habita el ofensor, de modo que *“la sanción de expulsión por los efectos que produce en el comunario como su entorno familiar, se configura en una pena gravísima, en merito a ello, para su imposición debe concurrir una causal de tal magnitud que provoque en el pueblo indígena, la decisión de la expulsión, en contra sentido, cuando las faltas no revistan carácter gravísimo, no será posible la imposición de este tipo de pena.”*

El caso que analizamos emerge del hecho que, Eloy Pari Quenta, comunario, se encargaba de organizar la fiesta del pueblo en conmemoración a su patrona Virgen del Carmen por varios años, ofreciéndose a refaccionar la capilla de la Comunidad, por lo que cambió las puertas coloniales por otras nuevas quedando en su poder las llaves de ingreso; pasado algunos días se dieron cuenta que la imagen de la Virgen no era la original que fue “labrada de forma natural por obra Divina en piedra” (sic), sino que se trataba de una simple réplica. En las reuniones convocadas para aclarar el tema, Eloy Pari Quenta negó rotundamente su autoría, por lo que, las autoridades y los miembros de la referida comunidad indígena decidieron expulsarlo de la reunión. En base a esos antecedentes, las autoridades sindicales informaron a sus bases que ese problema iba a ser abordado en base a

sus usos y costumbres, por lo que, acudieron a **consultar a los curanderos**, quienes con la corroboración de testigos, concluyeron que en efecto la imagen desaparecida se encontraba en poder del trasgresor, en la ciudad de La Paz. Apoyados en esos elementos, determinaron **expulsar “a la familia de Genaro, Eloy, Eduardo, William, Hilda, Lourdes y Primo, todos de apellido Pari” (sic)**

Por lo cual, el TCP considera que:

*“mediante la metodología jurídica de la ponderación inter e intra cultural, el medio utilizado; es decir, la decisión de **expulsión de la Comunidad** de Eloy Pari Quenta, que además se hizo extensiva a todos sus hermanos y sus familias, conforme se tiene de la lectura de la Resolución 01/2014, y su consecuente desvinculación territorial y cultural, no es armónica con los valores plurales supremos referentes a la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones o bienestar común, ya que el fin de la medida no encuentra justificación en una decisión destinada a la preservación de un interés colectivo acorde con los valores plurales supremos imperantes que pudiera justificarla. Por lo expuesto, se tiene que la decisión sometida a control de constitucionalidad, relativa a la expulsión del comunario y su familia, no es armónica con el orden axiomático imperante.”*

En base a esos antecedentes, el TCP sostiene que **la decisión de expulsión de la Comunidad** de Eloy Pari Quenta -que se hizo extensiva a todos sus hermanos y sus familias- y su consecuente desvinculación territorial y cultural, no es armónica con los valores plurales supremos referentes a la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones o bienestar común, ya que el fin de la medida no encuentra justificación en una decisión destinada a la preservación de un interés colectivo acorde con los valores plurales supremos imperantes que pudiera justificarla. Por lo expuesto, se tiene que la decisión sometida a control de constitucionalidad, relativa a la expulsión del comunario y su familia, no es armónica con el orden axiomático imperante.

De lo anterior se concluye que existe clara diferencia entre los hechos que dieron lugar a la DCP 006/2013 -en la que las autoridades originarias de Zongo asumieron la decisión de expulsión **obedeciendo** a la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión -afectación a la comunidad en su conjunto, integridad de las familias, temas vinculados con la contaminación ambiental- en la que se determinó la aplicabilidad de la expulsión de la comunidad, y los hechos de los que emerge la DCP 057/2015, en la que se establece la inaplicabilidad de esa sanción por cuanto los hechos son muy diferentes, y en este último caso la gravedad de la expulsión no condice con la realidad de lo acontecido, máxime si no se tiene certeza de la culpabilidad del presunto infractor en el robo de la imagen de la

virgen, sino que se basaron en lo dicho por los curanderos que –sin demostrarlo– estaría apoyado en la declaración de testigos.

8.2.3 Conflictos de Competencias entre la Jurisdicción Indígena Originario Campesina y la Jurisdicción Ordinaria.

Uno de los aspectos, entre otros, que distingue a la nueva Constitución boliviana como pluralista es que establece mecanismos para precautelar la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones indígena, ordinaria y agroambiental. En ese sentido, la Ley Suprema ha previsto como competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver los **conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental**, de modo que el máximo órgano de control de constitucionalidad establezca, según los supuestos facticos que se trate, la instancia competente para el conocimiento del caso que corresponda.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2013 de 4 de Enero De 2013 sienta bases importantes sobre la temática que nos interesa. Emerge del conflicto de competencias y controversia suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina, determinando si la primera o la segunda es la competente para conocer y resolver los hechos denunciados en principio ante la jurisdicción ordinaria que se declaró competente por haber conocido primero del caso y también debido a que la jurisdicción indígena originario campesina, se declaró competente para conocer la causa, por haberse producido los hechos en ocasión de una reunión ordinaria de comunarios de la **Comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo**, entre miembros de la misma, por delitos de su competencia y dentro del territorio de la mencionada Comunidad.

Sobre el Pluralismo, esta declaración sostiene:

*“Con este nuevo enfoque de pluralismo y pluralidad la coexistencia de las diversas culturas no es paralela, tampoco se expresen como estructuras cerradas sin la necesidad de mutua influencia, todo lo contrario, **bajo el pluralismo del Estado Plurinacional esta pluralidad de sistemas es abierta, por tanto, sujeta a un proceso de irradiación, de reconstitución, retroalimentación entre sí y potenciamiento desde lo propio, es decir, va más allá de la “inclusión” y el “reconocimiento” de los sistemas de administración indígena, de la democracia comunitaria de los valores plurales, pues el pluralismo descolonizador tiene la perspectiva de***

superar el Estado Nación homogeneizador, por ello desde los pueblos y naciones indígena originario campesinos, desde sus saberes y conocimientos y desde sus cosmovisiones se ingresa en el proceso de reencuentro y convivencia, de diálogo de esos contextos plurales para construir una realidad descolonizadora.”

Con relación a la jurisdicción indígena y la administración de justicia, establece:

*“De este reconocimiento constitucional, es posible concluir que **del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos reconocido en la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales, se desprende y fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígena originario campesinos, de sus instituciones propias y sus procedimientos, por ende, el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, a través de sus procedimientos e institución propias y bajo sus sistemas normativo. En cuyo contexto, los pueblos indígena originario campesinos en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones, los que en el marco del Estado Plurinacional, son reconocidos con igual valor jurídico, de tal forma cuentan también con la facultad de hacer cumplir sus resoluciones y hacer valer sus decisiones frente a los demás órganos e instituciones estatales, entre ellos, las autoridades de otras jurisdicciones.”***

De manera muy clara y firme, sobre el **Pluralismo Jurídico y la igualdad jerárquica entre jurisdicciones**, dice:

“Es por ello, que para completar estas pautas de reconocimiento constitucional cumple recordar lo establecido en la SCP 0300/2012, cuando determinó que la jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al art. 179 de la CPE, forma parte del Órgano Judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (art. 30.II.5 de la CPE) y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originara campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

En la misma Sentencia Constitucional Plurinacional, se precisó que: “la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que las demás jurisdicciones, se encuentra limitada por el respeto de los siguientes

derechos a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidas por la Norma Fundamental (art. 190.II de la CPE), debiendo añadirse, además, a los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conforme a ello, la Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter plurinacional del Estado y el principio de interculturalidad, ha diseñado a la justicia constitucional, y en especial al Tribunal Constitucional Plurinacional, como una institución encargada de ejercer el control sobre todas las jurisdicciones y, en general sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia, el ordinario y el indígena originario campesino.

En ese ámbito, el pluralismo jurídico cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); el principio de unidad de la función judicial (art. 179 de la CPE), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades, están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano”

La **ratio decidendi** en este emblemático caso, construye la siguiente doctrina constitucional:

“...por tanto, cuando confluyen estos tres ámbitos: personal, material y territorial corresponde a la jurisdicción indígena resolver el conflicto o controversia, bajos sus normas y procedimientos propios, al mismo tiempo corresponde el deber de abstenerse o de realizar actos de intromisión en su ejercicio, así como el deber de respetar sus decisiones y resoluciones, y en todo caso realizar actos de coordinación y colaboración para que la misma sea ejecutada y cumplida.

En este contexto no son aplicables las reglas que rigen a la jurisdicción ordinaria, como las de haber prevenido primero la causa, para que se

otorgue competencia a la jurisdicción ordinaria ante hechos en los que se ven involucrados miembros de los pueblos indígena originario campesinos, sino los ámbitos de vigencia personal, material y territorial que rige a esta jurisdicción.”

La afirmación por parte del órgano contralor de constitucionalidad de Bolivia en sentido que no se aplican los criterios de la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos de competencias con la jurisdicción indígena, constituye un pilar fundamental para construir y lograr la auténtica igualdad jerárquica entre el Derecho Indígena y el Derecho Oficial, porque no se está valiendo de las reglas del Derecho positivo para determinar la instancia competente en los casos concretos. Así, en esta Sentencia se ha dicho:

“En el caso en análisis, de acuerdo a lo señalado en el Fundamento Jurídico III.7 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, se constató que dicha Comunidad cuenta con una estructura de autoridades originarias debidamente organizadas, ejercida por los propios comunarios en forma cíclica, con facultades de conocer y resolver conflictos suscitados entre sus comunarios para tratar casos familiares, problema de límites, robos, calumnias, injurias y conflictos menores en base a sus principios, valores, usos, costumbres, y con facultad de imponer sanciones de reflexión, recomendación, trabajos comunitarios, resarcimiento y compromisos de los autores ante la comunidad, bajo la cosmovisión existente en el Ayllu, como son el cabildo o reuniones comunitarias ordinarias y extraordinarias a nivel territorial dirigidas por las autoridades originarias, políticas, municipales y sindicales bajo el permiso y licencia de las deidades tutelares del Pacha, en virtud de lo cual corresponde reconocer la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina de la Comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo, para sustanciar y resolver la controversia entre los comunarios Saturnino Huayta Condori y Valencio Huayta Limachi, negando toda competencia a la jurisdicción ordinaria para continuar con el proceso penal instaurado contra Valencio Huayta Limachi por la presunta comisión de los delitos de instigación pública a delinquir, apología pública del delito, desordenes o perturbaciones públicas, resistencia a la autoridad, amenazas y coacción, tipificados y sancionados en los arts. 130, 131, 134, 159, 293 y 294 del CP.

En virtud de lo señalado, en el caso concreto la jurisdicción ordinaria no tiene competencia para conocer y resolver los hechos que iniciaron la apertura del proceso penal referido; aspecto que debió ser considerado por cada una de las autoridades de la jurisdicción ordinaria que tomaron parte en el asunto, en el entendido que cumple al Estado a través de sus instituciones y órganos garantizar y respetar el ejercicio de la jurisdicción

indígena originaria campesina, lo que obliga recordar que ante estos supuestos en los que los sujetos intervinientes en determinados hechos sean miembros de los pueblos indígena originario campesinos no son parámetros para asumir competencia que la jurisdicción ordinaria hubiera prevenido primero, según entendió el Juez Segundo de Instrucción Mixto de Tupiza, pues en estos contextos las reglas de competencia no son las que rigen para la jurisdicción ordinaria, sino los ámbitos de vigencia personal, material y territorial que rigen para la jurisdicción indígena originario campesina en los alcances señalados, aspecto que debe ser respetado por los órganos estatales como garantía del Estado para el ejercicio efectivo del derecho a la jurisdicción indígena originaria campesina y acceso a la justicia, en el entendido que en contextos de pluralidad, el derecho de acceso a la justicia con relación a los miembros de pueblos indígenas originario campesinos se trasunta a la vez, en el derecho de acceder a sus instancias propias de resolución, a sus autoridades indígenas originario campesinas, procedimientos para resolver sus controversias y conflictos internos.

Por consiguiente, es deber del Estado Plurinacional de Bolivia, de garantizar a toda persona el acceso a una justicia acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios, de conformidad con el sistema jurídico propio y al mismo tiempo de impedir cualquier intromisión al ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, debiendo en estos casos la jurisdicción ordinaria abstenerse de realizar cualquier acto que entorpezca su ejercicio”

Con abundante doctrina, cuyas partes más sobresalientes son las transcritas en forma precedente, y sobre la base de un estudio técnico antropológico, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y los arts. 12.11 y 28.I.10 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resolvió:

*"1º Declarar **COMPETENTE** a las autoridades originarias de la Comunidad Cerrillos Jatun Ayllu San Pablo de la provincia Sud Lipez del departamento Potosí, para conocer y resolver la controversia suscitada entre los comunarios Saturnino Huayta Condori contra Valencio Huayta Limachi.*

*2º Disponer que el Juez Segundo de Instrucción Mixto de Tupiza del señalado departamento, que tuvo conocimiento del proceso, **se inhiba del conocimiento del mismo y remita los antecedentes a la Comunidad antes referida.**"*

La Sentencia Constitucional Plurinacional 1225/2013 De 1 de Agosto de 2013 fue emitida en el Conflicto de competencias jurisdiccionales suscitado **entre las autoridades indígenas originarias campesinas de la comunidad de Chiarpata y la Jueza de Instrucción de Pucarani, ambas de la provincia Los Andes del departamento de La Paz.** Fue planteado porque la jurisdicción indígena originaria campesina de la comunidad de Chiarpata reclamó el conocimiento y resolución de un caso denunciado ante ella por la presunta comisión de los delitos de tentativa de asesinato, lesiones graves y leves; toda vez, que: **1)** De acuerdo al acta de reunión ordinaria de 22 de enero de 2013, de la cual participó y suscribió el denunciante Ricardo Chávez Flores, resolvieron de manera consensuada que los problemas que se presentasen a partir de esa fecha en adelante deberán ser solucionados por las autoridades de la Comunidad y las bases y si son graves coordinaran con las altas autoridades sindicales de dicha Comunidad; **2)** Los casos y problemas en los que se acuda ante las autoridades -policía, fiscal y juez- no serán permitidos sin previa autorización del Secretario General y los miembros del sindicato de la comunidad de Chiarpata; y, **3)** Por lo que de acuerdo a sus normas, procedimientos y reglamentos resolvieron que el caso 78/2012, debería ser solucionado por dicha Comunidad.

El Tribunal Constitucional Plurinacional declaró **COMPETENTE a las autoridades indígenas, originarias campesinas del Sindicato Agrario de Chiarpata** de la provincia Los Andes del departamento de La Paz, **para conocer en el fondo las pretensiones de Ricardo Chávez Flores, y dispuso que la Jueza de Instrucción de Pucarani,** provincia Los Andes del departamento de La Paz, **remita los antecedentes correspondientes a la autoridad declarada competente, debiendo inhibirse del conocimiento del caso.** Las razones de esta decisión se encuentran en lo siguiente:

*“Corresponde previamente precisar que el **objeto procesal de un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina no se tratan calificaciones jurídicas, ni materias jurídicas, ello debido a que la jurisdicción indígena originaria campesina no distingue materias sino conoce las problemáticas del día a día, por lo que tiene una competencia amplia** y por ello, la Constitución Política del Estado en su art. 191, hace referencia a los “...ámbitos de vigencia personal, material y territorial” y a continuación al hacer referencia al ámbito material se sostiene “Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos...”, **lo que provoca que el objeto procesal se determine por los hechos debatidos y no por la calificación jurídica o la materia del juez ordinario competente.***

Siguiendo esa lógica, esta Sentencia, dentro del razonamiento de **la SCP 0026/2013 de 4 de enero,** determina:

“III.2.3. Ámbito de vigencia material

*Respecto al art. 191.II.2 de la CPE, respecto al ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: ‘...conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional’, pese a ello, a este Tribunal Constitucional Plurinacional le resulta absolutamente claro que **las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de** competencia por su situación histórica de desventaja respecto a la jurisdicción ordinaria por lo que **la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional** de donde resulte que la exclusión de un ‘asunto’ de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto” (las negrillas nos corresponden).*

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0388/2014 de 25 de Febrero de 2014 resolvió un conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria, suscitado entre la Jueza Segunda de Instrucción en lo Penal de El Alto del departamento de La Paz y el Consejo de autoridades indígenas originarias Julián Apaza de la comunidad indígena de “El Ingenio”. Esta Sentencia tiene como Magistrado Relator al Tata Gualberto Cusi Mamani, que ha elaborado interesante jurisprudencia en la temática del pluralismo jurídico y la igualdad de jerarquía entre jurisdicciones.

La acción, en este caso, deriva de la denuncia presentada ante la Fiscalía de El Alto, contra Mateo Huanca Silva y Paolo Condori Chima, por la presunta comisión de los delitos de falsedad material y uso de instrumento falsificado, argumentando que, sin que exista comunidad indígena originaria campesina, los denunciados utilizaron un documento de personalidad, presentando a la Oficialía Mayor de Planificación para el Desarrollo del Gobierno Autónomo Municipal de El Alto e instaron a que dicha instancia gubernamental desconozca a la “Central Tomás Katari” y a los dirigentes del Sindicato Agrario Campesino “El Ingenio”. Los denunciados, por su parte, solicitaron a la Jueza Segunda de Instrucción en lo Penal de El Alto, dar cumplimiento a la decisión de ejercer la jurisdicción indígena originario campesina, de acuerdo a sus propios procedimientos, usos y

costumbres. Al no inhibirse la Jueza del conocimiento del caso, se presentó el Conflicto de Competencias, que mereció la siguiente parte resolutive:

*1º Declarar **COMPETENTE** a las autoridades originarias y sindicales de la comunidad “El Ingenio”, del distrito rural 13, del municipio de El Alto del departamento de La Paz, para conocer y resolver de manera conjunta la controversia; es decir, la denuncia que fue planteada en el Ministerio Público contra Mateo Huanca Silva y Paulo Condori Chima.*

2º Disponer que la Jueza Segunda de Instrucción en lo Penal de El Alto, que tuvo conocimiento del proceso, se inhiba del conocimiento del mismo y remita los antecedentes a la comunidad de “El Ingenio”.

*3º Se dispone que se instaure un **diálogo intracultural** al interior de la comunidad “El Ingenio” para que tanto el Sindicato Agrario como la estructura originaria, de **manera conjunta, consensuada**, pronta y oportuna, resuelvan los hechos suscitados en la comunidad sobre la denuncia de Mateo Huanca Silva y Paulo Condori Chima.*

*4º Se ordena que las autoridades superiores de la comunidad indígena originaria “El Ingenio”, tanto en la estructura originaria -autoridades del Ayllu- como de la estructura sindical -Subcentralía- de manera conjunta, **participen** en el diálogo intracultural al interior de la comunidad e **informen** a este Tribunal, a través de la Unidad de Coordinación del Tribunal Constitucional Plurinacional del departamento de La Paz (Calle Potosí Esq. Yanacocha, Tribunal Departamental de Justicia, Teléfonos 2-2409420, 22906907), **en el plazo de un mes después de la notificación de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, sobre las acciones y la decisión asumida de manera conjunta por las dos instancias, sin perjuicio de las visitas que este Tribunal pueda ordenar a través de la Unidad de Descolonización.**”*

El razonamiento del TCP en este caso, se encuentra en estos fundamentos:

*“constitucionalmente existe un reconocimiento al **pluralismo jurídico** igualitario, en el cual, de acuerdo a lo señalado por Hoekema, el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos; toda vez que son los propios pueblos indígenas quienes, en el ámbito de su autodeterminación, sin injerencia estatal, establecen sus normas, procedimientos e instituciones, existiendo, por tanto, una autodefinición subjetiva de lo que es el derecho indígena y el reconocimiento, por parte del Estado de la validez e igualdad de los diferentes sistemas normativos.*

*En ese marco, el sistema jurídico indígena no sólo está vinculado al ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina, como ha sido denominada en la Constitución Política del Estado, sino al conjunto de normas de los pueblos indígenas, vinculadas a su organización, sus procedimientos, sus autoridades, la forma en que resuelven sus conflictos, etc.; por tanto, no es posible sostener que el **pluralismo jurídico** involucra únicamente a la forma en que resuelven sus conflictos, sino de manera integral, como un todo por el que organizan su vida en comunidad.*

(...)

la categoría “indígena originario campesina” incorporada en el texto de la Ley Fundamental, debe tener una interpretación amplia y no restrictiva, a cuyo mérito, las comunidades indígenas campesinas organizadas bajo el sistema sindical, no merecen ser excluidas entre tanto cumplan con las condiciones y características desarrolladas en el señalado Fundamento Jurídico, máxime si el Estado se sustenta en la inclusión entendida como valor.

En el caso analizado, en la comunidad “El Ingenio”, que evidentemente que se cumplen las características señaladas en Fundamento Jurídico III.3 de este fallo, para que la comunidad sea considerada como nación y pueblo indígena originaria campesina, pues, como se ha explicado ampliamente en el Fundamento Jurídico III.6, la comunidad “El Ingenio” es anterior a la colonia, formando parte del territorio de los Tiahuanacotas, siendo señorío de los Qollas o Qullanas, por lo tanto, tiene prioridad en el tiempo; por otra parte, la comunidad comparte el mismo idioma, aymara, y, a partir de la estructura originaria, está en proceso de restitución de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas y, desde la sindical, es evidente que algunas de las instituciones propias de la estructura del ayllu, han sido adecuadas a la estructura sindical.

(...)

En el contexto de las consideraciones antes señaladas, corresponde a este Tribunal identificar a las autoridades encargadas de impartir justicia en ambas organizaciones; así, en el sistema originario campesino, el Jaljiri Kamani y Mama Th'alla, son las autoridades encargadas de resolver los conflictos suscitados al interior de la comunidad; por otro lado, en el sistema de organización sindical, los Secretarios de Justicia y Conflictos, conjuntamente con el Secretario General, son las autoridades con facultades para resolver los conflictos internos del sindicato. En efecto, ambas organizaciones tienen sus propias instancias de deliberación denominados

tantachawis o reuniones comunitarias, donde resuelven las controversias internas de manera integral y con participación de todos sus miembros.

Conforme se tiene desarrollado en el Fundamento Jurídico III.5 y, en virtud a lo dispuesto por el art. 191.II de la CPE, la jurisdicción indígena originaria campesina se desarrolla en sus tres ámbitos de vigencia, personal, material y territorial. En ese contexto, corresponde establecer si la naturaleza del conflicto que se analiza corresponde ser conocido por la jurisdicción indígena originaria campesina o por la jurisdicción ordinaria.

(...)

Ahora bien, de acuerdo a las consideraciones anteriores, los hechos que fueron denunciados al Ministerio Público, en el caso particular corresponde que sean conocidos por la jurisdicción indígena originaria campesina, más aún, cuando tanto la organización indígena originaria como la sindical, tienen sus instancias de deliberación y autoridades competentes para resolver los conflictos internos; por lo que, en el ejercicio de su propia jurisdicción, tienen la plena potestad de impartir justicia; lo contrario, significaría desconocer el derecho a la libre determinación, la vigencia y el desarrollo de las instituciones de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, en la medida en que sus instituciones jurídicas queden en desuso.

Entonces el Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerciendo el control competencial de constitucionalidad, concluye que los presuntos delitos de falsedad material y uso de instrumento falsificado, deben ser resueltos en la comunidad de "El Ingenio", en estricta observancia de sus propias normas y procedimientos, con participación activa tanto del sistema de organización sindical como del originario; aclarándose que si bien los miembros del primer sistema (sindical), voluntariamente acudieron ante la jurisdicción ordinaria penal a denunciar a los miembros de la estructura originaria; empero, de ninguna manera este Tribunal puede desconocer el derecho a ejercer los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas originario campesinos, independientemente de cuál sea la estructura de su organización.

*En ese ámbito, al existir dentro de la comunidad dos formas de organización, **se conmina a ambas estructuras** a que, **de manera conjunta**, de acuerdo a su propia estructura orgánica, resuelvan el conflicto suscitado, de acuerdo a los valores de **armonía y equilibrio** contenidos en el art. 8 de la CPE, y considerando que el art. 9.2 de la citada Norma Suprema, establece como fin y función del Estado "Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades y fomentar **el respeto mutuo y el diálogo intracultural**,*

*intercultural y plurilingüe” (las negrillas son nuestras); tomándose en cuenta que los valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado, están destinados a lograr la consecución del **suma qamaña** (vivir bien), **debiendo ser los pueblos indígena originario campesinos, el ejemplo de la consecución de ese principio valor y fin del Estado**; pues, como lo ha entendido la DCP 0006/2013 de 5 de junio, el vivir bien: “**Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo**”.*

Por lo expuesto, el Ministerio Público y la Jueza Segunda de Instrucción en lo Penal de El Alto, deben abstenerse de realizar cualquier acto de intromisión en las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, debiendo respetar, en todo caso, las decisiones asumidas por las autoridades de la comunidad “El Ingenio” y realizar actos de coordinación y cooperación para garantizar que lo dispuesto por las autoridades de la jurisdicción indígena originario campesino sean ejecutadas y cumplidas.”

Entonces, se constata **que en este caso, el TCP ha abordado dos aspectos: Uno**, el conflicto que surgió entre el Sindicato y la comunidad campesina, **y otro**, el conflicto entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, habiendo analizado en forma pormenorizada los puntos en cuestión para llegar a la decisión de declarar competente a la jurisdicción indígena. La Unidad de Descolonización del TCP contribuyó con un estudio de la comunidad para comprender lo que acontecía. **Pese a todo el detalle y la visión pluralista que tiene este fallo, existieron tres magistrados disidentes**, dos de los cuales, basan su disidencia en lo siguiente:

“En este caso la decisión de otorgar la competencia para la resolución del asunto al sindicato agrario campesino y la comunidad “El Ingenio”, no resuelve el problema planteado, pues el propio fallo determinó la presencia de conflictos entre las autoridades del referido Sindicato y las de la Comunidad, las cuales reclaman para sí la competencia de ejercer justicia originaria campesina, en ese razonamiento no existe la posibilidad de que la denuncia que fue interpuesta ante la autoridad ordinaria pueda resolverse de manera pronta, pues previamente a ello, conforme lo manda la Sentencia ambas instituciones -Sindicato y Comunidad-, deben lograr un acuerdo, y a partir de aquello, previo al examen de la concurrencia de los ámbitos de vigencia personal y material, ejercer jurisdicción sin postergar el conocimiento y resolución del conflicto.

La Sentencia objeto de la disidencia desconoce que Cirilo Gonzáles Morales, Ángel Silva Uraquini, Juan Mamani Tapia y Sixto Jesús Laura Arcani, tienen

derecho a una justicia pronta y oportuna sobre los conflictos que puedan existir entre las autoridades de la comunidad o sindicato “El Ingenio”, aspecto que no fue considerado al emitirse la Sentencia Constitucional Plurinacional, y que era deber considerar, pues al ser este Tribunal el organismo encargado de precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en su labor de control competencial, es ineludible que asigne la competencia para la resolución de un determinado asunto a la jurisdicción que tenga la posibilidad de garantizar el acceso pronto y oportuno a la justicia, a objeto de que se materialice a través de ella la construcción de una sociedad justa y armoniosa; aspecto que, se reitera no fue observado al momento de resolverse la SCP 0388/2014.”

Sin embargo, considero que la Sentencia no ha lesionado el derecho de acceso a la justicia, mas al contrario, ha determinado hacer respetar el ejercicio del derecho al propio Derecho, estableciendo que debe dilucidarse el problema dentro de la instancia campesina, y conminando a realizar un diálogo intercultural entre el sindicato y las autoridades de la comunidad, con lo que se está reconociendo que es entre esas instancias que deben lograr un entendimiento. Y de eso es que trata precisamente el Derecho Indígena y su reconocimiento constitucional e internacional, sin que tenga que necesariamente tener injerencia la jurisdicción ordinaria, como si fuera únicamente ella la que puede resolver las controversias.

Del análisis de las anteriores Sentencias y Declaraciones Constitucionales, se puede concluir que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en cumplimiento de la labor que le ha encomendado aquella, está dando claras luces para el respeto del Derecho indígena, conforme dispone la Ley Fundamental, y tomando en cuenta los elementos que en cada caso se desprenden y son menester estudiar y evaluar. No se puede negar que aún perviven algunos criterios que identifican, aún sin decirlo abiertamente y que se constatan en la redacción y contenido de votos disidentes, al Estado con la Nación y el Derecho, o sea un único Estado, una única Nación y un único Derecho, pero son los menos, de manera que la jurisprudencia que se está produciendo en Bolivia esperanza con relación al “respeto al derecho del propio Derecho” que hemos referido en la presente Tesis.

Sin duda, el trabajo se está tomando con mayor seriedad y respeto, considerando la igualdad de las jurisdicciones, y que solamente la jurisdicción constitucional es la que está por encima de las demás y solamente con el afán de precautelar el resguardo de los preceptos, valores, principios y fines que proclama la Ley Suprema de Bolivia, así como los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Se puede decir, entonces, que se está trazando una fuerte línea jurisprudencial en cuanto al Pluralismo Jurídico y a la jerarquía igualitaria de

jurisdicciones, siempre desde la óptica del respeto de los derechos fundamentales de las personas.

CAPÍTULO 4

UN ESTUDIO DE CASO: LAS NORMAS DE DERECHO INDÍGENA EN LA NACIÓN YAMPARA. AYLLU ANGOLA

Una vez se ha estudiado la base doctrinal de la investigación, se han expuesto y comentado las experiencias emergentes del reconocimiento constitucional del Pluralismo Jurídico, y se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, resulta imperioso completar esta investigación con una experiencia más cercana y real, con el fin de obtener una vivencia de lo que se hizo, se hace y se está pensando en los pueblos indígenas y comunidades campesinas sobre la temática que nos ocupa. Es así que, no sin dificultades que serán relatadas posteriormente, pude indagar la forma de vida, organización y aplicación de normas de Derecho Indígena en la Nación Yampara. En este Capítulo tomo en consideración algunos documentos escritos sobre esta nación tan bien organizada, comparto las entrevistas realizadas a ex autoridades y miembros de esta nación³⁷⁰ y describo la experiencia así vivida en las tres estancias que realicé, del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2015, del 6 al 17 de diciembre de 2015, y del 5 al 15 de marzo de 2016

³⁷⁰ No resulta fácil llegar en automóvil a Angola. El camino asfaltado solo llega hasta Tarabuco, y a partir de ese poblado hasta el ayllu el camino es casi intransitable y accidentado. En un principio el camino es de tierra pero luego aparecen las piedras sueltas, se hace angosto, con subidas y bajadas que el vehículo debe sortear, resbalando entre rocas. Y llega un momento es imposible continuar en automóvil y hay que continuar a pie. En esta aventura me acompañó mi esposo que haría las veces de traductor, por su nivel de quechua.

En el trayecto es normal encontrarte con campesinos, que te permiten fotografiarles previo pago. Y ello no debe extrañarnos, dado que en las comunidades y ayllus de la Nación Yampara, como se trata de una región turística, especialmente por el *pujllay*³⁷⁰, los campesinos cobran por cada fotografía que se les saca, y el precio es más elevado si están con su *vestimenta* de fiesta.

Luego de caminar más de una hora, al fin avizoramos algunas casitas dispersas, y una escuela. Se trata de una comunidad totalmente indígena, donde hablan el quechua, que es su lengua materna, pero también castellano. Las personas son muy amables, pero no son amigas de las fotografías, salvo que se les pague.

Es una comunidad que se encuentra en un lugar seco, casi altiplánico, hace bastante frío por la noche y temprano por la mañana. Viven esencialmente de los productos de la tierra.

El único lugar en el que podemos quedarnos es en la escuela, pero únicamente para pasar la noche, puesto que están en clases y no podemos ocupar ningún otro espacio durante día.

1. LA PLURINACIONALIDAD EN BOLIVIA. IDENTIDAD ÉTNICA SEGÚN LOS RESULTADOS DEL CENSO DE 2012.

Bolivia es un Estado unitario pero descentralizado y con autonomías, a partir de la nueva Constitución Política del Estado y la decisión plasmada en referéndum de todos los departamentos para constituirse en departamentos autónomos. Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos, conforme dispone el art. 269.I de la CPE. Tiene 9 departamentos, tres están en el altiplano: La Paz, Oruro y Potosí, donde se habla el aymara como lengua nativa; tres, en los valles: Chuquisaca, Cochabamba y Tarija, cuya lengua de origen es el quechua; y, tres en los llanos u oriente: Santa Cruz, Beni y Pando, en los que impera el guaraní como lenguaje originario. Sin embargo, es menester remarcar que no se trata de una división tajante en cuanto a los idiomas originarios, y esto sucede porque la división en departamentos se produjo con la fundación de la República, pero los pueblos indígenas preexistieron a la colonia.

Debe resaltarse que en Bolivia existen autoidentificaciones regionales -más urbanas que rurales-, como *chapaco*, *camba* o *colla*. *Chapaco* hace referencia a los del departamento de Tarija, *camba* a los de Santa Cruz, principalmente, pero también a las personas de Beni y Pando; y nos llamamos *collas* a los de Chuquisaca, Cochabamba, Potosí, Oruro y La Paz.

Ahora bien, el Estado Plurinacional se caracteriza por la pluralidad de Naciones Originarias y Pueblos Indígenas, que tienen existencia precolonial. En tierras altas -altiplano y valles- se denominan Naciones o Suyus, conformados en Markas y Ayllus, y en las tierras bajas u oriente se denominan Pueblos Indígenas con características propias, asentados sobre un territorio ancestral con instituciones propias.

Las Naciones Originarias de los andes y valles, aglutinadas en Consejo Nacional de Ayllus y Markas de Qulla Suyu "CONAMAQ", son: Charkas, Qhara qhara, Chuwi, Chichas, karangas, Killakas, Kallawayas, **Yampara**, Suras, Urus, Qulla, Lupaka, Pakajaqi, Qhana, Qanchis y Larekaja.

Los Pueblos Indígenas del oriente, chaco y amazonía, aglutinados en la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia "CIDOB", son; Aroana, Ayoreo, Baure, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chiquitano, Esse, Ejja, Guaraní, Guarasugwe, Guarayo, Itonama, Joaquiniano, Leco, Machinerí, Maropa, Mojeño,

Moré, Mosestén, Movima, Murato, Pacahuara, Sirionó, Tacana, Tapiete, Tsimane/Chiman, Weenayek, Yaminagua, Yuki, Yuracaré, Yuracaré – Mojeño.

Todas las Naciones Originarias y Pueblos Indígenas tienen su propia lengua, aunque son muy pocos los que mantienen una *lengua pura*, pues la mayoría se ha ido entremezclando con algunas expresiones del castellano. En las tierras altas la mayoría de las Naciones Originarias como Chuwis, Suras, Kallawayas, Qhara Qharas, Charkas, Yamparas, Chichas comparten el mismo idioma Quechua. Por otra parte, las Naciones Originarias Karangas, Killakas, Pakajaqi, Larekaja y Qullas hablan el idioma Aymara.

De acuerdo al art. 5 de la CPE, son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosestén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco. Empero, en los hechos, los más hablados y difundidos son el quechua, el aymara y el guaraní.

Existe confusión al identificar a los 36 idiomas oficiales que proclama la Constitución con 36 naciones existentes en el territorio boliviano, conforme sostiene Humberto Guarayo Llacsá, ex Tata Kuraka de la nación Yampara³⁷¹. En efecto, resulta imperioso dejar claro que los 36 idiomas que reconoce la Constitución no significa que existan solamente 36 naciones indígenas en Bolivia, por cuanto varios de esos idiomas son hablados por dos o más naciones, tal el caso del quechua que es hablado por varias naciones, entre las cuales se encuentran la nación Yampara y la nación Qhara Qhara, ambas asentadas en el departamento de Chuquisaca, sin que tales naciones aparezcan mencionadas en la Constitución. También vale puntualizar que el error no viene de la Ley Suprema, sino de la mala interpretación de muchos, pues el texto y redacción del art. 5 de la CPE es claro cuando reconoce “idiomas oficiales”.

Como sostiene Guarayo:³⁷²

“La plurinacionalidad es uno de los ejes centrales de la construcción del nuevo Estado, que no pasa solo por enunciarse en la constitución, pasa por llevar adelante una transformación institucional del estado, que debe lograr una composición plural en todos sus órganos.”

³⁷¹ Entrevista realizada a Humberto Guarayo el 24 de marzo de 2016.

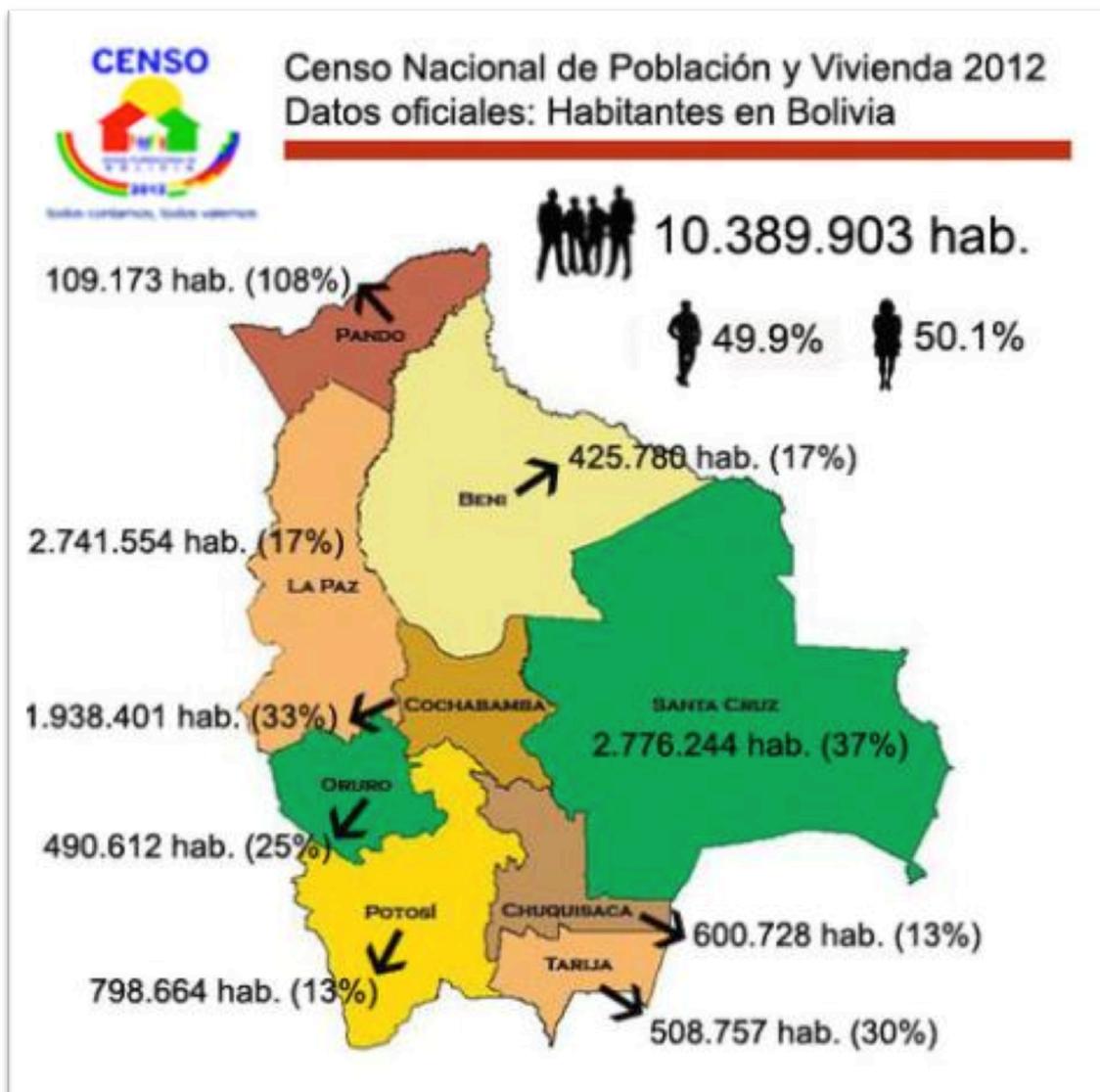
³⁷² Humberto Guarayo: “Sin las naciones originarias, Bolivia no es un Estado Plurinacional”, periódico Correo del Sur, Sucre, 6 de septiembre de 2014.

*La Constitución reconoce la preexistencia de las Naciones Originarias y Pueblos Indígenas, que existieron ancestralmente antes de invasión colonial española (Art. 2y 30 CPE), así mismo reconoce como “idiomas oficiales” el castellano y 36 “idiomas” de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios (Art. 5 CPE). Este reconocimiento de los idiomas no se debe confundir con los pueblos indígenas, no se puede considerar idioma como sinónimo de nación y pueblo indígena ya que no es lo mismo, por ejemplo el idioma Bésiro (tal como consta en el detalle de Idiomas de la constitución) corresponde al pueblo indígena Chiquitano (que no se nombra en la constitución). Las naciones originarias Chuwis, Suras, **Qhara Qharas**, Charkas, **Yamparas** y Chichas **comparten el idioma Quechua**, y los Karangas, Killakas, Pakajaqi, y Qullas que comparten el idioma Aymara, pero son cultural y territorialmente diferentes, además de contar cada uno con sus propias estructuras de autoridades originarias.*

En Bolivia somos 46 Naciones y Pueblos Indígenas Originarios: Afroboliviano Ayoreo. Araona. Baure. Canichana. Cayubaba. Cavineño. Chichas. Chácobo. Chiquitano. Chuwi. Charkas. EsseEjja. Guarayo. Guarani. Guarasug’we. Ottonoma. Joaquiniano. Kallawaya. Karangas. Larekaja. Killakas. Leco. Lipez. Machineri. Maropa. Mojeño. More. Moseten. Movima. Pakawara. Qullas. Pakajaki. Qhara Qhara. Sirionó. Suras. Tacana. Tapieté. T’simane-Chiman. Uru-Chipaya-Murato. Weenayek. Yaminawa. Yampara. Yuki. Yuracaré.”

El año 2012 se realizó el Censo Nacional de Población y Vivienda en Bolivia. Con varios cuestionamientos, que van desde las preguntas y la manera en que fueron formuladas, así como los vacíos en la papeleta censal como el haber quitado la opción “mestizo” ante la pregunta de la identidad de cada uno, los resultados difieren bastante con los del Censo de 2001.

En la siguiente gráfica se puede evidenciar la población de cada departamento al 2012 y el crecimiento poblacional con relación al censo de 2001.



Fuente: Instituto de Ciencia, Economía, Educación y Salud

No se puede dejar de mencionar las muchas críticas que ha recibido la realización del censo 2012. Observaciones como el haber obligado a personas que viven en las ciudades, pero que tienen propiedades en el área rural, a trasladarse al campo para ser censadas, bajo amenaza de no ser considerados como miembros de las comunidades. Pese a todo ello, la población rural ha disminuido significativamente, constituyéndose ahora Bolivia, a diferencia de lo que pasaba según los resultados del censo de 2001, un país con mayor población citadina.

De conformidad al merituado censo de 2012, solamente un 41% de la población se autoidentificó con alguna nación indígena originaria, porcentaje que contrasta con el 62% del censo de 2001.

Población boliviana de 15 o más años por sexo, según pertenencia a naciones o pueblos indígenas originario campesino o afro boliviano

Pertenencia	Total	Hombre	Mujer
Total	6.916.732	3.407.493	3.509.239
Pertenecen	2.806.592	1.390.913	1.415.679
Afroboliviano	16.329	8.785	7.544
Araona	910	452	458
Aymara	1.191.352	592.817	598.535
Ayoreo	1.862	954	908
Baure	2.319	1.219	1.100
Canichana	617	360	257
Cavineño	2.005	1.118	887
Cayubaba	1.424	738	686
Chacobo	826	418	408
Chipaya	786	400	386
Chiquitano	87.885	45.497	42.388
Esse Eja	695	379	316

Pluralismo jurídico en Bolivia
La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia

Pertenencia	Total	Hombre	Mujer
Guaraní	58.990	29.918	29.072
Guarasugwe	42	25	17
Guarayo	13.621	6.846	6.775
Itonama	10.275	5.356	4.919
Joaquiniano	2.797	1.510	1.287
Kallawaya	7.389	3.824	3.565
Leco	9.006	4.820	4.186
Machinerí	38	25	13
Maropa	2.857	1.550	1.307
Mojeño	31.078	16.564	14.514
Moré	155	78	77
Mosetén	1.989	1.095	894
Movima	12.213	6.349	5.864
Murato	143	78	65
Pacahuara	161	85	76
Quechua	1.281.116	626.307	654.809

Pertenencia	Total	Hombre	Mujer
Sirionó	446	245	201
Tacana	11.173	6.060	5.113
Tapiete	99	59	40
Tsimane (Chimán)	6.464	3.399	3.065
Weenayek	3.322	1.686	1.636
Yaminahua	132	54	78
Yuki	202	102	100
Yuracaré	3.394	1.709	1.685
Yuracaré - Mojeño	292	171	121
Otros	42.188	19.861	22.327
Otro no especificado	4.419	2.333	2.086
No pertenecen	4.032.014	1.975.811	2.056.203
No soy boliviano (a)	73.707	38.436	35.271

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE)

Nuevamente, es significativo mencionar la omisión –para nada involuntaria- por parte del Instituto Nacional de Estadística de la opción “mestizo” en la boleta censal. De este modo, al no encontrar esa posibilidad de opción, las personas, en principio, se verían forzadas a identificarse con algún pueblo indígena originario campesino; empero, la realidad de los resultados ha demostrado que el cálculo del INE no resultó de esa manera, por cuanto al no encontrar esa opción, muchas

Pluralismo jurídico en Bolivia
La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia

personas decidieron señalar que no se identifican con ninguna nación indígena. Asimismo, existe una gran omisión en los resultados del censo, puesto que no se ha tomado en cuenta a varias naciones indígenas, como el caso de los Yampara y los Qhara Qhara del departamento de Chuquisaca, y la misma suerte corrieron otras naciones de otros departamentos. En virtud a ello, no se asignaron escaños de representación a los pueblos Yampara y Qhara Qhara

En el siguiente mapa se pueden distinguir las diversas naciones existentes en Bolivia según el censo de 2012. Otra vez, se ignora a la nación Yampara y a otras. A los costados aparecen los datos poblacionales de cada departamento.



En puridad, el departamento de Chuquisaca contiene tres naciones: Yampara, Qhara Qhara y Guaraní. En las dos primeras se habla el quechua, y en la última, el guaraní.

2. LA NACIÓN YAMPARA. UBICACIÓN GEOGRÁFICA Y COMPOSICIÓN.

En primer término, se debe volver a insistir en que los sistemas jurídicos indígenas, como ya se ha expuesto en esta investigación, abarcan el conjunto de normas de los pueblos indígenas relacionadas con su organización administrativa, instituciones, vida económica, trabajo comunal, elección, promoción y remoción de autoridades, procedimientos, resolución de conflictos, etc. Es decir, que el Derecho indígena comprendería, como cualquier ordenamiento jurídico, tanto normas sustantivas como adjetivas o procesales, tal y como mostraré en este Capítulo con relación a la Nación Yampara.

En una primera aproximación a la Nación Yampara, tomo como referencia bibliográfica el documento intitulado “Interdialogando. Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara”, en el que una ex autoridad comunal, Humberto Guarayo, junto con Soraya Santiago, describe la organización y formas jurídicas de la Nación Yampara.

La Nación Yampara constituye un territorio ancestral milenario, una de las Naciones Originarias del Estado Plurinacional de Bolivia. Etimológicamente, la palabra Yampara proviene del quechua *Ñan* (camino) y *Para* (Lluvia), que podría interpretarse como camino de la lluvia. Dicha denominación guarda relación con el hecho de que los yamparas desde sus ancestros tenían una relación muy estrecha con la lluvia y la facultad no solamente de saber cuándo iba a llover sino que conocían los diferentes tipos de lluvia, como las que ayudan en la producción de la comunidad o las que producen inundaciones, granizos, etc.

La Nación Yampara, se encuentra en el Departamento de Chuquisaca y se autoidentifica como Nación Originaria, considerando la ancestralidad de su forma de organización originaria del sistema ayllu que existió desde hace miles de años y que, pese a los cambios en su denominación –sindicato, comunidad-, ha mantenido sus rasgos esenciales. Precisamente esta resistencia a la aculturación motivó que la Nación se reconstituyera el 8 y 9 de diciembre del año 2003 en el Ayllu Pisily, ejerciendo como primeras Autoridades Originarias Tata Fabián Guarayo Condori y Tata Tomas Valle Limachi, Reconstitución que debe ser entendida en el marco de plurinacionalidad y la descolonización del Estado, como la recuperación de la organización ancestral, el territorio ancestral, sus autoridades originarias,

identidad cultural, idioma, historia, principios, valores, saberes ancestrales, instituciones y cosmovisión³⁷³.

La estructura territorial ancestral es la siguiente: Primero se encuentra la Nación, que es la organización más grande, la cual contiene a la Marka, y ésta, a su vez, a los ayllus. La Nación Yampara tiene ocho Markas, cada una de ellas conformada por varios Ayllus.

Actualmente se han reconstituido dos Markas:

- 1) Tarabuco**, en el municipio del mismo nombre, que cuenta con siete Ayllus (Pueblos Originarios): Pisily, Angola, Qullpa, Pampa, Jatun Rumi, T'ula Mayu, Miskha Mayu y Puka Puka.
- 2) Presto**, en el municipio también del mismo nombre, con tres Ayllus Waylla Pampa Alta, Corralón y Waylla Pampa.

La Nación Yampara tiene su propia forma de gobernarse y posee una estructura de autoridades y procedimientos propios. Sus miembros hablan quechua, aunque también castellano, especialmente las autoridades, que mantienen viva la identidad Cultural Yampara. Su danza y música más importantes son el Pujllay y Ayarichi. Se encuentran afiliados al CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas de Qulla Suyu).

³⁷³ Humberto Guarayo Llanos y otra: *Interdialogando. Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Konrad Adenauer, La Paz, 2014, p.39



Tata Humberto Guarayo, ex Kuraka Mayor de la Nación Yampara, con su vestimenta típica³⁷⁴.

3. RECONSTITUCIÓN DE LA NACION YAMPARA Y SU LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO EN LAS ESTRUCTURAS DEL PODER OFICIAL.

En virtud de problemas internos y de límites, la Nación se reconstituyó a partir del año 2003 como se ha indicado. Y, al igual que la Nación Qhara Qhara, que también está asentada en el departamento de Chuquisaca, y que, igualmente, libró dura batalla para ser reconocida para participar en la Asamblea Legislativa Departamental, la Nación Yampara presentó su petición ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, cuando éste se encontraba realizando el control de constitucionalidad del Proyecto de Estatuto Autonómico de Chuquisaca. Al efecto, se emitió la Declaración Constitucional Plurinacional No. 039/2014 que, en lo que nos interesa, declaró la incompatibilidad del art. 31 del proyecto, en el que se establecía la conformación de la Asamblea Legislativa Departamental, que decía:

³⁷⁴ Foto obtenida en <http://revistaidee.com/idee/content/bolivia-las-lecciones-del-tipnis>, el 12 de abril de 2016



Fotografía de la vigilia instalada en puertas del Tribunal Constitucional Plurinacional por representantes de la Nación Yampara³⁷⁵.

"I. La Asamblea Legislativa Departamental está integrada por veinticinco asambleístas departamentales, elegidos por territorio, población y naciones y pueblos indígena originario campesinos."

El TCP razonó:

"(...) El art. 9.1 de la CPE establece entre los fines y funciones esenciales del Estado la de: "Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación y explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales"; consiguientemente uno de los pilares esenciales del nuevo Estado, es la descolonización, que involucra procesos de reparación histórica de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, excluidos de la formación del Estado-Nación Colonial. En este sentido, a juicio de este Tribunal, la representación política es un elemento esencial del pluralismo político y el derecho de las naciones y

³⁷⁵ Foto obtenida en <http://hemeroteca.correodelsur.com/2014/08/10/33.php>, obtenida el 20 de abril de 2016

pueblos indígena originario campesinos en condición de minorías, de contar con los mecanismos normativos suficientes que garanticen de forma material y efectiva su representación.

Así, el art. 278 de la CPE, establece que la Asamblea Departamental estará compuesta por asambleístas departamentales elegidas y elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por asambleístas departamentales provenientes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, elegidos bajo sus normas y procedimientos propios, cuando por razones de identidad cultural se encuentren en condición de minoría dentro de la jurisdicción territorial de la entidad autónoma departamental; correspondiendo a una ley definir los criterios generales para la elección y/o designación de estas autoridades.”

Y, puntualizó:

“(…) si bien el art. 57 de la citada ley, no identifica la existencia de pueblos y naciones indígena originario campesinos en el departamento de Chuquisaca, el último censo de población y vivienda efectuado en la gestión 2012, registra la presencia de al menos dos pueblos indígena originario campesinos en este departamento, que fueron cuantificados en la categoría de "otros" y que por lo tanto, no forman parte de los grandes pueblos y naciones quechuas y aymaras, tal como acredita el Instituto Nacional de Estadística mediante oficio N° CITE INE-DGE-157/13 de 12 de agosto de 2013, señalando que la Nación Originaria Qhara Qhara cuenta con 1478 habitantes originarios; y la Nación Originaria Yampara con 6623 habitantes originarios, según afirma el oficio N° CITE INE-DGE-825/2014 de 28 de abril de 2014, emitido por el mismo instituto.

En este marco, toda vez que existe una solicitud expresa de las naciones Yampara y Qhara Qhara de ejercer su derecho de representación y participación política en la Asamblea Departamental de Chuquisaca en condición de minorías indígena originaria campesinas, este Tribunal considera que dicha petición se encuentra debidamente respaldada en la obligación que tiene el Estado de velar por el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales previstos en el art. 30.II numerales 2), 5), 14) y 18) de la CPE, como garantía que reafirma el fin esencial del Estado de consolidar las identidades plurinacionales, no solo de las naciones solicitantes, sino de todas aquellas que coexistan en la jurisdicción territorial del gobierno departamental de Chuquisaca (Guaraníes, entre otras).

En este contexto, estando acreditada la existencia de pueblos indígena originario campesinos en situación de minoría poblacional, como resultado del último censo de población y vivienda efectuado en la gestión 2012,

corresponde que la previsión analizada haga mención específica a dichos pueblos, remitiendo a una ley departamental, la cantidad y/o la forma de distribución de los escaños que correspondan ante el órgano deliberante departamental.

Por lo anotado, corresponde declarar la incompatibilidad del párrafo en análisis con las normas del art. 30.II numeral 18 de la CPE, que disponen el derecho de los pueblos indígena originario campesinos a participar en los órganos e instituciones del Estado.”

En la parte resolutive, el TCP dispuso:

“5° Corresponde a la Asamblea Legislativa Departamental de Chuquisaca, a que respete y vele por el respeto a los derechos de las NPIOC existentes en el territorio del Departamento (Yampara, Qhara Qhara, Guaraníes entre otros) como régimen de minorías y sin discriminación alguna, en el texto de la "Ley Departamental de Desarrollo del Régimen Electoral", al que se remiten textualmente los arts. 31. IV y 32.11 del proyecto de Estatuto Autonómico Departamental de Chuquisaca.”

Conviene señalar que se llevaron a cabo jornadas de protesta y vigilia para lograr dicho pronunciamiento respecto de su reclamo de lograr representación en la Asamblea Legislativa Departamental.

En la comunidad Angola son conscientes de todo lo que ha significado la lucha para ser reconocidos como Nación Yampara. En su gran mayoría son personas que se constituyen en contestatarias al partido en función de gobierno, porque no comprenden cómo se los excluyó aún de la boleta del censo, cuando el gobierno dice ser defensor de los indígenas y tener a la cabeza del Estado a un indígena. Por eso, sostienen varios comunarios, fueron hasta Sucre, para lograr una decisión favorable del Tribunal Constitucional Plurinacional y realizaron vigilia. *“Harto hemos sufrido al ir a Sucre, con nuestros recursos hemos ido, solitos nos hemos pagado todo porque no íbamos a permitir que no nos den nuestras representaciones”, dice don Mauro Choque, persona mayor del ayllu, que ahora está satisfecho por el resultado de la Declaración Constitucional, pero espera que “ya no se hagan la burla de los indígenas”³⁷⁶.*

4. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, INSTANCIAS DE DELIBERACIÓN Y DECISIÓN. AUTORIDADES DE LA NACIÓN YAMPARA.

³⁷⁶ Entrevista realizada el 8 de diciembre de 2015

La Nación Yampara se estructura territorialmente de la siguiente manera, de menor a mayor:

- a) **AYLLU O COMUNIDAD.**- Es la unidad territorial básica de organización. Compuesto por las familias. Sus autoridades son el Tata Kuraka y Mama Kuraka, que ejercen mandato de cargo por un año de gestión.
- b) **MARKA O JATUN AYLLU.**- Es una unidad territorial que está conformada por los Ayllus. Sus autoridades son Tata Kuraka de Marka y Mama Kuraka, que ejercen sus cargos por dos años de gestión.
- c) **NACIÓN O SUYU.**-Es la unidad territorial mayor y está conformada por las Markas o Jatun Ayllus. Asentado sobre un territorio ancestral, sus autoridades son los Kuraj Kuraka y las Kuraj Mama Kuraka, y tienen mandato por dos años de gestión en algunos casos, y en otros, un año, como en el pueblo indígena Angola.

De acuerdo a lo recabado en Angola, de las entrevistas a comunarios y a las ex autoridades René Vargas y Humberto Guarayo³⁷⁷, la Nación Yampara se autogobierna de acuerdo a sus normas y procedimientos propios mediante la adopción de decisiones bajo el principio de consenso y anuencia. Sus instancias de decisión y deliberación son:

- 1) **JATUN TANTAKUY** (Asamblea General). Es su instancia máxima de deliberación y decisión. Se reúne de cada 2 años a convocatoria del Consejo de Gobierno de la Nación Yampara, en la que participan todos los Ayllus y Markas. En este evento se hace la Rotación de Mando y/o cambio de Autoridad Originaria y se consagran o se posesionan. Además de este órgano emanan mandatos y lineamientos referidos a reivindicaciones estructurales, que son ejecutas por el Consejo de Gobierno Originario de Nación Yampara.
- 2) **WATA TANTAKUY** (Asamblea Anual). Es la instancia intermedia de deliberación y decisión de la Nación Yampara. Se realiza cada año a convocatoria del Consejo de Gobierno de Nación Yampara, donde participan todos los Ayllus y Markas. Durante la realización se brinda informe anual, se evalúa la gestión y se replantean los lineamientos o mandatos para el Consejo de Gobierno de Nación Yampara.
- 3) **TANTAKUY** (Asamblea, Cabildo). El Tantakuy es también una instancia de decisión y deliberación. Se realiza cuando sea necesario, a

³⁷⁷ Entre el 7 y 15 de diciembre de 2015 en Angola. Entrevista al Tata René Vargas, en Sucre el 5 de enero de 2016. Entrevista al Tata Humberto Guarayo, en Sucre el 28 de abril de 2016

convocatoria del Consejo de Gobierno de Nación Yampara, y participan los Ayllus y Markas de la Nación. Sus decisiones son acatadas por los Ayllus y Markas y el Consejo de Gobierno de Nación Yampara.

4) CONSEJO DE KURAKAS (Asamblea).- El Consejo de Kurakas es una instancia de deliberación y decisión. Es de carácter informativo, consultivo, de análisis, de evaluación y de planificación. Se realiza cada mes a convocatoria del Consejo de Gobierno de Nación Yampara, donde participan los Consejos de Autoridades Originarias de los Ayllus y Markas de la Nación. Del mismo emanan resoluciones que deben ser acatados por los Ayllus, Markas y el Consejo de Gobierno de la Nación Yampara.

De lo extractado en la vivencia en el pueblo indígena Angola, coincidente con el documento arriba mencionado³⁷⁸, la estructura de autoridades originarias de Nación Yampara es la siguiente:

Tiene un Consejo de Gobierno Originario, constituido bajo el principio de dualidad Qhari-Warmi (hombre-mujer) por Tata Kurakas y Mama Kurakas de ayllu, de marka y de suyu, elegidos según sus normas y procedimientos propios mediante el Muyu (rotación). El Tata René Vargas Llaveta, ex Kuraka de Pueblo y de la Nación, expresa:

*“El sistema del **muyu** significa que al que le toca tiene que asumir, y que nadie puede quedarse como autoridad por más tiempo que el establecido, a veces un año a veces, dos, dependiendo del pueblo indígena es el plazo”³⁷⁹*

Así, la estructura de gobierno originario tanto en la Nación, en la Marka y en el Pueblo Indígena es:

Las Autoridades Originarias Jurisdiccionales son el Tantakuy (asamblea) del Ayllu o Comunidad, Marka o Suyu, después el Consejo de Autoridades Originarias; es decir los miembros que componen el directorio. Por otra parte, son Tata Kuraka de justicia quienes son los directos encargados de la administración de justicia originaria que a continuación describimos:

- **Jatun Kuraka o Kuraka Mayor.**- Es la máxima Autoridad Originaria del Ayllu (comunidad) o Marka o Nación (suyu). Está encargado de gobernar, administrar, dirigir, conducir y guiar a la Nación Yampara en la administración de Justicia con la finalidad del Sumaq Kawsay.

³⁷⁸ Humberto Guarayo... Ob. Cit.

³⁷⁹ De las entrevistas al Tata René Vargas, ex Kuraka mayor de la nación Yampara, el 4 y 5 de enero de 2016



Tata René Vargas, ex Kuraka Mayor de la Nación yampara, con su vestimenta típica³⁸⁰.

- **Pajtachaymanta Kuraka o Kuraka de Justicia.**- Es la Autoridad Originaria encargada de la administración de la justicia originaria junto con el kuraka Mayor. Así mismo es la Autoridad competente, a quien llegan diferentes casos o problemas para su resolución de los mismos.

Estas dos autoridades originarias son las encargadas de solucionar los conflictos o problemas, a veces conjuntamente con su consejo de autoridades originarias, si es que el caso amerita, convocan a una reunión del consejo de autoridades y también, dependiendo del caso, convocan al asamblea (tantakuy) para resolución de los casos, para lo cual casi siempre se suele visitar el lugar del hecho.

También están como autoridades: El Yachayta Purichik Kuraka, que es el encargado de trabajar en todos los temas de educación; y el Pacha Kapuykunata Purichik, que es la autoridad en cuanto a tierra y territorio.

³⁸⁰ Foto obtenida en <https://twitter.com/renevargas2>, el 12 de abril de 2016



Los Kurakas realizando trámites en la ciudad de Sucre para la Nación Yampara³⁸¹.

5. PRINCIPIOS Y VALORES.

Todas las actuaciones y decisiones que asumen las autoridades de la nación Yampara deben fundarse en los principios y valores que ésta tiene. Son esos valores y principios que deben inculcarse a los niños y transmitirse de generación en generación, conforme expresa el Tata Humberto Guarayo³⁸².

Son principios fundamentales de la Nación Yampara³⁸³:

- **Dualidad o Qhari – Warmi (hombre-mujer).**- Es el fundamento de la existencia de vida, el hombre y la mujer, el día y la noche, el sol y la luna, Sin ellos no hay vida. Este principio de la dualidad o complementariedad

³⁸¹ Foto obtenida en <http://hemeroteca.correodelsur.com/2014/09/09/24.php>, el 12 de abril de 2016

³⁸² Entrevista a Humberto Guarayo, ex Kuraka Mayor de la Nación Yampara. El 26 de abril de 2016

³⁸³ *Ingerdialogando...* Ob. Cit.

consiste en tomar en cuenta en igual de condiciones, jerarquía, tanto al hombre y como la mujer para el ejercicio del Autoridad Originaria, para que puedan ser elegidos y nombrados en los cargos de Autoridad Originaria. Para el ejercicio de autoridad originaria deben ser casados, pero hay excepciones cuando así lo aprueba el Jatun Tantakuy (asamblea). Si se trata de jóvenes, tienen que asumir el cargo asistidos por algún familiar mayor.

Sin embargo, se ha observado que la mujer constituye casi un elemento decorativo, ya que está encargada de atender cuando hay reunión de autoridades, pasando la coca, y si bien puede sentarse con las autoridades, las decisiones las toma el varón. Persiste un fuerte esquema patriarcal.

▪ **Rotación o Muyu.-** Es el principio fundamental que sustenta la elección de las autoridades originarias. Bajo este principio todos los originarios tienen el derecho y obligación de ejercer cargo de autoridad originaria, “si o si”³⁸⁴ deben ejercer el cargo en el Ayllu o comunidad, y se va subiendo a los cargos superiores. Este principio rompe la hegemonía de una sola autoridad. El ejercicio de este cargo es por una sola gestión, no hay ratificación inmediata ni sucesiva, excepto cuando las bases originarias decidan en el Jatun Tantakuy.

Este principio, de acuerdo a lo conversado con comunarios, es muy respetado. “*Todos se hacen caso*”, dice doña Simona Poma³⁸⁵, que ha nacido y vivido toda su vida en Angola. Sostiene que no hay problemas de autoridades, se designan y los que son nombrados tienen que ejercer, y nunca han peleado por eso, ni por ejercer o no ejercer, tampoco ha habido discusiones grandes sobre a quién le toca ser autoridades.

▪ **Consenso.-** Es el principio fundamental en las deliberaciones y la toma de decisiones en las instancias de la Nación Yampara. Esto implica la voluntad y respeto para escuchar al otro o los otros. Los miembros de una Comunidad Originaria o de un Ayllu siempre buscan llegar a un consenso para tomar decisiones en sus Tantakuy (asambleas, reuniones) internas sobre un conflicto o actividades propias, en base a las diferentes posiciones e interés expuestos; y una vez obtenido el consenso se registra la decisión en un libro de acta. Es importante señalar que no se utiliza el

³⁸⁴ Expresión utilizada por el Tata René Vargas, que implica que nadie puede excusarse de la función de autoridad.

³⁸⁵ Nombre convencional, puesto que la comunaria ha pedido que por ningún motivo se señale su verdadero nombre. Cuando le pregunté el motivo, únicamente sostuvo que para ella sería preferible que las autoridades sean las que hablen de ello.

mecanismo de votación individual sobre la base de criterios de mayoría y minoría para dirimir una decisión sobre un conflicto.

- **Servicio al Ayllu.-** Este principio es de servicio social para el ayllu o comunidad y consiste en que todos los originarios deben realizar el cargo de Autoridad Originaria en un Ayllu o Comunidad, sin ninguna remuneración económica. Cumplir con este principio es obligatorio para todos los originarios. Las autoridades originarias asumen sus funciones de cumplir con respeto y responsabilidad para el beneficio de los originarios, buscando el sumaq kawsay del Ayllu o Comunidad, igualmente en las unidades territoriales superiores.

En cuanto a los valores, las personas con las que pude interactuar en la vivencia en Angola, coincidieron en señalar los siguientes:

- **AMA SUA** (no robar)
- **AMA QHILLA** (no ser perezoso)
- **AMA LLULLA** (no ser mentiroso)
- **AMA NAP'A** (no ser inmoral)
- **AMA SIPI** (no matar)
- **AMA KUCHU** (no agredir)
- **AMA CH'IJMI** (no Guardar rencor)
- **AMA AJLLA** (no ser codicioso y ambicioso)
- **AMA LLUNK'U** (no ser hipócrita)
- **AMA T'AQA** (no causar división)

Guarayo y Santiago desarrollan varios de los anteriores valores³⁸⁶:

a) Ama Qhilla (no ser flojo): Este principio prohíbe la pereza tanto en el ámbito familiar como en el ámbito comunal, ya que la flojera siempre lleva al mal camino.

b) Ama Llulla (no ser mentiroso): Este principio enseña a no mentir y decir siempre la verdad, porque la mentira daña a la persona, a la familia y la comunidad.

³⁸⁶ Íd.

c) Ama Suwa (no ser ladrón): Es uno de los principios ancestrales que manda no robar, y tiene íntima relación con el respeto hacia lo ajeno. El robo daña a las personas y por ello la pacha devuelve igual, porque las cosas robadas no duran. El ama suwa es un principio que pasa de generación en generación, que se enseña de pequeños a las niñas y niños.

d) Ama Nap'a (no ser adúltero): Es uno de los principios que rige la unidad de la familia, porque para los yamparas la constitución de la familia es por una vez y para siempre. Por ello, se prohíbe que el esposo o la esposa mantengan relaciones afectivas o sexuales con otras personas.

e) Ama Sipi (No matar): Es otro de los principios fundamentales que enseña a no matar o quitar la vida a otro ser humano. Es una norma del respeto a la vida de las personas, porque ésta es sagrada, como la pacha.

f) Sumaq Kawsay (Buen vivir): Es el común denominador dentro de la cosmovisión indígena, es lo que las naciones indígenas originarias buscan dentro del ayllu o la comunidad. De ahí que se pueda señalar que es la finalidad de las diferentes acciones del runa.

6. SISTEMA DE NORMAS Y SANCIONES

Las autoridades elegidas, durante el periodo de su mandato, además de dirigir y administrar la Nación, la Marka o el Pueblo Indígena, dirimen conflictos que se presentan en sus territorios.

La concepción de la Nación Yampara, al igual que todas las otras existentes en el territorio de lo que hoy es Bolivia, es de conciliación, reparación y rehabilitación de la persona infractora para su reinserción en la vida comunitaria. No se trata de castigar como venganza, sino de reflexionar y lograr que el infractor reconozca su falta, “se pida perdón” (sic) y que la parte agredida, víctima o afectada, quede conforme con la sanción impuesta.

En los ayllus, marcas y en la Nación Yampara se conocen diversos tipos de faltas, siendo las más comunes los daños materiales a las chacras causadas por los animales del propietario de un fundo vecino, problemas intra familiares y conflictos de límites. También se presentan con frecuencia casos de “violación”, remarcando que en el pueblo indígena Angola, que con seguridad repite lo establecido en toda la Nación, se considera *violación* inclusive a los *toques impúdicos*. En menor cantidad, se dan hurto o robo. Relatan las autoridades que casi nunca se producen hechos graves como homicidio o asesinato.

Las sanciones, siempre buscando la recomposición del equilibrio en la comunidad, se sintetizan en las siguientes:

- a. Reflexiones.
- b. Resarcimiento del robo.
- c. Reparación del daño.
- d. Multas económicas.
- e. Trabajo comunitario.
- f. El castigo con chicotazos.

Expresan que no recuerdan haber aplicado la sanción de expulsión de la comunidad.

El Tata Humberto Guarayo expresa:

“...la expulsión creo que no ha habido, que recuerde no lo hemos hecho...el chicotazo sí, y es de acuerdo al delito, pueden ser tres chicotazos, digamos, si es un delito menor, ya después tendrían que darse chicotazos mayores...una arroba, dos arrobos en casos mayores...El objetivo mismo del castigo como tal no es dañar, no es lastimar, es rectificar a la persona, donde la persona que ha cometido algún malhechor, pueda un poco llegar a su conciencia misma y decir por qué hice esto y tomar conciencia, a partir de eso, para que ya no vuelva a hacer, eso se da públicamente, ante la comunidad, esa sanción, esto debido a que la comunidad tiene también que conocer que tal persona ha cometido, porque vemos que le castigo e debe dar así en una comunidad de cara al pueblo, porque así también la persona que ha cometido, que ha infringido va a tener vergüenza, es el castigo moral que se da...”³⁸⁷

Empero, no todo es color de rosa dentro del ejercicio del Derecho indígena. Existen sanciones que, por su radicalidad, atentan contra los derechos humanos, tal el caso de excesivos chicotazos, que podrían dar lugar a lesiones graves o muy graves, a incapacidades o hasta a la muerte. En efecto, no obstante el reconocimiento que hacen las autoridades y ex autoridades de la Nación Yampara, al igual que en todas las naciones indígenas, existe resistencia a reconocer que en algunos casos se llevan a extremos las sanciones, atentando contra la integridad física de los infractores, e inclusive, contra su vida. Tal es el caso de dar dos o más arrobos de

³⁸⁷ Entrevista a Humberto Guarayo, el 26 de abril de 2016

latigazos o chicotazos, pues dependiendo inclusive de la fuerza de la autoridad que dará la sanción podría producirse alguna situación irreparable.

Una vez establecida por consenso la sanción, se plasma en un acta de conformidad y de buena conducta, en la cual los involucrados del caso se comprometen a cumplir con la sanción y a no volver a cometer la falta. Las sanciones son obligatorias y nadie puede abstraerse de su cumplimiento. Y todo el procedimiento es de cara a la comunidad, siendo las autoridades originarias las encargadas de hacer cumplir las sanciones.

En primera instancia siempre se trata en forma privada la denuncia. Solamente participan las partes involucradas: Afectados y agresor o contraventor, y las autoridades. En casos muy graves, o cuando no hay consenso, o si el infractor no está de acuerdo con la sanción, el asunto pasa a conocimiento de la instancia mayor.

Si se trata de una primera falta, las autoridades efectúan las reflexiones correspondientes, disponiendo el resarcimiento y la reparación del daño ocasionado o, en su caso, las multas económicas y el trabajo a favor de la comunidad. Si la persona es reincidente, el caso pasa a conocimiento de la Asamblea- Tantakuy, que generalmente sanciona con chicotazos³⁸⁸.

El Tata René Vargas relata que, durante su gestión como Kuraka Mayor de la Nación Yampara, le tocó resolver la denuncia presentada por los padres de una joven que fue *manoseada* por un hombre también joven. La sanción fue de 10 jornales trabajando en la construcción de la escuela³⁸⁹.

De lo anteriormente relatado, nuevamente, encontramos que los temas relativos a la mujer, en este caso como víctima, son considerados como “temas menores”, por cuanto en la mayor parte de los casos, las sanciones que se establecen no toman en cuenta a la víctima, como en este caso. No existió ninguna reparación moral, como por ejemplo una disculpa pública hacia la mujer, sino que se mandó un trabajo comunal, que *per se* no es malo, sino que lo cuestionable es que no se dispuso absolutamente nada respecto de la víctima

Asimismo, comenta que en otra situación, en la que la parte afectada “*no se conformaba con nada*”, se ordenó que el infractor, además de dar disculpas públicas, elaborar dos mil “adobes”³⁹⁰ en favor de la familia de la víctima:

³⁸⁸ *Interdialogando...Ob. Cit.*

³⁸⁹ Entrevista al Tata René Vargas, el 6 de enero de 2016

³⁹⁰ El “adobe” es pieza para construcción hecha a mano de una masa de barro (arcilla y arena) mezclada con paja, moldeada en forma d En Bolivia es muy utilizada en el área rural y también en las ciudades.

“...En una ocasión, la parte que sufrió una ofensa, una conducta de otro y le ofendió, no aceptaba que ningún castigo estaba bien, no se conformaba, por eso hemos obligado a que el agresor pida disculpas ante toda la asamblea, es una forma de sanción moral, porque queremos que no vuelva a cometer, tampoco eso fue suficiente y entonces, hemos dispuesto y obligado que elabore adobes, dos mil adobes para la familia de la víctima, solo así han aceptado y se han calmado, no es fácil a veces que los agraviados acepten, pero respetan a la autoridad, tenemos un sistema que hace respetar las decisiones porque las autoridades tenemos que conducirnos también con moral, así la gente de la nación también tiene respeto, somos honorables...”³⁹¹

De acuerdo a las declaraciones públicas realizadas el 20 de abril de 2016, por el vicepresidente de la Asamblea Autónoma de Tarabuco y ex mallku del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), Juan Guarayo, los originarios de la nación Yampara del departamento de Chuquisaca, han decidido que los “chicotazos” (latigazos) no sean reconocidos en el estatuto autonómico del municipio de Tarabuco, porque vulnerar los derechos humanos.

El 20 de abril de 2016, afirmó la Agencia de Noticias Erbol:³⁹²

“Nosotros como nación Yampara no permitimos que se haga maltrato físico, maltrato físico es ‘chicotazos’ (latigazos), por lo tanto se tiene que hacer otra forma de castigo, puede ser trabajo comunitario, hacer adobes, según el problema”.

Explicó que las arrobas (cantidad) de latigazos son parte de la justicia indígena originaria y junto con una multa se castigaba delitos como: robo, la violencia contra la mujer y discusiones por una propiedad agraria, entre otros. Indicó que ahora es mejor que se castigue con trabajos comunales. Sostuvo:

“Ahora no podemos ‘chicotear’ (azotar) porque la Ley también lo prohíbe y nosotros también ya no permitimos eso (...) del estatuto vamos a sacar esas arrobas (de chicotazos), habrán sanciones pero de otra forma, la forma va ser en trabajo que va servir a la comunidad. El estatuto vamos a actualizar y conformar una comisión (para que la sugerencia sea insertada en el documento)”

³⁹¹ Entrevista al Tata Rene Vargas, el 6 de enero de 2016

³⁹² Obtenido en

http://www.erbol.com.bo/noticia/indigenas/20042016/yamparas_plantean_no_chicotear_mas_en_tarabuco el 29 de abril de 2016

El proyecto de estatuto autonómico fue recientemente presentado al Tribunal Supremo Electoral (TSE), sin embargo, fue devuelto con observaciones que deben ser corregidas.

7. PROCEDIMIENTOS

La administración de la Justicia Originaria en la Nación Yampara está basada en un determinado territorio, en sus Ayllus y Markas, y está administrada por las Autoridades Originarias, quienes son los directos encargados de la administración de justicia, ya sea en las asambleas (Tantakuy) en la Nación Yampara.

Cada unidad territorial ya sea en el Ayllu o Comunidad, Marka y Suyu tiene sus propias Autoridades Naturales encargadas de administración de Justicia Originaria. Estas tienen la tuición de resolver todo tipo de conflictos: problemas territoriales, forestales, agrícolas, pecuarios, familiares, robo entre otros suscitados dentro del territorio. Así mismo las ex autoridades, es decir personas que ya han hecho recorrido de Autoridad Originaria tienen una voz fundamental que apoyan las resoluciones en la comunidad.

De acuerdo a lo señalado por el Tata René Vargas, que coincide con lo presenciado en la comunidad, así como con lo expuesto por Humberto Guarayo, también ex Kuraca mayor, los procedimientos son los siguientes en la Nación Yampara, pudiendo variar muy poco de un pueblo indígena a otro:

- **Acto ritual.**- Es la ceremonia que se hace al iniciar la reunión en devoción a pacha kamak (dios), a la pachamama, a los líderes que ofrendaron su vida, a los cerros, wak'as³⁹³. Este ritual se realiza preparando la mesa q'uwa con la "hoja sagrada" de coca, y se procede al akulliku (masticación) de la coca.

Para solución de conflictos o problemas se hace un akulliku antes de iniciar la asamblea o reunión y después proseguir el desarrollo de la asamblea.

- **Conciliación.**- Es el principio fundamental y se basa en que, una vez conocida la denuncia y escuchadas ambas partes, se busca la conciliación entre los involucrados en el caso. El objetivo es que se perdonen entre ambas partes si es que los dos fueren culpables. Si una sola de las partes es

³⁹³ Todo lo que se considera sagrado. Las divinidades.

culpable, se pretende que la otra le otorgue su perdón. Por ejemplo en el caso de maltrato familiar o pelea conyugal, las autoridades establecen que no se vuelva a repetir. Todo esto se hace de cara a la comunidad y así mismo se perdonan ante las Autoridades Originarias.

- **Reflexión o Consejos.-** Esta parte es muy importante, dado que luego de escuchar a las dos partes y haber emitido una sentencia, las autoridades originarias, los ancianos y la familia, reflexionan al infractor o a la persona que se declaró culpable con la finalidad que cambie su conducta y no vuelva a incurrir en ninguna falta o delito.
- **Consenso.-** Es el principio fundamental en las deliberaciones y la toma de decisiones en la resolución de casos (conflictos). Esto implica que todos originarios de un Ayllu o Comunidad tienen que llegar a un acuerdo unánime para tomar decisiones sobre un conflicto, en base a las diferentes posiciones e interés expuestos. Una vez obtenido el consenso se registra en un libro de acta. Sin embargo, no se utiliza el mecanismo de votación individual sobre la base de criterios de mayoría y minoría para dirimir una decisión sobre un conflicto.
- **Reinserción a la vida normal.-** El Ayllu o la comunidad busca siempre la reinserción a la vida comunitaria. Parten de la concepción que ninguna persona es desechable y que puede rectificar su conducta. Por ello la sanción se establece delante de la comunidad para que el infractor se comprometa a vivir bien y no volver a cometer faltas ni delitos.
- **Familia.-** Es el núcleo del ayllu, llamado también wasi ayllu, donde se concibe la formación de la persona runa, lo cual es importante para la constitución del ayllu o la comunidad.
- **Respeto a la vida.-** El respeto a la vida para nosotros es fundamental. La vida es sagrada, por lo cual dentro del procedimiento de administración de la justicia originaria se tiene respeto a la vida.
- **Armonía comunitaria.-** En la resolución de conflictos siempre se vela la armonía familiar, armonía del ayllu. Se busca la convivencia dentro de la comunidad, buscando el sumaq kawsay de los originarios del ayllu.
- **Equilibrio.-** En la resolución de los conflictos se busca el equilibrio, el accionar del individuo de la persona con la comunidad; es decir, los derechos individuales con los derechos colectivos. Así mismo con la pacha la naturaleza.
- **Oralidad.-** Dentro del procedimiento de administración de la justicia originaria la resolución de casos es oral. Todo este conocimiento de

resolución de conflictos se ha transmitido de generación en generación en generación por los ancestros. Por tanto, el sistema jurídico es oral, no está escrito en una norma o código de procedimiento; es decir no está estipulado en ninguna norma escrita como un código para administración de justicia originaria, así mismo no están tipificados los delitos, pero se tiene una conciencia generalizada sobre lo que es bueno y lo que es malo; lo que está permitido y lo que está prohibido. Todo se basa en la oralidad y en la deliberación amplia de los originarios de un ayllu o comunidad. Al concluir la resolución del caso se redacta un acta, que es firmada por los involucrados y las autoridades.

De acuerdo a lo explicado por el Tata René Vargas, la resolución de conflictos puede darse en tres espacios:

- a) **Primero.** Entre los implicados y las autoridades del Ayllu. Estas últimas convocan al infractor o se trasladan hasta su casa para solucionar el conflicto o controversia.
- b) **Segundo.** En este caso, se encuentran los involucrados y las autoridades originarias del ayllu, que convocan al Tantakuy (Asamblea), con todos los miembros de la comunidad, remediando el caso de acuerdo a una deliberación amplia, que se debe lograr el consenso para dictar la sentencia. Si no se puede lograr una solución, se lleva a las autoridades superiores de la Marka y Suyu.
- c) **Tercero.** En este espacio, son las autoridades de la Marka las que convocan a los involucrados para solucionar y poner fin al conflicto. Si no puede ser resuelto por dichas autoridades, el caso es remitido a las autoridades del Suyu, a la cabeza del Jatun Kuraka, donde se encuentra una solución definitiva.

Todos, autoridades y comunarios, coinciden al señalar que no se busca el castigo de los infractores o *malhechores* –como los llaman- sino que se den cuenta que han actuado mal, que han hecho daño, por lo que se persigue que arrepientan y no vuelvan a cometer esa falta ni ninguna otra.

“...lo que queremos es reinsertar a la comunidad, es importante que se le inserte a la vida comunitaria porque en una comunidad estamos viviendo en una armonía, entonces cuanto una persona comete algún malhechor, algún problema, pues se rompe esa armonía, entonces, lo que se trata es volver a esa vida armonía y comunitaria, ese es el sentido de la sanción de la jurisdicción indígena (...) y queremos que los niños también vean, por eso es público la sanción, que los niños vean que da vergüenza si cometen una falta, y que digan yo no voy a cometer ninguna falta para que no me lleven a la

asamblea y avergonzar a mis padres, a mi familia y a mi mismo... Sobre los chicotazos, por ejemplo, yo nunca he dado, cuando estaba de autoridad, pero recuerdo de niño, mi papá ha chicoteado y para todos ha sido ejemplo para que nadie quiera cometer delito”³⁹⁴

Doña Simona Poma dice que por esos lugares no se cometen muchas faltas graves, sino robos alguna vez, peleas, agresiones en la familia, y a veces “delitos contra las chicas”, pero no quiere hablar sobre ello.

En la Nación Yampara, cuando un comunario comete una falta o un delito, el procedimiento es como se describe a continuación.

La falta cometida se pone en conocimiento de las autoridades, quienes obligan al infractor a apersonarse ante ellos, ya sea a la escuela o a la casa comunitaria (Casa del Ayllu), que generalmente es una pequeña oficina, para que pueda dar su versión de lo acontecido. Si el presunto infractor no se presenta en el lugar señalado por la autoridad, una comisión irá hasta su casa para conducirlo hasta la presencia de las autoridades; y en caso de renuencia, será llevado por la fuerza inclusive.

En presencia de las autoridades, se escucha lo que pueda decir la persona acusada de la infracción, y de acuerdo con las pruebas aportadas por las partes, se determina si cometió la falta. Si es así, se le obliga a reconocer los hechos. Si no quiere reconocer su falta, las autoridades se quedan deliberando hasta que el infractor reconozca la misma. Una vez que esto sucede, las autoridades discuten la sanción que se le impondrá. Pueden pasar días esperando a que el ofensor o agresor reconozca lo que hizo

Como se ha indicado, las sanciones dependen de la falta. Las personas entrevistadas no recuerdan que se haya aplicado la sanción de expulsión, aunque sí está prevista en su sistema de sanciones, como la más drástica, de manera que se aplica exclusivamente cuando no existe otra medida que pueda reponer la vida armónica en la comunidad.

El Tata Humberto Guarayo es enfático al señalar que las sanciones son personales y no abarcan en ningún caso a la familia del infractor.

³⁹⁴ Entrevista al Tata Humberto Guarayo el 3 de mayo de 2016

8. COEXISTENCIA CON EL DERECHO ESTATAL.

El Tata Humberto nos manifiesta lo siguiente:

“Una vez los jueces han venido, hasta la comunidad han llegado. Están dando chicotazos nos han dicho. Esos chicotazos no deben dar porque están contra los derechos han dicho. Pero como autoridades yo he explicado que nuestro sistema de justicia, y que nosotros así rehabilitamos a la persona que ha cometido un malhechor. No es para dañarle, porque además no son tantos chicotazos como para que fallezca, sino que es de acuerdo a su falta, para que se rectifique. Eso hemos explicado a los jueces y se han ido. Han entendido y se han ido. No queremos lastimar a nadie, lo que el Sistema Jurídico Indígena pretende es que la persona reconozca su error, lo enmiende y vuelva a la comunidad.”³⁹⁵

Si bien la Constitución Política del Estado establece la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones indígena, ordinaria y agroambiental, persisten los criterios entre autoridades del sistema ordinario o estatal en sentido que los fallos de la jurisdicción indígena pueden y, en muchos casos, *deben* ser revisados por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción agroambiental.

La percepción de las autoridades de la Nación Yampara es que aún no se tiene una verdadera concepción de lo que es el Derecho Indígena y, dentro de él, la jurisdicción indígena.

El Tata Humberto Guarayo, que además de haber sido Kuraka Mayor en la Nación Yampara, un referente en la misma, es estudiante de Derecho de tercer año, tiene la siguiente percepción al respecto:

“Dentro del contexto nuevo, de la nueva Constitución, del nuevo tipo de Estado, tema de la jurisdicción creo que es muy importante esto, ya está establecido con claridad el pluralismo jurídico, la existencia de varias jurisdicciones, pero eso está en las normas pero materialmente todavía no está plasmándose, y esto viene un poco desde la raíz porque las autoridades de las jurisdicciones que están ejerciendo todavía no lo comprenden en su dimensión esa pluralidad que existe, que hay en Bolivia, a partir de eso, todavía no se están haciendo los fallos en los principios de la plurinacionalidad, la multiculturalidad, y eso también para el Tribunal Constitucional, que le falta una visión más pluralista, aunque está avanzando, pero le falta todavía, se debe comprender la preexistencia de los

³⁹⁵ Entrevista al Tata Humberto Guarayo el 30 de noviembre de 2016

pueblos indígenas. Seguimos con una visión mitolegalista, monocultural, y monojurídica, que tenemos que cambiar. Bajo esa concepción están saliendo fallos un poco diríamos retrógrados, que no consideran que dentro de los derechos humanos están también los derechos de las naciones indígenas. Eso hay que cambiar pues, desde los estudios universitarios. Se sigue dando una visión de que existe un solo derecho, un solo sistema jurídico y así se forman los jóvenes, así salen abogados. Esa es la gran preocupación.”

El relacionamiento entre sistemas, respecto de la Nación Yampara, se puede observar en varios sentidos. Por un lado, cuando la propia Nación Yampara ha acudido a la jurisdicción constitucional en reclamo del respeto de sus derechos a existir libremente y a la participación en la Asamblea Legislativa Departamental de Chuquisaca, para lograr su inclusión en el Estatuto Autonómico Departamental.

También se constata en el hecho que las decisiones que adoptan se plasman en actas escritas, siendo ésta una característica que se ha asumido por la hibridación de sistemas y que, desde luego, no es un aspecto negativo, sino natural por la coexistencia que se ha producido desde hace siglos.

Y por último, en la propia remisión a la jurisdicción ordinaria de casos considerados “graves” por la jurisdicción originaria Yampara, tal el caso de asesinatos, por ejemplo, por parte de la autodeterminación de la Nación, bajo la lógica de la propia Nación de que ya no es posible el restablecimiento del equilibrio y de la armonía dentro de la comunidad.

Esta remisión de los casos debe siempre basarse en la decisión de la propia comunidad, nación o pueblo indígena, y desde ningún punto de vista debe ser impuesto a través de una Ley, como es la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que establece las materias que podrán ser conocidas por los pueblos indígenas y cuáles no. La remisión indicada debe partir de la propia voluntad de los pueblos indígenas, lo cual forma parte de su derecho a la libre determinación.

Por otra parte, en ciertas ocasiones es evidente que la jurisdicción originaria yampara requiere de la colaboración del sistema ordinario, a efectos de hacer cumplir determinadas sanciones, solicitar la presencia de algunas personas, entre otros. Niveles de colaboración que de ninguna manera deben ser entendidos como una renuncia a la jurisdicción originaria o como un menoscabo de las facultades jurisdiccionales de ésta, sino que, como emergencia de la subordinación histórica del sistema indígena originario campesino, es evidente que existe, en algunos casos, resistencia de los propios miembros de la Nación Yampara al cumplimiento de algunas decisiones de su jurisdicción, y es precisamente en ese ámbito donde el sistema ordinario debe colaborar en la restitución del respeto de las autoridades

originarias y en el carácter obligatorio de las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesinas³⁹⁶.

Ahora bien, es necesario que los actores de esta problemática, asuman ciertas posiciones dentro del marco de un Estado Plurinacional, para lograr el respeto de la igualdad jerárquica entre Derechos. Compromiso que abarca a autoridades de la jurisdicción ordinaria y de la agroambiental, que se encuentren en los espacios donde existe un mayor contacto con las autoridades originarias, para que en resguardo de los principios fundamentales que proclama la Constitución – desafortunadamente desconocidos por la Ley de Deslinde Jurisdiccional- inclusive lleguen a declararse incompetentes en los asuntos de la jurisdicción indígena originaria campesina. Esto es en respeto de lo dispuesto por el art. 191.II de la CPE, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Hacen falta, pues, canales de relacionamiento dentro de un marco de respeto recíproco entre sistemas, sobre todo para que la Nación Yampara cuente con mecanismos de cooperación y coordinación para el efectivo cumplimiento de algunas de sus resoluciones. Tales mecanismos son necesarios con el fin de concretar el principio de igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y fortalecer la construcción de un Estado Plural y Pluralista.

En los hechos, se han producido algunas intromisiones de parte del juez y del fiscal con asiento en Tarabuco, en casos resueltos por las autoridades indígenas de la Nación Yampara. En concreto, en los últimos tres años, en dos ocasiones en las que se estableció como sanción la elaboración de adobes –mil en un caso, y mil quinientos, en otro- por reincidir en faltas ya sancionadas –por alteración de linderos entre propiedades de los comunarios- los sancionados fueron a quejarse ante las autoridades oficiales de Tarabuco y el juez acudió hasta Angola pretendiendo se rectifique la sanción aduciendo que ese tema debía ser resuelto por las autoridades del Estado. Sin embargo, el Tata Kuraka conversó con el juez y le explicó que se trata de su derecho a ejercer jurisdicción, como siempre lo hacen, y que, además está ahora reconocido en la Constitución Política del Estado.

Me resulta muy satisfactorio mencionar que el grado de conocimiento de la Constitución por parte de las autoridades de la Nación Yampara es verdaderamente profundo, no otra cosa significa que hayan reclamado aún ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, su reconocimiento como Nación Indígena en el Estatuto Autonómico de Chuquisaca. Dicho conocimiento les sirve a la hora de defender el derecho que tienen a ejercer su Derecho Indígena dentro de su territorio ante los intentos de intromisión de parte de autoridades estatales.

³⁹⁶ *Interdialogando...Ob. Cit*

CONCLUSIONES

Desde 1948, año en que se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, hasta ahora, es considerablemente grande el trayecto que ha recorrido el reconocimiento de los derechos de las personas sin discriminación alguna –donde se incluyen a los indígenas- hasta el reconocimiento del Derecho colectivo de los pueblos indígenas a la autodeterminación y al mantenimiento y respeto de sus normas y culturas, como se proclama en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

La proclamación de la naturaleza multicultural y pluriétnica de las sociedades se ha producido, además de Canadá, en catorce países de América Latina, dentro de los que se encuentra Bolivia a partir de la reforma constitucional de 1994, y más aún con la vigente Constitución de 7 de febrero de 2009, que en su artículo 1 proclama que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

El reconocimiento expreso de la coexistencia de diversas culturas y etnias dentro de los Estados, ha dado lugar a la consolidación, a su vez, del reconocimiento de la existencia del pluralismo jurídico. Empero, es necesario remarcar que la proclamación constitucional sobre la existencia de tales culturas y etnias, que cuentan con una organización, sistema de autoridades y normas propias, no implica que antes no hayan existido, pues, en realidad, las Constituciones únicamente han *visibilizado* las situaciones que, de hecho, existían ya en la América precolonial, y no obstante el paso del tiempo y los no pocos esfuerzos, tanto en la colonia como durante la república, de anular sus reglas de convivencia y solución de conflictos, perviven hoy, aunque con muchos matices tomados del denominado Derecho estatal.

Tras la investigación realizada, y reconociendo que el presente es un tema en el que no pueden aventurarse *soluciones definitivas*, al estar en pleno proceso de consolidación el reconocimiento del pluralismo jurídico, la coexistencia en un plano de igualdad entre los Derechos Indígena y Oficial, la comprensión y

aceptación de la igualdad jerárquica de las jurisdicciones, y la construcción del Estado Plural y Pluralista, es posible puntualizar las siguientes conclusiones:

1. EN TORNO A LA EXISTENCIA DEL DERECHO INDÍGENA. SISTEMAS JURÍDICOS DE LAS NACIONES ASENTADAS EN BOLIVIA.

En el territorio que hoy es Bolivia, existe **un Derecho Indígena**, como se tiene visto, **de raíces ancestrales**, al que diversos documentos legales reconocen bajo nombres más genéricos como “usos y costumbres”, “normas tradicionales”, o “justicia comunitaria”. Dados los nefastos acontecimientos suscitados en Bolivia los últimos treinta años relativos a linchamientos y asesinatos bajo la mal llamada “justicia comunitaria”, he desechado esta denominación, optando por el nombre de Derecho Indígena, que, además de no haberse contaminado con siniestras aplicaciones como las ya relatadas, es un concepto más amplio que el de justicia comunitaria.

El Derecho Indígena en Bolivia está constituido por normas y principios orales, no escritos, pero utilizados regularmente por cada pueblo originario como fruto de su larga experiencia colectiva en la toma de decisiones y la resolución de sus conflictos de convivencia. Hay tantos Derechos Indígenas como pueblos y culturas diferenciadas, aunque muestran también significativa convergencia en sus formas de resolución, y existe, además, un permanente intercambio o sincretismo entre estas normas propias y las que se inspiran en el Derecho positivo en que estos pueblos también están inmersos. Es posible, pues afirmar, que estos órdenes jurídicos, tienen ya mucho de *Derecho intercultural*.

El **Derecho Indígena de las comunidades originarias** -tanto del altiplano, donde preponderan las etnias aymaras, como en el oriente, con los guaraníes, y en los valles, donde la mayoría de las personas tienen origen quechua- **ha pervivido desde antes de la colonia**, como evidencian los casos que se consideraron para la presente investigación: Jesús de Machaca, Sullcuta Colchani, Municipio de Umala y Maka Pueblo, y la Nación Aymara. Comunidades en las que, no obstante el paso del tiempo y la hibridación de sus normas con las de Derecho estatal, subsisten sus sistemas de solución de controversias y la imposición de sanciones a través de autoridades que las mismas comunidades eligen.

2. EN TORNO AL ERROR DE LAS “36 NACIONES”: SON 46 LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS CAMPESINOS EN BOLIVIA.

Existen en Bolivia diversos grupos humanos que se autoidentifican como comunidades o pueblos originarios, los mismos que desde la reforma constitucional de 1994 fueron reconocidos, lo que se mantiene en forma aún más amplia en la Constitución vigente aprobada en 2009. En concreto, constitucionalmente **se reconoce la existencia de pueblos indígena originario campesinos o naciones. Son 46 naciones indígenas que existen en Bolivia**, dentro de los que existe un conjunto de normas que rigen su convivencia, además de estar organizados políticamente, nombrar sus autoridades e imponer sanciones conforme a sus costumbres y tradiciones, configurando su propio Derecho Indígena en cada comunidad. Resulta necesario remarcar que **el reconocimiento de 36 idiomas oficiales que hace el art. 5 de la Constitución Política del Estado no implica el reconocimiento únicamente de 36 naciones originarias** como erróneamente se sostiene por parte de algunas autoridades y aún por estudiosos del tema, por cuanto varios de esos idiomas son compartidos por dos o más naciones. Es el caso de la nación Yampara, objeto de estudio en esta investigación, que no aparece en la enumeración que hace el art. 5 antedicho porque su lengua originaria es el quechua, que es compartido con diversidad de naciones, como la nación Qhara Qhara, que tampoco aparece en la referida norma constitucional. Se reitera que existen cuarenta y seis naciones indígenas en Bolivia.

3. EN TORNO AL DERECHO INDÍGENA Y LOS DERECHOS HUMANOS.

El límite al ejercicio del Derecho Indígena está dado por la Constitución y el resguardo y respeto de los derechos humanos. El ejercicio del Derecho Indígena en el siglo XXI debe estar circunscrito a lo dispuesto por la Ley Fundamental del país, pues los miembros de todos los pueblos originarios, aún aquellos más alejados y que hayan tenido poca o casi nula relación o contacto con los centros poblados, pertenecen al Estado Boliviano, de manera que no pueden abstraerse del cumplimiento de las normas constitucionales, que también los ampara. Sin embargo, **es necesario considerar el relativismo cultural** desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana, puesto que, caso contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. Así, sostengo que el ejercicio de Derecho Indígena no podrá afectar el derecho a la vida, la garantía del debido proceso, el derecho a la defensa, ni el núcleo *duro* de los derechos humanos.

Entonces, dentro de la concepción del Estado Plurinacional, para superar el relativismo cultural se hace imperioso buscar valores transculturales, con los que

se podrán superar las barreras sociales y mentales que persisten respecto de la aplicación del Derecho Indígena, dado que en un país en el que existen diversidad de naciones y pueblos, los derechos humanos deben plantearse de una manera que tenga pleno sentido y sea relevante en los distintos contextos culturales, en vez de limitar los derechos humanos a su encaje en una única y determinada cultura.

4. EN TORNO A LOS CARACTERES DEL DERECHO INDÍGENA.

El Derecho Indígena en Bolivia, es múltiple, complejo, contradictorio, histórico y recíproco. Si bien existen rasgos que comparten entre pueblos y naciones indígenas, como la existencia de un ente colegiado –la Asamblea- que constituye la instancia de mayor jerarquía para la resolución de conflictos, cada pueblo indígena tiene sus propias normas que se vienen transmitiendo de generación en generación; además, se ha construido un auténtico sistema jurídico, que se ha ido adecuando a las realidades que se suceden en el tiempo y se ha nutrido del Derecho estatal en una hibridación que hoy en día se puede ver en varios aspectos, como el hecho de plasmar en actas escritas las decisiones que asumen las máximas autoridades.

Al tratarse de un Derecho oral tiene una mayor flexibilidad que el llamado Derecho estatal, en el cual todo está positivado, codificado, escrito y normado. Esta flexibilidad le otorga una mayor agilidad y cercanía para adaptarse a nuevas situaciones, incluidas la adopción de normas y criterios aprendidos del Derecho oficial, además de reducir o anular el costo y el tiempo requerido para tomar decisiones. Las normas de algunas comunidades en las que se reconocía hasta hace unos treinta años la pena de muerte, al presente, han ido adecuándose a las nuevas corrientes del Derecho positivo, llegando a proscribirse este castigo fatal, aunque – es menester reconocerlo- los comunarios son reacios a hablar sobre este tipo de sanción que, como todos los entrevistados indican, “hace mucho tiempo no se aplica”.

Las normas del Derecho Indígena contemplan la estructura orgánica de sus autoridades en cada comunidad, de modo que si bien no existe una normativa escrita –precisamente por la naturaleza de este tipo de Derecho- las normas consuetudinarias han determinado la organización jerárquica de autoridades que debe ser respetada en el ámbito administrativo en general y específicamente en lo referido al conocimiento y resolución de conflictos entre comunarios, así como la consiguiente aplicación de sanciones, si el caso amerita.

El procedimiento en el Derecho Indígena es eminentemente oral y gratuito, y en su desarrollo es fundamental la celeridad y rapidez en la adopción de decisiones. Contrariamente a lo que sucede en la tramitación de procesos dentro de la justicia ordinaria en Bolivia, en la que un tema de definición de linderos, por ejemplo, puede demorar entre uno y tres años, en el Derecho Indígena puede ser resuelto, en el peor de los casos, en pocas semanas. Asimismo, queda sentado que se ha llegado a establecer una serie de procedimientos versátiles en el acto de juzgar (desde la forma de investigación, la constitución, ofrecimiento y producción de la prueba, la decisión del castigo y su ejecución), estas variables pueden tener raíz precolonial o ser parte de un proceso de mezclas y contrastes con el Derecho colonial y el republicano.

Acceso y costos de la justicia indígena. El fácil acceso de los comunarios a la solución de controversias en su propia comunidad, sin tener que alejarse del lugar donde residen y tienen su actividad económica, de donde muchas veces tienen que salir a pie y recorrer muchos kilómetros caminando antes de lograr tomar algún vehículo que los lleve a los centros poblados, les impulsa a optar por este tipo de normas al momento de intentar dirimir sus conflictos. Otro factor que es definitorio, cuando se debe elegir entre el Derecho Indígena o el Derecho oficial, es el de los costos. La población rural en Bolivia es la que menos ingreso *per cápita* obtiene al año, y, dentro de ella, la población de los pueblos originarios figura entre las más pobres, lo que influye para determinar acogerse a las normas consuetudinarias, cuya aplicación en los procedimientos de resolución de conflictos es totalmente gratuita.

El Derecho Indígena es compositivo. Es decir, que el fin es *solucionar* los conflictos que se presentan entre comunarios, lejos de perseguir fines de carácter meramente punitivo. Dicha aplicación compete a las autoridades políticas de cada comunidad, que se organizan en diferentes niveles, correspondiendo la última palabra, a órganos colegiados, que frecuentemente es la asamblea.

En esa concepción, **el Derecho Indígena responde a un modelo de control social que se ha calificado de *compensatorio o conciliatorio*.** En efecto, se trata de un conjunto de normas que persigue fundamentalmente restablecer la pacífica y armónica convivencia entre sus miembros, quebrantada por acto u actos que han roto el sereno desenvolvimiento de la vida comunitaria, de manera que lo importante no es tanto la *culpa* como el *daño* y su *restauración*. Se pretende más que todo, lograr una reparación de los derechos o intereses lesionados, antes que infligir un castigo al agresor o infractor.

Sin perjuicio del carácter compositivo, un rasgo importante del Derecho Indígena es el carácter ejemplificador de la sanción, que, generalmente, suele consistir en multas pecuniarias o de trabajo obligatorio, en castigos corporales y en

la expulsión de la comunidad. En ese marco, la sanción que se impone cumple una función reparadora, para resarcir el daño que se ha causado, y una función preventiva, dado su carácter de ejemplo para los demás comunarios, a quienes implícitamente se está señalando la suerte que correrían en caso de incurrir en una falta o delito.

El sistema indígena, en cuanto aplicación de normas e imposición de sanciones en el caso que así lo amerite, **debe ser de carácter obligatorio para los y las indígenas del pueblo originario que se trate, teniendo sus resoluciones fuerza vinculante** tanto para las partes en conflicto, para las propias autoridades tradicionales, y para las autoridades de la jurisdicción ordinaria, **salvo el caso en que se lesionen derechos humanos**, aspecto que podrá ser dilucidado en la jurisdicción constitucional, por su propia naturaleza de resguardo de los derechos y garantías de las personas.

5. EN TORNO A LA DESNATURALIZACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO Y LA IGUALDAD ENTRE JURISDICCIONES.

La **Ley del Deslinde Jurisdiccional**, en contra de lo proclamado por la Constitución Política del Estado, ha limitado en extremo el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina en Bolivia, a tal punto que únicamente deja para su conocimiento y resolución los asuntos menores, lo que constituye una limitante no prevista en la Constitución al margen que no coincide con la concepción de Estado que proclama y encierra la Ley Fundamental. De esa manera, la Ley de Deslinde Jurisdiccional es contraria a los preceptos, valores, principios y concepción de la Constitución, por lo que, en estas circunstancias, resulta evidente que la Ley de Deslinde Jurisdiccional deberá ser interpretada desde y conforme la Constitución Política del Estado y la normas del bloque de constitucionalidad, dándole una interpretación que sea compatible con las mismas. Queda como asunto pendiente la revisión y modificación de la Ley mencionada con el fin de darle la orientación que la Ley Suprema concibe para el Estado Plurinacional Comunitario.

Íntimamente relacionado con la observación anterior apuntada, sostengo el **derecho a la libre determinación sobre las materias sometidas a su conocimiento. En este sentido, la elección de derivar a la justicia ordinaria (Derecho estatal) la resolución de conflictos mayores o delitos graves, debe corresponder a la comunidad indígena.** Delitos graves como asesinato, robo agravado o violación, podrán ser resueltos conforme al Derecho Indígena si la comunidad considera que puede hacerlo; en cambio, si la propia comunidad

determina derivar el caso para que sea conocido y resuelto con las normas del Derecho estatal, también puede hacerlo. Es esto precisamente lo que forma parte importante del “**derecho al propio Derecho**”.

6. EN TORNO A LAS SANCIONES INDÍGENAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.

De la investigación realizada y los acontecimientos que se han tenido noticia durante todo el tiempo de realización de la presente Tesis, se tiene evidencia que en varios pueblos indígenas conservan algunas sanciones que, llevadas al extremo, atentarían radicalmente contra la integridad física de las personas, y en algunos casos, contra su vida. Tal es el caso de linchamientos, o de los excesivos chicotazos, que podrían dar lugar a lesiones graves o muy graves, provocando incapacidades o hasta a la muerte. En efecto, como se ha mencionado en este Trabajo, se han producido casos en los que a título de “*justicia comunitaria*”, se ha dado muerte a presuntos autores de delitos, y no solamente en centros urbanos, en los que el Derecho Indígena no tiene ninguna relación, sino también en naciones indígenas. Se trata de situaciones en las que no se ha respetado ni el núcleo de los derechos humanos. Recuérdese, por ejemplo, el caso del enterramiento vivo de un presunto brujo en Poroma, departamento de Chuquisaca el año 2014.

No obstante el reconocimiento que hacen las autoridades y ex autoridades de la Nación Yampara, al igual que en todas las naciones indígenas, existe resistencia a reconocer que en algunos casos se llevan a extremos las sanciones, atentando contra la integridad física de los infractores, e inclusive, contra su vida. Tal es el caso de dar dos o más arrobos de latigazos o chicotazos, pues dependiendo inclusive de la fuerza de la autoridad que dará la sanción podría producirse alguna situación irreparable.

7. EN TORNO A LA MUJER EN LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS.

Se ha constatado que el rol de la mujer en los pueblos indígenas estudiados está relegado a un segundo plano. En el plano de lo político-comunal, resulta difícil, casi imposible, que una mujer llegue a ser autoridad por sí misma, sino que generalmente es autoridad cuando su pareja es el mallku o curaca. En el ámbito penal, los delitos que tienen como víctima a la mujer por el hecho de ser mujer - como la violación, estupro, agresiones por parte de su pareja o ex pareja, entre

otros- tienen sanciones mínimas en algunos casos, y en los peores se considera que la agresión puede ser subsanada con una “reparación del daño”. Estas situaciones constituyen, a mi parecer, una afrenta a la dignidad de la mujer, como la entrega de un ganado, o el matrimonio del agresor con la víctima. Técnicas que aún hoy, siglo XXI, se siguen aplicando en pueblos indígenas y comunidades campesinas. Queda la tarea de concientizar a las mujeres, primeramente, para que denuncien estos casos, y en este tema, por las nefastas “soluciones” que se pretenden dar, la única alternativa posible para la mujer víctima es acudir a la justicia oficial.

8. EN TORNO AL RELACIONAMIENTO Y COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS.

No existen canales efectivos de relacionamiento y coordinación entre el sistema jurídico ordinario y el indígena. Se constata que persiste el criterio en autoridades del sistema estatal de la prevalencia de la jurisdicción ordinaria sobre la indígena, o de la jurisdicción agroambiental sobre la indígena. En sí, persiste el criterio que el único Derecho como tal es el estatal y que lo ejercido por las naciones indígenas son meros “usos y costumbres” que no “alcanzan” la categoría de Derecho. Ese erróneo criterio ha llevado a revisar, en muchos casos, las determinaciones asumidas por naciones indígenas conforme a sus procedimientos, cuando en realidad el Pluralismo reconocido por la Constitución y la igualdad jerárquica que proclama involucra el respeto a las decisiones asumidas en la jurisdicción indígena por parte de las otras jurisdicciones, excepto la jurisdicción constitucional que, con una visión plural, pluralista, y descolonizadora, puede revisar si las decisiones de comunidades originarias han vulnerado derechos fundamentales, o están en contra de lo prescrito por la Ley Suprema.

9. EN TORNO AL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

El Tribunal Constitucional Plurinacional tiene un rol fundamental pues la esfera competencial que le otorga la Constitución y su Ley Orgánica encierra la posibilidad de contribuir decididamente en la construcción del Estado Plural que muchos deseamos y está proclamado en la Constitución. Los fallos que emite deben estar enmarcados en la visión pluralista necesaria para favorecer el respeto entre sistemas, su relacionamiento y coordinación, el resguardo de los derechos colectivos de los pueblos originarios, así como la resolución de acciones tutelares derivadas del Derecho Indígena. Cabe recordar que, en general, las controversias en las comunidades originarias son resueltas en única instancia, siendo solamente

la jurisdicción constitucional la que puede, dentro de su esfera competencial, revisar si, en la adopción de las decisiones de la justicia indígena, no se han lesionado derechos humanos.

10. EN TORNO AL FORTALECIMIENTO Y DIÁLOGO INTERCULTURAL EN EL MARCO DEL RESPETO RECÍPROCO.

Queda, asimismo, como reto, el fortalecimiento de los sistemas jurídicos indígenas en tanto sean compatibles con los derechos humanos – considerando el relativismo cultural moderado- y concientizar sobre la necesidad de mejorar la condición de la mujer en tanto miembro de las comunidades, lideresa, autoridad, o víctima. La tarea no es sencilla ni escasa, y por eso constituye todo un desafío a ser afrontado por quienes son protagonistas del Derecho Indígena, autoridades estatales e indígenas, miembros de la comunidad civil, y activistas de los derechos humanos, con el fin de mejorar la capacidad de todos los actores para intervenir en genuinos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos

En ese marco, la discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos, reconocidos a nivel nacional e internacional, debe siempre presentarse en el marco del diálogo y el respeto recíprocos. Este diálogo flexible no significa negar la importancia de los derechos humanos como un aspecto que da lugar a cuestionar prácticas que afectan a la dignidad humana, particularmente la de las mujeres. Es menester originar el debate y permitir que las propias comunidades indígenas y sus autoridades discutan los alcances del ejercicio de sus derechos fundamentales, con el criterio de incorporarlos a sus actuaciones, como individuos, como autoridades y como colectividades. Por ello, constituye labor del Estado boliviano, que se define como Plurinacional y comunitario, generar espacios que propicien el diálogo entre culturas para lograr el respeto de nuestra diversidad.

Para terminar, debo manifestar que otorgar reconocimiento a la justicia que emana de las comunidades indígenas no es sino **reconocer y articular legalmente organizaciones que representan a todos sus miembros**. Es aprovechar positivamente la dilatada experiencia de organización y participación comunitaria, incorporándola en la lógica formal del Estado boliviano. En ese marco, **el desafío consiste en alcanzar el objetivo de un Estado Pluralista** como requisito para la democratización del Estado, lo que implicará reemplazar la tradicional respuesta

estatal de desconocer, subordinar o reprimir la diversidad, logrando una respuesta más efectiva que reconozca nuestra realidad.

Si verdaderamente se quiere alcanzar un Estado Democrático de Derecho, que materialmente responda a la realidad boliviana, no puede ignorarse más la existencia de un pluralismo jurídico en este país. El fortalecimiento del Estado requiere de la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas – ignorados a partir de la colonia-, entre ellos, el Derecho a regirse por sus propias normas administrativas y judiciales, de modo que tengan la potestad de dirimir sus controversias conforme a sus procedimientos tradicionales, que se caracterizan por su celeridad, gratuidad y afán conciliatorio. Ello repercutiría positivamente al hacer realidad la democratización de la justicia en Bolivia, asegurando el funcionamiento regular de un sistema menos costoso, más eficiente, más expeditivo y más equitativo de administración de justicia para los miembros de grupos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- Albó, Xavier: "Censo 2012 en Bolivia: posibilidades y limitaciones con respecto a los pueblos indígenas", *Tinkazos*, número 32, 2012, pp. 33-45, ISSN 1990-7451, noviembre de 2012.
- Albó, Xavier y Franz Barrios Suvelza, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, La Paz, Documento de Trabajo, Informe nacional sobre desarrollo humano en Bolivia, PNUD, 2006.
- Albó, Xavier: "Dinámica en la estructura intercomunitaria de Jesús de Machaca", *América Indígena*, vol. XXXII, N° 3, México.
- Alsina M. "La interculturalidad en la modernidad actual". Barcelona, España: CIDOB, *Encuentro internacional sobre interculturalidad*, 2001.
- Álvarez Junco, José, Justo Beramendi y Ferran Requejo: *El nombre de la cosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Arce Mantilla, Jorge Luis: "Comentario de la Sentencia Constitucional 0295/2003-R de fecha 11 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia", *Pluralismo e Interculturalidad*, IDEI Sucre, 2007.
- Ariza Santamaría, Rosembert, *El pluralismo en el Estado Pluricultural, redundancia o pertenencia*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional, Sucre-Bolivia, 2010.
- Ariza Santamaría, Rosembert: "Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria", en *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible?*, Honrad -adenauer Stiftung, Ecuador, 2007
- Assies, Willem: *Reforma indígena en Michoacán y pluralismo jurídico*. Proyecto Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, obtenido en www.alertanet.org, el 2 de enero de 2015
- Assies, Willem: "La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano", documento preparado para el evento Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio, Programa de Pueblos Indígenas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Julio de 2000, Santa Cruz, Bolivia.

- Ballón, Francisco: "Introducción al derecho de los pueblos indígenas", *Justicia comunitaria en los Andes*, vol. I, Allpanchis, núm. 59/60, Sicuani, Cuzco, Perú, Instituto de Pastoral Andina, 2002, citado por Vicente Cabedo Mallol.
- Barabas, Alicia: *Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios*. Consultado en <http://configuracoes.revues.org/2219> el 19 de octubre de 2014
- Bagni, Silvia: "La partecipazione popolare in Ecuador" *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, IV, pp. 1783 – 1800;
- Bagni, Silvia: "Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador", en *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, FILODIRITTO Ed., Bolonia, 2014, pp. 73-99.
- Baudin, Luis: *El imperio socialista de los Incas*, Zigzag, Santiago, 1955
- Baustista Saavedra: *El ayllu*", Editorial Paris, La Paz, 1913
- Beltrán Gutiérrez, Bolívar: "El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, Montevideo., 2006, Tomo II, p. 808
- Bernal Camargo, Diana Rocío, "Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas", en *Revista Diálogos de Saberes*, julio-diciembre de 2009
- Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002, 2ª Edición
- Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo: *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, obtenido en www.palermo.edu, el 30 de julio de 2015
- Borello, Raúl: *Sobre el pluralismo jurídico*, XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho(2001), obtenido en http://www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf el 19 de noviembre de 2014
- Cabanellas, Guillermo: *Diccionario jurídico Elemental*, Heliasta, Buenos Aires, 2013
- Cabedo Mallol, Vicente: "Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena: El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, ISSN 1133-7087, No 25, 1998

- Cabedo Mallol, Vicente: "De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena", *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004, obtenido en www.scielo.unam.mx el 22 de marzo de 2015
- Cabedo Mallol, Vicente: *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2004
- Cabedo Mallol, Vicente: *Pluralismo Jurídico y pueblos indígenas*. Icaria, Barcelona, 2012
- Cabrero F. *Diversidad, pluralismo e interculturalidad*. PNUD, Escuela Virtual, 2008. Obtenido en www.escuelapnud.org el 16 de agosto de 2015.
- Cajias, Huáscar: *Criminología, Juventud*, La Paz, 1971
- Centro Juana Azurduy: *Justicia Comunitaria. Propuestas para su tratamiento con equidad de género*, Tupac Katari, Sucre, 2007
- Chitakolla, "Derechos Indios, Derechos Humanos", Boletín N° 46, junio de 1990, La Paz
- Chivi Vargas, Idón Moisés: *Justicia indígena, los temas pendientes*, Azul Editores, La Paz, 2006
- Choque Canqui, Roberto y Esteban Ticona Alejo: *Jesús de Machaca, la marca rebelde*. Sublevación y masacre de 1921, CEDOIN/CIPCA, La Paz
- Choque, María Eugenia: "La marka rebelde: Comunidades de Jesús de Machaca", en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg, 2012
- Chuquimia Escobar, René Guery: "Justicia originaria en tierras altas", en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*, Boaventura Souza Santos y José Luis Exeni editores, Fundación Rosa Luxemburg, 2012
- Clavero, Bartolomé: *Derecho Indígena y Cultura Constitucional*. México, Siglo XXI, 1994.
- Clavero, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Siglo XXI Editores, México, obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero el 22 de abril de 2015
- Clavero, Bartolomé: *Escenario Constitucional del Derecho Indígena en América*, obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero, el 22 de abril de 2015

- Colanzi, Alejandro: *Reflexiones penales y criminológicas*, Universitaria, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, 1991
- Colomer Viadel, Antonio: *Crisis y reformas en Iberoamérica ¿...y la revolución?*, Colección Amadis, Valencia, 2002
- Colomer Viadel, Antonio: *Comunidades y ciudades, Constituciones y solidaridades, Ciudad Nueva*, Buenos Aires, 2015
- Correas, Oscar: "Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia", *InfoJus*, Boletín 81, México, III-UNAM, 1995, obtenido en www.juridicas.unam.mx el 18 de agosto de 2015
- Correas, Oscar: "La teoría general del derecho frente al Derecho Indígena", *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 14, Lima, UNMS, 1994
- Correas, Oscar: "Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho", *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Nacional Autónoma de México, obtenido en www.e-archivo.uc3m.es, el 13 de abril de 2015
- Correas, Oscar: *El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces*, obtenido en www.dialnet.unirioja.es, el 12 de marzo de 2015
- Del Real Alcalá, Alberto, "La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias", en Memoria Conferencia Internacional "Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional", CONCED, GTZ, Bolivia 2010
- Díaz Gómez, Floriberto: *Principios comunitarios y Derechos Indios*. México Indígena No.25. Diciembre de 1988
- Durand Alcántara, Carlos Humberto: *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio. Los triquis de Oaxacaun estudio de caso*, Universidad Autónoma Chapingo y Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, México, p. 202
- Durán Padilla, Manuel: *La Reforma Penal en Bolivia*, Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, 1946
- Entrevista realizada por Malkya Tudela, enviada especial para el Periódico Digital PIEB (24-10-2012) obtenido en http://www.pieb.com.bo/sipieb_notas.php?idn=7508 el 17 de diciembre de 2015

- Estremadoiro, Rocío: *Los retos de la aplicación del pluralismo jurídico en Bolivia y la construcción de un Estado plurinacional*, agosto de 2007, obtenido en www.libreelaire.blogspot.com el 17 de febrero 2015
- Faúndez, Héctor: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996
- Ferrero, Raúl: *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Grijley, Lima, 2003
- Finot, Enrique: *Nueva historia de Bolivia*, Gisbert y Cia. La Paz, 1978
- Fitzpatrick, Peter: *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998
- Flores Juberías, Carlos: "Questioning Democracy in the Name of the People: The So-Called New Latin American Constitutionalism", *Security Dialogues* n° 2/1 (2015), pp. 55-70.
- Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México
- Fundación CERES: *Pluralismo jurídico y derechos de la infancia y adolescencia*, La Paz, 2012
- Fundación CONSTRUIR, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Universidad de Chile. *El derecho de acceso a la justicia de las mujeres*", obtenido en www.fundacionconstruir.org/.../FINALLIBDERECHOJUSTICIAMUJER... El 12 de diciembre de 2015
- Gálvez Revollar, Connie: *El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX*, I Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Lima, 2001, obtenido en www.geocities.com/alertanet2, el 28 de abril de 2015
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A, 1994.
- García Linera, Álvaro: "¿Que es una Nación?", *Crítica*, No. 3, La Paz, Septiembre 2001
- Garzón López, Pedro: "Pluralismo Jurídico", *Eunomía*. Revista en cultura de la legalidad, No.5, septiembre 2013 a febrero 2014, p. 186, obtenido en <http://eunomia.tirant.com/?p=2245>, el 25 de abril de 2015

- Gómez Valencia: "Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita". Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica: Justicia y diversidad en tiempos de globalización, Oaxtepec, Morelos, México, 2006
- Gómez, Magdalena: "Derecho Indígena y Constitucionalidad" Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Marzo, 2000 Arica, Chile obtenido en <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm> el 28 de julio de 2015
- González Lajoie, Nathalie: El pluralismo jurídico en Carbonnier, obtenido el 10 de julio de 2015 en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142385.pdf
- Gross Espiell, Héctor: *Universalidad de derechos humanos y diversidades culturales*, obtenido en www.unesco.org/is/sj/rics158/grosespiellspa.html el 5 enero de 2015
- Guachalla Escóbar, Jennifer, "Sistema jurídico de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas en Bolivia", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, Revista especializada de Derechos Humanos, Año 1, N° 3, 2008.
- Guarayo Llacsá, Humberto: "Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)", *Justicia Intercultural en los países andinos*, Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013
- Guarayo Llanos, Humberto y otra: *Interdialogando. Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Konrad Adenauer, La Paz, 2014
- Gutiérrez Alonso, Juan: "Reflexiones y enseñanzas del último proceso constituyente en Bolivia", *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, 2014, pp. 799-824.
- Gutiérrez Alonso, Juan: *Los procesos de cambio político-constitucional en Bolivia, Ecuador y Colombia*, obtenido en http://www.clubdelaconstitucion.com/index.php?view=article&catid=32%3Acur-08-09&id=71%3Acambio-politico-cons&format=pdf&option=com_content&Itemid=47, el 14 de abril de 2016
- Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 1998

- Hayes Michel, María Yamile: *Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional*, Gaviota del Sucre, Sucre, 2007
- Hayes Michel, María Yamile: *Jurisdicciones en la Nueva Constitución Política del Estado: La Jurisdicción Indígena Originario Campesina, coordinación de las cuatro jurisdicciones*. Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Instituto de la Judicatura, Sucre, 2010.
- Hoekema, André: "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro Derecho*, número 26-27, abril de 2002, Bogotá, obtenido en www.ilsa.org.co:81, en 16 de diciembre de 2014
- Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004
- Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004, Interculturalismo y Globalización, La Paz, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Inksater, Kimberly: *Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo*, Universidad de Ottawa, Ottawa, 2006
- Jellinek, Georg: *Teoría General del Estado*, Oxford, México, 1999, p. 199
- Jordán, Waldo y otros: Jesús de Machaca y San Andrés de Machaca. Descripción de la situación social, política, económica y cultural, Fundación Machaca Amawt'a, La Paz, 2011
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Unión, Bogotá, 2000
- Lara, Jesús: *El Tawantinsuyu*, Canelas, Cochabamba, 1974
- López López, Liliana: "El Pluralismo Jurídico: Una propuesta paradigmática para repensar el Derecho", en *Revista de Derecho Constitucional. Pluralismo Jurídico: Nuevos constructos para microsociedades*, Quito, 2014. Obtenido de http://www.academia.edu/10300586/Pluralismo_jur%C3%ADdico_nuevos_constructos_para_microsociedades, el 11 de julio de 2015
- Luna Acevedo, Héctor: "El Pluralismo como Paradigma de comprensión de la realidad social", *Principios y valores para construir una sociedad justa y armoniosa*, Tribunal Constitucional Plurinacional, Secretaría Técnica de Desconlonización, Sucre, 2015
- Oliva Martínez, Daniel: "Políticas de Estado en cooperación Internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas, en *Pueblos indígenas*

y derechos humanos, Instituto de derechos humanos, Universidad de Deusto, obtenido en <https://books.google.com.bo/books?id=M6heKBwYo-8C&pg=PA359&lpg=PA359&dq>, el 25 de abril de 2016

Pacheco Loma: *Resumen Historia de Bolivia*, La Escolar, Oruro, 1948

Martínez, Juan Carlos y otros: *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, México 2012

Mejía Coca, Juan, "Algunos temas a discutirse en la temática de justicia indígena", en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2007

Mesa, José de, Teresa Gisbert y Carlos Mesa Gisbert: *Historia de Bolivia*, Gisbert y Cía, La Paz, 1998

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, "Los Aymaras de Machaca", Justicia Comunitaria, Tomo 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1999

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: "Derecho Consuetudinario", Justicia Comunitaria, Tomo 9, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, 1999

Molina G., Gray "El Estado del Interculturalismo", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial* 2006

Molina Rivero, Ramiro: "Derecho Consuetudinario", *Justicia Comunitaria*, Tomo 9, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, La Paz, 1999, p. 36

Molina, Ramiro y otros: *Propuestas para la Ley de deslinde jurisdiccional*, Fundación Construir, 2009, obtenido en www.fundacionconstruir.org/index.php/.../PropuestasLeyDeslinde_30.pd... el 18 de abril de 2015

Montecinos Avendaño, Filiberto: *Justicia Comunitaria (Justicia de masas) y Justicia Ordinaria (Justicia occidental)*, CIMA, La Paz, 2010

Nash Rojas, Claudio: "La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos", *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, No. 4 *Pluralismo Jurídico*, Konrad Adenauer, Bogotá, 2014

Oliva Martínez, Juan Daniel: *Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*, obtenido

de <http://www.sqdi.org/wp-content/uploads/211-08-Martinez.pdf>, en 19 de abril de 2016

Olivé, León. *Multiculturalismo y pluralismo*. México: PAIDÓS- UNAM; 1999

Ossio, Lorena: “Avances y retrocesos: Rumbo a la complementariedad de la justicia comunitaria y la justicia estatal en Bolivia”, en *Justicia ordinaria y justicia comunitaria: ¿Un matrimonio imposible?*, Konrad Adenauer Stiftung, Ecuador, 2007

Pacari, Nina, Hacia una nueva lectura del indigenismo: Claves de Interpretación para el primer mundo.

Paredes Candia, Antonio. *La chola boliviana*. Ediciones ISLA, 1992

Peces-Barba, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Eudema Universidad, Madrid, 1991

Peña Jumpa, Antonio: “Justicia comunal en los andes del Perú: el caso de Calahuyo”, Antropológica, Lima, 1999

Peña Jumpa, Antonio: Vicente Cabedo Mallol; Francisco López Bárcenas: *Constituciones, Derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

Peña Jumpa, Antonio: “Barreras de acceso a la justicia, y la justicia comunal como alternativa en el Perú”, en *Derecho y Sociedad*, Asociación Civil Derecho & Sociedad, 2015, obtenido el 17 de marzo de 2016 en revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article

Pereira Fiorilo, Juan: “Los orígenes de la multiculturalidad en Bolivia”, Pluralismo jurídico e interculturalidad, IDEI, Sucre, 2007

Pérez Luño, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1999

PNUD. Informe del Desarrollo Humano en Guatemala. Guatemala: PNUD; 2005

PNUD. Interculturalismo y globalización. La Bolivia posible. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2004. La Paz, Bolivia: PNUD; 2004

Ramírez, Silvina: “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: Administración de justicia indígena”, *Pueblos Indígenas y Derecho*, obtenido en www.indigenas.bioetica.org, el 25 de marzo de 2015

Renan, Ernest: “¿Que es una Nación?” Taller Interactivo: Prácticas y Representaciones de la Nación, Estado y Ciudadanía en el Perú. IEP -

Instituto de Estudios Peruanos, obtenido en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/4renan.pdf>, el 29 de marzo de 2015

Rojas C., Edwin: *La crisis del derecho postmoderno en la sociedad postmoderna*, Centro de Ecología y Pueblos Andinos y Centro de Investigación sobre Pluralismo Jurídico, Cochabamba, 2004

Romano, Santi: *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo Reus, Madrid, 2012

Salamanca, Maria del Rosario, Ramón Maureira Huircaman y Verónica Núñez: “Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado”, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003*, obtenido en www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_7.pdf el 1 de diciembre de 2014.

Sánchez Botero, Esther: *Justicia, Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico*, Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad, Bogotá, 2003

Sánchez Castañeda, Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en *Pluralismo jurídico e Interculturalidad*, Asamblea Constituyente, Instituto de Estudios Internacionales IDE, Bolivia, 2008

Sánchez-Castañeda, Alfredo: “Los orígenes del Pluralismo Jurídico”, *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2007

Sartori, Giovanni: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus, Madrid, 2011

Sousa Santos, B.: “El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica”, Porto Alegre, 1988

Stavenhagen, Rodolfo: “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990

Stavenhagen, Rodolfo: *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, obtenido en www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades, en 28 de diciembre de 2014

Tapia, Luis: *La velocidad del pluralismo*, Muela del diablo, La Paz, 2002

- Terceros, Elva: "El derecho indígena en la legislación positiva", en *Sistema Jurídico Indígena*, Santa Cruz, Centro de estudio Jurídicos e investigación social, El País, Santa Cruz, 2003
- Ticona, Esteban: *Mestizo, cholo, misti, ch'ixi*, La Razón, 8 de julio de 2012, de http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/Mestizo-cholo-misti-chixi_0_1646235411.html, en 16 de marzo de 2015
- Umbral. Revista de Derecho Constitucional. Pluralismo Jurídico: Nuevos constructos para microsociedades, Quito, 2014. Obtenido en http://www.academia.edu/10300586/Pluralismo_jur%C3%ADdico_nuevos_constructos_para_microsociedades, el 11 de enero de 2015.
- Valarezo, Galo Ramón, '¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?', en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009
- Walsh, Catherine, "El Estado Plurinacional e Intercultural", en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009
- Walsh, Catherine: *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*, Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril de 2010
- Walsh, Catherine: *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Publicación mensual de Instituto Científico de Culturas Indígenas, año 4, Nº 36, marzo de 2002.
- Wolkmer, Antonio Carlos: *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*. Tercera Ed., Alfa-Omega, San Pablo, 2001
- Wolkmer, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>, obtenido el 16 de agosto de 2014
- Yrigoyen Fajardo, Raquel: *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Publicado en: Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567), obtenido en <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>, el 15 de diciembre de 2015

- Yrigoyen Fajardo, Raquel, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo “a la descolonización”, en *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, obtenido en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf el 19 de abril de 2015
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de Coordinación entre el Derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, 1999, disponible en <http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm>.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel: “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, publicado en *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes* No 59-60, Cusco: Instituto de Pastoral Andina, obtenido en www.alertanet.org en 18 de enero de 2015
- Yrigoyen Fajardo, Raquel: *El debate sobre el reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*, obtenido en www.alertanet.org/ryf-americaindigena.htm el 29 de agosto de 2015
- Yrigoyen, Raquel: “Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia Ecuador)”, *Pena y Estado* N° 4, El Puerto, Buenos Aires, 2000