

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS
PLAN PILOTO ESPECIAL DE TITULACIÓN POR TESIS**



TESIS DE GRADO

“EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS DE BOLIVIA”

(Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho)

**POSTULANTE : DANIEL ORLANDO BRAVO PERALTA
TUTOR : LIC. MARCELO SILVA MOLLINEDO**

**La Paz – Bolivia
2007**

*Dedicado a mi hijo, Alejandro Daniel, con quién
recorrimos mundo en momentos especiales, muy
especiales, estoy muy orgulloso.*

Agradecimientos

Deseo expresar mi reconocimiento y gratitud a todas las personas que han hecho realidad éste trabajo, en especial a mi Sr. padre Daniel Bravo (+), por haberme incentivado a la lectura, asimismo, a mi Sra. madre Ana Peralta, por su esfuerzo de compartir mis estudios.

Mi reconocimiento al Dr. Juan Ramos, DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO porque me brindó la oportunidad de postularme al Plan Piloto-2007, para optar el grado de licenciatura en la carrera de Derecho, al Dr. Max Mostajo tutor de metodología por dedicarme su tiempo en la revisión del trabajo académico y a todos los catedráticos que me ayudaron de una u otra manera en este esfuerzo.

Debo agradecer al Lic. Marcelo Silva, que, como tutor guía me ha ayudado y colaborado en el presente trabajo como un amigo, asimismo, al Dr. Eulogio Villena, quien me brindó valiosa información, ayuda desinteresada y apoyarme en momentos críticos.

Finalmente, mi gratitud a mi familia y amigos en especial a Orieta Rodríguez y Vanessa Saravía por haber hecho posible que estas páginas sean una realidad.

RESUMEN ABSTRAC

La presente Tesis aborda el tema de la situación jurídica y constitucional de los Pueblos Indígenas Originarios, al interior de esta amplia temática se focaliza el problema del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de estas colectividades caracterizadas por su peso demográfico de importante gravitación en el contexto boliviano.

En el desarrollo de esta temática y el análisis del problema formulado, se explora las dimensiones doctrinales, constitucionales propias del país, y algunas normas del sistema de normas internacionales relacionadas con los Derechos Humanos, en general, y de los derechos de los pueblos indígenas, en particular. En este marco jurídico se busca establecer la situación de los Pueblos Indígenas Originarios y de sus demandas como son el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de estas colectividades.

La investigación establece que tanto el derecho interno como el derecho externo definen un reconocimiento parcial de esas demandas, en tanto se tratan de normas elaboradas según el paradigma del derecho monista, codificado y de inspiración occidental. Este carácter de dicho derecho determina la negación del pluralismo jurídico donde se enmarca el Derecho Consuetudinario Indígena y la Autodeterminación de estos pueblos.

La investigación no se limita a identificar esas limitaciones, también formula dos propuestas dirigidas al reconocimiento constitucional y legal del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígena Originarios, propuestas que observan la unidad del sistema jurídico nacional y la soberanía y unidad del Estado boliviano.

ÍNDICE

Dedicatoria	I
Agradecimientos	II
Resumen “Abstract”	III
Índice	IV

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. Enunciado del tema de la Tesis	002
2. Identificación del problema	002
3. Problematización	003
4. Delimitación de la Investigación	003
4.1 Delimitación Temática	003
4.2 Delimitación Temporal	004
4.3 Delimitación Espacial	004
5. Fundamentación y Justificación	004
6. Objetivos de la Investigación	005
6.1 Objetivo General	005
6.2 Objetivos Específicos	005
7. Marco Teórico-Referencial	006
8. Proposición ó Hipótesis de Trabajo	009
9. Métodos	010
10. Técnicas	010
11. Descripción de los Capítulos	010
INTRODUCCIÓN	012

CAPÍTULO I

EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA

AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS

ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO-REFERENCIAL

1. Marco Conceptual de Derecho Consuetudinario	016
2. Definición de Derecho Consuetudinario	016
2.1 Derecho Consuetudinario no Indígena	017

2.2 Derecho Consuetudinario Indígena.....	018
3. Aspectos Sustantivos, Orgánicos y Procedimentales.....	022
4. Los Usos y Costumbres.....	024
5. Las relaciones entre el Derecho Consuetudinario y el Derecho Codificado.....	025
6. El concepto de Autodeterminación.....	029
6.1 La Autodeterminación de los Pueblos Indígenas.....	031
6.2 La Autodeterminación Política.....	031
6.3 La Autodeterminación Territorial.....	035
6.4 La Autonomía Indígena.....	039

CAPITULO II

DIAGNÓSTICO DE LA VIGENCIA DEL DERECHO

CONSUECUDINARIO Y LA DEMANDA DE

AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS

ORIGINARIOS EN BOLIVIA

1. Vigencia del Derecho Consuetudinario.....	043
1.1 El Derecho Consuetudinario en la región Andina.....	043
1.1.1 La organización Política de los Pueblos Indígena Originarios	044
1.1.2 El carácter Consuetudinario de la designación de Autoridades comunales.....	047
1.1.3 La vigencia del Derecho Consuetudinario a través de la Justicia Comunitaria.....	055
1.1.4 Carácter Consuetudinarias de las normas aplicadas en la Justicia Comunitaria.....	058
2. El Derecho Consuetudinario en la región Oriental.....	060
2.1 Principales características del derecho Consuetudinario.....	064
2.2 La Demanda de la Autodeterminación.....	073
2.2.1 La Autodeterminación según los Pueblos Indígenas Orig. ...	074
2.2.2 Propuestas de Autodeterminación.....	075
2.2.2.1 La Propuesta del Estado Plurinacional.....	076
2.2.2.2 Análisis de la Demanda de Autodeterminación.....	079

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS AVANCES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS EN EL CASO BOLIVIANO

1. Los cambios de las normas del Derecho Internacional Ante los Pueblos Indígenas.....	090
1.1 Contenidos y alcances del convenio 169 de la OIT.....	091
2. La recepción Constitucional del convenio 169 en Bolivia	097
2.1 La Reforma Constitucional de 1994.....	098
2.2 El Artículo 1 de la Constitución Política del Estado.....	103
2.3 Avances en la Legislación Ordinaria.....	104
3. Reconocimiento Constitucional del derecho Indígena en países Andinos.....	105
3.1 Los principales avances.....	106

CAPITULO IV

PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS EN BOLIVIA

Propuestas.....	120
Conclusiones.....	124
Recomendaciones.....	127
Anteproyecto I.....	130
Anteproyecto II.....	148
Bibliografía.....	i
Anexos.....	v

DISEÑO
DE
INVESTIGACIÓN

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. ENUNCIADO DEL TEMA DE LA TESIS

“El Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios de Bolivia”

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Desde la reforma constitucional de 1994, el tema del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios se ha hecho presente en los foros políticos y académicos. En el plano práctico se han producido algunos avances como, por ejemplo, la incorporación en la Constitución Política del Estado de normas referidas a la Justicia Comunitaria. El Código de Procedimiento Penal reconoce a la Justicia Comunitaria. La Ley 1551 de participación popular también reconoce los usos y costumbres y a las autoridades originarias de los pueblos indígenas.

Pese a esos avances, los representantes de los pueblos indígenas originarios continúan demandando un reconocimiento pleno del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios, lo cual se observa en las propuestas presentadas en la Asamblea Constituyente.

En el marco de esas referencias se plantea el siguiente problema de investigación:

¿Cuáles son los Artículos de la Constitución Política del Estado de Bolivia y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) que determinan el reconocimiento limitado del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en Bolivia?

3. PROBLEMATIZACIÓN

¿Bajo que alcances el Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas originarios esta reconocido por el marco constitucional y legal vigente en Bolivia?

¿Cuales son los avances mas importantes que ha dado el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios en el Convenio 169?

¿Cuales son las principales características sustantivas, orgánicas y procedimentales del Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas originarios, y que diferencias establece con respecto al Derecho codificado vigente?

¿Cuáles son las propuestas de reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios, que se han presentado en el marco de la Asamblea Constituyente?

¿Qué clase de relación (de exclusión y complementación) entre el Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas originarios y el Derecho codificado vigente, presentan las principales propuestas formuladas ante la Asamblea Constituyente?

¿Bajo que limitaciones es posible el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios, en el marco del Convenio 169?

4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Delimitación Temática

La investigación será ubicada en las áreas de la Constitución Política del Estado y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo,

en los artículos referidos al derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios de Bolivia.

4.2 Delimitación Temporal

Punto de partida 1994 (año de la reforma constitucional) y 2007, año de la realización de la Asamblea Constituyente y de presentación de propuesta para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios.

4.3 Delimitación Espacial

El espacio específico de la investigación será Bolivia, ya que se consideraran principalmente las propuestas de incorporación del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios en el sistema legal nacional que se han producido en el país.

5. FUNDAMENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Fundamentación

El tema de Tesis encuentra una fundamentación adecuada bajo la idea de que cualquier propuesta de reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios debe ser objeto de estudios y análisis desde el punto de vista jurídico. La presente investigación del tema ya señalado, busca contribuir a ese estudio que deberá ser necesariamente desarrollado por varios especialistas en materia jurídica a fin de disponer de una visión apropiada y académica.

Importancia.

La importancia del tema de la presente Tesis esta en que aborda el análisis jurídico-doctrinal de las demandas presentada por diversos sectores de la

sociedad boliviana, principalmente los pueblos indígenas originarios de la parte occidental (pueblos de tierras altas) y los de la parte oriental (pueblos de tierras bajas). En la actualidad el tema del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios cobra una importancia de primer orden no solo en el plano político, sino también, académico.

6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS

Los objetivos o logros que la presente investigación persigue son los siguientes:

6.1 Objetivo general

Demostrar las limitaciones de los Artículos 170 y 171 de la Constitución Política del Estado de Bolivia, y 5, 6, 7 y 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en cuanto al reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios de Bolivia.

6.2 Objetivos Específicos

- Describir el convenio 169 y la Constitución Política del Estado de Bolivia las principales limitaciones en cuanto al reconocimiento del Derecho Consuetudinario a la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios de Bolivia.
- Analizar en la Constitución Política del Estado y la legislación vigente los avances del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios de Bolivia.
- Elaborar una propuesta para la incorporación gradual del Derecho Consuetudinario en el sistema jurídico nacional, y al reconocimiento a la

Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios por el Estado boliviano.

7. MARCO TEÓRICO-REFERENCIAL

En el plano de la doctrina y las teorías jurídicas, se ha empezado a elaborar varios conceptos de Derecho Consuetudinario y Autodeterminación de los pueblos indígenas originarios.

Así, el especialista en temas indígenas Rodolfo Stavenhagen, señala que “lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado”.

Valderrama, por su lado, define al derecho consuetudinario como “un conjunto de normas, usos y costumbres que transmitidos de manera intergeneracional son ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios y que constituyen sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad y que integran el pluralismo legal de los países con población indígena”.

El Programa Andino de Derechos Humanos define al Derecho Consuetudinario, como “aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y

transmitidas por herencia social”. Las principales características del Derecho Consuetudinario son las siguientes:

a. El Derecho Consuetudinario presupone un conjunto de normas:

Estas normas aluden a la costumbre jurídica de los pueblos que surgen espontáneamente satisfaciendo las necesidades de convivencia.

El Derecho Consuetudinario es, en esencia, un sistema de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata.

b. Oralidad de sus normas: “Este carácter es implícito al Derecho Consuetudinario ya que el conjunto de normas que la componen permanecen en el espíritu del pueblo, pertenecen a la sabiduría popular y se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres, acuñadas en forma de refranes”.

c. Observancia General: Las prácticas sociales que constituyen la costumbre jurídica, no son usos aislados de determinados individuos que conforman un núcleo social; son, por el contrario manifestaciones cuya observancia atañe a todos sus componentes, es más, las normas consuetudinarias son eminentemente coactivas en su doble aspecto; o acción psíquica y física; de no ser así, se estaría simplemente frente a un uso social o trato externo cuyo cumplimiento está librado a la potestad del individuo.

La expresión espontánea de generalidad de las normas consuetudinarias en los grupos primitivos y en las sociedades tradicionales de la actualidad, se explica por el misticismo que domina la mentalidad de sus hombres, hecho que adecua un tipo de comportamiento traducido en el respeto y acatamiento de sus normas tradicionales.

d. Uniformidad y permanencia en el tiempo: “Los conceptos acerca de la uniformidad y la permanencia, aluden al hecho de que las normas consuetudinarias para adquirir el sello o el carácter de tales, deben revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento humano; debe suponer una coincidencia de actitudes de manera que, de modo uniforme norme la vida social, política de un pueblo o de varios pueblos dentro de uno o de varios territorios”. La autodeterminación ha sido abordada en el plano del Derecho Público internacional. Velásquez indica que “el concepto de autodeterminación ha tenido numerosos cambios de significado en la historia contemporánea. Es desde muy antiguo reconocido como el derecho que poseen los pueblos a gobernarse por sí mismos y a controlar sus territorios sin interferencia de extranjeros. Sin embargo como es de toda evidencia, el concepto y significado de lo que se ha entendido como pueblo, Nación, Estado incluso, ha cambiado con el tiempo”.

El concepto de autodeterminación -establecido en los pactos internacionales de derechos humanos- es un concepto de carácter práctico que establece dos aspectos importantes: a) que ningún Estado tiene el derecho de interferir sobre los asuntos de otro Estado, y b) que ningún Estado puede dominar a las personas que habitan en un territorio ajeno a él. A estas personas que sin formar un Estado están dominados por una potencia ajena, extranjera y generalmente extra continental, se le denominó **pueblo** y era el depositario de la **autodeterminación de los pueblos**.

8. PROPOSICIÓN O HIPÓTESIS DE TRABAJO

Los Artículos 170 y 171 de la Constitución Política del Estado y los Artículos 5,6, 7 y 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establecen los factores limitantes para el verdadero y real reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en Bolivia.

Variables

Independiente

Los Artículos 170 y 171 de la Constitución Política y los Artículos 5, 6, 7 y 8 del Convenio 169 del Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Dependiente

Establecen los factores limitantes para el verdadero y real reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en Bolivia.

9. MÉTODOS

Tipo de investigación

Esta investigación se sitúa en el tipo de tesis propositiva, en tanto, propone cambios o reformas en la perspectiva de resolver los problemas. Es propositiva porque:

- 1) Se analizará las limitaciones del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios,
- 2) se formulara una propuesta para contribuir a la solución de un problema.

Métodos Generales

El método deductivo (procedimiento de lo general a lo particular) en la fase de la ubicación del problema nacional de reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígena Originario, en el marco general del Derecho.

Métodos Específicos

Método exegético y dogmático en la fase del análisis de los conceptos de Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios.

10. TÉCNICAS

Técnica de análisis bibliográfico y documental (elaboración de fichas bibliográficas y documentales).

11. DESCRIPCIÓN DE LOS CAPÍTULOS

La Tesis esta estructurada en la Introducción y 4 capítulos según lo establecido por la Guía y Formato para la presentación del Trabajo de Grado de la Carrera de Derecho.

En la Introducción se presentan los elementos metodológicos que guiaron la realización de la Tesis, con la delimitación del tema, la identificación de la problemática, su fundamentación y justificación, la formulación de la hipótesis, definición de la metodología y las técnicas utilizadas.

En el capítulo I se desarrolla el marco teórico o base teórica que da sustento al conjunto del trabajo realizado. En esta parte se desarrollan los principales conceptos relacionados a las categorías teóricas como el Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios existentes en Bolivia.

En el capítulo II, se realiza un diagnóstico de la vigencia del derecho Consuetudinario y la demanda de Autodeterminación de los Pueblos Indígena Originario. Para ello, se hace referencia a los casos donde se observa la vigencia de las normas sustentadas en la costumbre y en la tradición oral, que se puede registrar en los pueblos de las tierras altas y bajas del territorio nacional. En cuanto a la Autodeterminación, se analizan las demandas que se han formulado al respecto, antes y durante la realización de la Asamblea Constituyente.

En el capítulo III, se analiza los factores jurídicos provenientes de la Constitución Política del Estado y del Convenio 169 que limitan el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios. El análisis se focaliza tanto en la normativa positiva como en los fundamentos doctrinales que sustentan a la misma.

En el capítulo IV, se desarrolla la Propuesta de la investigación que consisten en establecer un marco general para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios, incorporando la idea de pluralismo jurídico en el ordenamiento jurídico nacional y conservando la unidad del territorio nacional.

La Tesis también incluye las Conclusiones y Recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

La investigación de Tesis cuyos resultados se presentan en el presente trabajo desarrolla el tema del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios. El principal propósito es establecer si el marco jurídico constitucional del país reconoce a esos elementos, bajo que formas y hasta que límites. El tema ha sido abordado desde una perspectiva teórico-doctrinal, analítica y propositiva, vale decir, la Tesis no se limita a identificar los niveles y formas de recepción constitucional y legal de ese derecho y demanda de autodeterminación. También se permite formular dos Propuestas que llegan hasta el nivel de la formulación de Anteproyectos de Ley.

Siguiendo esas orientaciones se ha partido de definir al Derecho Consuetudinario como aquel: conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social. Las principales características del Derecho Consuetudinario son un conjunto de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata, normas sostenidas en la oralidad y la observancia general.

La Autodeterminación ha sido definida operativamente como la capacidad de autonomía territorial, sin violar la soberanía y unidad del estado nacional, la autonomía en la organización política interna y la participación en la administración de los recursos renovables del territorio indígena. Estos conceptos han sido desarrollados y estructurados sobre la base de la bibliografía disponible.

El tema seleccionado se justifica por varias razones siendo las principales la importancia que han adquirido los pueblos indígenas originarios tanto en el plano de la política nacional como la doctrina y las reformas legales y constitucionales de los últimos tiempos en Bolivia y en varios otros países de

América Latina con importante población indígena. En este contexto, el tema se justifica por su tratamiento al interior del marco constitucional y jurídico nacional, y de las normas del sistema de derechos humanos. También se justifica en tanto esta dirigido a la formulación de propuestas como una forma de contribuir a la solución de los problemas que genera la privación de un derecho oficial que desconoce al Pluralismo Jurídico, en general y al Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas, en particular.

En este marco el problema que se han planteado consiste en identificar cuales son los Artículos de la Constitución Política de Bolivia y del Convenio 169 que determinan el reconocimiento limitado del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en Bolivia. Ante este problema de investigación, se ha formulado la hipótesis que señala que Los Artículos 170 y 171 de la Constitución Política del Estado y los Artículos 5,6, 7 y 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establecen los factores limitantes para el verdadero y real reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en Bolivia.

El análisis de este problema y la demostración de la validez de la hipótesis formulada han sido abordados desde una perspectiva doctrinal, conceptual y constitucional y legal, y definiendo a la Tesis como analítico-propositiva, en tanto, propone cambios o reformas en la perspectiva de resolver los problemas.

Es propositiva porque analiza las limitaciones del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios, y formula propuestas para contribuir a la solución de los problemas identificados, en este caso el escaso limitado reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios.

Las técnicas que se han empleado es el análisis bibliográfico y documental, que se ha operativizado en la elaboración de fichas bibliográficas y documentales.

Con el presente trabajo se pretende contribuir al estudio de una temática escasamente tratada académicamente en Bolivia.

CAPÍTULO I

EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS. ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO-REFERENCIAL

CAPÍTULO I

EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS. ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO-REFERENCIAL

1. MARCO CONCEPTUAL DE DERECHO CONSUECUDINARIO

El Derecho Consuetudinario no es un hecho exclusivo de los pueblos indígenas originarios. Se trata de un hecho que también se produce en otros ámbitos culturales e históricos en la medida en que se basa en las costumbres. Derecho Consuetudinario quiere decir esencialmente costumbres de relevancia normativa.

2. DEFINICIÓN DE DERECHO CONSUECUDINARIO

“El término Derecho Consuetudinario no es aceptado universalmente, hay quienes hablan de costumbre jurídica o legal o de sistema jurídico alternativo. Se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en el país”¹. Esta definición puede implicar que el Derecho Consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal.

¹. LEMMA, Martín Esteban. Derecho Consuetudinario Penal. Derecho~UBA

“El Derecho Consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho. Pero también implica que el Derecho Consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. Así entran en conflicto los dos derechos cuando una legislación sobre la propiedad de las tierras contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad”².

2.1 DERECHO CONSUETUDINARIO NO INDÍGENA

Sobre esa base, la ciencia jurídica acepta que la costumbre es una fuente del derecho. Lo que caracteriza al Derecho Consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, el Estado.

En cuanto a las diferencias entre el Derecho Consuetudinario y el derecho codificado o positivo, se debe señalar que la diferencia fundamental, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el Derecho Consuetudinario propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado.

“Esta distinción conduce a otra, también fundamental, en las sociedades complejas, con Estados, el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Puede hablarse así de derecho y sociedad como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos. En cambio la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad, por el contrario aquí lo jurídico se encuentra inmerso

² . CABEZAS, Miguel: Introducción al Derecho. Costumbre y norma positiva. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996, pág. 35.

en la estructura social. Por otra parte en las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no este reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto. En cambio en las sociedades en las que prevalecen la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente legal es tarea de investigación y definición”³.

Considerando las anteriores puntualizaciones, se puede decir que lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente:

- 1) “Normas generales de comportamiento publico.
- 2) Mantenimiento del orden interno.
- 3) Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4) Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- 5) Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (herencia, trabajo, etc.).
- 6) Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público.
- 7) Sanción a la conducta delictiva de los individuos.
- 8) Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- 9) Definición de los cargos y las funciones de la autoridades publica”⁴.

2.2 EL DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA

El Derecho consuetudinario indígena es una forma particular de derecho no codificado y sostenido sobre los usos y costumbres. Por ello, se trata

³. CABEZAS, Miguel: Introducción al Derecho. Costumbre y norma positiva. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1996, pág. 35.

⁴. CABEZAS, Miguel: Introducción al Derecho. Costumbre y norma positiva. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1996, pág. 35.

de una particularidad de este tipo de derecho cuyas principales características se describen en los siguientes puntos.

Definiciones.

En el plano de la doctrina y las teorías jurídicas, se ha empezado a elaborar varios conceptos de Derecho Consuetudinario. Así, el especialista en temas indígenas Rodolfo Stavenhagen, señala que:

“Lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado”⁵.

En torno al Derecho Consuetudinario indígena se han planteado muy diversas definiciones, y una que se considera muy amplia y contundente, es la que la define como:

"los conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas; cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; las sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales; cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas..."⁶.

⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo: Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Nueva Cork, 1998, pág. 12.

⁶ . SIEDER, Rachel. Derecho Consuetudinario y transición democrática en Guatemala. FLACSO. Guatemala. 1996, pagina 26.

Se pueden incluir además como elementos adicionales, que estas normas y prácticas deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión -esto es que sean socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas- y luego, que deben haber sido practicadas por generaciones⁷.

Otras referencias que se hacen para aproximarse al concepto de Derecho Consuetudinario o justicia propia indígena, resaltan una serie de concepciones tradicionales indígenas que en algunos aspectos discrepan de los "modos formales de concebir la justicia el sistema dominante no indígena". Así por ejemplo se ha planteado que para el Derecho Consuetudinario indígena es más importante hacer prevalecer más el poder comunal conciliatorio que los principios que aseguren un debido proceso a la víctima.

El Derecho Consuetudinario indígena o **justicia propia indígena** es un conjunto de normas legales de tipo tradicional que no están ni escritas ni codificadas y que son distintas al derecho positivo vigente en un país. Se trata de normas morales surgidas de la tradición de una colectividad que son de acatamiento obligatorio para quien se considera parte de ese grupo, y su trasgresión implica una sanción o reproche social, o eventualmente una sanción jurídica, si el sistema imperante lo reconoce.

El derecho codificado se fundamenta en un sistema jurídico de una sociedad que posee cortes judiciales, códigos escritos y un Estado políticamente organizado. El Derecho Consuetudinario indígena no tiene esas características, en tanto en que en las sociedades indígenas se puede

⁷ . SIEDER, Rachel. Derecho Consuetudinario y transición democrática en Guatemala. FLACSO. Guatemala.1996, pagina 27.

aceptar -de hecho son la evidencia de eso- que las normas y procedimientos no están escritos, sino que forman parte de la tradición oral.

En términos generales el **Derecho Consuetudinario indígena** o **justicia propia indígena** es un conjunto de normas legales de tipo tradicional (Stavenhagen, Rodolfo, 1990:29) que no están ni escritas ni codificadas y que son distintas al derecho positivo vigente en un país. Pero igualmente se podría decir que se trata de normas morales surgidas de la tradición de una colectividad que son de acatamiento obligatorio para quien se considera parte de ese grupo, y su trasgresión implica una sanción o reproche social, o eventualmente una sanción jurídica -si el sistema imperante lo reconoce-. Aunque no se trata de hacer una discusión terminológica o de contenidos teóricos, el carácter jurídico estará dado -desde el punto de vista formal- por el reconocimiento que el sistema dominante haga de este derecho.

Valderrama, por su lado, define al derecho consuetudinario como “un conjunto de normas, usos y costumbres que transmitidos de manera intergeneracional son ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios y que constituyen sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad y que integran el pluralismo legal de los países con población indígena”⁸.

El Programa Andino de Derechos Humanos define al Derecho Consuetudinario, como “aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos

⁸ . VALDERRAMA, José: Los derechos colectivos en América Latina. Universidad de San Marcos, Lima Perú, 1999, pág. 32.

y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social”⁹.

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS, ORGÁNICOS Y PROCEDIMENTALES

En cuanto a los aspectos sustantivos, orgánicos y procedimentales del Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas, se puede hacer referencia a las características del mismo. Las principales características del Derecho Consuetudinario son las siguientes:

a. El Derecho Consuetudinario presupone un conjunto de normas:

Estas normas aluden a la costumbre jurídica de los pueblos que surgen espontáneamente satisfaciendo las necesidades de convivencia.

El Derecho Consuetudinario es, en esencia, un sistema de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata.

b. Oralidad de sus normas: “Este carácter es implícito al Derecho Consuetudinario ya que el conjunto de normas que la componen permanecen en el espíritu del pueblo, pertenecen a la sabiduría popular y se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres, acuñadas en forma de refranes”¹⁰.

⁹.UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR: El Derecho Consuetudinario Indígena. Derechos reservados PADH-UASB

¹⁰ . UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR: El Derecho Consuetudinario Indígena. Derechos reservados PADH-UASB.

c. Observancia General: Las prácticas sociales que constituyen la costumbre jurídica, no son usos aislados de determinados individuos que conforman un núcleo social; son, por el contrario manifestaciones cuya observancia atañe a todos sus componentes, es más, las normas consuetudinarias son eminentemente coactivas en su doble aspecto; o acción psíquica y física; de no ser así, se estaría simplemente frente a un uso social o trato externo cuyo cumplimiento está librado a la potestad del individuo.

La expresión espontánea de generalidad de las normas consuetudinarias en los grupos primitivos y en las sociedades tradicionales de la actualidad, se explica por el misticismo que domina la mentalidad de sus hombres, hecho que adecua un tipo de comportamiento traducido en el respeto y acatamiento de sus normas tradicionales.

d. Uniformidad y permanencia en el tiempo:

“Los conceptos acerca de la uniformidad y la permanencia, aluden al hecho de que las normas consuetudinarias para adquirir el sello o el carácter de tales, deben revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento humano; debe suponer una coincidencia de actitudes de manera que, de modo uniforme norme la vida social, política de un pueblo o de varios pueblos dentro de uno o de varios territorios”¹¹.

Chacón Castro, señala que lo que debe ser entendido por Derecho Consuetudinario (o todo lo que debe integrar el concepto), se resume en los siguientes elementos:

- “Se trata de normas que algunas veces tienen connotación legal, pero siempre son tradicionales;

¹¹ .UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR: El Derecho Consuetudinario Indígena. Derechos reservados PADH-UASB.

- Generalmente se refiere a normas no escritas;
- Su trasgresión puede ocasionar efectos jurídicos, pero siempre implica una reacción comunal basado en concepciones tradicionales de la misma;
- Son conceptos que en la cultura propia de una comunidad definen acciones perjudiciales;
- Es el procedimiento ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación;
- Es la entidad ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación;
- Son las sanciones para estas acciones perjudiciales;
- Es el modo ante quien deben aplicarse estas sanciones;
- Se refiere a la entidad ante quién deben aplicarse estas sanciones;
- Implica que estas normas y prácticas deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión;
- Esas normas deben haber sido practicadas por generaciones;
- Se distingue por hacer prevalecer más que el proceso legal formal a favor de la víctima, el poder comunal conciliatorio
- Que el proceso siempre va más allá del conflicto inmediato y pretende resolver asuntos en su fondo y partiendo de la base; y
- Que lo ejecuten personas que tienen conocimiento integral de la comunidad¹².

Como se infiere, se puede encasillar en esta noción de derecho tanto aspectos de fondo, como procesales, lo mismo referencias políticas, como culturales.

4. LOS USOS Y COSTUMBRES

La base del Derecho Consuetudinario esta conformada por los usos y costumbres que se observan en la tradición de una determinada colectividad a

¹² . CHACÓN, Castro, Rubén. Derecho de los Pueblos Indígenas a Darse su Propia Justicia, en el Sistema Jurídico Costarricense. (Derecho Consuetudinario Indígena en Costa Rica)

lo largo del tiempo. Los usos y las costumbres conforman el conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social proveniente del pasado.

El término **uso** en el derecho moderno es un término amplio que "comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica". La **costumbre** se define como una conducta general y obligatoria para una comunidad, conformada por **hechos públicos, uniformes y reiterados** en un lugar determinado. La costumbre es una práctica general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias. Por su lado, el uso constituye un elemento de la situación de hecho, particular y concreta.

Los **usos y costumbres** son el resultado de la práctica que de ellos hacen los individuos al interior de una determinada colectividad, por lo que pueden llegar a ser considerado como verdadero derecho por los miembros de la misma. La práctica uniforme y de duración continuada hace que se observen como reglas de derecho vigente. En este sentido, los usos, son disposiciones autónomas e independientes.

5. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO CODIFICADO

La definición del Derecho Consuetudinario desarrollada y fundamentada en el anterior punto como un conjunto de normas de conducta sancionada por la comunidad y emergentes, en su origen, del seno de ésta, y circunscrita en su vigencia al interior de la misma, plantea el problema de las relaciones entre Derecho Consuetudinario y el ordenamiento jurídico del Estado o el Derecho legislado.

Este es un problema que no puede ser ignorado en un caso como es el tema de la presente Tesis, vale decir, la vigencia del Derecho Consuetudinario en las comunidades originarias en el territorio perteneciente al Estado boliviano.

Las relaciones entre el Derecho Consuetudinario de las comunidades originarias y el Derecho legislado que sirve como ordenamiento jurídico del Estado, emergen del propio proceso histórico. Las comunidades originarias al igual que cualquier otra experiencia social han sido incorporadas en ámbitos societarios y en estructuras de dominación mayores como son la sociedad y el Estado nacional.

La incorporación o, más bien, el sometimiento de las comunidades originarias a la sociedad y al Estado nacional, plantea problemas como las relaciones conflictivas entre el Derecho Consuetudinario, vigente en las comunidades, y el Derecho legislado, la base del ordenamiento jurídico del Estado.

En efecto, cuando la entidad política denominada Estado se constituye como la primera instancia política, el Derecho Consuetudinario de las comunidades puede subsistir únicamente como un Derecho degradado a la imperfección de un sistema normativo desprovisto de la efectiva compulsividad, puesto que carece de poder para aplicar sus propias sanciones, aun cuando estas sean aceptadas sin vacilación por los miembros de las comunidades y tengan una positiva efectividad práctica en el seno comunitario, pues, el Estado es el único titular de la coacción. Sus órganos jurisdiccionales y administrativos (jueces y funcionarios públicos) ordenan y realizan el empleo de la fuerza para el cumplimiento compulsivo de las normas jurídicas, a falta de observancia voluntaria, y aplican sanciones en los casos de infracción. La emergencia del Estado nacional ha degradado al Derecho consuetudinario.

Pero la degradación del Derecho Consuetudinario se produce no sólo por la ausencia de una efectiva compulsividad, sino también, por el carácter del Estado, el cual significa necesariamente predominio del poder estatal respecto a poderes existentes y constituidos autónomamente. El predominio del Estado sobre otras formas de poder autónomo, como, por ejemplo, las comunidades originarias, supone la primacía del poder estatal en la creación de Derecho. Esto deriva en una situación en la que el Derecho estatal prevalece sobre el Derecho autónomo. Este es otro factor que ha desvalorizado al Derecho Consuetudinario.

Si se considera al derecho consuetudinario como una forma particular de **Derecho Autónomo**, es decir, Derecho preexistente al Estado, el esclarecimiento de sus relaciones con el Derecho estatal o el ordenamiento jurídico del Estado, resulta ser importante y decisivo no sólo para determinar la eficacia de las normas de conducta que lo conforman, sino también, para determinar el grado de su degradación o desvalorización jurídica e histórica. Por esto es necesario plantearse el problema relacionado con el lugar del Estado en la creación e imposición de Derecho.

Una de las ideas fundamentales del monismo y formalismo jurídico establece que: el Estado tiene el monopolio de la creación jurídica, entonces nadie sino el Estado puede crear Derecho, excepto en virtud de una delegación estatal. Si el Estado tiene solamente la prerrogativa de la creación del Derecho, entonces puede dejar valer otras fuerzas creadoras de Derecho, pero también puede abocarse directamente a la decisión de cualquier problema jurídico. En la medida en que hace uso de tal prerrogativa, su decisión es obligatoria y tiene preeminencia sobre otras fuentes de Derecho.

Bajo esta consideración sistemática, se sostiene que el Estado no tiene necesariamente el monopolio de la creación de Derecho, sino únicamente una prerrogativa. Esto significa, por una parte, que existe la posibilidad de que el

Estado pueda dejar valer y reconocer el Derecho preexistente como, por ejemplo, el Derecho Canónico y el Derecho Consuetudinario, y, por otra, que el Derecho del Estado predomina sobre cualquier Derecho Autónomo. Lo que distingue el poder estatal del poder autónomo, es más bien el hecho de que el poder del Estado es dentro del orden político determinado por la Constitución el poder supremo y tiene, por consiguiente, primacía mientras es ejercido dentro del marco de las competencias estatales: el Derecho estatal prevalece sobre el Derecho autónomo.

Ahora bien, la posibilidad de que el Estado deje valer y reconozca al Derecho no estatal no depende propiamente del poder del Estado, sino, del poder constituyente. Como se sabe, el Estado es el poder constituido, es decir, es un poder derivado del poder constituyente, el cual es el único poder soberano que existe para el Estado. En este sentido, el poder constituyente es el que puede otorgar al legislador todas las competencias, pero también puede reconocer a los Derechos Autónomos. La soberanía del poder constituyente -escribe M. Kriele- "se manifiesta justamente en la posibilidad de no sólo tolerar, sino también, de garantizar jurídicamente el Derecho autónomo o el Derecho previamente dado".

Las ideas del tratadista Martín Kriele, abren a la posibilidad de garantizar jurídicamente la vigencia o la supresión del Derecho consuetudinario a través de una modificación de la Constitución Política del Estado. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que las relaciones entre el Derecho consuetudinario y el ordenamiento jurídico del Estado están establecidas por la Constitución Política del Estado o el conjunto de normas cuya validez proviene del poder constituyente.

Como norma suprema, la Constitución "erige sus poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y a cada uno le asigna sus funciones tocante a la normatividad que rige la vida de la población, enuncia principios y

orientaciones generales, y en algunos sectores, que reputa principalísimos para la comunidad, hecha sus bases inalterables, esta proyección normativa se realiza gracias al acatamiento y al desenvolvimiento creativo del derecho por las autoridades y el pueblo".

Los eventuales conflictos de normas del Derecho consuetudinario y del Derecho estatal, tienen una profunda raíz cultural e histórica. No se tratan sólo de conflictos formales, sino también, de conflictos culturales entre formaciones histórico-sociales que conservan, por una parte, un espíritu comunitario que corresponde a la tradición, y, por otra, un espíritu societal que está asociado a la civilización moderna.

El Derecho como conjunto de normas de conducta sancionada es inapropiado respecto a la naturaleza comunitaria. Cuando el espíritu comunitario es vigoroso, cualquier invocación al Derecho y, en consecuencia, todo acto de dirimir de diferencias ante tribunales, resultan innecesarios. La necesidad del Derecho y de los tribunales de justicia surge y se hace patente cuando este espíritu se ha debilitado. El Derecho, en este sentido, es la expresión de la disolución del espíritu y de los lazos comunitarios. Esta disolución puede ser interpretado como la transición de la forma comunitaria de organización social asociada a la tradición, a la forma societaria vinculada con la civilización moderna.

6. EL CONCEPTO DE AUTODETERMINACIÓN

La autodeterminación ha sido abordada en el plano del Derecho Público Internacional. Velásquez indica que:

“El concepto de autodeterminación ha tenido numerosos cambios de significado en la historia contemporánea. Es desde muy antiguo reconocido como el derecho que poseen los pueblos a gobernarse por sí mismos y a controlar sus territorios sin interferencia de extranjeros. Sin embargo como es de toda evidencia, el concepto y

significado de lo que se ha entendido como pueblo, Nación, Estado incluso, ha cambiado con el tiempo”¹³.

Este concepto de autodeterminación se ha desarrollado en el plano del Derecho Internacional Público, rama del derecho que está referido al conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados, principalmente, aunque también abarca a los derechos de las personas reconocidas internacionalmente bajo la forma de Pactos, Convenios, Declaraciones, etc.

En este marco, el concepto de autodeterminación -establecido en los pactos internacionales de derechos humanos- es un concepto de carácter práctico que establece dos aspectos importantes: **a)** que ningún Estado tiene el derecho de interferir sobre los asuntos de otro Estado, y **b)** que ningún Estado puede dominar a las personas que habitan en un territorio ajeno a él. A estas personas que sin formar un Estado están dominados por una potencia ajena, extranjera y generalmente extra continental, se le denominó **pueblo** y era el depositario de la **autodeterminación de los pueblos**¹⁴.

La autodeterminación tiene que ver básicamente con la situación de los Estados o las comunidades políticamente organizadas en el concierto internacional. Es una condición que caracteriza a esa comunidad en cuanto se refiere a sus relaciones o estatus político frente a los estados existentes en el mundo.

Por ello, la autodeterminación ha sido definida como la “conquista de un régimen de autonomía plena. Se transfigura la disputa por la tierra en reclamo de control del territorio indígena, sin abandonar las luchas agrarias,

¹³ . VELASQUEZ; Camilo: Derecho Constitucional. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, pág. 121.

¹⁴ . VELASQUEZ; Camilo: Derecho Constitucional. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, pág. 123.

y la demanda de democracia se eleva hasta la propuesta de modificaciones de fondo en la organización de los Estados que hagan posible la formación de autogobiernos indios en los marcos nacionales”.

6.1 LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS

Ahora bien, el tema de la autodeterminación de los pueblos indígenas originarios tiene que ver con la relación entre estos pueblos y el Derecho Internacional. Los pueblos indígenas han sido apartados del derecho desde el comienzo de su relación con los pueblos no indígenas. Estos, no han hecho nunca el más mínimo intento de respetar las culturas diferentes de estos pueblos y han intentado acabar con todas ellas a través del exterminio o la asimilación.

“Los pueblos indígenas han sido, durante muchos siglos, ignorados totalmente por los legisladores y considerados como individuos inferiores al hombre blanco, sujetos a su voluntad y carentes del más mínimo derecho por el simple hecho de ser diferentes. Han sufrido esclavitud, persecuciones e incluso en muchos casos exterminio a manos siempre de unos individuos pertenecientes a una cultura más desarrollada tecnológicamente que les ha considerado siempre, incluso hoy mismo en algunos países, como un problema y un peligro molesto”¹⁵.

6.2 LA AUTODETERMINACIÓN POLÍTICA

En el autogobierno se encuentra otro punto de conflicto en el disfrute de los pueblos indígenas de los derechos universales. Ellos insisten en ser considerados como pueblos o como naciones. Con ello reclaman conexión específica con un territorio, y el derecho de autogobierno y

¹⁵ .BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 35.

autodeterminación política, entendiendo así que es aplicable en su caso el derecho de autodeterminación reconocido a los pueblos en los pactos internacionales. Estas reivindicaciones no solo desafiaban la concepción individualista de los derechos, sino que desafiaba también las demarcaciones de los Estados actualmente existentes.

Después de casi cinco siglos, por fin los pueblos indígenas comienzan a hacerse un hueco, por así decirlo, en los entramados legales nacionales e internacionales y en las sociedades actuales. Pero el comienzo de la lucha de los pueblos indígenas por ser respetados y tratados con igualdad es de larga data. Fue durante el periodo de colonización española en América cuando Bartolomé de las Casas criticaba y denunciaba el trato que recibían los indios y muy en particular el sistema español de la encomienda.

Bajo esas condiciones, los pueblos indígenas fueron apartados del derecho internacional porque no constituían Estados independientes y el derecho internacional era el derecho que regulaba las relaciones entre estados. Esta concepción ha durado hasta bien entrado el siglo XX, hasta que la proclamación de los derechos humanos fundamentales y la creación de los sistemas de protección para los individuos que los Estados están obligados a garantizar y respetar, ha revolucionado las concepciones tradicionales sobre el derecho internacional.

“Sin embargo, el derecho internacional ya no es solo cuestión de los Estados, sino que también los individuos pueden beneficiarse de las normas del derecho internacional. Los pueblos indígenas apartados hasta la fecha de cualquier tipo de reconocimiento internacional, han sido objetos constantes de políticas de exterminio o de asimilación brutales que han reducido el número de su población de manera alarmante. Además, se les han negado siempre los derechos más básicos simplemente por el hecho de no ser como los demás.

Conscientes de la necesidad de trasladar su lucha fuera de las fronteras nacionales para unir sus fuerzas y comenzar la lucha por su supervivencia, vieron en esta evolución del derecho internacional, la ocasión propicia para comenzar un fuerte movimiento social en favor de sus derechos tanto individuales como colectivos”¹⁶.

Barraondo señala que fue en la década de los 60's cuando comenzaron a escucharse voces en defensa de sus derechos y de sus culturas, principalmente para los pueblos indígenas de Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, influenciados por los procesos de descolonización, los movimientos de derechos civiles y políticos y el apoyo financiero que comenzaba a encontrar mucha de sus iniciativas.

“Durante la década de los 70's, las organizaciones indígenas siguieron organizándose y denunciando su situación por todos el mundo. Organizaciones regionales daban paso a otras nacionalidades y éstas a su vez formaban redes internacionales de organizaciones indígenas que ejercían mayor presión en los organismos internacionales. Hasta que finalmente las Naciones Unidas, en 1982, crearon en el seno de la subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías, un grupo de trabajo sobre pueblos indígenas con el fin de promover la protección y defensa de estos pueblos en el ámbito internacional”¹⁷.

Sobre esos antecedentes se puede señalar que “durante las últimas décadas, los pueblos indígenas han creado un fuerte movimiento internacional, retomando las tesis de antiguos juristas sobre sus

¹⁶. BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 37.

¹⁷. BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 25.

derechos y su condición de seres humanos que ha afectado directamente a las políticas estatales en materia indígena. Estas han tenido que ser modificadas, muy a pesar de muchos estados, en pro de la defensa y protección de sus formas de vida y no de políticas asimilacionistas o genocidas, como las que han soportado durante tantos siglos. Aunque siguen sufriendo constantemente amenazas y violaciones de sus derechos, ya nadie duda de su condición de seres humanos y de su titularidad de unos derechos humanos. Ahora la cuestión es definir esos derechos y adecuarlos a la especificidad de los pueblos indígenas”

Al hablar de pueblos indígenas hay que tener muy claro que ante todo se está hablando de unas culturas diferentes que luchan por mantenerse como tales y no ser asimiladas por las culturas occidentales que las tienen cada vez más atrapadas y oprimidas. No hay ninguna definición internacionalmente asumida que distinga a los pueblos indígenas, pero de entre todas las más importantes se pueden destacar tres características comunes a todos ellos que les hace diferentes. Estas son:

- La permanencia en el tiempo. Mucho antes de la llegada de los colonizadores y desde tiempos inmemoriales.
- La auto-identificación como pueblos indígenas.
- La voluntaria perpetuación de tradiciones y costumbres. Un modo de vida existente paralelo a las modernas culturas que preserva las culturas antiguas y sagradas.

La importancia de los pueblos indígenas en el concierto internacional es muy importante. En la actualidad existen 5000 culturas en el planeta.

“El 95% de ellas son culturas indígenas, aunque poblacionalmente solo suponen el 4% del total mundial, o lo que es lo mismo, unos 300 millones de personas. Además, dentro de lo que es, y debería reconocerse así, como territorio indígena, aproximadamente el 7% del territorio mundial, se encuentra el 70% de la biodiversidad de flora y fauna actual”¹⁸.

6.3 LA AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

Hasta aquí se ha establecido que el derecho internacional no concede al término autodeterminación de los pueblos indígenas el mismo sentido que proporción a los Estados, es decir, reconocerles soberanía política externa. Este derecho reconoce únicamente la autodeterminación territorial que es la facultad de los pueblos indígenas a participar en la administración de sus territorios en cuanto se refiere a la gestión de los recursos renovables.

En este marco, se identifica como punto de discordia los derechos relativos a la tierra.

“Las culturas indígenas están fuertemente arraigadas a las tierras de sus ancestros y, al contrario de nuestras culturas, la importancia de la tierra para ellos es vital. Esta especial conexión no ha sido nunca entendida por nuestras culturas y ha sido motivo de muchas de las violencias que los pueblos indígenas han sufrido y sufren hasta ahora”¹⁹.

Además, como fruto de nuestra incapacidad para entender sus modos de vida, no hay ninguna referencia al mantenimiento del medio ambiente, ni en la declaración universal ni en los convenios, siendo éste un de los ejes importantes de las culturas indígenas, ya que su supervivencia esta ligada a la protección de su base territorial.

¹⁸ . NACIONES UNIDAS: Pueblos indígenas en el mundo. Boletín Informativo, Nueva Cork, 1999, pagina 12.

¹⁹ . SERMEÑO, Julio: La emergencia de los Pueblos Indígenas. El caso de Guatemala. Editorial Universal, México, 2002, pagina 78.

La **Declaración de Derechos Humanos** es un claro reflejo de este choque cultural. Por un lado se afirma su carácter universal y, por otro, se le crítica por su marcada orientación occidental y por las tensiones que suscita en otras culturas como la islámica o la árabe. Si el problema se centrara en asumir que hay una serie de derechos inherentes a todo ser humano, que llamamos humanos, universales, que no pueden ser violados bajo ningún concepto, las discusiones acabarían pronto. Pero el debate no se queda ahí, se complica cuando se afirma que esos derechos universales son los contenidos en la declaración universal de derechos humanos, en la forma y contenido que fueron escritos 50 años atrás por el bloque de países que participaron en la redacción de la declaración.

De este modo, los instrumentos internacionales del momento distan mucho de dar una protección adecuada a los pueblos indígenas y a sus pretensiones. Así se lo afirma en el estudio sobre la discriminación contra los pueblos indígenas redactado en el seno de Naciones Unidas entre 1972 y 1984.

A pesar de la ausencia de referencias a las particularidades de los pueblos indígenas que hay tanto en la declaración universal como en las dos convenciones de 1966, no cabe duda que desde la proclamación de la declaración la situación de los pueblos indígenas ha mejorado, o por lo menos no ha empeorado.

Dentro de las Naciones Unidas se ha producido un activo movimiento a favor de la protección de estos pueblos que se plasmó en la creación del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas en 1982 y que se espera se adopte cuanto antes la Declaración de Derechos Indígenas, que se sigue discutiendo en el seno del Grupo de Trabajo.

“El Grupo de Trabajo es el único foro oficial al que las organizaciones indígenas pueden acudir para plantear sus problemas. Debido a la gran aceptación que ha tenido desde un principio, se ha convertido en un foro de máxima trascendencia para el futuro de los pueblos indígenas. En la actualidad, en el seno de este Grupo de Trabajo se está trabajando un borrador de declaración de derecho indígenas, que, sin duda, contribuirá a la supervivencia de pueblos tan amenazados por el exterior”²⁰.

Otro órgano importante dentro de Naciones Unidas, es el Comité de Derechos Humanos establecido por el artículo 28 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, para resolver las denuncias individuales sobre violaciones de derechos humanos. Los pueblos indígenas han utilizado en diversas ocasiones este mecanismo, amparándose en el articulado del pacto, aunque principalmente en el artículo 27 referido a la protección de las minorías dentro de los Estados.

A pesar de que no quieren ser considerados simplemente como minorías porque su situación es diferente y más especial, puesto que se remonta a los orígenes mismos de las civilizaciones, se han visto obligados a utilizar su condición de grupos minoritarios para lograr una cierta protección de sus culturas y modos de vida como pueblos, que de otra forma no hubieran conseguido debido al vacío legal existente en cuanto a la defensa y protección de estos pueblos.

Además, a través del artículo 27 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, es el único modo que tienen de dotar sus denuncias con cierta perspectiva comunitaria que de otra forma sería imposible porque el procedimiento del comité es exclusivo para denuncias individuales.

²⁰ . BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 29.

Dentro de las organizaciones regionales, tan solo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dependiente de la Organización de los Estados Americanos se ha mostrado activa en la defensa y protección de los pueblos indígenas. Esta organización tiene desde 1972 la defensa de estos pueblos como un compromiso sagrado por motivos tanto humanitarios como históricos.

Como consecuencia de este interés por promover su defensa la comisión ha intervenido a lo largo de todos estos años en numerosos casos relativos a violaciones de derechos humanos de pueblos indígenas. Casos como el de los indios "**peasant**" en Colombia y Guatemala o el de los indios *Miskitos* en Nicaragua, relativos a violaciones de derechos humanos y otros como el de los indios **Guahibo** en Colombia, el de los indios *Aché- Guayakí* de Paraguay o el de los indios *Yanomami* en Brasil, relativos a la posesión de las tierras indígenas son algunos de los casos más trascendentales que la comisión ha analizado.

El Derecho Internacional y los pueblos indígenas siempre han estado en conflicto. El primero porque es el derecho creado por los Estados para regular sus formas de relacionarse y los segundos porque son culturas diferentes que luchan por mantenerse tal y como son, fieles a sus costumbres y tradiciones, y no ser integradas por las culturas mayoritarias que son las que hacen las normas.

Como consecuencia de esta situación, existe un gran vacío legal al respecto de cómo articular las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados porque no se acaba de entender muy bien quiénes son y qué quieren los pueblos indígenas. Constituyen una amenaza para la estabilidad nacional de aquellos países en donde tienen sus territorios cuando hablan de lograr reconocimiento, autogobierno, etc. y por lo

tanto, los gobiernos se muestran muy reticentes ante cualquier tipo de relación especial que para ellos debilitaría su unidad nacional.

Pero los pueblos indígenas no quieren esto. Entre sus intenciones no figura el interés por debilitar Estados, simplemente quieren ser respetados en sus tradiciones y prácticas culturales. Y ello indudablemente sí que entraña modificaciones legislativas. Pero no solo dentro de aquellos estados en los que hay comunidades indígenas sino también a nivel internacional, porque estos pueblos son una realidad que esta ahí, que también forman parte de la comunidad internacional, y que necesitan acabar de una vez con los vacíos jurídicos que existen.

“El derecho internacional ha tardado demasiado tiempo en tomarlos en cuenta. Ahora que se les reconoce como un grupo social débil necesitado de mayor protección que el resto, tal y como se afirmó en la conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, es el momento de colmar sus intereses y dotarles de un entramado jurídico acorde a sus culturas y tradiciones. Que asuma la visión comunitaria de la sociedad que poseen, que respete su estrecha conexión con la tierra que habitan, sus costumbres y tradiciones. La declaración de derechos indígenas acabará de una vez con el vacío legal existente hasta el momento y, sin duda, posibilitará una protección más real y eficaz a los pueblos indígenas”²¹.

6.4 LA AUTONOMÍA INDÍGENA

En el marco del Derecho Internacional sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas, se reconoce 2 formas de autonomía, que son las siguientes:

²¹. BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 35.

- a. La vertiente externa del derecho de libre determinación está relacionada con la soberanía.

“Se refiere al derecho de los pueblos a determinar libremente su lugar en la comunidad internacional de Estados, de acuerdo con el principio de igualdad soberana. En el ejercicio de este derecho, de acuerdo con las resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV), un pueblo puede decidir la formación de un Estado independiente, la libre asociación, la integración en un Estado ya existente o la adquisición de cualquier otro estatuto político libremente decidido por la población. La vertiente externa se manifiesta en la prohibición del colonialismo y de la dominación y explotación extranjeras en general”²².

- b. La vertiente interna referida a la autonomía interna. Esta define el derecho de los pueblos a decidir su organización política y perseguir su desarrollo cultural, social y económico. Se relaciona, entre otros, con el derecho de todo grupo a preservar su identidad y el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos. Implica por lo tanto que un Gobierno debe representar al conjunto de la población, sin distinción por motivos de raza, credo, color o cualquier otro. La autodeterminación interna se relaciona con la democracia y el respeto a los derechos humanos.

La tendencia general del Derecho Internacional con respecto a la autodeterminación de los pueblos indígenas esta inclinada a reconocer la autonomía interna, es decir, el derecho de los pueblos indígenas a mantener su identidad y participar en algunas facultades como la administración interna de los territorios.

²² BARRAONDO, Miguel: Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001, pág. 41.

“La vertiente interna de la libre determinación puede quedar asegurada en la medida en que las garantías democráticas sean suficientes; además, algunos Estados, como México, la reconocen expresamente a los pueblos indígenas que lo habitan. Por el contrario, la vertiente externa queda en numerosas ocasiones implícitamente prohibida. Muchas de las Constituciones afirman que la soberanía reside en la población en su conjunto, unitariamente considerada. Algunas, incluso, consagran expresamente la indisolubilidad del Estado: afirmación que en Estados Unidos se ha producido por vía jurisprudencial. Por el contrario, en Estados federales ya desaparecidos, como la URSS o la República Federal Popular de Yugoslavia, sí se reconoció constitucionalmente el derecho de autodeterminación, incluso de secesión, de las repúblicas que lo conformaban, aunque jamás se llegó a ejercer esta facultad”²³.

Como se ha podido establecer, la Autodeterminación de los Pueblos Indígena Originarios en la doctrina desarrollada por los Tratados, Convenios y otras normas del sistema de derecho internacional de los derechos humanos, no reconoce la Autodeterminación como Independencia, es decir, esta autodeterminación no conduce a la formación de Estados Independientes de tal forma que los pueblos Indígena Originarios no pueden constituir Estados a partir de la generación de los Estados del que forman parte. La Autodeterminación esta limitada a la autonomía territorial, la autonomía política limitada a la vigencia y respeto de las autoridades internas, la autonomía como participación en la administración de los recursos renovables, es decir, de los recursos que forman parte del hábitat de estas colectividades.

²³ . VALDEZ, Oscar: Tendencias doctrinales sobre el Derecho Internacional. Revista Doxa, numero 36, 2003, México, pág. 34.

CAPÍTULO II
DIAGNÓSTICO DE LA VIGENCIA DEL DERECHO
CONSUECUDINARIO Y LA DEMANDA DE
AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS
ÍNDIGENAS ORIGINARIOS EN BOLIVIA

CAPÍTULO II

DIAGNÓSTICO DE LA VIGENCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA DEMANDA DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS ORIGINARIOS EN BOLIVIA

En el presente capítulo se desarrolla un diagnóstico de la vigencia del derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios. Se analizan 2 sectores de dicho derecho, la designación de las autoridades originarias y algunos aspectos de la Justicia Comunitaria. El principal objetivo del capítulo es identificar las características de este tipo de derecho.

1. VIGENCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

El Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios tiene vigencia en muchas regiones geográficas del territorio nacional. Los casos más importantes de esta vigencia están en las regiones andinas o correspondientes a las tierras altas y en la región de las tierras bajas. En ambos casos se registra la vigencia de normas, usos y costumbres y organizaciones consuetudinarias que configuran el derecho diferenciado del derecho que establece el Estado, la Constitución Política y las normas legales ordinarias.

1.1 EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA REGIÓN ANDINA

En la región andina o de tierras altas, el Derecho Consuetudinario tiene vigencia en la organización política y la justicia comunitaria, que se describen a continuación:

1.1.1 LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIOS

En Bolivia, en las regiones correspondientes a las tierras bajas y altas, las comunidades y Pueblos Indígenas están internamente organizadas, poseen sus propias autoridades, sus mecanismos de elección de las mismas, sus cuerpos de costumbres y su territorio, además de su idioma. Forman comunidades, cuyo tamaño reducido, entre decenas y centenas de familias, permite mantener muchas relaciones personales entre todos sus miembros. Esas colectividades han desarrollado formas de organización política similares a las de un Estado. El núcleo de la organización política indígena es la asamblea, compuesta por el conjunto de los jefes de familia. Es el órgano central donde se delibera sobre los asuntos de interés colectivo, viniendo a ser de esta manera, la máxima autoridad de la comunidad.

Todos los miembros de la comunidad se informan, opinan y toman decisiones en la asamblea. La asamblea comunitaria es el mecanismo mediante el cual son elegidas de manera directa, sin mediaciones, las autoridades tradicionales. Xavier Albó señala al respecto:

"la asamblea lleva a trabajar juntos. Un alto porcentaje de las temáticas comunitarias tiene que ver con obras para todos y desembocan en esfuerzos compartidos para llevarlos a cabo. Si el camión ahora llega a tantas comunidades rurales; ello se debe en gran medida miles y miles de comunarios que han abierto estos caminos a pulso, sólo a veces con el apoyo complementario de las instituciones estatales. Cada escuela, cada posta, cada acequia es un símbolo vivo de este trabajo comunitario"²⁴.

La comunidad está gobernada por una especie de consejo. Los miembros de este consejo son hombres de avanzada edad que han pasado muchas décadas observando la marcha de la sociedad y de esta

²⁴. ALBÓ, Xavier: Estado y comunidad". Revista Cuarto Intermedio, núm.9, 1986, pág. 19

manera han adquirido experiencia, puesto que han pasado por todos los puentes que en la vida del aymara se tienen para llegar a ser hombre experimentado.

En la etapa pre-colonial, el consejo como forma de gobierno del ayllu fue la expresión del poder social constituido por la alianza de familias emparentadas. Los ancianos eran miembros de las familias. Las funciones que éstos cumplían eran de carácter legislativo: proponían soluciones a los problemas de la comunidad, mantenían la unidad de la misma, aconsejaban las soluciones más justas o el camino más seguro para la realización de los propósitos de la comunidad local.

Los miembros de ésta recurrían con frecuencia a éste consejo para superar las dificultades. Otra autoridad de la comunidad indígena es el *jilakata*, con cargo ejecutivo. Éste es una autoridad delegada por el consejo de ancianos para proteger la buena marcha de la comunidad. En este sentido sus atribuciones son administrativas, similares a las del Alcalde de los actuales Municipios. El *jilakata* administra el régimen comunal agrario, garantiza la conservación del orden comunal, organiza el trabajo de las tierras comunales y el producto de las mismas.

Actualmente los *jilakatas* son los mediadores con las autoridades designadas por el Estado como, por ejemplo, el Corregidor y el Subprefecto. Junto al *jilakata* están los alcaldes y *yapu* alcaldes. Los primeros -resultado de la herencia prehispánica e hispánica- son los colaboradores del *jilakata* en el tratamiento de las relaciones de la comunidad con autoridades departamentales y nacionales. Los segundos colaboran con el *jilakata* en labores relacionadas con las actividades agrícolas de la comunidad.

El cargo de los *yapu* alcaldes es rotativo y anual. Son nombrados en asamblea luego de la última siembra de papa en los sitios que corresponden a las chacras de la comunidad.

Estas referencias evidencian que las comunidades indígenas tienen autoridades locales tradicionales o naturales, es decir, han desarrollado formas de gobierno y administración local. Las comunidades indígenas también se caracterizan por formas de control o manejo del territorio. En efecto, el *ayllu* está constituido por la **comunidad máxima** y la **comunidad mínima**. La primera es una mancomunidad o un conjunto extenso de *ayllus*, era una comunidad política mayor; la segunda a los *ayllus* individuales o, si se quiere, locales. Estos son las comunidades indígenas locales en las que se desarrollaba las relaciones de vecindad de manera intensa.

Algunos investigadores de las comunidades aymaras, al analizar los niveles de la organización aymara, distinguen tres niveles: el *suyu*, o sea, el nivel superior; la *marka*, que vendría a ser un distrito territorial menor en relación al *suyu*, y, finalmente, el *ayllu*, la circunscripción territorial local²⁵.

El *ayllu*, sería, de acuerdo a esta división territorial, la unidad territorial de pequeña escala, muy semejante al *calpulli* azteca, y aproximadamente similar a la *gens* griega. En consecuencia, podría afirmarse que las colectividades indígenas se caracterizan por el control y la administración de un determinado territorio, componente fundamental del Municipio.

Las comunidades indígenas de la región andina han desarrollado, finalmente, algunos fines y funciones municipales como, por ejemplo: la

²⁵ . Xavier Albó y Kitula Libermann: Para comprender las culturas rurales en Bolivia. Editorial UNICEF, La Paz-Bolivia, 1990

atención de demandas de abastecimiento, distribución de agua, acceso a las tierras comunales, conservación de caminos y otros elementos de la estructura material de la comunidad local, administración de justicia y culto a los dioses. Estos fines y funciones están orientados a satisfacer las demandas de la comunidad local y pueden equipararse a los fines de los Municipios modernos como ser la gestión económica-financiera, social y cultural

1.1.2 EL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LA DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES COMUNALES

El sistema de elección de autoridades al interior de las comunidades se produce según procedimientos diferentes al sistema *urna voto secreto* partidos políticos. El sistema comunitario se basa sobre un derecho consuetudinario, tal como se describe a continuación.

"La asamblea comunal (en aymara *parlakipawi* o **junta**) es la máxima instancia de autoridad y el eje de la vida comunitaria. Su potestad se extiende desde el dominio económico de los recursos comunales, pasando por las regulaciones sociales y políticas hasta las celebraciones rituales-religiosas. Es el centro del poder de la comunidad. Es convocada y presidida por la principal autoridad comunal, nombrada periódicamente en una asamblea general"²⁶.

En las comunidades *aymaras* tienen el derecho y obligación de participar en la asamblea todos los jefes de familia que forman parte fija de la comunidad, es decir, todos y sólo aquellos que tienen casa y tierras en ella. Otros posibles advenedizos o simples ayudantes adscritos a una familia, pero sin tierras propias (*uta wawa*, 'hijo de la casa'), no son miembros de la asamblea sino que quedan representados en ella por el jefe de familia o, en su defecto, su sustituto.

²⁶ . Ticona, Rojas y Albó: Votos y wiphalas. Campesinos y pueblos originarios en democracia. CIPCA. Cuadernos de Investigación, núm. 43, La Paz, Bolivia, 1995, pág. 79

Éstas asambleas son un foro de expresión amplia y un proceso colectivo de decisiones. Por su grado de participación y por su sentido de respeto mutuo, se constituyen en el principal escenario para la práctica de la democracia comunal, Generalmente los acuerdos se toman después de largas discusiones entre los participantes y estos sólo se retiran a sus casas habiendo conciliado intereses. Las decisiones comunales que más afectan a las familias suelen pasar por el tamiz de varias asambleas comunitarias debido, a que, en forma menos visible, implican consultas en cada hogar, donde el marido, la mujer y los hijos definen su posición antes de llevar una decisión firme a la asamblea.

La lógica prevalente es la de lograr amplio consenso, Su ideal es arribar incluso a la unanimidad, mas que conformarse con que una mayoría se imponga a la minoría. Sólo en asuntos más delicados, como un conflicto entre dos zonas de la comunidad por el acceso a recursos, ocurren a veces polarizaciones agudas entre comunarios, llegando en casos extremos a la división de la comunidad.

"Las asambleas generales pueden ser ordinarias, reunidas en fecha fija (en periodo mensual, quinquenal o incluso semanal), o extraordinarias. Lo mas común es que unas y otras sean de largo aliento -todo el día y a veces parte de la noche- lo que brinda oportunidad para una amplia comunicación social"²⁷.

En las asambleas ordinarias suelen trasladarse en asuntos rutinarios como el inicio o término de un ciclo escolar, el nombramiento de nuevas autoridades comunales, la fijación de responsabilidades ante alguna fiesta u otro acontecimiento local, la iniciación de trabajos en una *aynuqa* o también otros asuntos mas coyunturales como un pleito interno familiar o las actitudes políticas o cívicas de la comunidad frente a un acontecimiento regional o nacional.

²⁷ . Ticona, Rojas y Albó, op. cit. pág. 83

La cabeza o autoridad máxima ejecutiva, responsable de la comunidad, suele llamarse secretario general o general (del sindicato) o, en otras comunidades originarias, *mallku*, *jilaqata*, *jilanqu*, o con otros nombres locales. Asume el cargo y lo ejerce junto con quienes desempeñan otras funciones. La autoridad y demás cargos comunales son concebidos como un **servicio** y cubren roles muy específicos, tanto en el ámbito político comunal, como en el ceremonial-religioso. Cada cargo es visto como una **carga**, porque quita tiempo y dinero, pero hace avanzar a la pareja y a su familia en status y prestigio social dentro de la comunidad. En la concepción aymara se supone también que atrae mayores bendiciones y abundancia en un futuro próximo.

"Cuando un individuo se casa y hereda tierras en/de la comunidad llega a la categoría de jaqi o 'persona' y pasa automáticamente a ser comunario con todos sus derechos y obligaciones. Como tal parece en la lista de **afiliados** del libro de actas de la comunidad. También pueden adquirir este último status los de afuera casados con mujeres del lugar (*tullqa* o yerno), aunque este último caso es más excepcional, dado que entre los aymaras las mujeres suelen establecerse en el lugar del marido y no a la inversa"²⁸.

En todos los casos el criterio fundamental para esa persona o miembro pleno de la comunidad es tener tierras. Pero en algunas regiones se han desarrollado además diversas categorías de comunarios según su forma diferenciada de acceso a la tierra: originarios, agregados, arrimantes, etc. Los mismos hijos, e incluso nuevas parejas, pueden pasar por un status comunal intermedio mientras no tengan consolidada su herencia de tierra. Todas estas categorías intermedias tienen menos obligaciones comunales pero también menos derechos.

"*Thakhi* significa **camino** y es también la metáfora utilizada para referirse a un proceso de crecientes responsabilidades comunales en el que se combina el

²⁸ . Ticona, Rojas y Albó, op. cit. pág. 97

crecimiento y prestigio de cada familia en la comunidad con el ejercicio real del gobierno comunal. Comienza una vez que la pareja ha contraído matrimonio, con lo que se vuelve *jaqi* (persona) y queda habilitado para desempeñar servicios a la comunidad". (idem)

Para fines de una mejor comprensión, tomamos el ejemplo de las comunidades de Jesús de Machaca que, con sus pequeñas variantes locales, pueden generalizarse a otras partes por compartir toda una serie de elementos organizativos y culturales que siguen siendo funcionales en el presente.

En *Machaca jaqi* o **nueva persona** (recién casados) hace su ingreso al círculo mayor (*tamankiri*) de la comunidad, con un pequeño aporte simbólico (regalo de alcohol) llamado *t'inkha*. A partir de ahí, empieza a recorrer tres grandes 'caminos' a lo largo de su vida: *jisk'a thakhi* (camino corto), *taypi thakhi* (camino medio) y *jach'a thakhi* (camino grande). Los dos primeros permiten el ejercicio del gobierno comunal, que en resumen, sucede de la siguiente manera:

- Los primeros cargos de autoridad comunal consisten en ser *machaqa p'iqi* (nuevo **cabeza**), que según Triguero (1991), tiene la función del antiguo *Kamana* (encargado), como *yapu kamana*, *uywa kamana* (encargado de la chacra, del ganado), etc.
- Después de un tiempo, una vez consolidada la familia, y por acuerdo con la esposa, el *machaqa jaqi*, opta por ser preste de la fiesta de la comunidad teniendo en cuenta los recursos económicos de que dispone. Esto le lleva a la realización de unas tres fiestas, con variantes según el lugar.
- Estas actividades son el comienzo para candidatear al cargo de *jilaqata* de la comunidad, periodo durante el cual se les llama

thakhini awki-tayka' señores (padre-madre) en camino o *macahaqa awki-tayka* nuevos señores.

- El *jilaqata*, como autoridad principal de la comunidad, al inicio de su gestión hace el compromiso de ser un autentico representante de la misma y portador de la buena moral y las sanas costumbres. Pero sobre todo ser el mejor **hermano-mayor** (*jilaqata*) y protector de los **hermanos menores**. Se le compara incluso al pastor que conduce y cuida a sus rebaños.

El ejercicio del gobierno local esta muy relacionado con el quehacer religioso-político, económico y social. A partir de la idea *awki-tayka* (padre-madre), se tiende a que el ejercicio de la autoridad beneficie al quehacer cotidiano de todas las familias integrantes de la comunidad.

En resumen, en los mecanismos de nombramiento pueden distinguirse un avance creciente por tres niveles:

- 1) Cargos menores pero que exigen mas trabajo (por ejemplo, secretario de actas, alcalde escolar), etc.
- 2) Otros mas onerosos, sean ejecutivos (por ejemplo, *mallku* o *jilaqata*, secretario general) o ceremoniales (pasantes de fiesta). Por su costo en dinero y tiempo para beneficio de los demás, dan el máximo prestigio.
- 3) Los cargos máximos (por ejemplo, justicia, asesor, apoderado de los títulos comunales), que suponen prestigio pero exigen poco trabajo y menor erogación económica.

La renovación de cargos corresponde a la comunidad la que debe tomar decisiones es el nombramiento de aquellos miembros pre-seleccionados para desempeñar cargos comunales. El criterio general subyacente es el

de la rotación e igualdad de responsabilidades (mas que de oportunidades) entre los que ya han llegado a determinado nivel en el *thakhi* o camino.

En el pasado la gente se anotaba con bastantes años de anticipación en una lista llamada *tila* para llegar al cargo de nivel superior. Sabia así con tiempo qué año le iba a tocar y se preparaba mediante *aynis* y otras previsiones para poder cubrir bien todo el gasto que el cargo suponía. En la actualidad estas filas son menos abundantes y la tendencia es a disminuir la edad de los candidatos por falta de voluntarios en la lista de espera. Pero el criterio de fondo sigue siendo el de acceder al cargo por cierta rotación; a cada jefe de familia -a cada *sayaña*- **le toca cumplir** su cargo, por reciprocidad con la comunidad que le concedió su pedazo de tierra y le brinda protección. Por eso mismo, nadie suele repetir un cargo que ya ha **cumplido**.

Sin embargo siempre hay un número relativamente grande de jefes de familia que, por haber cumplido ya cargos del nivel precedente, califican para el de nivel superior. Por eso, actualmente, más que filas o rotaciones rígidas, suelen haber cierto margen de juego para nombrar a uno u otro pero sólo dentro de este grupo que ya califica. Casi siempre la designación se realiza a viva voz y mano alzada, lográndose muchas veces el consenso. Pero es en este proceso de elección final donde, además de la rotación, pueden influir otros criterios complementarios, como los que a continuación comentamos.

Según el estudio de Ticona, Rojas y Albó que se ha citado, la elección del mas apto, en algún cargo importante, es una preocupación, donde se toma muy en cuenta la capacidad de experiencia y el compromiso con la comunidad, demostrada en el quehacer cotidiano o en el desempeño de cargos anteriores.

Este criterio funciona más para cargos de mayor responsabilidad sobre todo si la comunidad tiene entre manos algún proyecto que a todos interesa. En tales casos es incluso posible que la permanencia en el cargo se alargue hasta que la persona considerada más idónea para llevar a cabo el proyecto lo haya concluido. Sin embargo, el criterio de la rotación sigue siempre presente. Por ejemplo, si el candidato prueba de que ya ha **cumplido** éste u otros cargos onerosos equivalentes, más fácilmente se le dispensa y se busca a otro.

"La comunidad nunca es un ente aislado sino que forma parte de conjuntos intercomunales de niveles superiores. Como punto histórico de partida, la actual organización campesina e indígena andina, a nivel de micro región tiene orígenes en los antiguas *markas*, que a la vez, formaban parte de unidades mayores llamados a veces señoríos, como los *upaqa*, los *Paka jaqi* (Pacajes), los *Killaka*, etc. que sólo parcialmente fueron reestructuradas en las reducciones toledanas de la Colonia temprana. Incluso donde la organización originaria ya no se mantiene de manera explícita, la distribución de subcentrales y centrales sindicales suele reflejar a hacer referencia al pueblo central y al espacio territorial de su antigua *marka*"²⁹.

Este punto de partida explica mejor la persistencia de la lógica comunal a este nivel intermedio, junto con algunas de sus nuevas particularidades. También a ese nivel funciona el sistema rotativo, en mayor o menor grado. Cada unidad menor (comunidad local) dentro del sistema tiene la oportunidad de ser la cabeza de la jurisdicción, de acuerdo a un orden fijo y rotativo. Hasta cierto punto se podría decir que la principal expresión andina la igualdad y democracia microregional suele ser alguna forma de rotación cíclica.

"El prestigio, en la cosmovisión aymara, no solo tiene el carácter positivo que ya vimos al hablar del **camino**. También tiene sus aristas negativas, expresadas en

²⁹ . Ticona, Rojas y Albó, op. cit

clichés y estereotipos, por ejemplo en los congresos campesinos, en manifestaciones rituales, simbólicas o en el quehacer cotidiano”³⁰.

El prestigio entre comunidades de una micro-región y entre micro-regiones casi siempre está sustentado en elementos históricos y de identidad local, que buscan la reafirmación y el reconocimiento, a través de hegemonías intercomunales (por ejemplo ocupando cargos importantes), como signos de legitimidad.

Así, dentro del altiplano paceño, es interesante la fama de los oriundos de Achacachi como lazos seguros, en alusión simbólica a su condición de guerreros y valientes en acciones protagonizadas contra las haciendas en los primeros años del gobierno del MNR después de 1952 y confirmada después en la etapa de consolidación de la CSUTCB, por sus grupos de defensa y choque; pero a la vez, insinúa que son prepotentes, también por la época del movimientismo.

“Asimismo los comunarios de Jesús de *Machaqa*, pese al tiempo transcurrido, aún tienen el renombre de **come curas**, a partir de la sublevación de 1921 y el supuesto canibalismo con el cura del lugar (hecho desmedido por documentos firmados por el mismo cura tras la sublevación). Sin embargo este apodo negativo manifiesta, a la vez, el orgullo local por una rebeldía que destruyó el sistema opresor pueblerino y que ha pasado a ser el símbolo de la resistencia comunal aymara, aun en nuestros días. Esta pugna por mayor prestigio puede además estar vinculada con otras pretensiones o conflictos, por ejemplo para imponer sus intereses a los de otros o ganar para sí algún recurso escaso, como tierra, agua o totoral”³¹.

³⁰ . Idem

³¹ . Passim.

1.1.3 LA VIGENCIA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO A TRAVÉS DE LA JUSTICIA COMUNITARIA

Contrariamente a lo que por lo general se creen las comunidades originarias no son ajenas a los conflictos entre sus miembros. La imagen de la comunidad como una organización social donde impera la solidaridad absoluta y están ausentes los conflictos no corresponde a la realidad.

“En nuestro trabajo de campo pudimos comprobar que los comunarios están involucrados permanentemente en problemas como la disputa sobre límites de las *sayañas*, las peleas entre cónyuges, peleas entre jefes de familia, problemas por adulterio, asaltos y robos y otros delitos menores. Algunos conflictos y faltas que se cometen en algunas comunidades de las provincias del Departamento de La Paz son: riñas y peleas a golpes entre vecinos sobre linderos de sus respectivas *sayañas*, peleas violentas entre varias familias sobre espacios de tierra de pastoreo, insultos y pelea entre dos mujeres por cuestión de celos por el marido de una de ellas, robos de un receptor de radio, una cámara fotográfica y varias frazadas a una familia por parte de una persona ajena a la comunidad (un viajero), violación de una mujer madura por parte de un miembro de una comunidad vecina durante una fiesta, adulterio por parte de un joven esposo recién emparejado, estafa a varias familias por parte de un miembro de la comunidad que simulaba llevar encomiendas a jóvenes conscriptos de la comunidad”³².

Todos estos casos producidos en la comunidades paceñas, testimoniados por varias personas del lugar, se convirtieron en verdaderos litigios entre víctimas y supuestos victimarios, quienes se constituyeron en demandantes y demandados con lo cual estos conflictos y faltas derivaron en juicios ante la autoridad locales decir, el *jilakata*.

Los casos mencionados son una muestra aproximada de la existencia de conflictos y faltas que se producen en las comunidades. Esta misma

³² . Referencias recopiladas sobre la base de la información proporcionada por los medios de comunicación durante el primer semestre de 2007.

situación existe en las otras comunidades en las que también se pudo detectar que problemas similares, lo cual no es nada extraordinario si se considera que el conflicto y la posibilidad de incurrir en delitos son aspectos constitutivos de las comunidades originarias en general. Esta constatación nos permite llegar a una primera puntualización y problematización sobre el aspecto de las normas consuetudinarias en estas comunidades:

- a. ¿Si los conflictos y las faltas se producen entre los miembros de estas comunidades, cuáles son las normas para su tratamiento por parte de las llamadas autoridades tradicionales? ¿Cuáles son los recursos normativos con los que el *jilakata* maneja los litigios entre las partes?
- b. ¿La existencia de conflictos y faltas querrá decir que en estas comunidades predomina los preceptos consuetudinarios de carácter penal, estando ausentes las normas de derecho civil?
- c. ¿Cuáles son los mecanismos con los que estas comunidades garantizan su orden interno y desarrollan las relaciones entre sus miembros? La solución de estos problemas permiten profundizar el diagnóstico de la vigencia de las normas consuetudinarias en estas comunidades.

Tal como se dejó establecido más arriba, el *jilakata* es la máxima autoridad personal en la comunidad. Para asumir este cargo son necesarios los siguientes requisitos: haber alcanzado la mayoría de edad, ser matrimoniado, haber cumplido tres o cuatro fiestas religiosas en el pueblo como **preste** o **pasante**, tener radicaria permanente en la comunidad y ser originario de un determinado *ayllu*. Los aspirantes a estos cargos son muchos, pues, el puesto de *jilakata* significa ascender en la escala del prestigio al interior de la comunidad.

Pero la *jilakatura* no sólo significa prestigio, sino también, autoridad comunitaria. Es el cargo donde se concentra la autoridad local e interna de la comunidad originaria. En efecto, cuando un comunario es nombrado por la comunidad como *jilakata* tiene un conjunto de responsabilidades que prácticamente lo elevan a la condición de dirimidor en los conflictos y disputas que se suscitan en la comunidad. Para una muestra veamos cuáles son las responsabilidades de los *jilakatas* de las comunidades de algunas provincias del Departamento de La Paz.

Las responsabilidades que asumen las autoridades originarias son las siguientes: conciliación de disputas, resolver problemas entre las familias de la comunidad, intervenir en la separación de matrimonios, participar en la medición de tierras, dirigir y coordinar los trabajos comunales y juzgar los juicios menores como los robos y las peleas.

Como ya se ha dicho, estas responsabilidades o deberes hacen del *jilakata* prácticamente la autoridad local. Pero, los fundamentos de tal estatus no son legales sino consuetudinarios. En efecto, la autoridad del *jilakata* descansa en la costumbre o la tradición y en las normas culturales que se cumplen espontáneamente al interior de la comunidad. Se podría decir, que este rango y rol provienen de las normas inherentes a la vida social comunitaria. No es una autoridad que se sobrepone, como el Estado moderno, a la comunidad. Por el contrario, se trata de una autoridad comunitaria.

Pero esta autoridad comunitaria tiene el reconocimiento y la aceptación de su condición de autoridad por parte de la comunidad. En este reconocimiento y aceptación comunitarios se basa su rol dirimidor en las disputas. En este sentido, la palabra y los juicios del *jilakata* son ley y sentencias entre los comunarios. Por lo tanto, se puede afirmar quien administra justicia en la comunidad es el *jilakata*. Ahora bien, el rol

dirimidor del *jilakata* esta limitado en la medida en que se desarrolla al interior de una jurisdicción definida por el Estado boliviano. Como se sabe, las comunidades son componentes de los Cantones, los cuales a su vez pertenecen a la jurisdicción de la Sección de Provincia. Si bien las autoridades del Estado no están presentes en el nivel de las comunidades, sí lo están en el nivel de la Provincia. Los *jilakatas* están relacionados con estas autoridades.

En efecto, se ha observado que en los casos de las comunidades originarias de las provincias del Departamento de La Paz, los *jilakatas* derivan la solución de muchos de los problemas generados en sus respectivas comunidades a la autoridad provincial. En este sentido, el *jilakata* actúa como un alguacil que transfiere los problemas más graves a la autoridad provincial. De esta manera opera como un dirimidor únicamente en primera instancia y en aquellos problemas que no revisten gravedad como, por ejemplo, el homicidio.

En las comunidades originarias, los *jilakatas* actúan como jueces en casos de menor gravedad como las riñas y peleas, las disputas sobre linderos y tierras de pastoreo, es decir, problemas que tienen que ver con la existencia cotidiana de la comunidad. En estos casos, el *jilakata* maneja los juicios ateniéndose estrictamente a un principio normativo que orienta todas sus decisiones: la solidaridad comunitaria. Esta es la norma consuetudinaria central.

1.1.4 CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LAS NORMAS APLICADAS EN LA JUSTICIA COMUNITARIA

La solidaridad comunitaria como principio normativo fundamental es obedecida de manera espontánea por todos los miembros de la comunidad. Al parecer esta solidaridad es percibida como una responsabilidad colectiva por todos los miembros de la comunidad. Es

por ello que se la cumple de manera consuetudinaria, pues, está sostenida por la conciencia de cada uno de los miembros de esta forma de organización social. Esto no significa que estén ausentes los transgresores de esta norma consuetudinaria. En las comunidades objeto de estudio hemos observado casos de faltas que suponen transgresiones. Estas están sancionadas y penadas. La violación de menores, el homicidio y a veces el robo son delitos castigados drásticamente.

Existen casos, aunque no comprobados, en los que la comunidad entera ha hecho justicia con sus propias manos propinando una dura paliza a los transgresores. Las sanciones a las faltas son predominantemente morales y sociales: el individuo que trasgrede sino es expulsado de la comunidad, es víctima de un ostracismo social insoportable.

Algunos estudiosos del Derecho, han sostenido que en las culturas tradicionales predominan las normas de carácter penal sobre las normas relacionadas con el Derecho Civil, ello por la supuesta turbulencia de la vida social de estas culturas. Lo que se ha podido evidenciar es que junto a las normas que penalizan las faltas y las transgresiones existen también las normas relativas a la regulación de las relaciones personales con el estatus individual, y a la administración y herencia del patrimonio.

En efecto, en algunas comunidades originarias de las provincias del Departamento de La Paz están aun vigentes normas consuetudinarias relacionadas con el aparejamiento o matrimonio y la herencia del patrimonio. La existencia de normas relacionadas con la penalización de las transgresiones y con las relaciones entre los individuos, constituyen una demostración de que en estas comunidades existen el orden y la justicia, aunque garantizados únicamente por la costumbre y la fuerza de

las normas consuetudinarias sostenidas por la conciencia colectiva de la comunidad.

Al observar a través de los testimonios se comprueba que las normas de uso habitual en el interior de la comunidad son obedecidas de mucho mejor grado que los códigos organizados y garantizados por los poderes del Estado boliviano. Esta obediencia tiene la fuerza de la costumbre, es espontánea. Entre los comunarios se ve con desprecio los conflictos personales, el incumplimiento a los deberes con la comunidad; nadie está dispuesto a provocar el aislamiento y las sanciones que suponen la desobediencia de las normas de conducta.

Por lo general quien trasgrede estas normas se convierte en una persona con un bajo prestigio entre las personas con las que se relaciona cotidianamente. Verse excluido del trato comunitario por delitos más graves es un castigo terrible para el individuo de estas comunidades. Así, las normas de conducta poseen una fuerza disuasiva de la cual la aplicación de penalidades tal como lo entendemos nosotros suele estar del todo provista.

2. EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA REGIÓN ORIENTAL

En la región del Oriente y del Chaco, las comunidades indígenas han desarrollado formas de organización social local. Una de las formas más importantes es la *tenta*. Esta institución consuetudinaria, consiste en comunidades más o menos pequeñas estructuradas por vínculos de parentesco. La mayoría de las *tentas*, están constituidas por un número de familias que oscilan entre las 15 y 60 familias nucleares o extensas de 48 miembros cada una.

Las *tentas* están constituidas por relaciones de parentesco y conformadas por un promedio de 40 familias. Un rasgo destacado de estas comunidades

indígenas locales en las que se desarrollaron fuertes y duraderas relaciones de vecindad es la autonomía. Tal como sostiene un antropólogo, cada *tenta* es, en cierto sentido, una pequeña patria. "Es significativo, por ejemplo, que recién en los años 80, por primera vez en su historia, estas comunidades sintieron la necesidad de conformar una organización inter-comunal, que establece la Asamblea del Pueblo Guaraní, para hacer frente a los nuevos desafíos del presente"³³.

Los antropólogos, han descubierto que la *tenta* (cuyo equivalente aymara es el *ayllu*), está compuesta por dos niveles de organización de parentesco: el ***tentamí*** que hace referencia al rancho o comunidad chica, y el ***tentaguasu***, que hace mención al rancho o comunidad grande.

"El menor o *tentamí* corresponde más fácilmente a un grupo de familias emparentadas, dentro del esquema de familia extensa. Cuando una comunidad es numéricamente mayor (*tentaguasu*), en su interior suele estar formada a su vez por unidades menores, al modo de pequeñas comunidades o *tentamí*. Los *tentaguasu* más grandes pueden llegar a albergar 100 o más familias; pero hay también comunidades consistentes en un solo *tentamí* con 10 o menos familias nucleares"³⁴.

Las *tentas* están conformadas por un jefe tradicional denominado en lengua *chiriguana buruvicha*, autoridad en castellano, conocido también con el nombre de **capitán**. Luego está él o varios *yvyra* o **alcaldes** encargados de ejecutar mandados. Estas autoridades de la comunidad indígena local, coordinan los diversos trabajos comunales, principalmente aquellas que tienen que ver con obras de interés local-comunitario como abrir caminos, construir escuelas, postas sanitarias, acequias, etc. También dirigen a los miembros de la comunidad en las tareas de la producción y la edificación de viviendas. En el plano de la comunidad local cumplen funciones similares a las que cumplen los componentes de los Municipios.

³³ . Xavier Albó y Kitula Libermann: Para comprender las culturas rurales en Bolivia. CIPCA, UNICEF, La Paz-Bolivia, 1990, pág. 268

³⁴ . Xavier Albó y Kitula Libermann, op. cit. pág. 267

En el mundo *guaraní*, que es, el más analizado, se considera buena autoridad a aquella que menos interfiera con la libertad de cada comunario, que es un valor cultural altamente estimado, aunque se espera que *mburuvicha* ejerza un eficiente liderazgo cuando surja alguna amenaza a la tranquilidad comunal, sea interna o externa. Aunque el cargo tiende a ser vitalicio e incluso mantenerse en el seno de una determinada familia, sigue habiendo cierto control comunal que, en momentos de crisis puede llevar incluso a la situación de la autoridad cuestionada por otro comunario que muestre mayores condiciones de liderazgo. Pero al nivel práctico la aceptación de la autoridad y la evolución de los mecanismos de nombramiento pueden variar según las personas y las regiones.

Ésta autoridad ha tenido, por ejemplo, un alto nivel de aceptación en el *izozog* y en *Tentayapi*, pero tuvo mayores cuestionamientos en el gran *Kaipependi*, donde algunos *mburubicha* se resistieron al control comunal, más enfatizando por la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), que desde 1982 aglutina a todo este grupo étnico. Los datos que de forma indirecta presenta el estudio de Zolezzi y Sanabria sobre el sistema de autoridad *chiquitana* y *ayorea* ya muestra significativas diferencias en los mecanismos de autoridad en diversos pueblos orientales.

Los últimos, a igual que otros varios grupos minoritarios, han desarrollado aún poco un sistema de gobierno que vaya más allá de la familia. Los en cambio, basan su esquema en cabildos heredados de su experiencia misionera colonial. Pero, en medio de este nombre común a otros *chiquitanos*, varios grupos orientales, pueden ocurrir niveles muy distintos de autonomía comunal frente a otros poderes públicos (o a veces eclesiásticos), incluso dentro de un mismo grupo.

Puede también ser distinta la aceptación de estas autoridades tradicionales por parte de otras organizaciones nuevas surgidas desde las bases, tal vez

con el apoyo de otras instituciones, como resultado de nuevos desafíos en el contexto global. Lo hemos mencionado más arriba, a propósito de la APG. Zolezzi y Sanabria señalan también cierto distanciamiento entre la nueva organización el CICOL, afiliada al CIDOB, y las autoridades del cabildo. Lo mismo ocurre en *Guarayos*, donde las autoridades tradicionales del cabildo han quedado muchas veces cooptadas a la sociedad criolla dominante.

En *Moxos*, en cambio, los cabildos han sido la punta de lanza para poner en marcha la nueva organización indígena. Estos son ejemplos para reiterar, también desde esta perspectiva, la conclusión subrayada ya en la sección anterior. La instancia más fundamental dentro del Derecho Consuetudinario es la comunidad y su asamblea, más que cada autoridad específica. Esta última debe tener una clara aceptación por este camino comunal que se asegura la aplicación de criterios consensuados de esta fuente alternativa y complementaria de derecho.

En resumen, las comunidades indígenas de las regiones andinas y del Oriente y Chaco del territorio nacional, están organizadas sobre elementos similares a las de los Municipios: poseen una población organizada en una comunidad local articulada por relaciones de vecindad, un territorio delimitado y un gobierno compuesto por las autoridades tradicionales. Las características de este régimen son el estado rudimentario de sus elementos y la falta de institucionalización, ya que los mismos están fundados no en el derecho codificado, sino, en el Derecho Consuetudinario.

Las referencias desarrolladas hasta aquí demuestran la existencia de una forma de organización política al interior de las Comunidades y Pueblos indígenas de Bolivia.

2.1 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Varios estudiosos del Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas originarios han señalado que sus principales son:

- 1) Acumula una larga tradición de prácticas probadas en un determinado contexto cultural.
- 2) Se basa en una visión global, no sectorializada
- 3) Es administrado por autoridades nombradas y controladas por la comunidad y su asamblea.
- 4) Suele funcionar a niveles más locales y directos.
- 5) Es fundamentalmente oral y muy flexible en el tiempo y el espacio.
- 6) No es automáticamente equitativo.
- 7) Está permanentemente abierto a influencias ajenas.
- 8) Su acceso y resoluciones son rápidos y de bajo costo.
- 9) Cuando el conflicto es interno, los arreglos acordados dan prioridad al mantenimiento de la paz comunal, más que al castigo, como tal.
- 10) Pero si no se percibe posibilidad de una reconciliación o se trata de delincuentes externos, se prioriza la intimidación de los delincuentes.

De este conjunto de características, se deducen algunas consecuencias operativas. En primer lugar, es claro que el actor final en el Derecho Consuetudinario es más la **comunidad**, con su sentir colectivo bastante consensuado, más que una autoridad individualizada, y por el conocimiento y relación directa que tiene con los involucrados, como parte de una gran familia. Lo que suele hacer esta última es catalizar lo

que, por lo general, es un consenso claramente percibido por la colectividad.

Por lo mismo, si la complejidad del caso o la importancia de la decisión lo requieren, la instancia siguiente más obvia debe ser la asamblea comunal o Inter-comunal, según el caso. Una situación típica es la que toca a decisiones que afectan al patrimonio comunal, por ejemplo, en toda la tenencia y posesión de la tierra y otros recursos básicos. Debe mantenerse un último control o decisión en manos de la comunidad y es ella en todo caso la más indicada para pasar el caso a la justicia ordinaria, si lo considera adecuado. Esta visión contrasta con la del derecho positivo que coloca los mecanismos de apelación y recurso sobre todo en manos de cualquiera de los litigantes.

Este concepto de la comunidad como una especie de gran familia ayuda también a comprender el aspecto mencionado, varias veces cuestionado por quienes no comprenden esta lógica. La resolución desesperada dentro de ella –qué sólo ocurre de forma muy ocasional– es deshacerse del delincuente al que ya no puede recuperarse para la comunidad. La vía entonces más socorrida es expulsarlo de la comunidad; **sacarlo en burro**, como se dice. No parece que sea un mecanismo tan distinto del que utiliza la justicia ordinaria cuando decreta años de cárcel, restringiendo automáticamente la libertad de movimientos del así sentenciado.

La visión global ocurre en todo el conjunto de la cultura: económico, organizativo, político, religioso. Ocurre dentro del ámbito más restringido de lo jurídico, donde se da una estrecha relación entre lo social, jurídico y religioso. Por ejemplo, “en el Chaco, las maldiciones antisociales de los brujos marginales pueden causar sequías y, en el altiplano se dice que *qhinchá* atrae *mach'a*; conductas inmorales atraen calamidades

climáticas; si llega una fuerte granizada, las autoridades comunales buscan casa por casa qué mujer ha enterrado algún aborto para camuflar relaciones extra matrimoniales. Por lo mismo, un castigo como la *waska* puede tener connotaciones muy distintas en una u otra cultura. En varias partes es emblema de autoridad, a igual que la vara”.

Dado todo este enfoque, es normal que la autoridad comunal principal sea también la principal administradora del Derecho Consuetudinario, sin necesidad de dividir poderes a este nivel tan local, y que mantenga una permanente relación y consulta con el *ipaye*, el *yatiri* y otros especialistas religiosos vinculados, según cada creencia cultural, con el principio bueno o los seres protectores de la comunidad. Ello no impide que haya asignaciones específicas de roles para determinadas autoridades y cargos. Lo muestran las largas descripciones de cada cargo en todos los estudios, siendo este incluso uno de los aspectos más desarrollados en todos ellos.

Pero es esencial dar lectura a estas descripciones siempre a partir de este enfoque básico global. Las autoridades comunales siempre **caminan juntas** y, dentro de ello es claro el rol directivo de la autoridad principal, tenga el nombre que tenga. En muchos casos quedan incluso cobijadas de hecho a ella algunas autoridades del sistema oficial, como describe el estudio de CEJIS sobre el *Izozog*.

La visión global y el carácter tradicional de las autoridades, muy vinculadas con el conjunto de la comunidad no dependen de la persistencia de algún término autónomo para designar a la organización comunal ni a sus autoridades. De hecho, los nombres más frecuentes para la primera son **cabildo**, en muchas organizaciones de tierras bajas, y **sindicato**, en las regiones más influenciadas por la reforma agraria de

1953, cada uno con sus correspondientes nombres importados para sus autoridades.

En varias partes los mismos nombres de **alcalde** o del **corregidor** no se refiere a los cargos homónimos previstos por nuestro ordenamiento jurídico al nivel de municipio y cantón sino a formas tradicionales más vinculadas pro el Derecho Consuetudinario. En varias partes de Cochabamba se ha observado incluso que el **secretario de justicia** del **sindicato** es llamado **corregidor**. Un estudio del CERES menciona una situación intermedia al nivel de subcentral campesina en Tapacarí, que en este caso pasa incluso por la aprobación del subprefecto.

Una consecuencia general de todo lo anterior es que, en el enfoque que dé nuestra legislación al reconocimiento del Derecho Consuetudinario, hay que asegurar un **tratamiento unitario** para todos sus ámbitos, desde el nombramiento y control último de las autoridades, a través de la asamblea, hasta sus diversas esferas de actividad: rituales y celebraciones, decisiones comunales de cualquier índole, administración de la justicia en conflictos entre familias o contra toda la comunidad, manejo del territorio y otros recursos, controles al acceso individual a la tierra, etc.

La visión unitaria en la comunidad debe tener su correlato en la coherencia de toda la legislación en su reconocimiento del Derecho Consuetudinario. La oralidad básica (que no excluye instancias escritas complementarias, como los recientes **estatutos** en la Capitanía del Alto y Bajo */zozog*) es la base de la flexibilidad y adaptabilidad permanente de todo el sistema.

A diferencia del derecho positivo, el Derecho Consuetudinario no es una norma fija dada de una vez por todas y que exige un pesado procedimiento para ser modificado. De ahí también su **gran flexibilidad**,

según los actores y las situaciones, incluso dentro de un mismo lugar y época. No hay un único Derecho Consuetudinario sino tantos como grupos culturales existen. Además, dentro de cada grupo cultural y sin apartarse de los principios generales que rigen su Derecho Consuetudinario, hay una amplia gama de variantes locales.

Todo lo anterior no debe ser necesariamente visto como una debilidad, frente a los altos grados de codificación y rigidez del derecho positivo, arguyendo que llevaría inevitablemente a decisiones arbitrarias. En los ámbitos y niveles en que se mueve, esta flexibilidad es más bien es una virtud, que da al mismo tiempo al Derecho Consuetudinario una gran **agilidad** para resoluciones rápidas, baratas y, por lo general, aceptadas, en contraste con el alto costo y lentitud con que suele aplicarse el derecho positivo.

Como subraya, entre otros, la mexicana Teresa Sierra "se trata de sistemas jurídicos gestados en relación continua con el orden jurídico dominante", lleno de sincretismos, innovaciones y cambios. Tal vez lo más esencial es que todo ello se realiza a partir de una experiencia acumulada y en deliberación permanente con el conjunto de la comunidad. Dentro de este enfoque, la relación directa o indirecta con el derecho positivo es fácil y útil para ambas partes. Si funciona por la vía del diálogo intercultural constructivo más que por la de imposiciones autoritarias, puede ser muy productivo tanto para evitar las distorsiones interesadas de algunos a nombre de la costumbre como para ir creando convergencias entre ambos enfoques.

Ahora bien, para comprender adecuadamente las características del Derecho Consuetudinario en las comunidades de las provincias del Departamento de La Paz es necesario analizar las relaciones de esas normas consuetudinarias con el ordenamiento jurídico positivo establecido

por el Estado boliviano. El jurista boliviano Jaime Urcullo Reyes al referirse al Estado boliviano, sostiene que éste es un Estado "arreglado al sistema jurídico y donde sus normas preestablecidas y las que de ellas derivan son acatadas, cumplidas e impuestas en su cumplimiento"³⁵. Esta afirmación establece claramente que el Estado en Bolivia sustenta su permanencia en una base de naturaleza jurídica. Este aspecto que establece la relación o asociación entre el Estado y el Derecho es una de las dimensiones que pueden permitir analizar adecuadamente el problema de las relaciones entre el Estado, su ordenamiento jurídico y el Derecho Consuetudinario de las comunidades originarias.

Sin embargo se trata tan sólo de una de las dimensiones del problema. Otro aspecto igualmente importante está referido a la operación jurídica de la constitución del Estado boliviano. En efecto, para dar cuenta de las relaciones entre los elementos normativos de las comunidades originarias y el ordenamiento jurídico del Estado boliviano no es suficiente describir la vigencia del ordenamiento jurídico actual, es necesario también conocer la operación mediante la cual se ha creado el Estado boliviano. Sólo de esta manera estaremos en condiciones de analizar apropiadamente las relaciones existentes entre las normas del Derecho Consuetudinario y las que organizan y garantiza el Estado nacional.

Se ha definido al Estado como "un conglomerado social, político y jurídicamente organizado", conceptualización que da lugar a dilucidar el procedimiento jurídico de su constitución, es decir, de su formación. Respecto a este problema se han desarrollado en el campo del Derecho diversas teorías siendo las más importantes y compartidas las teorías contractualistas. Estas teorías sostienen de manera general que la

³⁵.Urcullo Reyes, Jaime:"Proceso democrático, situación jurídica y reforma constitucional en Bolivia" Ed. Urquiza, La Paz, 1993, pág.49.

formación del Estado tiene origen en un contrato, convenio o pacto social y que es este el que da fundamento a una autoridad legítima.

La fundación del Estado boliviano en 1825 fue influida por las ideas liberales de los Libertadores. Si se considera estos postulados con relación a las comunidades originarias, Simón Bolívar decretó medidas respecto al problema de la tierra, los servicios personales y las cargas fiscales. En relación a tales aspectos, declaró la repartición de las tierras de las comunidades originarias entre sus miembros, la abolición de los servicios personales de los indios "prohibiendo a las autoridades eclesiásticas y civiles, así como a los dueños de haciendas, minas y obrajes, hacerlos trabajar contra su voluntad y sin retribución salarial en faenas, séptimas, mitas, *pongueajes* y otros servicios"³⁶ y, finalmente, la abolición del tributo indígena.

Estas medidas que tendían a favorecer a las comunidades originarias fueron decretadas pero no acatadas en la naciente República, ya que apenas abandonaron el país los libertadores, volvieron a entrar en vigencia los servicios personales, el tributo indígena y las tierras comunitarias fueron revertidas al "enfiteusis, según el cual, el Estado asume el derecho real sobre la tierras y concede el dominio o uso de las mismas a particulares"³⁷.

Bajo este régimen, las comunidades originarias volvieron a una situación similar a la Colonia. Pero lo más significativo es que fueron excluidos del pacto social en base al cual se constituyó el Estado boliviano. Este es un hecho importante para comprender la suerte del Derecho Consuetudinario de tales comunidades. La operación jurídica de constitución del Estado boliviano no incorporó a estas comunidades. Esta es una de las razones

³⁶. Sandoval Rodríguez, Isaac: "El Estado nacional insurgente", La Paz, 1983, pág. 28.

³⁷. Sandoval Rodríguez, Isaac: "El Estado nacional insurgente", La Paz, 1983, pág. 29.

para que este Derecho no fuera incorporado ni reconocido por el Estado emergente. En efecto, la fundación del Estado boliviano al no considerar a las comunidades indígenas ignoró por completo sus normas e instituciones consuetudinarias.

En primer lugar, las comunidades originarias no asistieron al pacto de constitución del Estado pero tampoco fueron tomadas en cuenta en los contenidos de la primera Constitución Política que confirmó y precisó las condiciones jurídicas de este Estado. La Constitución Política redactada por Simón Bolívar -la primera que tuvo el país- sancionada por la Asamblea deliberante el 6 de noviembre de 1826 y promulgada por el Mariscal Sucre el 19 de este mes, establece las condiciones de ciudadanía en tener empleo, poseer industria, profesar alguna arte o ciencia, saber leer y escribir y no estar sujeto a servidumbre. Estos requisitos de ciudadanía excluían ipso facto a los miembros de las comunidades.

En segundo lugar, los fundamentos doctrinales de la Constitución bolivariana no consideraban los elementos normativos consuetudinarios de los pueblos originarios, pues, se inspiraba completamente en las bases teóricas de la Revolución francesa en cuanto a la soberanía popular y la práctica de la democracia liberal. En efecto es claro el dominio de la burguesía criolla y mestiza en el poder político al margen de las clases sociales mayoritarias.

Esta exclusión de las comunidades originarias estuvo en las bases de la propia Constitución en la medida en que ésta, al contrario de otras Constituciones europeas, no incluyó a la costumbre. La exclusión de la costumbre y el predominio de las leyes escritas fue un factor que determinó que el Derecho Consuetudinario de las comunidades originarias no sea reconocido y menos incorporado en el ordenamiento jurídico del Estado boliviano. Por eso, las normas consuetudinarias no fueron incorporadas ni

reconocidas por el ordenamiento jurídico del Estado, en su emergencia. En este marco histórico, los fundamentos para caracterizar al Derecho Consuetudinario como un orden normativo semi-jurídico y extra-estatal son los siguientes:

En primer lugar, se tratan de normas que aunque resulta innegable su naturaleza moral y social no excluyen del todo las sanciones o penalidades de tipo físicas. Con esto se quiere señalar que si bien estas normas establecen sanciones de tipo ideal y social, como, por ejemplo, el desprestigio, el aislamiento y aun la expulsión de la comunidad; no dejan de suponer sanciones de tipo material como la propia muerte y el castigo corporal en los casos de las transgresiones como el homicidio y el hurto, respectivamente.

En segundo lugar, son normas organizadas en la conciencia colectiva pero que están garantizadas por ciertos órganos de poder como son las autoridades tradicionales. En efecto, estas autoridades no son ornamentales o simbólicas, por el contrario, cumplen funciones relacionados con la conservación del orden interno y las relaciones entre los miembros de la comunidad. De hecho las mismas participan como un poder central en todas las circunstancias que desde el punto de vista de la comunidad son de interés colectivo.

En tercer lugar, son normas que tienen eficacia en la convivencia comunitaria, o sea, moldean las conductas de los miembros de esta organización social. Estas normas de conducta consuetudinarias tienden cada vez ha transformarse en normas obligatorias entre los comunarios. El factor central de esta evolución es la fusión de la estructura de las autoridades tradicionales con la estructura del sindicato agrario.

Todas estas características de las relaciones entre el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios y el derecho del

Estado boliviano, se explican en gran parte por el carácter no pluralista de este derecho. En efecto, el derecho sobre el cual se sostiene (Derecho Constitucional o la base normativa) y al que da lugar el Estado boliviano (derecho ordinario o de leyes ordinarias) siguen los lineamientos del monismo jurídico, según el cual, solo se reconoce un derecho codificado y emanado de la autoridad competente.

Esta sujeción de la Constitución Política y del Estado y las leyes a las pautas del monismo jurídico determina el desconocimiento del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios. Esta orientación monista no reconoce la pluralidad, es decir, los otros derechos existentes en la formación social boliviana, ignora y no otorga ninguna validez a otro derecho que no sea el derecho codificado y elaborado por el Poder Legislativo y los demás órganos con capacidad de producción de normas de menor rango a las leyes.

Sin embargo, como se constatará en el siguiente capítulo esa actitud tiene que modificarse a partir de la suscripción del Convenio 169 de la OIT, por parte del Estado boliviano y la reforma constitucional de 1994, cambios que han dado lugar al reconocimiento muy parcial de elementos del derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas en el Procedimiento Penal.

2.2 LA DEMANDA DE AUTODETERMINACIÓN

En los últimos años los pueblos indígenas originarios de Bolivia y de otros países de América Latina con población de esas características, han demandado la autodeterminación frente a los Estados nacionales estructurados según el derecho codificado y el constitucionalismo de origen occidental.

2.2.1 LA AUTODETERMINACIÓN SEGÚN LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS

El problema de la autonomía hace referencia al Estado y su constitución dentro de la mentalidad moderna. Ese Estado se fundó en la idea de un poder soberano único sobre toda la sociedad homogénea, con iguales derechos para sus miembros, sometido al mismo orden jurídico. Consiguientemente se perseguía la uniformización de una sociedad heterogénea y múltiple, subordinándola a un poder centralizador y benefactor que concentra el poder sin la posibilidad de participación de los sectores sociales y pueblos indígenas en las decisiones e intereses nacionales.

En Bolivia al igual que en muchos países con población indígena, la República se constituyó por un grupo de criollos y mestizos, que impuso su concepción del Estado moderno a los pueblos indígenas, ignorando deliberadamente la existencia de diversos pueblos, con características específicas como la lengua, las costumbres, las tradiciones, la organización social, etc., que constituyó el abanico de las culturas indígenas existentes en este espacio. Este hecho llegó al extremo del olvido, exclusión, integración forzosa y homogenización dentro del marco de los Estados nacionales. Es decir que,

"los Estados nacionales en América Latina intentaron constituirse a imagen y semejanza del Estado Europeo, como una imposición de un dominio que negó la diversidad existente y los intereses que la constituían. Los criollos buscaron mediante la idea del **orden y del progreso** legitimar su afán homogenizador"³⁸.

Al dejar al margen de esta constitución, sin posibilidades de participación en las decisiones e intereses nacionales a los pueblos indígenas, los Estados nacionales nacen con una tensión interna entre

³⁸ . TORRES, Adalberto: Pueblos Indígenas en América Latina, 1999, pagina 98.

el poder central que intenta imponer la unidad entre los diversos pueblos a través "de las reducciones en reservaciones o las deportaciones masivas (como en la Rusia de Stalin), hasta formas de violencia disfrazada, como las políticas de integración forzada a la cultura nacional homogeneizada". Un proceso similar se vivió en Bolivia con la Revolución Nacional de 1952, cuando desde el Estado se busco homogeneizar a la diversidad étnico-cultural, a través de la distribución de tierras, la castellanización y la denominación de ciudadanos.

En suma, la constitución de los Estados nacionales respondió a una necesidad de establecer una unidad política y una identidad cultural en una agrupación de grupos múltiples con intereses diversos. No fue el resultado de un pacto entre partes iguales. De hecho se constituyó por la imposición de una parte de la población sobre el resto del grupo. La constitución de los Estados fue ajena a la realidad diversa en lo geográfico, cultural, social, ambiental y lingüístico.

2.2.2 PROPUESTAS DE AUTODETERMINACIÓN

En Bolivia y en otros países con importante población indígena, los pueblos indígenas han venido reclamando insistentemente el derecho a la autodeterminación, como condición necesaria para la solución definitiva de sus problemas y en aras de ejercer este derecho a través de un régimen de autonomías en el marco de los Estados nacionales donde se encuentran insertos. Estas reivindicaciones encuentran su sustento en los documentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, los Pactos Internacionales, el Convenio 169 de la O.I.T., etc., que reconocen y garantizan los legítimos derechos de los pueblos indígenas, no consagrados a lo largo de la historia de los Estados nacionales. Estos documentos –muchos de los cuales han sido suscritos por algunos Estados, y ratificados por Leyes- dan

sustento legal a los pueblos indígenas que requieren de autonomía para que puedan asumir las decisiones así como el control sobre sus propios asuntos.

2.2.2.1. LA PROPUESTA DEL ESTADO PLURINACIONAL

La propuesta de Estado plurinacional que plantea el MAS sugiere la idea de autodeterminación. Esta propuesta reconoce, entre otros principios, la unidad y la plurinacionalidad. El principio de unidad, sin embargo, se refiere más bien a la integridad del territorio: “No se puede desconocer el carácter unitario de nuestro territorio, la vida republicana entre sus logros se anota el hecho de haber mentalizado a su población la unicidad de todo su territorio”³⁹.

Según el MAS, el principio de plurinacionalidad se fundamenta en el fracaso de la consolidación de **una nacionalidad boliviana** y la **reidentificación de las nacionalidades indígenas y originarias** expresada en los resultados del Censo 2001 donde **se constata que el 62% de la población se identifica como indígena** y en la existencia de convenios internacionales –como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-, en el que se declara los derechos de los pueblos indígenas y originarios.

A partir de estos criterios se concluye que “está fuera de contexto cualquier razonamiento que por lo menos pretenda soslayar esta realidad, más en *un Estado como el nuestro en el que existe la diversidad cultural, no como etnias sino, como verdaderas nacionalidades*” (:33, cursivas nuestras). Diversidad que se manifiesta en la presencia de “más de 36 nacionalidades existentes en el pueblo boliviano. Algunas de las mismas serían los *Aymaras, Quechuas, Urus,*

³⁹ . MAS. Propuesta de estado Plurinacional, Acta de la Comisión de Visión de País.

Afroboliviano, Guaraní, Chiquitano, Guarayo, Ayoreo, Tapieté, Wenhayek, Paiconeca, Araona, Baure, Canichana, Cavineño, Cayuvaba, Chácobo, Chimán, Esse Ejja, Itonama, Joaquiniano, Leco, Machineri, More, Mosetén, Moviada, Mojeño, Nahua, Pacahuara, Sirionó, Tacana, Toromona, Yaminahua, Yuqui.

Según la propuesta del MAS, estas naciones han mantenido una lucha por su reconocimiento como tales en la Constitución Política del Estado y a partir de ello poder participar en el quehacer político, social y económico nacional, es decir, la diversidad cultural de la sociedad debe expresarse en la trama estatal mediante el reconocimiento constitucional de nacionalidades indígenas y originarias que son consideradas como referentes del pluralismo nacional, y este es definido a partir de lo étnico-lingüístico.

Pese a que se proclama que las formas de gobierno serán definidas en los **territorios autonómicos departamentales, regionales, de las nacionalidades indígenas y originarias y municipales**, la propuesta del MAS solamente reconoce tres niveles en la “estructura territorial” del Estado: nacional, meso o intermedio y local, y solamente en este tercer nivel se introducen las unidades territoriales indígenas autónomas.

Al respecto, Mayorga sostiene:

“de esta manera, la plurinacionalidad es utilizada de manera nominal puesto que las nacionalidades no son entendidas como comunidades nacionales con atribuciones de autogobierno a partir de las cuales se reconfigure la división política-administrativa del país, además, estas unidades territoriales (nacionalidades indígenas) convivirían con otras unidades territoriales

(departamentos o regiones) que, en conjunto, se someten al Estado unitario plurinacional”⁴⁰

Otra propuesta que sugiere la idea de autodeterminación es la de la Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia, la plurinacionalidad se manifiesta en la existencia de naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, a quienes se reconoce como colectividades diferenciadas de la ciudadanía como cuerpo electoral y se les concede autonomía territorial. En el primer caso, el “Estado plurinacional implica que los poderes públicos tengan una representación directa de los pueblos y naciones indígenas y originarias campesinas según usos y costumbres, y de la ciudadanía a través del voto universal”. En el segundo caso, la finalidad de la autonomía es “garantizar la unidad pluricultural del país y la autodeterminación y autogobierno de los pueblos y naciones indígenas originarios y campesinos”⁴¹

En esta propuesta el Estado es definido como plurinacional y la unidad es uno de sus principios –la unidad plurinacional- que se traduce en un régimen de ordenamiento territorial que se sustenta en las autonomías indígenas que son resultado de procesos endógenos: “Las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos se auto-constituyen en autonomías territoriales a partir de sus propios criterios lingüísticos, históricos, culturales, de continuidad geográficas, organizativos”. Estas autonomías se definen a partir de: territorio, gobierno y administraciones propias, normas propias, administración de justicia, control y gestión comunitaria y patrimonio, presupuesto y recursos propios, pero también con base en **población culturalmente diferenciada** mediante idioma,

⁴⁰ . MAYORGA, Fernando. La propuesta del Estado Plurinacional. Texto disponible en la web.

⁴¹ . Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia.

cultura e historia, lo que remite a la diversidad étnico-lingüística como base de las autonomías indígenas.

De esta manera, el derecho al territorio corresponde a una identidad indígena que busca su autodeterminación como pueblo o nación, lo que implica plantear procesos de construcción de nación en el marco de la construcción del Estado nación boliviano. Ese es el aspecto más relevante de esta propuesta de Estado plurinacional puesto que el ordenamiento territorial se inicia con la **constitucionalización** de las autonomías indígenas originarias y campesinas... “como un paso hacia su autodeterminación”.

2.2.2.2. ANÁLISIS DE LA DEMANDA DE AUTODETERMINACIÓN

El derecho a la Autodeterminación o libre determinación de los pueblos no ha sido aprobado por Naciones Unidas como parte de una Declaración Universal de Derechos Indígenas. Para algunos de sus impulsores su ejercicio no pondría en cuestión la unidad nacional representada por el Estado puesto que se trata de un **concepto de autodeterminación interna, y no externa** y que:

“numerosos países del mundo cuentan con regímenes autonómicos diversos... [y que] las autonomías tienden a fortalecer la unidad nacional en vez de minarla, ya que implican un compromiso mayor de todas las partes en el mantenimiento del pacto federal o nacional”⁴².

Esta idea de autodeterminación contrasta en algunos aspectos con la que ha sido desarrollada en la doctrina y por representantes del pensamiento indígena en América Latina.

⁴² . MAYORGA, Fernando. La propuesta del Estado Plurinacional. Texto disponible en la web.

La Autodeterminación ha sido definida en la doctrina como:

"Un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos"⁴³.

En este sentido, la autodeterminación no corresponde al sentido etimológico de la palabra, equivalente a independencia. Existen, sí, las facultades de gobierno, legislación y organización interna propia. Pero así mismo están subordinados en el ejercicio de sus atribuciones a la tutela política del gobierno central: pues pueden ejercer solamente aquellos poderes que delegue el gobierno central.

La autodeterminación como señala Díaz Polanco, no busca satisfacer los intereses de algunas comunidades, sino que intenta asegurar la integración de la sociedad nacional basándose en la coordinación, en vez de la subordinación, de las colectividades que integran el Estado. En este sentido, la autodeterminación se asimila a la idea de autonomía. Por medio de la autonomía se pretende distribuir las competencias de las colectividades del Estado, con el objetivo de velar por los intereses de la colectividad en su totalidad, por lo que el fundamento jurídico y político del régimen de autonomía estaría en la ley fundamental del Estado y no en las mismas comunidades. Aunque la Constitución reconoce, limitadamente, los sistemas normativos de los pueblos indígenas originarios, al regular un régimen de autonomía, las comunidades indígenas se regirían por su propio Derecho Consuetudinario.

⁴³ .BORDA, Eugenio. El Estado moderno y la sociedad de masas. Editorial Pleyade, Buenos Aires, Argentina, 1998, página 123.

Al interpretar estos conceptos, se establece que la autodeterminación o autonomía es una facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias (costumbres), por sus autoridades elegidas en su seno. Es un sistema que puede cobrar vigencia dentro de un Estado del cual es parte integrante.

Se desprende claramente que los pueblos indígenas pretenden ejercer este derecho como una forma de participación directa en la vida política, económica y cultural. Este constituye el derecho de los pueblos indígenas a elegir a sus propias autoridades para administrar justicia, ejercer el control de todos los procesos sociales y culturales, los recursos naturales del suelo y subsuelo que se hallan en los territorios indígenas.

Este derecho constituye un respeto a los derechos propios para desarrollar la identidad, la cultura, el arte, las costumbres, el reconocimiento de las organizaciones, el reconocimiento de las tierras y territorios; es decir el derecho de disponer de los medios materiales necesarios para el progreso de los pueblos diversos del país. Es un derecho a intervenir en forma directa y permanente en todos los asuntos, planes, programas, proyectos que tengan relación con las vidas y destinos de los indígenas. En el aspecto político, la autonomía implica una organización política fundada en el autogobierno, el rescate y reconocimiento de la historia, particularmente de las tradiciones democráticas y comunitarias de los pueblos indígenas, afianzándose así el vínculo estrecho entre el pasado y la construcción de un futuro mejor.

El concepto de Autodeterminación según la visión indígena también conlleva la aplicación y ejercicio de una verdadera democracia

participativa, además del reconocimiento de las formas tradicionales de la organización comunitaria, el respeto a la vida y el ejercicio de uno de los derechos fundamentales; que es muy diferente del formalismo de la democracia actual, en donde sólo los que ostentan el poder económico acaparan también el poder político, sin la participación real de los diversos pueblos.

En el aspecto económico, supone un control efectivo de los recursos existentes en los territorios indígenas para destinarlos al servicio de la comunidad local, y evitar que sean explotados en beneficio exclusivo de las empresas extranjeras. De este modo, la autodeterminación está estrechamente relacionada con el medio ambiente, con el tema del desarrollo sustentable.

La Autodeterminación, en el frente educativo y cultural, obliga a elaborar alternativas a un sistema de educación que ha destruido las culturas indígenas. Esto no puede ser más que una Educación Intercultural Bilingüe, que responda a su cosmovisión, a su filosofía y que se imparta en los idiomas respectivos. Por lo tanto, la tarea es luchar por la implantación de este sistema educativo, pero exigiendo importantes mejoras en su calidad, lo que supone una mejor formación de los profesores con recursos suficientes. Así se podrá rescatar las culturas originarias y desarrollarlas. En el marco de esas referencias se han realizado varias propuestas de autodeterminación.

En América Latina, existen experiencias de reconocimiento formal de autonomías territoriales de los pueblos indígenas de Colombia Ecuador y Nicaragua entre otros, como también de autonomías no formales. De lo que se trata es de garantizar el propio gobierno a una comunidad indígena dentro del ámbito de la soberanía del Estado. En este sentido, cuando los Estados emplean el término **autonomía** se refieren a la

capacidad que un grupo tiene para reglamentar un cierto número de actos que el Estado supervisa habitualmente. Lo importante es destacar que los ámbitos de autonomía se definen Constitucionalmente o a través de la legislación interna, tal como se piensa para el proceso autonómico departamental que vive Bolivia.

Cuando los pueblos indígenas enfrentan su relación con el Estado desde la praxis y la teoría de las autonomías, saben que tienen que defenderse de las restricciones posibles y tienen que luchar por las ampliaciones necesarias para su buen desarrollo. Por eso las ideas de autonomía o de libre determinación conllevan teorías y posibilidades totalmente diferentes a las que se han desarrollado en el derecho positivo. Esas ideas indígenas han evolucionado en el seno del Derecho Internacional

En el ámbito de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos los Pueblos Indígenas han logrado recientemente ocupar espacios definitorios. Desde 1970 las Naciones Unidas, a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, que tuvo el mandato de elaborar una investigación sobre el problema de la discriminación de las poblaciones indígenas, comenzaron actividades en relación a las cuestiones indígenas.

En el Convenio 169 la capacidad jurídica de derecho internacional de los pueblos indígenas, se limita el concepto de **pueblo** referido a los pueblos indígenas al de simplemente **población**: “La utilización del término **pueblos** en este Convenio no deberá interpretarse en el

sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”⁴⁴

El artículo 1 del Pacto sobre derechos civiles y políticos reconoce que “**todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...**” y que en virtud de este derecho determinan su condición política y las bases de su desarrollo. Esto significa que para el derecho internacional, según los Pactos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, las sociedades designadas como **pueblos** tienen derecho a la libre determinación.

El contexto histórico del nacimiento de este artículo está signado por los procesos de descolonización. Es decir, los Estados que se habían formado producto de la descolonización necesitaban reconocimiento internacional a su derecho de existir como tales, y esto involucra la no injerencia de otras fuerzas externas sobre su libertad.

La condición reclamada por las organizaciones indígenas es la de ser sujetos del derecho a la libre determinación como pueblos. Hay dos interpretaciones del concepto **pueblo**. La primera proviene de una tradición política que identifica el concepto de pueblo con el conjunto de ciudadanos que conforman un país. Por ejemplo el principio de que **la soberanía radica en el pueblo**, afirmada por los Estados modernos, como Bolivia, hace referencia al conjunto de personas identificadas con el país.

La segunda acepción del concepto pueblo está más cerca del concepto de **nación**. Se identifica al pueblo con la nación, por tanto un pueblo o una nación es el conjunto de personas que comparte una misma

⁴⁴ OIT. Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y tribales independientes.

historia, un mismo lenguaje y un sentimiento común. El significado de **pueblo**, según la primera acepción, está identificado inevitablemente con el Estado; es decir, el pueblo es soberano cuando ha logrado conformar un Estado. En cambio, en la segunda acepción, un **pueblo o nación** existe independientemente de si su opción política es la de formar un Estado o no, el vínculo no es necesario.

A partir de esas referencias Stavenhagen establece que “no existen razones jurídicas para negarle a los pueblos indígenas ser sujetos del derecho a la libre determinación por su condición de pueblos, mas bien los argumentos en contra son políticos, dado el miedo de los gobiernos por el peligro a su soberanía e integridad territorial. La última palabra sobre este tema no se ha escrito; pero lo que sí está claro es la falta de definición que algunos instrumentos de derecho internacional, comenzando por la Carta de Naciones Unidas, dejan del concepto **pueblo**, aunque hayan reconocido como nuevo sujeto de derecho internacional a los pueblos”.

El desarrollo de los derechos indígenas en el derecho internacional implica que ninguna consideración acerca de esos derechos estaría completa sin la consideración del principio de libre determinación. El principio de libre determinación responde a las demandas articuladas reiteradamente por los pueblos indígenas; pero, además, es un principio respaldado por instrumentos jurídico-internacionales numerosos y relevantes. Este es un principio consolidado en el derecho internacional consuetudinario, es obligatorio y universal, que no puede ni debe ser reivindicado sólo por los Estados, quienes se oponen tanto.

Esto quiere decir, primero, que el concepto de **libre determinación** es un principio fundamental en el derecho internacional, y no puede ser

negado o rechazado por simple opción política. Segundo, que la naturaleza del principio de libre determinación está en su propiedad de ser un **derecho humano**, por tanto su aplicación es universal y debe entenderse que beneficia a todos los sectores de la humanidad. Tercero, aunque discutida la posición, los pueblos indígenas en virtud de su identidad diferenciada de otros pueblos son titulares del derecho a la libre determinación.

Los Estados se oponen a reconocer este derecho a los pueblos indígenas porque creen que se trata de una búsqueda de **estatización**. La fuente de esta situación está, lo dijimos, en los procesos de descolonización de siglos pasados, por el cual los pueblos buscaban liberarse de una situación colonial. Es un error restringir el derecho a la libre determinación a la idea de estatización.

De este modo, se puede concluir que el principio de autodeterminación o libre determinación contiene dos aspectos normativos:

- 1) La capacidad que tiene el pueblo para otorgarse sus instituciones de gobierno, que refleje sustancialmente los procesos guiados por la voluntad del pueblo.
- 2) La libre determinación exige que el diseño de esas instituciones de gobierno propio le permitan al pueblo vivir y desarrollarse libremente de forma continuada.

Estas formas del principio de libre determinación, constitutiva y continuada, se corresponden con las dos partes del principio redactadas en el artículo 1 del Pacto de derechos civiles y políticos. El primero, constitutivo, en relación con el derecho a **determinar libremente su condición política**; y el segundo, continuado, en

relación a la persecución libre de su **desarrollo económico, social y cultural**.

A partir de estas referencias se pueden sintetizar algunas ideas al respecto. La primera, es que en el derecho internacional contemporáneo el principio o el derecho de libre determinación se aplica en alguna medida a los pueblos indígenas. La segunda idea dice que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no se restringe automáticamente, ni principalmente, a la obtención de Estados independientes. Esto es así no sólo por voluntad de los pueblos indígenas, sino porque el principio en sí mismo (sustancialmente) no es restrictivo a ese fin. La tercera idea lleva a establecer que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas puede ser aplicado como sinónimo de **autonomía** o **autogobierno**, porque su existencia no depende de la demanda de los pueblos indígenas y la aceptación de los Estados como si se tratara de una concesión.

Estas ideas sobre la Autodeterminación o libre determinación establecidas por el derecho Internacional que establece y consagra los derechos de los pueblos indígenas originarios han sido ratificadas de una manera indirecta por varios autores y representantes de estos pueblos.

En efecto, la mayoría de las propuestas planteadas desde la perspectiva *aymara* si bien destacan la especificidad de las naciones originarias, defienden y plantean la unidad del Estado nacional. La demanda de Autodeterminación es integracionista, es decir, apunta a la integración del Estado, y no a la creación de varios Estados. Como señala una reciente investigación,

“las voces de que los *aymaras* pretenden la construcción de su propio Estado no capturan el verdadero sentimiento y pensamiento que, insistimos, esta en una lógica integracionalista, por el mismo devenir histórico y por la misma realidad política actual que le toca vivir”⁴⁵

Estas referencias conducen a reafirmar la idea de que la autodeterminación de los pueblos indígenas originarios se enmarca en lo establecido por el Convenio 169.

⁴⁵ . GALINODO, Mario y otros. Visiones aymaras sobre la autonomía. PIEB, La Paz, Bolivia, 2007, pagina 318.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS AVANCES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS EN EL CASO BOLIVIANO

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS AVANCES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS EN EL CASO BOLIVIANO

Los derechos de los pueblos indígena originarios han sido objeto de tratamiento en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos. Es en ése ámbito donde se han iniciado los principales cambios y avances, los cuales posteriormente se han expresado en los marcos constitucionales y la legislación secundaria de los países que suscribieron ése Convenio. Por eso es muy importante analizar ese ámbito para establecer cuales son los principales avances del reconocimiento de los derechos de estos pueblos.

A continuación se desarrolla un análisis de los avances de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígena originarios en la normativa correspondiente al derecho internacional, tomando como pieza fundamental al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); El objetivo es determinar los avances y las limitaciones que consagra la normativa del derecho internacional en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas originarios se refieren. También se formula la Propuesta de la investigación como una contribución a la solución de los problemas identificados en el estudio desarrollado.

1. LOS CAMBIOS DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tal como se ha señalado, el tratamiento de los derechos de los pueblos indígena originarios se han dado principalmente en el ámbito del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, es decir, estos derechos han sido considerados como parte o elementos del sistema de derechos humanos establecido a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Si bien existen varios Convenios sobre los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT es el paso mas importante, por su significado y sus avances, razón por la cual se analiza el mismo.

1.1 CONTENIDOS Y ALCANCES DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

En 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. “La ratificación de éste Convenio significa que los Estados firmantes admiten **el pluralismo jurídico interno** bajo el techo Constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales (pueblos indígenas) distintas a las instituciones estatales (organismo o poder judicial, etc.).

El Convenio 169 de la OIT no reduce el reconocimiento del Derecho Consuetudinario a los **casos civiles**, sino que expresamente dice que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Art. 9, inc. 1), con lo cual tampoco el Convenio 169 pone un límite material al derecho consuetudinario.

El Convenio se aplica:

A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus

propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; 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 y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

- 1) 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.
- 2) La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

El Convenio establece:

- a.** “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
- b.** El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas

regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

- c.** Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
- d.** Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan⁴⁶.

En su artículo 8 señala que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 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.

El Convenio establece que al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. "La utilización del término tierras en los

⁴⁶ . O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada, 1992, pág.1.

artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera⁴⁷.

Bajo la vigencia del Convenio 169, los gobiernos nacionales deberán reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Se indica que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

En el Artículo 15, el Convenio consagra los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre

⁴⁷ O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada, 1992 Artículo 13, pág: 6

otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”⁴⁸.

En 2007, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración de los Pueblos Indígenas como una forma de reconocimiento de los derechos de las colectividades desde el derecho internacional. El Estado boliviano suscribió ese documento y lo incorporó en su sistema legal a través de una ley de la República aprobada por el Congreso Nacional.

En la Declaración, las Naciones Unidas llama a respetar y promover los derechos intrínsecos de los Pueblos Indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos. Es urgente la necesidad de respetar y promover los derechos de los Pueblos Indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados, añade.

La Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las

⁴⁸ . O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada,1992,pág. 8

libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera. La Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como la Declaración de Viena y el Programa de Acción afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Los Pueblos Indígenas sufrieron injusticias históricas como resultado de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

La Declaración establece que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación, condena las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales porque **son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.**

La Declaración está compuesta por un Preámbulo y 45 Artículos, los de mayor relevancia son los siguientes:

Artículo 1.- Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2.- Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena.

Artículo 3.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la **libre determinación**. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4.- Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el **autogobierno** en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

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

La Declaración reconoce que los 370 millones de indígenas estimados en el mundo tienen derecho a la **autodeterminación**, a determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto, y a poseer **tierras, territorios y recursos que han sido suyos tradicionalmente** o que hayan comprado, usado o adquirido.

2. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL DEL CONVENIO 169 EN BOLIVIA

El Convenio 169 de la OIT fue suscrito por varios países, unos con importante población indígena como Guatemala, México, Perú y Bolivia, y otros con menor población de esas características culturales como Argentina y Chile.

Los principales efectos de la suscripción de ese Convenio se efectuaron en las Constituciones, en tanto algunos de esos países incorporaron los contenidos del Convenio en sus respectivas constituciones y legislación secundaria, es decir, en las leyes. Bolivia fue uno de los principales países que recepcionó los elementos del Convenio en su Constitución Política del Estado, a través de la reforma constitucional de 1994.

2.1 LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En Bolivia, en el marco de la suscripción del Convenio 169 de la OIT, se han dado significativos avances para el reconocimiento estatal del Derecho consuetudinario de las comunidades originarias. Entre estos avances están, primero la Ley 1257 en la cual el Estado boliviano aprueba y ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convenio decisivo para este reconocimiento; y segundo, la modificación del Art.1 de la Constitución Política del Estado, reforma en la que se sostiene que Bolivia **es multiétnica y pluricultural**.

No hay duda de que estos son avances de gran importancia para cambiar profundamente las relaciones entre el Derecho Consuetudinario y el Estado. A partir de los mismos es posible formular propuestas para resolver la situación de exclusión de las normas e instituciones consuetudinarias. Estos avances, sin embargo dejan vacíos sin llenar, a partir de los cuales este Derecho en la práctica no acaba de ser reconocido por el Estado boliviano. Veamos en que consisten estos avances y sus limitaciones.

Los avances logrados en términos de reconocimiento del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Originarios se inscriben en los marcos generales de su lucha por sus derechos fundamentales. Estos pueblos han luchado por el respeto a sus territorios y habitantes, su cultura y sus

instituciones auténticas y por los Derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En efecto, durante el Gobierno del Lic. Jaime Paz Zamora, el Congreso Nacional de la República aprobó la Ley de adhesión al Convenio 169 de la OIT, con la que el Estado boliviano ha dado, tal como se demostrará a continuación, un paso significativo hacia el reconocimiento del Derecho Consuetudinario. El Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en junio de 1989, se basa en un concepto fundamental: el respeto. Esta premisa significa: "respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad propia"⁴⁹.

Éste Convenio que consta de 10 Partes y 44 Artículos, sostiene que "ningún Estado o grupo social tiene el derecho de negar la identidad que pueda afirmar un pueblos indígena o tribal"⁵⁰. Entre los elementos que deberán respetar y desarrollar los Gobiernos que se adhieren a este Convenio, están: el territorio, las personas, las instituciones, los bienes, la cultura, el medio ambiente y el Derecho Consuetudinario. Sobre éste elemento, el Convenio afirma:

"La necesidad de que la legislación nacional y los tribunales tomen debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Se deberá respetar, por ejemplo, los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los cometidos por sus propios miembros"⁵¹.

⁴⁹. O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada, 1992, pág.1.

⁵⁰.Ídem.

⁵¹. O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada, 1992, , pág. 2

Este aspecto, es decir, el Derecho Consuetudinario, está desarrollado en los Artículos 8, 9 y 10 de la Primera Parte titulada Política general. Sintéticamente, los Artículos en cuestión sostienen las siguientes puntualizaciones:

- 1) Las costumbres o el Derecho Consuetudinario deberá considerarse toda vez que se aplique la legislación nacional de cada país."Las autoridades y los tribunales llamados ha pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia"⁵².
- 2) Los pueblos originarios tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones, "siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Toda vez que sea necesario, se deberán establecer procedimientos para resolver los problemas emergentes de la aplicación de este principio.
- 3) Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a los miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. "Deberá darse preferencia a tipos distintos del encarcelamiento".

Al analizar los alcances de estos principios se puede establecer que, en primer lugar, los mismos son de carácter general. No puede ser de otra manera, ya que se trata de un Convenio que los países que lo suscriben deberán profundizar y especificar cada uno de sus principios. El Art. 8 del

⁵² . O.I.T.-Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes". Edición actualizada, 1992, pág.11.

Convenio afirma, entre uno de sus puntos, el principio del respeto al Derecho Consuetudinario cuando sostiene que "al aplicarse la legislación nacional a los pueblos deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres". Pero, ¿cuáles son los alcances de este respeto o qué significa el mismo? No se trata de un respeto absoluto en el sentido de permitir que el mismo funcione desarrollando todos sus elementos, se trata, más bien, de un respeto relativizado en los marcos del sistema jurídico nacional y de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En otros términos, en el Convenio se respetan todos aquellos elementos del Derecho Consuetudinario que no resulten incompatibles con este sistema y estos derechos. Esto significa que el Derecho Consuetudinario, pese a que se lo reconoce y respeta, no podrá desconocer los marcos constitucionales y de los derechos universales. Deberá operar al interior de sistemas mayores y sin sobrepasar ni ignorar los límites de los mismos.

Se hace evidente que el principio del respeto supone aquí el principio de la adaptación: el Derecho Consuetudinario deberá adecuar sus elementos a los preceptos de estos sistemas jurídicos. Si el principio del respeto afirma que estos sistemas no deberán ignorar a las normas consuetudinarias, el principio de la adecuación sostiene que éstas no deberán ignorar a los preceptos nacionales e internacionales.

No hay duda de que estos principios elevan al Derecho Consuetudinario al nivel de un componente específico del sistema de Derecho nacional, y al que se le reconoce la potestad de crear derecho de igual manera que a los municipios y universidades. Sin embargo, en Bolivia hasta el día de hoy las comunidades originarias no tienen personería jurídica. Este es un vacío por llenar. Es evidente que la aplicación de estos principios puede eventualmente generar conflictos entre el Derecho Consuetudinario y la legislación nacional.

Así, por ejemplo, algunas de las costumbres practicadas sobre sanciones de los delitos en las comunidades originarias, como el castigo corporal con agravante de la muerte y el castigo en los familiares próximos al trasgresor, resultan incompatibles con los contenidos de la actual legislación penal. Al respecto, el Convenio sostiene que deberán establecerse los procedimientos adecuados para solucionarlos.

Estos procedimientos sugieren, a su vez, la necesidad de crear nuevas instancias institucionales en la estructura de la organización del Poder Judicial, instancias que coadyuven la administración de justicia en el marco del respeto al Derecho Consuetudinario. La actual organización judicial no contempla esta necesidad. Este es otro vacío que se debe llenar. Otro de los elementos importantes del Convenio es la aplicación de sanciones penales de acuerdo a las características económicas, sociales y culturales de los inculpados.

Este punto parece cuestionar el principio de igualdad ante la ley consagrada por la Constitución Política del Estado. Como se sabe, la Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República, sean éstos indígenas o no. La expedición de leyes especiales está permitida únicamente por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas. Este es un problema que plantea pero que no resuelve el citado Convenio.

Para finalizar este análisis del Convenio 169 de la O.I.T., ratificado y elevado a ley de la República por el Estado boliviano en 1992, debemos decir que el mismo constituye un avance significativo para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario de las comunidades indígenas en la medida en que, por un lado, respeta a este Derecho, y, por otro, lo adecua al sistema de Derecho nacional. De esta manera, ésta ley marca un hito de gran significado para la transformación de las relaciones de

exclusión entre el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios y el Derecho del Estado boliviano.

2.2 EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La modificación del Artículo 1 de la C.P.E. y el reconocimiento del Derecho Consuetudinario. Otro de los importantes avances hacia el reconocimiento del Derecho Consuetudinario de las comunidades originarias es la modificación del Art.1 de la C.P.E. consignado en la Ley de Necesidad de la Reforma sancionada por el Congreso Nacional en abril de 1993 y promulgada por el Gobierno del Lic. Jaime Paz Zamora (Ley 1473).

Esta modificación introduce en el texto Constitucional un aditamento que dice que Bolivia "Es multiétnica y pluricultural, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos"⁵³. El reconocimiento de la condición étnico-cultural múltiple y plural de Bolivia adquiere un relieve excepcional en la medida en que es la primera vez que esta condición es consignada entre las Disposiciones Generales de la Carta Magna. Ninguna de las anteriores Constituciones consagraba entre sus disposiciones este reconocimiento de la realidad étnico-cultural del país. La CPE boliviana reconoce la existencia de los Pueblos Indígenas y Originarios en el Artículo 1, y sus derechos económicos, sociales y culturales en el Artículo 171, pero de ninguna manera el Derecho a la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas y Originarios, ni en su sentido fuerte, descolonizador, ni en el sentido funcional de autonomías

Si desde siempre se ha pretendido homogeneizar a esta realidad diversa; ahora se admite su heterogeneidad, lo cual, sin embargo, no significa alentar la dispersión de la Nación, ya que esta diversidad étnico-cultural está fundada en **la unión y la solidaridad de todos los bolivianos**. Así lo

⁵³.Gaceta Oficial, Año XXXIII Núm.1779, pág. 2.

establece el artículo constitucional modificado. Esta modificación ha sido ideada en base los principios de la diversidad y de la unidad, lo cual parece coincidir con los principios del respeto y la adaptación que orientan a la Ley 1257 comentada antes.

En este sentido, la reforma del artículo de la Constitución puede dar lugar no sólo al reconocimiento pleno de las normas consuetudinarias comunitarias por parte del Estado, sino también, a la promulgación de disposiciones fundamentales como la asignación de personería jurídica a las comunidades y al reconocimiento de de las autoridades tradicionales como elementos coadyuvantes en la administración de justicia penal.

De ésta manera se puede afirmar que con la esta reforma se han sentado bases constitucionales para el reconocimiento pleno de las normas e instituciones consuetudinarias, lo que no quiere decir que el proceso de reconocimiento del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios sea una dinámica ya concluida o cerrada.

2.3 AVANCES EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Los avances desarrollados en la Constitución Política del Estado con respecto a los pueblos indígenas originarios no se limitan al Artículo 1, ya que se extiende a los Artículos 170 y 171 que establecen importantes avances en relación al reconocimiento de las tierras de origen y al reconocimiento de la Justicia Comunitaria. Estos avances en la Constitución Política se han plasmado en la legislación ordinaria.

En efecto, en el marco de esas normas se han elaborado la Ley del Instituto de Reforma Agraria y su posterior reforma plasmado en la Ley de Reconducción Comunitaria de la Ley INRA. Se ha reconocido la Justicia Comunitaria al interior del procedimiento penal y se han reconocido a los pueblos indígenas

como sujetos participantes en el proceso electoral, participación consagrada por el Código Electoral y la Ley de Agrupaciones Ciudadanas.

El reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas Originarios que se ha producido en Bolivia constituye parte de un proceso general que se ha desarrollado en los países de América Latina con población indígena. Por ello a continuación se analiza ese avance.

3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INDÍGENA EN PAÍSES ANDINOS

En la década de 1990, en el marco de la suscripción del Convenio 169, se realizaron varias reformas constitucionales muy importantes en los países Andinos, particularmente Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Los cambios que cabe resaltar son fundamentalmente los siguientes:

- 1) el reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado,
- 2) el reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos (como oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe, protección de medio ambiente) y,
- 3) el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario. Junto con estas reformas dichos países también han ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Esto supone cambios muy importantes en la doctrina jurídica tradicional que se basaba en el monismo jurídico y la identidad Estado-Derecho. Igualmente cuestiona la noción clásica del Estado-Nación, en tanto **nación** se entendía como un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma y una sola religión. Tanto la ratificación del Convenio 169 de la OIT como las reformas constitucionales mencionadas, dan las pautas para la construcción

de un nuevo modelo de juridicidad, en el marco de un nuevo modelo de Estado Pluricultural.

3.1 LOS PRINCIPALES AVANCES

Los principales avances que se han producido en materia de reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas Originarios se refieren a la Autodeterminación y a la Tierra y Territorio.

- a. La Autodeterminación:** La Autodeterminación significa que un Pueblo Indígena que tiene un territorio definido, en él desarrolla su proceso de autodeterminación política y jurídica. El gobierno del territorio es competencia del mismo Pueblo. La esencia de este derecho es la libre elección y, por lo tanto, los propios Pueblos Indígenas crean en gran medida, el contenido específico de ese principio. Un Pueblo Originario ejerce su autodeterminación en diversos sentidos, por ejemplo cuando: Puede ejercer su derecho a la identidad sin discriminaciones, Aplica dentro de su territorio sus usos, costumbres y tradiciones como fuente de derecho, autorregula sus formas de organización social y de representación. Dispone de una estructura político administrativa y un sistema judicial separado y distinto, determinados por ellos mismos e intrínsecos a ese Pueblo o grupo.

La ONU ha establecido que la Autodeterminación es la condición básica para que los Pueblos Indígenas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales. Ahora bien, el núcleo de articulación de la problemática de derechos indígenas de tiene su eje en la libre determinación, que plantea un nuevo tipo de relación con el Estado boliviano hasta hoy solamente multiétnico y pluricultural. Este ejercicio de derechos comienza por el respeto a la

autodefinición de los pueblos indígenas en tanto pueblo, o, en cuanta nación, que establecerá los procesos y alcances de su autodeterminación.

Autodeterminación significa también la plena vigencia de la Institucionalidad y de los **saberes** indígenas en la toma de decisiones, para diseñar y administrar instituciones y políticas de desarrollo económico sostenible en el marco de sus propias culturas y expectativas en los ámbitos de Educación, Salud, Justicia comunitaria, Patrimonio cultural e intelectual, biodiversidad.

No es improbable que la correlación de fuerzas privilegie el alcance de la autodeterminación, circunscribiéndola al concepto de Autonomías Indígenas, muy próximas a las propuestas por la OEA (Arts. III, IV) y ONU (Arts. 3, 4, 5, 9, 32, 33 ,34) compatibilizando y negociando, articulaciones y competencias entre los distintos niveles de la administración pública, sin que los Estados nacionales pierdan su soberanía. En todo caso, inclusive un mínimo de Autonomía y Autogobierno indígenas serían un avance real en la conquista de sus derechos y esa es la oportunidad de la nueva CPE que emerja de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente.

Las falacias difundidas por la agresiva propaganda conservadora respecto a una supuesta división étnica del país, se esfuman ante la vigencia próxima de la fuerza argumentativa y ética de la normativa internacional.

- b. Tierra - territorio:** En las formulaciones de los pueblos indígenas está claro que el concepto de territorio no equivale meramente a

tierras o predios. El territorio no es simplemente el espacio geográfico delimitado por convenio. El territorio es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad.

“Existe una reciprocidad entre él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee éste. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones de un espacio rico en recursos y lleno de memoria”⁵⁴.

Por todo ello, el concepto territorial indígena es un tejido de relaciones biológicas, económicas, políticas, culturales y religiosas que las comunidades indígenas establecen con el entorno total, con el paisaje tangible e intangible culturalmente construido y reproducido. Es esta estrecha convivencia de lo espiritual y lo material que vuelven complejas e difícilmente asimilables a las categorías de la modernidad urbana occidental, las relaciones milenarias que los indígenas han establecido con su propio territorio y medio ambiente.

Según el Convenio 169, la utilización del término **tierras** incluye el concepto de **territorios**, es decir la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Esa totalidad incluye a los recursos naturales renovables y no renovables, limitados estos por el derecho

⁵⁴ . VALDERRAMA, Julio: Los pueblos Indígenas en América Latina. Región Andina, Comisión de Juristas, Lima, Perú, 2002, pág. 34

propietario del Estado, pero sometido al ejercicio del derecho a la consulta, y siempre que sea posible, *el derecho* la participación en los beneficios de la explotación de recursos naturales no renovables.

El Proyecto de Declaración de la OEA Art. XXIV.7 , más avanzado que la Declaración de la ONU (Art. 26, 10, 25) explicita no solamente de qué recursos se trata sino que estipula -a diferencia del Convenio 169 que meramente enuncia esa posibilidad- el deber de participación en los beneficios de esas actividades, por parte de los pueblos indígenas.

Respecto a este tema, el título indígena de la Ley de Hidrocarburos N° 3058, producto de las movilizaciones y propuestas indígenas- constituye la experiencia más avanzada en América Latina, de derechos indígenas a los recursos naturales a través de la Consulta obligatoria, previa e informada y la Participación en los beneficios, bajo la forma pecuniaria de los mismos, mediante un Fondo Indígena constituido por un porcentaje del IDH, previstos por la Ley Hidrocarburos. Creemos que ese logro del movimiento indígena marca la ruta para la constitucionalización de esos derechos y su aplicación, tanto referida al conjunto de los recursos naturales (agua, minería, biodiversidad, recursos forestales), cuanto el principio de obligatoriedad del Consentimiento previo, libre e informado aplicable a todos los ámbitos (OEA XIX, 5; ONU, 20) de modo que sea imposible invisibilizar nuevamente a los pueblos indígenas y las naciones originarias.

El cuadro comparativo sobre las reformas constitucionales que reconocen el Derecho Indígena o Consuetudinario (Véase el Anexo 1, pág.146), muestra algunos rasgos comunes, los que se indican a continuación. Los países andinos que han reformado la Constitución para este reconocimiento son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Estos estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

- c. **Caracterización pluralista de la Nación y el Estado:** El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos.

La fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene, básicamente, los mismos elementos y alcances. El verbo que utilizan todas las Constituciones es **reconocer** en la medida que el texto constitucional no está **creando** la jurisdicción indígena sino que está asumiendo oficialmente su pre-existencia, abriendo las posibilidades de su articulación y coordinación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente posibilita la reducción de la violencia y el caos. Muchos creen que con las reformas constitucionales se va a generar caos por la **creación** de muchos sistemas, pero los textos constitucionales

son claros al mencionar que no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social.

Las Constituciones mencionadas reconocen funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento es no vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como señala la Constitución peruana, o no violar la Constitución y las leyes, como indican las demás Constituciones. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

- d. **Sujeto de Reconocimiento:** El o los sujetos titulares del reconocimiento son los **pueblos indígenas y las comunidades indígenas y campesinas**. Las distintas cartas usan las palabras pueblos indígenas (Colombia, Ecuador), o comunidades indígenas y campesinas (Bolivia) y comunidades campesinas y nativas, así como rondas campesinas (Perú), de acuerdo a las formas de organización social indígena que han reconocido en la propia Constitución y leyes.
- e. **Las autoridades indígenas:** Cuando las Constituciones hacen referencia a las **autoridades de los pueblos o comunidades indígenas** se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida

social. Constituiría una falta de respeto al derecho a la propia vida cultural (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al derecho de auto identificación (Convenio 169 de la OIT) y a las normas constitucionales que reconocen autonomía organizativa de las comunidades y pueblos indígenas, que fuese alguna instancia estatal que pretendiese decir cuáles son las autoridades indígenas y no el propio pueblo o las comunidades indígenas. En este sentido, la Constitución Boliviana es la más clara al indicar a las autoridades **naturales** de las comunidades indígenas y campesinas.

Las Constituciones, con diferente terminología reconocen tres aspectos relevantes del derecho indígena:

- a. **La normatividad:** al referirse a las normas y procedimientos, las costumbres o directamente al derecho consuetudinario. El reconocimiento del derecho incluye no sólo a las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino también su potestad normativa específica, su competencia para producir normas (crearlas, modificarlas) a fin de regular su vida social y organizar el orden público interno.

- b. **La institucionalidad:** al reconocer a las diferentes autoridades indígenas. Esto incluye sus sistemas institucionales y los diferentes procesos de constitución o designación de autoridades.

c. La Jurisdicción: al reconocer funciones jurisdiccionales, de justicia o de administración y aplicación de normas propias.

Se puede decir que se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de su sistema legal o derecho, con sus propias normas, autoridades y procedimientos. Se reconoce tanto al órgano indígena que aplica el derecho, como al derecho mismo, el cual también es indígena. Con esto se supera fórmulas anteriores de reconocimiento parcial ensayadas dentro del modelo integracionista. Por ejemplo, se reconocía autoridades indígenas pero que debían aplicar el derecho estatal, o viceversa, se establecía que autoridades estatales aplicasen normas del derecho indígena, tratando de cooptar el derecho indígena.

“En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las Constituciones de Colombia y Perú comparten, *grosso modo*, los mismos criterios. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de la solución de conflictos internos sin precisar si es en razón de territorio, persona o materia”⁵⁵.

c.1 Competencia territorial: En las Constituciones de Colombia y Perú, el criterio fundamental de competencia es el territorial. Esto es, que rige la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina. En estos países, así como en los demás países andinos, la Constitución y leyes reconocen un espacio territorial a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.

En Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar que, en tanto se otorga funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da, por lo menos

⁵⁵.ITURRALDE, Diego: Los derechos colectivos indígenas. Revista Pueblos Libres, Quito, Ecuador, 1999, pág. 121.

dentro de los territorios reconocidos o tradicionalmente asumidos por dichos pueblos o comunidades.

c.2 Competencia Material. En ninguna Constitución se establece límite alguno a la competencia material de la jurisdicción indígena o del derecho indígena. Tampoco se limita los casos por la gravedad o cuantía de los mismos. El único límite que se establece es respecto de las sanciones que puede aplicar el derecho consuetudinario o indígena (no vulnerar derechos humanos), no respecto de los temas que puede conocer. En varios proyectos de ley al respecto se ha querido reducir inconstitucionalmente la competencia de la jurisdicción indígena a casos no graves o de poca cuantía (los que ven los jueces de paz).

Felizmente estos intentos reduccionistas no han prosperado puesto que muchas comunidades tienen capacidad para encarar temas graves como los homicidios, con respuestas más eficientes y culturalmente más adecuadas que la cárcel, por ejemplo con la sustitución de responsabilidades del difunto por el homicida hasta que los hijos del difunto lleguen a la mayoría de edad (hay casos documentados al respecto en Bolivia y Perú). Por supuesto, la decisión de qué casos conoce la jurisdicción indígena es una atribución de la misma, que depende de los intereses sociales relevantes.

En los casos de Colombia y Perú la jurisdicción indígena es competente para conocer todo tipo de casos que se presente dentro de su territorio. Las constituciones de estos países no le ponen ningún límite. En el caso de Bolivia la Constitución otorga a las autoridades indígenas **la función de administración y aplicación de normas propias en conformidad a sus costumbres y procedimientos**, por lo que tienen competencia

para intervenir en todos los casos de indígenas, dentro de su territorio. Inclusive, si su derecho o *costumbre* lo señala, pueden intervenir aún fuera de su territorio y aún en casos de no indígenas.

“En el caso del Ecuador, la Constitución establece que las autoridades tienen funciones de justicia para la solución de sus asuntos internos de conformidad con sus costumbres o Derecho Consuetudinario. Esto mínimamente les da competencia para resolver todos los asuntos que por razón de persona, territorio o materia sean indígenas. El texto constitucional, tal como está redactado, otorga al derecho consuetudinario la facultad de definir cuáles son dichos asuntos internos. Por ende se podría interpretar, como en el caso Boliviano, que las autoridades indígenas tendrían competencia, eventualmente, para resolver casos fuera de su territorio o incluso de personas no indígenas, si dentro de su derecho o costumbres consideran que las materias en discusión son de su competencia. La definición de qué es un asunto interno no es un atributo de la ley estatal sino del derecho indígena”⁵⁶.

d. Límites: Todas las Constituciones ponen límites al reconocimiento del derecho consuetudinario en correspondencia con los límites que también impone el Convenio 169 de la OIT, referidos a la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional ni de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Los países han empleado dos fórmulas. Una genérica, la peruana, que limita el reconocimiento del derecho consuetudinario a la no afectación de derechos fundamentales de las personas, concordante con el Convenio 169 de la OIT. Las otras Constituciones (Colombia, Bolivia, Ecuador) hacen una formulación más estrecha: no vulnerar la Constitución ni las leyes. Esta formulación ha generado grandes debates vinculados a la ley de desarrollo constitucional y a la interpretación de los alcances de la misma.

⁵⁶ . ITURRALDE, Diego: Los derechos colectivos indígenas. Revista Pueblos Libres, Quito, Ecuador, 1999, pág 121.

En Bolivia se discutió que ello no debería significar un límite a la justicia indígena en tanto que el reconocimiento constitucional estaba por encima de los códigos penales y otras normas, ya que de lo contrario se perdería el sentido mismo del reconocimiento.

“En Colombia la interpretación ha quedado a cargo de la Corte Constitucional, la cual en general ha obrado con criterio amplio y respetando la diversidad cultural aún cuando no calzase con el derecho positivo. Sin embargo, en un caso de aplicación de pena de destierro por una comunidad, tal fue denegada por la Corte bajo el criterio de que contravenía el debido proceso y que dicha pena no se encontraba en el ordenamiento jurídico colombiano, con un criterio diferente al de las otras decisiones”⁵⁷.

La Constitución de Perú (1993) establece en su artículo 149: 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.

La Constitución de Ecuador (1999) señala en su artículo 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de

⁵⁷ . ITURRALDE, Diego: Los derechos colectivos indígenas. Revista Pueblos Libres, Quito, Ecuador, 1999, pág. 123.

justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

La Constitución de México (reforma 2001) dispone en su Artículo 2 letra A. Esta Constitución reconoce y garantiza los derechos 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.
- IV. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y las 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.

V. 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.

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGINAS ORIGINARIOS EN BOLIVIA

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGINAS ORIGINARIOS EN BOLIVIA

Sobre la base de la descripción de la legislación constitucional comparada desarrollada en los anteriores capítulos, se establece que en los años 90 del siglo XX se han producido importantes avances en lo que se refiere al reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en algunos países de la región latinoamericana. Esos avances se han producido en el marco de las siguientes características:

- a.** Reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios, en el marco del Convenio 169 de la OIT. En todos los casos, incluido Bolivia, el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación se han producido en el marco de esa norma de carácter internacional, lo que implica que el proceso de avance del reconocimiento de esos elementos se ha producido en forma gradual y bajo diversas formas, según la influencia política de estos pueblos en cada país. Las Constituciones han recepcionado los principios y prescripciones del Convenio de forma diferenciadas y según el poder político que lograron los pueblos indígenas originarios.
- b.** Reconocimiento del Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas en el marco de los principios de los Derechos Humanos, es decir, en el contexto del derecho codificado y de inspiración no indígena u occidental. En efecto, tanto el Convenio 169 como las Constituciones que la suscribieron establecen el reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación en tanto que estos elementos no desconozcan ni violen los

supremos valores contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este sentido, el reconocimiento parcial del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios se ha producido y esta avanzando bajo el predominio de un sistema de derecho no indígena.

Pese a la importancia de esos avances, las demandas de reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios se han manifestado con fuerza en Bolivia, principalmente en el seno de la Asamblea Constituyente y bajo la forma de planteamiento de reforma legal.

En consecuencia, se puede afirmar que el problema del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios no ha sido resuelto definitivamente. El Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de estos pueblos continúa siendo un problema que debe ser resuelto.

PROPUESTAS

Frente al problema subsistente del reconocimiento del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos s Originarios, se formulan las siguientes Propuestas.

PROPUESTA 1: Reconocimiento expreso del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios por parte de la Constitución Política.

La actual Constitución Política no reconoce al Derecho Consuetudinario de forma expresa, es decir, en la parte correspondiente de la declaración de los principios (Parte Dogmática) ni en la Parte Orgánica. La Constitución Política se limita a hacer una mención a este derecho únicamente en la parte de los Regímenes Especiales, concretamente en la parte del Régimen Agrario y Campesino, con lo cual el Derecho Consuetudinario queda devaluado o no es reconocido en su verdadera naturaleza.

Por ello, en esta investigación se propone un reconocimiento expreso del Derecho Consuetudinario por la Constitución Política, bajo la siguiente fórmula:

“Esta Constitución Política reconoce el pluralismo jurídico como expresión del carácter pluriétnico y multicultural de la nación boliviana. En este marco reconoce la vigencia del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios, en sus diversas modalidades desarrolladas según los grupos étnicos y las regiones. Una Ley especial establecer los contenidos y límites de este reconocimiento”.

Este reconocimiento expreso debe estar integrado en la Parte Dogmática de la Constitución Política. Solo de esta forma se producirá un reconocimiento de este derecho como parte del reconocimiento del pluralismo jurídico que caracteriza a la nación boliviana.

PROPUESTA 2: Reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígena originarios en el marco de la unidad y soberanía política del Estado boliviano.

La Constitución Política vigente no hace ninguna referencia a la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios. En este sentido, la norma fundamental no ha recepcionado de forma integral los contenidos del Convenio 169 de la OIT. Por su lado, estas colectividades demandan una adecuación entre el carácter multicultural y pluriétnico de la nación boliviana, y la distribución territorial del poder. Sobre la base de esta referencia se sugiere la siguiente Propuesta:

“Se reconoce la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios bajo la forma de autonomía política interna, autonomía en la administración del territorio indígena y participación en la administración y gestión de los recursos no renovables ubicados en los territorios indígenas. Una Ley especial establecer los contenidos y límites de este reconocimiento”.

Este reconocimiento constitucional de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios, deberá ser incluido en la Parte Orgánica de la Constitución Política del Estado. A partir de estas Propuestas que son resultados de la presente investigación, se han diseñado 2 Anteproyectos de Ley, como una contribución de este estudio al problema analizado.

**CONCLUSIONES
Y
RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES

1. El tema del Derecho Consuetudinario y de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios es evidentemente y muy delicado, los pueblos indígenas están concientes de que los Estados Nacionales temen por su integridad territorial. Es más, han sido tergiversado deliberadamente por los sectores opuestos a este reconocimiento equiparando con la soberanía que es atributo propio de los Estados.
2. Debe quedar muy claro que al plantear las autonomías internas, los pueblos indígenas no pretenden de ninguna manera la independencia, sino el derecho a vivir en sus tierras, de manera que les parezca más conveniente. Esto implica una forma de descentralización, que permitiría un desarrollo localizado con una mejor participación de recursos entre los sectores sociales, de la forma que se desprende de los conceptos e interpretaciones, que respecto de las autonomías que anteceden.
3. A pesar de que, en la normativa internacional se reconoce este derecho, los Estados Nacionales siguen negando este reconocimiento en la práctica. Esto se debe en parte al temor ya explicado, pero el motivo fundamental con frecuencia es económico, por el derecho que conlleva la frecuencia, es económico, por el derecho que conlleva la autonomía a gozar de las tierras y de sus recursos. Parece ser que los Estados Nacionales temen perder el control sobre esos recursos, sobre todo de los réditos económicos que se desprenden de su usufructo.
4. Se demuestra plenamente que a los pueblos indígenas les corresponde este derecho. Los Estados Nacionales, en particular el Ecuador, sí pretende construir un marco de igualdad de condiciones entre los diversos sujetos, conformándose en Estado plurinacional, pluricultural, multilingüe y solucionar los problemas de pobreza, el centralismo que acapara todos los recursos, sin retribuir en obras hacia las poblaciones, no puede seguir negando ni

soslayando la obligación del Estado, como signatario de los Convenios Internacionales, de respetar y hacer posible el ejercicio de este derecho, autonomía, sin que esto implique amenazas a la soberanía y peor creación de Estados paralelos.

5. La falta de conceder y respetar este derecho fundamental de todo pueblo a decidir por su destino, como es la autonomía, se estaría creando el campo propicio para los conflictos, movilizaciones, reclamos insistentes con consecuencias gravísimas para el conjunto de la sociedad nacional. No se dan cuenta que es precisamente el no reconocimiento de este derecho el que ha contribuido a la desestabilización política y ha alterado a la paz social.
6. La Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en los marco de la unidad del Estado permitiría el desarrollo de sus miembros de una manera acorde y digna con su condición de protagonistas de una realidad histórica, política y económica, realidades de las cuales hasta hace poco solo han sido meros espectadores. Pues con este derecho podrían dar un salto cualitativo hacia el desarrollo, a partir de la utilización de sus propios recursos naturales, técnicos y humanos, a fin de que esta riqueza de contingente se vea revertida en su fuente misma que es el pueblo indígena.
7. En el estudio realizado se ha demostrado la vigencia de normas e instituciones consuetudinarias en el seno de las comunidades originarias. Se ha puesto de relieve las normas relacionadas con la penalización de faltas y aspectos civiles. Estas normas e instituciones consuetudinarias están vigentes en organizaciones sociales situadas en el marco de la jurisdicción del Estado boliviano, es decir, dentro de un ordenamiento jurídico organizado y garantizado por un Estado. Este cuadro o sistema normativo nacional no se puede ignorar, si es que se pretende realizar un planteamiento de reconocimiento de las normas e instituciones consuetudinarias por parte del sistema de Derecho Nacional.

8. En consecuencia, una cuestión que se plantea y que debe ser resuelto es el problema de las relaciones entre los elementos Consuetudinarios de las comunidades y el ordenamiento y funcionamiento normativo del Estado. Para plantear el reconocimiento de estos elementos, es necesario saber cuál es la naturaleza de sus relaciones. La vigencia del Derecho Consuetudinario en el seno de la jurisdicción del Estado, plantea, entonces, la cuestión cardinal de las relaciones entre el Derecho Consuetudinario y el Derecho Legislado Estatal.
9. En cuanto a la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios se establece su carácter conflictivo en el marco del derecho constitucional y del derecho internacional que establecen que la Autodeterminación es un concepto que reconoce la soberanía política y territorial. Desde esta conceptualización, la demanda de Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios conduciría a la constitución de varias soberanías al interior del territorio nacional, lo que significa, a su vez, la posible anulación del Estado nacional boliviano.
10. A fin de satisfacer algunas de las demandas contenidas en la propuesta de Autodeterminación, se establece que es posible el reconocimiento de Autonomías Indígenas, estableciendo las facultades de administración del territorio correspondiente, vigencia de los usos y costumbres, del Derecho Consuetudinario y de las autoridades originarias. En consecuencia, en lugar de establecer la Autodeterminación se reconocería la Autonomía de los Pueblos Indígenas Originarios conservando la unidad política y territorial del Estado boliviano.

RECOMENDACIONES

- 1. Realizar investigaciones sobre el Pluralismo Jurídico, en general, y el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígena Originarios, en particular.**

La elaboración de la presente Tesis ha permitido constatar un vacío que debe llenarse en el ámbito académico del país. Se trata de la ausencia de estudios de la pluralidad jurídica que caracteriza a la nación boliviana. Como se ha tratado de demostrar en este trabajo de investigación, en Bolivia tiene vigencia no solo el derecho codificado y monolítico de origen occidental, ya que también existen otras modalidades de derecho que tienen vigencia al interior de las comunidades indígena originaria. El Derecho en cuanto ciencia y práctica profesional, no debe ignorar esa realidad del país. Por ello se recomienda la incorporación del Pluralismo Jurídico y el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios de las distintas regiones del país, en los programas de estudio de las carreras de Derecho, con el propósito de una formación profesional mas adecuada a la realidad nacional.

- 2. Apoyar investigaciones del Pluralismo Jurídico y del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígena Originarios, definiendo las distintas áreas.**

Como se ha constatado en la presente investigación, la vigencia del Derecho Consuetudinario abarcan muchas áreas como la penal (Justicia Comunitaria), la civil (Uniones de hecho o bajo distintas las modalidades distintas a la unión consagrada jurídicamente) y la política (organización interna de las comunidades y designación de sus autoridades).

Las investigaciones deben ser apoyadas identificando y diferenciando esas áreas del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios, a fin de que los estudios logren brindar un panorama lo más completo posible sobre este derecho correspondiente al amplio campo del Pluralismo Jurídico.

3. Incluir el tema de la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios en el marco de la Descentralización Político Administrativa con enfoque multicultural y pluriétnico.

En la presente investigación se ha formulado la Propuesta del reconocimiento constitucional de la Autodeterminación Indígena como autonomía territorial, autonomía política interna y participación en la administración y gestión de los recursos renovables ubicados en el territorio indígena.

Para lograr plasmar esta propuesta se recomienda incluir el tema de la Autodeterminación como un componente del proceso de Descentralización Político Administrativa, de tal forma que la distribución del poder político, los recursos económico-financieros y la administración del territorio no llegue únicamente al nivel de los Departamentos, sino también, al nivel de las regiones donde existan pueblos indígena originarios con capacidad de desarrollar autonomías en las áreas política, territorial y administrativa.

ANTEPROYECTOS

ANTEPROYECTO I

ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Estado boliviano históricamente, no ha reconocido el carácter multicultural y pluriétnico de la sociedad boliviana, y ha intentado imponer un Derecho Positivo desconociendo el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios que conservan esas formas como elementos de su identidad. La reforma constitucional de 1994 inició un proceso de reconocimiento de algunas de las características de estos pueblos, y algunas leyes ordinarias como la ley de Participación Popular, el Código de Procedimiento Penal, el Código Electoral y la ley INRA de reconducción comunitaria siguieron esa tendencia jurídica y política.

Si bien esa reforma y legislación constituyen importantes avances y una adecuación a las prescripciones establecidas por el convenio 169 de la OIT, suscita por el Estado boliviano, las mismas tienen la limitación de no reconocer de forma expresa el pluralismo jurídico en el ámbito constitucional.

El reconocimiento constitucional del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas originarios es pleno y coherente si es que se produce en el marco de la negación del carácter monolítico del derecho que ha predominado durante 180 años, y de la afirmación del pluralismo jurídico.

En consecuencia para consagrar un reconocimiento pleno y coherente del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se hace necesario un reconocimiento del pluralismo jurídico como uno de los fundamentos básicos de la estructura constitucional y jurídica del estado boliviano.

La incorporación del pluralismo jurídico es una decisión que abre la posibilidad del reconocimiento de todas las formas de derecho que se han desarrollado y

tiene vigencia al interior de la sociedad boliviana, siempre y cuando se adecuen a las prescripciones fundamentales de la Constitución Política del Estado. Estos son los motivos sobre los cuales se justifica el presente Anteproyecto de Reforma Constitucional.

Art. “Se reconoce la vigencia del pluralismo jurídico, en general, y del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios, en particular como expresión del carácter multicultural y pluriétnico de la nación boliviana. Una ley espacial establecer los contenidos de este reconocimiento”

ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

EXPOSICION DE MOTIVOS

La sociedad boliviana se caracteriza por una composición multicultural y pluriétnica, por nacionalidades y pueblos que tiene sus propias estructuras de organización política y formas de Derecho Consuetudinario que regula su orden interno. Pese a que el estado boliviano históricamente no reconoció esas formas de derecho, las mismas han persistido en el tiempo constituyendo en una de las características de las colectividades indígenas originarias.

El Derecho Internacional ha reconocido la vigencia de ese Derecho Consuetudinario, a través del Convenio 169 de la OIT, y de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, documentos suscritos por el Estado boliviano.

Sobre esa decisión del Estado boliviano, a través de la reforma constitucional se reconoció la vigencia del pluralismo jurídico, en general, y del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios, en particular, como expresión del carácter multicultural y pluriétnico de la nación boliviana, y se estableció que una ley especial para definir los alcances de este reconocimiento.

Siguiendo lo prescrito en esa Reforma Constitucional que transforma el Derecho Constitucional de carácter monolítico en un derecho constitucional pluralista, es necesario estructurar una legislación ordinaria congruente con ese cambio, lo cual significa incorporar el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios en la estructura jurídica del Estado boliviano.

El presente Anteproyecto de Ley tiene ese espíritu, es decir, busca plasmar los contenidos de la Reforma Constitucional de incorporación del Derecho Consuetudinario en la estructura jurídica, estableciendo su naturaleza, alcances, jurisdicción y sus relaciones con el Derecho Positivo.

Esa incorporación debe plasmarse en un conjunto de prescripciones jurídicas, es decir, en normas de carácter vinculante. Solo de esta forma se garantiza un efectivo reconocimiento del derecho consuetudinario que han desarrollado los pueblos indígena-originarios. Esta es una forma de construir la interculturalidad en la estructura jurídica del país, la interrelación entre los pueblos que conforman el Estado boliviano debe plasmarse en un derecho de carácter intercultural, es decir, un derecho fundado sobre las normas consuetudinarias y las normas del derecho positivo. De esta manera se plasma la interculturalidad en el plano del derecho. El presente Ante proyecto de Ley tiene esta pretensión.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.- (Objeto). La presente ley establece el reconocimiento expreso del Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas-Campesinas, y determina los niveles de coordinación entre la jurisdicción indígena originaria y la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria.

ARTÍCULO 2.- (Definición). Se define como pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas a aquellos grupos que se distinguen de la colectividad nacional por sus condiciones culturales, sociales, económicas, regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; y que pueden adoptar diversos nombres locales tales como *markas*, *ayllus*, comunidades originarias, comunidades reconstituidas o de ex-haciendas, comunidades de colonizadores, cabildos, sindicatos, *tentas* u otros

ARTÍCULO 3.- (Definición). Se denomina Derecho consuetudinario al conjunto de instituciones y normas que gobiernan y regulan las comunidades originarias y sus relaciones sociales, que están vigentes en las mismas desde el periodo pre-colombino establecidos a través de la práctica reiterada o de la tradición usual, constituyéndose de esta manera en parte sustancial de su cultura y forma de organización social conservadas hasta el presente.

ARTÍCULO 4.- (Reconocimiento expreso). En concordancia con la Constitución Política del Estado y el Convenio N° 169 de la OIT, suscrito por el Estado boliviano, se reconoce y garantiza la vigencia legal de las instituciones y normas consuetudinarias de las comunidades originarias dentro del marco de los Artículos 1, 170 y 171 de la Constitución Política del Estado, la Ley 1257, la Ley de Participación Popular y otras disposiciones legales coincidentes y concordantes.

ARTÍCULO 5.- (Límites). En ejercicio de su soberanía, el Estado boliviano eleva al nivel de interés nacional el reconocimiento, respeto y el respaldo de las características socio-culturales de estas instituciones y normas consuetudinarias correspondientes a las comunidades originarias, sin que ello signifique desconocimiento del sistema jurídico nacional y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ARTÍCULO 6.- (Implementación de la ley). Para la implementación de la presente Ley, el Poder Ejecutivo instruirá al Ministerio de Justicia la creación del Instituto de Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas Originarios, Institución que tendrá a su cargo el registro de las comunidades originarias y el acopio de información sobre los usos y costumbres vigentes en las mismas.

CAPÍTULO II

DEL RECONOCIMIENTO Y LA JURISDICCIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS

ARTÍCULO 7.- (Reconocimiento). El reconocimiento de las instituciones y normas consuetudinarias por parte del Estado boliviano, significa:

- I. Asignación de estatus jurídico a las comunidades originarias comprendidas el territorio nacional.
- II. Reconocimiento como jueces de primera instancia a las autoridades originarias (*jilakatas*, alcaldes, *mallKus*, etc.), las que serán merecedores del respaldo estatal siempre que sus actos y decisiones no contravengan los usos y costumbres de las comunidades ni exista alegato en su contra por parte de la comunidad y no trasgredan los marcos del sistema jurídico nacional y de los Derechos Humanos.
- III. Reconocimiento de las normas consuetudinarias aplicadas en la constitución de las autoridades originarias y sanción de faltas, siempre que las mismas, por

un lado, estén referidas al autogobierno local y, por otro, alcanzarán únicamente la gravedad de contravenciones y se cometieran en la jurisdicción de las comunidades. Las faltas de delictuales, es decir, las que atentan contra el cuerpo y la salud y contra el patrimonio continuarán bajo la jurisdicción de las autoridades judiciales y el Código Penal.

- IV. Consideración por parte de los tribunales de justicia de los dictámenes emitidos por las autoridades tradicionales, y de las sanciones vigentes en la comunidad toda vez que estos tribunales emitan fallos sobre delitos en los que estén involucrados miembros de las comunidades.

ARTÍCULO 8.- (Jurisdicción). Las autoridades indígenas y campesinas conocerán y resolverán asuntos en el territorio del pueblo indígena o comunidad indígena-campesina, en donde se haya producido el hecho y en donde intervinieron miembros de su pueblo o comunidad, de acuerdo a sus procedimientos consuetudinarios reconocidos por sus usos y costumbres. Se exceptuará de este precepto de obligatoriedad al no indígena residente en dichos ámbitos territoriales, que voluntariamente decida someterse a la justicia indígena. Las autoridades de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas conocerán acerca de cualquier materia regulada por sus normas propias, salvo que acuerden remitirla a la justicia ordinaria.

ARTÍCULO 9.- (Autoridades tradicionales). La administración de la justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas es ejercida constitucionalmente por sus autoridades, las que investidas por mandato de esta ley son autoridades jurisdiccionales del Estado boliviano. Son autoridades de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas las que por tradición, usos, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena.

CAPÍTULO III

DEL INSTITUTO DE DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS.

ARTÍCULO 10.- (Denominación). Se creara el Instituto de Derecho Consuetudinario de los Pueblos Originarios con el propósito expreso de organizar una fuente legal y confiable de información técnico-pericial sobre las normas o los usos y costumbres vigentes en las comunidades originarias objetos de la presente Ley, información a la que acudirán las instancias judiciales toda vez que en ellas se tramiten procesos judiciales sobre delitos cometidos en la jurisdicción de las comunidades originarias.

ARTÍCULO 11.- El Instituto de Derecho Consuetudinario de los Pueblos Originarios, estará constituido por juristas, antropólogos y sociólogos entendidos y especializados en la materia. Será una instancia componente del Ministerio de Justicia.

CAPÍTULO IV

ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES INDÍGENAS-CAMPESINAS

ARTÍCULO 12.- (Carácter vinculante del Derecho Consuetudinario). La jurisdicción indígena es obligatoria para los indígenas y campesinos que residan en sus comunidades, en donde se haya producido el hecho y en donde existan autoridades indígenas y procedimientos consuetudinarios reconocidos por sus usos y costumbres. Las decisiones de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas-campesinas, en ejercicio de su propio Derecho Consuetudinario, son obligatorias y deben ser respetadas y acatadas por las

partes intervinientes en el conflicto, y por toda autoridad prevista en el ordenamiento jurídico boliviano.

ARTÍCULO 13.- (Coordinación). El Derecho Consuetudinario y el Derecho Nacional o codificado deberán establecer relaciones de coordinación. Cuando las autoridades de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así lo requieran podrán solicitar el auxilio de las autoridades jurisdiccionales ordinarias, policiales y administrativas, las de los pueblos indígenas y comunidades indígenas campesinas podrán conocer conflictos en los que tome conocimiento la jurisdicción ordinaria, mediante la declinatoria de competencia de ésta.

ARTÍCULO 14.- (Solución de conflictos jurisdiccionales). En el marco de la coordinación, se buscara resolver los conflictos jurisdiccionales entre el Derecho Consuetudinario y el derecho codificado, estableciendo la supremacía de la Constitución Política del Estado.

ANTEPROYECTO II

ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los Pueblos Indígenas Originarios de Bolivia han planteado la demanda de Autodeterminación como una forma de afirmar su identidad y proyectar su desarrollo en el marco del Estado boliviano. El convenio 169 de la OIT establece una forma de autodeterminación que es muy próxima a la autonomía, figura que ha sido recogida por esas colectividades. En consecuencia, la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas originarios se establece como autonomía de estas colectividades.

La autonomía de los pueblos indígenas originarios no rompe la unidad política y territorial del Estado boliviano, ni cuestiona su soberanía ni busca la formación de nuevos Estado. La autonomía indígena es una forma de descentralización en tanto busca consagrar la autonomía política interna, lo que significa dotarse sus propias formas de autogobierno, la vigencia de sus propias normas de justicia y elección de sus autoridades comunitarias. Éstas formas de autogobierno o de autonomía indígena se pueden dar sin que ello signifique la ruptura de la institucionalidad del Estado boliviano, son formas que se pueden adecuar a la estructura de este Estado.

La autonomía indígena también significa capacidad de administrar los recursos naturales no renovables que existen en los territorios donde están las comunidades indígenas originarias. Esta autonomía no alcanza a la administración de los recursos no renovables que son de dominio del pueblo boliviano y administrado a través del Estado. La autonomía indígena en materia de administración de los recursos renovables tiene la finalidad de proteger el habitar de los pueblos indígenas y de conservar la ecología del pueblo boliviano, razón por la cual no reviste ninguna amenaza a la unidad nacional.

El presente anteproyecto de ley que reconoce la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios se inscribe en esos fundamentos, reconoce esa demanda como autonomía y garantiza la unidad política y territorial del Estado boliviano. Así mismo, cumple las prescripciones establecidas por las normas de Derecho Internacional como el convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, suscritas por el Estado boliviano.

ART. “Se reconoce la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios bajo la forma de autonomía política interna, autonomía en la administración del territorio indígena y participación en la administración y gestión de los recursos no renovables ubicados en los territorios indígenas. Una Ley especial establecerá los contenidos y límites de éste reconocimiento”.

ANTEPROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios ha sido recepcionada por la Constitución Política del Estado como una forma de autonomía que conserva la unidad política y territorial del Estado boliviano. En efecto, la norma fundamental establece que la autodeterminación ha de ser definida como autonomía de los pueblos indígenas originarios en materia de sus formas de autogobierno o constitución y vigencia de sus formas de organización política propias, la administración de los recursos naturales renovables de la circunscripción territorial de estos pueblos y la elección de sus autoridades.

La Constitución Política establece que la autodeterminación o autonomía de los Pueblos Indígenas Originarios es un derecho optativo que puede ser demandado por las colectividades que reúnan las condiciones de un pueblo. Este reconocimiento constitucional de la demanda de autodeterminación de estas colectividades define a la misma como un proceso gradual de descentralización político-administrativa con un enfoque étnico-cultural.

El presente Anteproyecto de Ley establece las referencias legales iniciales de ese proceso de constitución de las autonomías como una forma de plasmación de la autodeterminación de estas colectividades en el marco de la Constitución Política y del Derecho Internacional que consagra la figura de la autodeterminación bajo límites que no cuestionan la unidad política y territorial del Estado nacional.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Se reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas originarios en el marco establecido por la constitución política del estado y sometido al principio de la unidad y soberanía del estado boliviano.

Artículo 2. Se establece que el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas originarios es un derecho optativo que podrá ser reclamado por los pueblos que reúnan condiciones de continuidad territorial, homogeneidad étnico-cultural y capacidad de gestión y administración de los recursos no renovables del territorio donde viven.

CAPÍTULO II

DE LOS LÍMITES DE LA AUTODETERMINACIÓN

Artículo 3. Considerando el principio de unidad y soberanía del estado, la autodeterminación es reconocida bajo la forma de autonomía territorial,

organización política interna y participación en la administración de los recursos renovables. la autodeterminación en ningún caso significa soberanía política frente al estado nacional.

Artículo 4. El reconocimiento de autonomía deberá ser ejecutada como parte de la descentralización político-administrativa, en un proceso gradual y según las capacidades desarrolladas por los pueblos indígenas originarios que demanden autodeterminación.

Artículo 5. En tanto parte de la descentralización político-administrativa, la autodeterminación podrá producirse en todos los niveles de la organización del Estado boliviano: el nivel municipal, provincial y departamental, bajo las condiciones exigidas por la presente ley.

CAPÍTULO III

COMISIÓN NACIONAL DE LA GESTIÓN DEL PROCESO DE AUTODETERMINACIÓN

Artículo 6. Para el desarrollo gradual y controlado del proceso de autodeterminación y la distribución de competencias y recursos económico-financieros, se crea la comisión de gestión del proceso de autodeterminación conformada por las comisiones de descentralización del congreso nacional e instituciones nacionales representativas de los pueblos indígenas originarios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÓ Xavier y LIBERMANN Kitula:** “Para comprender las culturas rurales en Bolivia”. Editorial UNICEF, La Paz-Bolivia, 1990
- ALBÓ, Xavier** “Estado y comunidad”. Revista Cuarto Intermedio, núm.9, 1986.
- BARRAONDO, Miguel** Pueblos indígenas y Derecho Internacional. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 2001
- BURGUER, Julián** “Los pueblos indígenas y el Estado en América Latina”. Naciones Unidas. Difusión de Información, Costa Rica, 2001.
- CABEZAS, Miguel** “Introducción al Derecho. Costumbre y norma positiva”. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1996
- DÍAZ POLANCO, Héctor** *Los dilemas de la diversidad* /en/ Milka Castro (ed). “Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal 2000.
- FAUNDEZ, Juan** “El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile” una propuesta de reforma al Estado, en Aylwin, José, ed. “Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno”. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. 2004.
- HOEKEMA, André** “Hacia un Pluralismo Jurídico Formal de Tipo Igualitario” /en/ Milka Castro y Maria Teresa Sierra (compiladoras. Pluralismo Jurídico y derechos indígenas en América Latina, N 1 y 2. México: Instituto Indigenista Interamericano.
- ITURRALDE, Diego** “Los derechos colectivos indígenas”. Revista Pueblos Libres, Quito, Ecuador, 1999

- MINISTERIO DE JUSTICIA:** Anteproyecto de Ley de Justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas campesinas de Bolivia, 2007.
- MINISTERIO DE JUSTICIA:** Justicia Comunitaria. Propuesta Normativa., La Paz, Bolivia, 1998.
- NACIONES UNIDAS** Pueblos indígenas en el mundo. Boletín Informativo, Nueva York, 1999
- OBIETA, José** “El Derecho Humano a la Autodeterminación de los Pueblos”. 1° Ed. Madrid: Civitas. Año 1986.
- ORG. INTERN. DEL TRABAJO** Oficina Regional para América Latina:"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígena y Tribales en países independientes".Edición actualizada, 1992
- SANDOVAL RODRÍGUEZ, Isaac**"El Estado nacional insurgente", La Paz, 1983
- SANTOS, Boaventura de Souza** “Estado, Derecho y Luchas sociales” Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia. 1991
- SERMEÑO, Julio** “La emergencia de los Pueblos Indígenas”. El caso de Guatemala. Editorial Universal, México, 2002
- SIERRA, Maria Teresa** “Autonomía y Pluralismo Jurídico: el debate Mexicano”. /en/Milka Castro y Maria Teresa Sierra (compiladoras). Pluralismo Jurídico y Derechos indígenas en América Latina, N 1 y 2. México: Instituto indigenista interamericano. Año 1998.
- STAVENHAGEN, Rodolfo** “Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales” Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Nueva Cork, 1998.
- TICONA, ROJAS Y ALBÓ:** “Votos y *wiphalas*. Campesinos y pueblos originarios en democracia”. CIPCA. Cuadernos de Investigación, núm. 43, La Paz, Bolivia, 1995.

- TORRES, Adalberto:** "Pueblos Indígenas en América Latina", 1999
- URCULLO Reyes, Jaime** "Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia" Ed. Urquiza, La Paz, 1993
- UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR:** El Derecho Consuetudinario Indígena
Derechos Reservados PADH-UASB.
- VALDERRAMA, José** Los derechos colectivos en América Latina. Universidad de San Marcos, Lima Perú, 1999.
- VALDEZ, Oscar** Tendencias doctrinales sobre el Derecho Internacional. Revista Doxa, número 36, 2003, México
- VELASQUEZ; Camilo** Derecho Constitucional. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.
- YRIGOYEN, Raquel** "Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos" /en/ Pena y Estado N°4. Justicia Penal y Comunidades Indígenas. Buenos Aires Argentina. Año 2000.
- ZÚÑIGA, Abigail** "Derechos Indígenas, Autonomía y Democracia" /en/ Milka Castro (ed.). Actas del XII congreso internacional sobre pluralismo legal y derecho consuetudinario.

ANEXOS

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
<p style="text-align: center;">1. FUNDA-MENTO:</p> <p>Estado reconoce Pluri-culturalidad de la Nación o se define como tal.</p>	<p>- Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven., etc.</p>	<p>Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.</p>	<p>Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.</p>	<p>Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
					términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la Patria.
<p>2. Texto de Reconocimiento de</p> <p>a) la Jurisdicción Indígena y</p> <p>b) el Derecho Indígena o Consuetudinario</p>	<p>Art. 8, 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.</p> <p>Art.9, 1: En la medida 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</p>	<p>Art. 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 jurídico nacional.</p>	<p>Art. 149: 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.</p>	<p>Art.171: 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 y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias</p>	<p>Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
	de los delitos cometidos por sus miembros.			como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.
3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluri-culturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (Art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (Art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Auto-definición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multiétnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho Subjetivo	1. Derecho de <i>conservar</i> costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al <i>respeto</i> de sus métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario.	- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.	-Potestad de ejercer funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.
5. Objeto de reconocimiento y	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias.	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios,	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
respeto	(Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	campesinas y nativos con el apoyo de las rondas campesinas, 3. Funciones jurisdiccionales.	2. Autoridades <i>naturales</i> de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.
6. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de <i>conflictos internos</i> (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito	Se habla de <i>conflictos internos</i> (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
		territorial indígena.	dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	territorial indígena.	
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) Los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el <i>sistema jurídico nacional</i> . Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del <i>Poder Judicial</i> . Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del estado</i> . Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. Todavía no se da ley.
12.	Parte I: Política	Capítulo referido a	Capítulo referido al	Capítulo referido a	Título VIII De la

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
Ubicación sistemática	General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.

Fuente: Comisión Andina de Juristas