

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
***FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS***  
***CARRERA DE DERECHO***  
***INSTITUTO DE INVESTIGACIONES, SEMINARIOS Y TESIS***



***TESIS DE GRADO***

***(Tesis de grado para optar el grado de Licenciatura en Derecho)***

***“Las Divergencias entre el Derecho Positivo Penal Boliviano y la Justicia Indígena Originario Campesina”***

***Postulante: Erika Paola Rivero Aníbarro.***

***Tutor: M. Sc. Mauricio Ernesto Farfán Espinoza.***

***La Paz – Bolivia***

***2022***





## ***DEDICATORIA***

*A los pueblos y a las comunidades indígenas de Bolivia, que llevan la esperanza en las manos y la perseverancia marcada en el alma; para que su ejemplo y sus luchas sigan allanando un camino de unidad.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A María Auxiliadora, por jamás soltar mi mano.*

*A mis padres, los dos pilares fundamentales y las razones de mi vida.*

*A todas aquellas personas que con su presencia han iluminado mi ser, me han enseñado, despertado admiración e inspiración.*

## **RESUMEN O ABSTRACT**

*El Estado Plurinacional de Bolivia contiene en su norma suprema bases y principios que son innovadores dentro de la mayoría de los países latinoamericanos. Desde la reforma constitucional llevada a cabo el año 2009 se han presentado una serie de procedimientos que pretenden consolidar la formación de este Nuevo Estado Plurinacional.*

*El reconocimiento de la Plurinacionalidad ha traído consigo ideas fundamentales y antes desconocidas, entre ellas la interculturalidad y con esta el reconocimiento de la existencia de naciones y pueblos indígenas con una existencia pre colonial en el territorio boliviano. Con este último se comprende también el reconocimiento de los derechos de estos pueblos y en consecuencia la implementación del pluralismo jurídico.*

*La Constitución establece el reconocimiento de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas y su aplicabilidad entre sus miembros y en sus territorios; además de determinar que debe existir una paridad entre el sistema de justicia ordinario y el indígena originario, debiendo existir también una coordinación y una complementariedad entre ambos. El problema se presenta cuando en la práctica se complica el cumplimiento de estas dos premisas y lo que determina la norma queda como simples enunciados.*

*Uno de los principales problemas que dificulta este cumplimiento es que no se tiene un conocimiento cabal de los sistemas de justicia indígena y debido a esto es que se aplica mayormente el sistema de justicia ordinario para las naciones y pueblos indígenas, principalmente en materia penal. El sistema de justicia penal boliviano ha absorbido ampliamente todo lo relacionado a infracciones y solución de conflictos que deberían ser competencia de la justicia indígena; todo esto bajo el amparo de cuerpos normativos complementarios que, en lugar de brindar mecanismos que faciliten la coordinación han dado las herramientas para ahondar más aún en las limitaciones que presenta la aplicación de la justicia indígena originaria en la resolución de sus conflictos.*

*La presente investigación realiza un análisis de los procesos históricos que han desembocado en la reforma constitucional del 2009, desde los movimientos de los pueblos indígenas, hasta las diferentes modificaciones a la normativa penal boliviana. Se analiza también los conceptos base de la Constitución y aquellos que rigen en los pueblos indígenas, además que las teorías fundamentales que rigen el sistema positivo penal boliviano; todo esto tomando como referencia los procedimientos de solución de conflictos de las comunidades indígenas del altiplano paceño. Al finalizar se encuentran tres posibles soluciones para consolidar el camino de coordinación*

**“LAS DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO POSITIVO PENAL  
BOLIVIANO Y LA JUSTICIA ONDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA”.**

**ÍNDICE**

**DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

CAPÍTULO I. ....	1
DISEÑO METODOLÓGICO.....	1
1. ENUNCIADO DEL TEMA DE TESIS. ....	1
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA. ....	1
3. PROBLEMATIZACIÓN. ....	2
3.1. Pregunta Principal.....	2
3.2. Preguntas Secundarias. ....	2
4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS. ....	3
4.1. Delimitación Temática. ....	3
4.2. Delimitación Temporal.....	3
4.3. Delimitación Espacial.....	3
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS. ....	3
6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS.....	5
6.1. Objetivo General.....	5
6.2. Objetivos Específicos.....	5
7. MARCOS DE REFERENCIA.....	6
7.1. Marco Histórico. ....	6
7.2 Marco Teórico.....	6
7.3. Marco Conceptual.....	7
7.4. Marco Jurídico. ....	7
8. HIPÓTESIS DE TRABAJO. ....	8
8.1. Variables.....	8
8.1.1. Variable Independiente.....	8
8.1.2. Variable Dependiente. ....	8
8.2. Unidades de análisis. ....	8

8.3. Nexo Lógico.....	8
8.4. Enfoque.....	9
9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS. ....	9
9.1 Métodos. ....	9
9.1.1. Métodos Generales Empleados. ....	9
9.1.2. Métodos Específicos.....	10
9.2. TÉCNICAS. ....	12
9.2.1. Observación.....	12
9.2.2. Entrevista. ....	12
9.2.3. Análisis Documental.....	12
DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA TESIS.....	13
INTRODUCCIÓN .....	13
CAPÍTULO II. ....	16
DEL ANTECEDENTE HISTÓRICO.....	16
1. PROCESO HISTÓRICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS: Para lograr el reconocimiento e independencia normativa e institucional. ....	16
1.1. LA PREEXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	16
1.2. EL DOMINIO COLONIAL SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	19
1.2.1. “La Justicia”. ....	20
1.3. LA HISTÓRICA PUGNA ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO INDÍGENA. ....	25
1.3.1. Derecho Penal en la Conquista.....	26
1.4. EL HISTÓRICO HOSTIGAMIENTO AL MODELO COMUNITARIO. ....	27
1.4.1. La Europa que colonizó América. ....	28
1.5 EL PERIODO COLONIAL.....	30
1.5.1. Las Leyes de Indias. ....	30
1.6. EL PERIODO REPUBLICANO. ....	33
1.6.1. “La Justicia para los Indios”. ....	33
1.7. LA REVOLUCIÓN DE 1952: “El paso a la Institucionalidad”. ....	39
1.8. JUSTICIA INDÍGENA EN LA NUEVA BOLIVIA. ....	42
2. EL DERECHO PENAL BOLIVIANO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ....	45

2.1. DERECHO PENAL AIMARA.....	46
2.2. DERECHO PENAL COLONIAL.....	46
2.3. DERECHO PENAL EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA: Su influencia.....	47
2.4. DERECHO PENAL EN LA REPÚBLICA.....	48
2.4.1. La Potestad Punitiva del Estado.....	49
2.4.2. Derecho Procesal Penal.....	50
3. DEL DIÁLOGO ENTRE AMBOS SISTEMAS.....	50
CAPÍTULO III.....	52
DE LA CONCEPTUALIZACIÓN.....	52
1. DE LA CONCIENCIA QUE ES FORJADORA DE CAMBIOS.....	52
1.1. NEO CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: La Plurinacionalidad como nuevo concepto de Estado.....	53
1.1.1. Del derecho monolítico a la inclusión de la justicia indígena y la plurinacionalidad.....	56
1.2. LA JUSTICIA INDÍGENA COMO EXPRESIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	57
1.3. INTERCULTURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN.....	61
1.3.1. Democracia Intercultural.....	63
1.4. LA PLURINACIONALIDAD COMO NUEVO CONCEPTO DE ESTADO.....	64
1.5. COMPLEMENTARIEDAD.....	66
1.6. LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO PROTECTOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: Un paso a la coordinación.....	67
2. DERECHO INDÍGENA Y JUSTICIA COMUNITARIA: Características socio culturales de la Justicia Indígena Originario Campesina.....	69
2.1. NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS.....	69
2.2. PRINCIPIOS Y VALORES: El primer paso a la complementariedad.....	70
2.2.1. Principios Ético – Morales: Los principios del Derecho Indígena.....	73
2.3. BASES PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO INDÍGENA.....	81
2.4. DERECHO COMUNITARIO.....	83
2.4.1. La Comunidad.....	84
2.5. JUSTICIA COMUNITARIA.....	85
CAPÍTULO IV.....	88

DE LAS TEORÍAS.....	88
1. DEL DERECHO POSITIVO PENAL BOLIVIANO: Norma positiva, caracteres generales y administración de justicia. ....	88
1.1. EL DERECHO PENAL EN BOLIVIA. ....	88
1.1.1. Fuentes del Derecho Penal en Bolivia. ....	89
1.2. EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y SUS PRINCIPALES MODIFICACIONES. ....	90
1.3. DELITO Y PENA. ....	91
1.3.1. Escuelas Jurídico Penales. ....	92
1.4. DERECHO PROCESAL PENAL EN BOLIVIA. ....	93
1.5. JUSTICIA ORDINARIA. ....	94
2. DE LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA: Definiciones, conflictos, conductas delictivas, procedimiento y sanción. ....	94
2.1. DERECHO COMUNITARIO. ....	94
2.2. GRADOS DE SANCIÓN DEL DERECHO INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO. ....	95
2.3. JUSTICIA COMUNITARIA. ....	98
2.3.1. Características de la Justicia Comunitaria. ....	100
2.3.2. La Ponderación de la Justicia Comunitaria. ....	102
2.3.3. El Procedimiento de la Justicia Comunitaria. ....	103
2.4. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA JUSTICIA INDÍGENA. ....	106
2.5. SANCIONES Y CASOS ESPECÍFICOS. ....	107
2.5.1. Faltas y sanciones leves. ....	108
2.5.2. Faltas y sanciones graves. ....	109
2.5.3. Faltas y sanciones muy graves. ....	109
3. DE LAS DIVERGENCIAS: Interrelación y el inicio de la coordinación. ....	110
3.1. CONTROVERSIA ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA JUSTICIA INDÍGENA. ....	110
3.2. LAS DIVERGENCIAS Y LA CONTROVERSIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. ....	114
3.3. INTERRELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA COMUNITARIA. ....	116

3.4. RESTRICCIONES A LA JUSTICIA INDÍGENA.....	117
3.5. DISPOSICIONES LEGALES QUE RECONOCEN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA.....	118
CAPÍTULO V.....	119
1. DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL: Reconocimiento y Límites para la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina. ....	119
1.1. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. ....	119
1.1.1. Los Derechos Indígenas en la ONU. ....	121
1.2. LA MULTICULTURALIDAD Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	129
1.3. PLURALISMO JURÍDICO, SU RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. ....	132
1.4. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL. ....	134
1.5. LA JUSTICIA INDÍGENA COMO PROTECTORA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	137
1.6. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL. ....	142
1.6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos. ....	142
1.6.2. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ....	143
1.6.3. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. ....	143
1.6.4. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	145
1.6.5. Declaraciones contra el Etnocidio. ....	146
1.6.6. Declaración de San José. ....	147
1.6.7. Declaración de Barbados I.....	147
1.7. PRINCIPIOS BASE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	148
1.7.1. Principio de No Discriminación. ....	148
1.7.2. Principio de Igualdad.....	150
1.7.3. Principio de Igualdad de Género. ....	150

1.8. LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.....	151
CAPÍTULO VI.....	153
1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIAS ENTRE JUSTICIAS: De la jurisdicción, las autonomías y las competencias. ....	153
1.1. JURISDICCIONES DEL ÓRGANO JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: Sus Principios. ....	153
1.2. DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN ENTRE LAS JURISDICCIONES. ....	155
1.3. DEL CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS JURISDICCIONES. ....	157
2. JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA: Enfoque, vigencia y prácticas. ....	158
2.1. AUTOGIBIERNOS INDÍGENAS: Lo que es necesario comprender. ....	158
2.2. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	162
2.3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA COMUNITARIA. ....	163
2.4. VIGENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA. ....	164
2.5. ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA. ....	165
2.5.1. Ámbito de Vigencia Personal. ....	166
2.5.2. Ámbito de Vigencia Material. ....	167
2.5.3. Ámbito de Vigencia Territorial. ....	169
3. DE LAS AUTONOMÍAS Y SUS TIPOS. ....	170
3.1. AUTONOMÍA DEPARTAMENTAL. ....	171
3.2. AUTONOMÍA REGIONAL. ....	172
3.3. AUTONOMÍA MUNICIPAL. ....	173
3.4. AUTONOMÍA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA. ....	173
3.5. LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA. ....	174
3.6. JUSTICIA COMUNITARIA Y AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. ....	176
CAPÍTULO VII. ....	177
DE LA PROPUESTA.....	177

1. EL DESAFÍO DEL ENTENDIMIENTO Y LA COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIAS: Propuestas de mecanismos de coordinación y consideraciones finales. ....	177
1.1. COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA. .....	177
1.2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN. ....	183
1.3. SOBRE CÓMO ENTIENE LA SOCIEDAD A LA JUSTICIA COMUNITARIA: De los criterios y posiciones. ....	188
1.4. SOBRE CÓMO ENTIENDE LA SOCIEDAD A LA JUSTICIA ORDINARIA: De los criterios de eficacia y confianza en el acceso a la justicia. ....	190
2. EL CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EL CAMINO PARA LA COORDINACIÓN: El uso adecuado de los instrumentos ya existentes: el Tribunal Constitucional. La revisión y la reestructuración. La Educación. ....	191
2.1. LA FORMACIÓN COMO INSTRUMENTO: Del aporte a la solución por parte de la Universidad Mayor de San Andrés. ....	195
CONCLUSIONES. ....	196
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	200
ANEXOS. ....	202



# **CAPÍTULO I.**

## **DISEÑO METODOLÓGICO.**

### **1. ENUNCIADO DEL TEMA DE TESIS.**

***“LAS DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO POSITIVO PENAL BOLIVIANO Y LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA”.***

### **2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.**

El Estado Plurinacional de Bolivia, al igual que el resto de los países latinoamericanos de corte Neo Constitucionalista, presenta un gran reto en lo referente a su aplicación de justicia. Esto se presenta debido a que se ha adoptado una noción de pluralismo jurídico, y se ha logrado, en un largo proceso, histórico, jurídico y social, el reconocimiento y la validez de las diferentes Naciones Indígenas que conforman parte de nuestro país y que por tanto tienen derecho a una aplicación de sus costumbres, y en consecuencia de sus propias normativas e instituciones reguladoras.

El problema se presenta fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal y la administración de justicia, debido a que son variados los casos en los que la Justicia Ordinaria Boliviana cuestiona la aplicación y sanción que interpone el Derecho Indígena en lo referente a delitos, transgrediendo de esta forma la autonomía que presenta la Justicia Indígena en la aplicación de sus normativas propias y sus sanciones, que se encuentra consagrada no solamente a nivel constitucional, sino también y en mayor espectro en convenios y normativas internacionales a las que nuestro país se encuentra adscrito, a nivel de derechos fundamentales.

Siendo así, se inicia una cadena de conflictos a nivel jurídico penal, que no solamente cuestionan las sanciones indígenas, sino también la competencia de juzgamiento a determinadas personas, ya sea por fines de pertenencia a comunidades, o de daños ocasionados a bienes tutelados por esas comunidades. Se visualiza entonces que es mayor el número de casos que se han presentado, en donde la Justicia Ordinaria Boliviana interfiere en los procesos de juzgamiento de la Justicia Indígena, aludiendo competencia; contrariando incluso a la normativa internacional que establece que es la Justicia Indígena la que puede acudir a la cooperación de la Justicia Ordinaria de cada país, solamente cuando así lo vea necesario; y que el Ordenamiento Positivo Nacional, solamente podrá interferir en caso de vulneración de Derechos Humanos Fundamentales, y en el especial caso de nuestra legislación, cuando se atente también contra Derechos Constitucionales.

Este problema nos lleva a abarcar entonces un análisis sumamente profundo, que no solamente debe analizar la legislación del Derecho Positivo Penal de nuestro país, sino también un análisis de los Derechos Humanos y el enfoque tan amplio que a ellos se debe dar, tomando en cuenta los puntos de vista tanto del Derecho Penal Boliviano como del Derecho Indígena Originario Campesino, además del Convenio 169 de la OIT; y fundamentalmente la “coordinación”, que esta misma establece entre ambas ramas jurídicas, siendo esta una cuestión territorial, para lograr de esta forma que una no tenga ni quiera establecer, mayor importancia, mayor validez y principalmente mayor aplicación que la otra.

### **3. PROBLEMATIZACIÓN.**

#### **3.1. Pregunta Principal.**

¿De qué manera se puede establecer una coordinación para que surta el respeto y la no injerencia en la aplicación y jurisdicción de la normativa y sanción penal en el Derecho Indígena Originario Campesino, por parte del Derecho Positivo Penal Boliviano?

#### **3.2. Preguntas Secundarias.**

¿Cuál es el proceso histórico que se desarrolló por los Pueblos Indígena Originario Campesinos en Bolivia, para alcanzar reconocimiento e independencia normativa e institucional?

¿Cuáles son los delitos principales reconocidos por la Justicia indígena Originario Campesina y cuáles sus sanciones en base a sus costumbres?

¿Cuál es el proceso que se sigue para el juzgamiento en las principales Comunidades Indígenas aimaras del departamento de La Paz?

¿Cuáles son los límites que establecen las normativas internacionales para la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina a nivel de Derechos Fundamentales?

¿Cómo se manifiestan esas interferencias entre el Derecho Penal Boliviano y la Justicia Indígena Originario Campesina y cuáles son sus alcances?

## **4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS.**

### **4.1. Delimitación Temática.**

El tema se centrará principalmente en el Pluralismo Jurídico y la Normativa tanto Indígena como Positivo Penal Boliviana, además de las normativas Internacionales pertinentes.

### **4.2. Delimitación Temporal.**

El tiempo que abarcará la investigación corresponderá desde el año 2009, hasta el presente. Se tomará en cuenta el 2009 por ser este año en el que entra en vigencia la Nueva Constitución Política del Estado que reconoce la existencia de las Naciones Indígenas, y con ello, sus derechos y su auto regulación.

### **4.3. Delimitación Espacial.**

Se realizará la investigación tomando en cuenta simplemente las principales Comunidades Indígenas aimaras existentes en el Altiplano del departamento de La Paz.

## **5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS.**

El tema se justifica en los siguientes ámbitos:

### Justificación Jurídica:

El tema es de suma importancia porque nuestra legislación enfrenta una crisis, en la que existen variedad de interpretaciones de la norma, que conllevan la vulneración de los derechos de los Pueblos Indígenas al interferir en sus procesos de juzgamiento y sanciones a determinados hechos delictivos, atentando de esta manera a los preceptos constitucionales que les brindan una autonomía en la aplicación de su propia justicia siempre y cuando esta no atente contra los Derechos Humanos fundamentales y en el caso de nuestra legislación contra los Derechos Constitucionales.

Se debe tomar en cuenta que Bolivia, siendo uno de los países que reconoce la existencia de un pluralismo jurídico en su legislación, es uno de los pocos países que limita la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina, haciendo prevalecer también el respeto a los Derechos Constitucionales. Existen así contradicciones con la misma Constitución, que brinda autonomía y auto regulación a los pueblos indígenas, pero a su vez los limita.

En el marco del Derecho Penal Boliviano, este ha interferido con el Derecho Indígena Originario Campesino, haciendo prevalecer la norma positiva, e incluso juzgando a personas que han cometido delitos dentro de determinadas comunidades, o que pertenecen a las mismas; y que en consecuencia deberían de ser juzgadas bajo la normativa de su respectiva Comunidad.

Siendo así se presenta un fuerte análisis, sobre cuál es el grado en el que una normativa puede interferir en la otra; y se debe analizar que las mismas Normativas Internacionales, solo limitan la aplicación de la Justicia Indígena, dentro del marco de los Derechos Humanos Fundamentales; y más aún, convenios a los que nuestro país se encuentra adscrito, establecen que el Gobierno Central de cada país, debe brindar apoyo a las Naciones Indígenas para que estas puedan establecer su propio derecho y en consecuencia sus propias sanciones en base a sus costumbres, siempre que estas no atenten a los Derechos Humanos (arts. 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT).

Vemos entonces que esta es una temática donde los Derechos Humanos juegan un papel fundamental, pero de la misma manera es fundamental el enfoque con que se puedan comprender estos derechos. Se debe llegar a un análisis que enriquezca y muestre nítidamente que el enfoque y la conceptualización pueden variar, y que conductas que no son consideradas delictivas por el Derecho Positivo Penal, pueden acarrear una sanción dentro de las Normas de Derecho Indígena; claro ejemplo de ello son los delitos contra la Madre Tierra, que poseen mucha más relevancia dentro del Derecho Indígena.

La normativa internacional llega entonces a un punto de mucha relevancia que es la “coordinación” entre ambos sistemas, en caso de existir contradicción o conflictos por competencia. Esta coordinación que debe basarse en un diálogo, respeto de costumbres y normativas de ambas partes, para poder subsanar de la mejor manera las lagunas jurídicas que puedan llegar a existir, sin afectar ninguno de los dos sistemas, es un método que en nuestro país todavía no se ha aprendido a emplear.

#### Justificación Político – Social.

La justificación de este tema debe realizarse también en un campo netamente social y en un campo a nivel de políticas públicas.

Esto se debe a que ha sido un proceso sumamente largo el que han tenido que atravesar las Naciones Indígenas Bolivianas, para lograr simplemente el reconocimiento de las mismas, y mucho más aún el ejercicio pleno de su derecho y de sus costumbres, que a lo largo de los años, se ha ido forjando en base a la sangre, al trabajo y a la explotación de millones de campesinos que se vieron reducidos a bienes materiales desde tiempos de la Colonia, y que de un tiempo a esta parte pueden ver florecer el fruto de sus esfuerzos y el goce efectivo y autónomo de sus sistemas normativos.

Tomando en cuenta aquello, al interferir el Derecho Positivo, en todas las áreas, pero principalmente en el campo del derecho penal, se está reduciendo ese goce conseguido con tanto

esfuerzo, se está volviendo a despreciar sus costumbres ancestrales; y si se lo quiere ver así, caemos en una surte de discriminación jurídica que se realiza en contra del Derecho Indígena, al restarle autonomía y aplicación, y al no brindarle la importancia que se merece, se estaría tirando a la basura el logro del pluralismo jurídico conseguido en tantos años.

El Gobierno Boliviano, debe tomar estos temas con la mayor relevancia, porque con ello estaría brindando un correcto respeto a los preceptos constitucionales que él mismo conjuntamente con el pueblo han establecido, y más allá de ello; se debe fomentar la creación de políticas públicas, orientadas netamente a brindar el apoyo correcto a las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, para que estas puedan desarrollarse en todas las áreas, pero principalmente a nivel de sus normativas, de las que tanto se puede aprender.

## **6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS.**

### **6.1. Objetivo General.**

Establecer los alcances e identificar las bases jurídicas que deben existir para el respeto y la no injerencia en la aplicación y jurisdicción por parte del Derecho Positivo Penal, en la normativa, como en las sanciones penales del Derecho Indígena.

### **6.2. Objetivos Específicos.**

*Describir* cuál es el proceso histórico que se desarrolló por parte de los Pueblos Indígena Originario Campesinos en Bolivia, para poder alcanzar reconocimiento e independencia normativa e institucional.

*Indagar* sobre las conductas delictivas principales reconocidos por la Justicia Indígena Originario Campesina y sus respectivas sanciones en base a sus costumbres.

*Identificar* cuál es el proceso que siguen para el juzgamiento las principales Comunidades Indígenas en el departamento de La Paz.

*Reconocer* los límites establecidos por las normativas internacionales para la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina.

*Ejemplificar* con casos concretos cuales son los alcances de estos procesos en el Derecho Penal Boliviano y el la Justicia Indígena Originario Campesina.

## **7. MARCOS DE REFERENCIA.**

### **7.1. Marco Histórico.**

El marco histórico debe cubrir a gran escala el proceso que han seguido los pueblos indígena originario campesinos para alcanzar su reconocimiento en nuestra legislación y por ende su autodeterminación y aplicación de su justicia; de esta manera se podrá desembocar de manera correcta en el periodo establecido en la delimitación temporal, anteriormente mencionada, que abarca concretamente desde el periodo de promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado, el año 2009, hasta nuestros días.

Es fundamental abarcar dentro del marco histórico, un análisis somero, pero no menos importante, del origen del pluralismo jurídico en nuestra legislación y el desarrollo del mismo, para de esta forma poder comprender cuáles son las necesidades de los pueblos indígena originario campesinos, para poder fortalecer sus sistemas de justicia propios, y que estos puedan desarrollarse y aplicarse de manera autónoma, sin injerencia de la normativa positivo y adjetivo penal boliviana.

### **7.2 Marco Teórico.**

Las bases teóricas de esta investigación, se centrarán principalmente en recolectar los datos e información pertinente, relacionada con los dos sistemas principales a tratarse; tanto en materia de derecho positivo penal boliviano, como en materia de justicia indígena originario campesina.

Se trata de analizar la ejecución que realiza el sistema ordinario, con respecto a los delitos que pueden verse inmiscuidos en un conflicto de jurisdicción y competencia con el sistema indígena originario campesino. La forma en la que se procede en la aplicación de justicia, aun existiendo este conflicto de sistemas.

Se pretende, además establecer cuál es el procedimiento que sigue la justicia indígena originario campesina en su aplicación de justicia, basada en sus costumbres y tradiciones; tratando de establecer en qué momento estaríamos frente a una situación en la cual

proceda la intervención del sistema ordinario, conforme lo establecen los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos.

### **7.3. Marco Conceptual.**

El marco conceptual, deberá abarcar diferentes acepciones, desde las más básicas, pero de fundamental importancia para un correcto entendimiento de la presente investigación. Se establecerá desde la identificación del sujeto en la justicia originaria, su papel dentro de la comunidad y las instituciones indígenas auto reguladas a las que debe responder su conducta; en base a las tradiciones y cosmovisión que establecen el lineamiento de su propia justicia.

Al establecerse de manera general la forma en la que se desarrollan los procesos penales en el sistema ordinario, se podrá comprender de mejor manera cuáles son las características fundamentales de cada sistema, que no pueden ser vulneradas por la injerencia del otro; al mismo tiempo que podremos evidenciar las compatibilidades de ambos sistemas y cómo estos pueden coexistir armónicamente sin discriminarse el uno al otro; respetando de esta forma los preceptos constitucionales e internacionales que rigen este tema en nuestra legislación.

### **7.4. Marco Jurídico.**

Se establecerá el marco jurídico tomando en cuenta fundamentalmente el sistema positivo y adjetivo penal boliviano y las características de la justicia indígena originario campesina a nivel general, sus principales costumbres y tradiciones, y el funcionamiento que presenta su propia administración de justicia, tomando como muestreo las comunidades aimaras del altiplano paceño, mencionadas anteriormente en la delimitación espacial.

Juega un papel trascendental en el marco jurídico, nuestra Constitución Política del Estado, que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y se consagra como fuente del pluralismo jurídico dentro de nuestra legislación; así como los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, a los que se encuentra adscrito nuestro país y que establecen el respeto a la autoregulación y aplicación de justicia de los pueblos indígena originario campesinos, al mismo tiempo que establecen los límites de esta aplicación y en qué momento puede interferir el sistema de justicia ordinario. Se tomará en cuenta también, el análisis de las Sentencias Constitucionales relacionadas a la interculturalidad y administración de justicia.

## **8. HIPÓTESIS DE TRABAJO.**

*El entendimiento, la coordinación y el diálogo entre los sistemas que componen el Pluralismo Jurídico Boliviano constituirán la base para que exista respeto en la aplicación tanto del Derecho Positivo Penal, como en la Justicia Indígena Originario Campesina; llegando así a evitar divergencias, injerencias, contradicciones y establecer correctamente competencias.*

### **8.1. Variables.**

#### **8.1.1. Variable Independiente.**

El entendimiento, la coordinación y el diálogo entre los sistemas que componen el Pluralismo Jurídico Boliviano constituirán la base para que exista respeto en la aplicación tanto del Derecho Positivo Penal, como en la Justicia Indígena Originario Campesina.

#### **8.1.2. Variable Dependiente.**

Llegando así a evitar divergencias, injerencias, contradicciones y a establecer correctamente competencias.

### **8.2. Unidades de análisis.**

- El Pluralismo Jurídico.
- Derecho Positivo Penal.
- Justicia Indígena Originario Campesina.

### **8.3. Nexos Lógicos.**

El entendimiento, la coordinación y el diálogo, constituirán la base para que exista respeto y no divergencias, injerencias ni contradicciones entre ambos sistemas.

#### **8.4. Enfoque.**

El enfoque que se seguirá para esta investigación es la “Interdisciplinariedad”, que va de la mano con el Pluralismo Jurídico, y lo comprende de manera más óptima.

### **9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.**

La presente investigación se desarrollará siguiendo una Metodología Jurídico – Explicativa que nos permitirá analizar el fenómeno jurídico; además de tener una orientación a la Metodología Jurídico – Proyectiva, que nos permitirá vislumbrar la aplicación de la “coordinación y el diálogo” como soluciones futuras.

#### **9.1 Métodos.**

##### **9.1.1. Métodos Generales Empleados.**

###### **9.1.1.1.El método inductivo- deductivo.**

Es una variante del método científico en la cual el investigador parte de la información recogida mediante sucesivas observaciones para, a través de la generalización, establecer una ley lo más universal posible. Es el que se basa en verdades particulares, de las que obtenemos una verdad universal. En los trabajos de investigación actual son los más usados pues casi siempre se imponen investigaciones que parten de un ámbito específico de estudio, identificación del universo y selección de muestras para proponer generalizaciones.

Partiendo de la utilización del Método Inductivo, se podrá tomar como base a las más sobresalientes Comunidades Indígenas del Altiplano del departamento de La Paz, y estableciendo sus características, podremos encontrar rasgos similares que asemejen las demás comunidades en la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina.

###### **9.1.1.2. El método Dialéctico.**

El método dialéctico describe la historia de lo que nos rodea, de la sociedad y del pensamiento, a través de una concepción de lucha de contrarios y no puramente contemplativa, más bien de transformación. Estas concepciones por su carácter dinámico exponen no solo los cambios cuantitativos, si no los radicales o cualitativos. Afirma que todos los fenómenos se rigen por las leyes de la dialéctica es decir que la realidad no es algo inmutable, si no que está sujeta a contradicciones y a una evolución y desarrollo perpetuo. Por lo tanto, propone que todos los fenómenos sean

estudiados en sus relaciones con otros y en su estado de continuo cambio ya que, nada existe como un objeto aislado.

Este será el método general que mejor se adapte a los lineamientos de la investigación, porque nos muestra claramente una investigación de análisis de sistemas constantemente evolutivos y contrarios, nunca de manera aislada; premisas que se adaptan con el Pluralismo Jurídico al que se sujeta la investigación.

### **9.1.1.3. Método de la Interpretación Sociológica.**

Con otro tipo de visión sociológica e histórica del derecho, la hermenéutica (interpretación) jurídica como el método principal del trabajo de los abogados y operadores de justicia deja de ser *lógica* para ser *sociológica*, en este caso, se trata de interpretar la norma en su funcionalidad social, no así en su abstracción social o su coherencia y correspondencia formal con el sistema normativo.

Finalmente la utilización de este método se consagra la más importante para la investigación, puesto que se pretende analizar las diferentes normativas tanto Positivas, como Indígenas, mediante la hermenéutica, pero dándoles matices netamente sociales, que se alejen de la interpretación estricta de las normas y le impriman a las mismas un carácter que nos permita analizar, no solamente los procesos históricos, sino también las necesidades sociales de las Comunidades Indígenas; además de permitirnos con esta visión de la investigación, tratar de comprender y desglosar la normativa del Derecho Indígena Originario Campesino, fundamentado en la costumbre, que tiene su génesis en los procesos sociales, dando lugar a un producto cultural.

## **9.1.2. Métodos Específicos.**

### **9.1.2.1. Método Teleológico.**

En base a las críticas de Ihering, para quien el derecho subjetivo es un interés jurídicamente tutelado, introduciendo la noción de tesis o fin de la ley, bien tutelado por ella misma; se trata del método teleológico, que luego se transforma en la “Jurisprudencia de Interés”.

Este método se considera porque el análisis del bien jurídicamente tutelado es fundamental en materia de Derecho Penal. Además de la vital importancia de analizar los bienes jurídicamente tutelados de las normas de Derecho Indígena, y la relevancia de su protección en las normativas Internacionales.

#### **9.1.2.2. Método Comparado.**

Este tipo de tesis busca identificar las similitudes y diferencias que pueden encontrarse en normas jurídicas e instituciones formales en dos o más sistemas jurídicos vigentes en el ámbito de los sistemas jurídicos universalmente reconocidos. Con el Derecho Comparado se pone en relieve que cosas en común o que diferencias poseen los distintos derechos positivos o procesales, mediante el estudio comparativo de los sistemas u ordenamientos de diversos Estados o épocas.

Se tomará en cuenta el amplio estudio no solamente del Derecho Positivo Penal, sino también el estudio de la aplicación de Justicia Indígena Originario campesina, comparando ambos sistemas. Asimismo, se pretende analizar las constituciones de los principales países latinoamericanos que se basan también en el Pluralismo Jurídico; a entenderse: Perú, Colombia, Ecuador, entre otros.

#### **9.1.2.3. Método Exegético Jurídico.**

En la aplicación de la presente tesis, es necesario un análisis concreto de todas las normas base, su esencia y significancia real. El método de la exégesis es la aplicación del texto concreto, significa extraer el sentido, la acepción de un texto dado.

El método exegético es el estudio de las normas jurídicas, artículo por artículo, dentro de estos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura y objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador.

El método exegético lleva al casuismo (Dictar normas para cada caso. El casuismo es la consideración de los diversos casos particulares previsibles en que puede desarrollarse un determinado asunto o materia) y esto al caos por la infinidad de normas dictadas, inclusive contradictorias, como en el caso del presente estudio.

## **9.2. TÉCNICAS.**

Se pretende utilizar los siguientes instrumentos y técnicas, para el proceso de la presente investigación:

### **9.2.1. Observación.**

Se seguirá los lineamientos de esta técnica para comprender el desarrollo de las contradicciones en el fenómeno jurídico a estudiarse. Además, coadyuvara a entender mejor las Normativas Indígena Originario Campesinas y a formular una idea sobre sus procedimientos de juzgamiento.

### **9.2.2. Entrevista.**

Esta técnica se pretende utilizar en la medida de lo posible, realizando entrevistas a las Autoridades de las Comunidades Indígenas, para poder obtener información de una fuente de primera mano; sobre como son los procesos de juzgamiento y la aplicación de Justicia Indígena Originario Campesina, en los diferentes tipos de delitos.

### **9.2.3. Análisis Documental.**

Se deberá realizar un análisis de los diferentes documentos que consagran la Autonomía en la aplicación de Justicia de las Comunidades Indígena, además de analizarse textos legales de carácter internacional, que abarquen y limiten esta aplicación, siempre siguiendo los lineamientos del enfoque y las técnicas establecidas a utilizarse.

## DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA TESIS

### INTRODUCCIÓN

La investigación que se realiza centra sus puntos de análisis en las características que presenta la nueva conformación del Estado Plurinacional y con estas, los lineamientos que establecen los dos sistemas de justicia reconocidos en la norma suprema. Conocer a profundidad las características de cada uno de estos sistemas, sus conceptos y sus teorías, es el procedimiento adecuado para poder alcanzar propuestas de coordinación entre ambos, y de esta forma se ponga en práctica lo que ya se encuentra establecido en la norma.

El reconocimiento de los sistemas de justicia indígena y su aplicabilidad a sus miembros y territorios, presenta una problemática latente, que es la que se ha desarrollado en el diseño metodológico, este problema consiste en que no se cumple con lo que establece la norma, de respetar los sistemas de justicia indígena y tenerlos en la misma validez que los sistemas ordinarios, esto fundamentalmente en materia de derecho penal. Las leyes complementarias en lugar de favorecer los mecanismos de coordinación, lo que han hecho es limitar excesivamente los ámbitos de vigencia de los sistemas de justicia indígena.

El estudio que se realiza, analiza desde las percepciones sociales que influyen en la poca aplicabilidad de los sistemas de justicia indígena; hasta las normativas que son o no favorables para desembocar en la coordinación y mirando quizá más a futuro, en la complementariedad.

El Diseño Metodológico de la Investigación que se consagra como el *primer capítulo* de la misma, establece que el objetivo principal de todo este proceso investigativo es identificar las bases jurídicas para que exista respeto entre ambos sistemas y no exista injerencia entre ellos; todo esto se logra mediante la coordinación que se establece en la misma norma suprema, y que para que se desarrolle deberían existir los mecanismos normativos adecuados. La hipótesis de la investigación plantea que es precisamente esta coordinación y el diálogo que debe existir entre ambos sistemas el que va a dar paso a la complementariedad, a la disminución de divergencias entre estos y al desarrollo adecuado de cada uno de los sistemas.

Analizar la historia de la pre existencia colonial de los sistemas de justicia indígena, es fundamental para poder comprenderlos a cabalidad. En este punto es determinante identificar el momento exacto en el que estos dos sistemas de justicia se encontraron por primera vez y cómo fue su inter relacionamiento desde ese momento; pues es evidente la supremacía que existe desde

entonces del sistema ordinario sobre el indígena originario. Se desarrolla también en este punto, la historia del Derecho Penal Boliviano, las reformas que este ha ido experimentando y como han influenciado en estas, los procesos y las luchas sociales de los pueblos indígenas para poder alcanzar el reconocimiento de su existencia misma, de sus derechos y de su justicia. Todo esto se encuentra contenido en el *capítulo segundo*.

El *capítulo tercero* se centra en el análisis de los diferentes conceptos que son fundamentales en toda la investigación, desde la orientación de la Nueva Constitución Política del Estado y los conceptos que conllevan las bases sobre las que se establece la misma, hasta los conceptos fundamentales que se deben comprender para entender de forma correcta a la justicia indígena originario campesina. En este capítulo es importante comprender ideas base para el resto de la investigación, como la interculturalidad, el pluralismo jurídico, entre otros; además de analizar los principios y los fines de la nueva Constitución que se encuentran totalmente entrelazados con los principios de vida de las comunidades y los pueblos indígenas, así como también la forma en la que estos se auto identifican y definen.

Analizar y comprender las teorías que sostienen las bases de ambos sistemas de justicia, es de igual importancia que comprender conceptos clave; es por ello que el *capítulo cuarto* contiene las principales teorías y definiciones del derecho positivo penal boliviano, tomando en cuenta cuáles son sus fuentes y cuáles sus escuelas principales. Se desarrolla también un estudio necesario, aunque somero, del Código Penal Boliviano y sus principales definiciones, para poder compararlas con las faltas que se presentan en los sistemas de justicia indígena. En un segundo punto de este capítulo se analizan los procedimientos de solución de conflictos que presentan los sistemas de justicia indígena, las faltas que se identifican y cuál es el alcance de las competencias que tienen para poder solucionar estos conflictos. Finalmente se realiza un análisis de las divergencias entre ambos sistemas y se identifica algunos puntos de complementariedad.

La normativa internacional y el reconocimiento de los derechos de los pueblos y naciones indígenas es de suma importancia en todo este proceso de investigación, es por ello que en el *capítulo quinto* se analiza los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y el motivo de que estos sean considerados minorías por el derecho internacional y protegidos como tales. Se realiza entonces un análisis de los principales tratados que reconocen la existencia de los pueblos indígenas y los protegen; tratados que se encuentran reconocidos por el Estado Boliviano. Se presenta entonces un resumen del contenido de cada uno de estos tratados tomando en cuenta los puntos de vista que estos brindan para el ejercicio de la justicia indígena originaria.

El *capítulo sexto* es quizá uno de los más importantes de la presente investigación, debido a que contiene el análisis y la identificación de la jurisdicción y competencias de ambos sistemas de justicia; se establece el alcance de las competencias de ambas jurisdicciones y las soluciones que se presentan en caso de un conflicto de competencias. Se toca también el punto del auto gobierno indígena y la conformación de las diferentes autonomías que existen especialmente la autonomía indígena, desarrollando el exhaustivo procedimiento que deben seguir los pueblos indígenas para

poder alcanzarla y consolidarla, identificando a la vez puntos que presentan innecesaria complejidad en este aspecto. Este capítulo identifica de forma mucho más clara cuáles son los problemas principales que se encuentran contenidos y fomentados por leyes complementarias para que exista esa permanente injerencia entre ambos sistemas y esa supremacía; además de que permite vislumbrar ya una solución a corto plazo que necesita ser reforzada: el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Las tres propuestas que se plantean para lograr mecanismos de coordinación entre ambos sistemas de justicia, se encuentran contenidas en el *capítulo séptimo* y último de la investigación. Este capítulo desarrolla de forma más profunda las premisas de coordinación y complementariedad; además de vislumbrar la percepción social que existe de ambos sistemas de justicia y cómo esta afecta en el cumplimiento de la igualdad normativa que establece la Constitución. Se analizan y cuestionan las normas que se han identificado para desarrollar el aporte o las limitaciones que estas brindan en la coordinación de ambos sistemas de justicia; para finalmente exponer y desarrollar las tres propuestas, siendo la última de pertinencia directa de la Universidad Mayor de San Andrés.

## **CAPÍTULO II.**

### **DEL ANTECEDENTE HISTÓRICO.**

#### **1. PROCESO HISTÓRICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS: Para lograr el reconocimiento e independencia normativa e institucional.**

La historia responde de muchas maneras a las interrogantes que presentan las realidades actuales y cuando se habla de pueblos indígenas y su influencia dentro del desarrollo del actual Estado, este precepto se ahonda mucho más. Es indispensable comprender cuál fue el papel histórico de los pueblos indígenas dentro de toda la historia de Bolivia, para desembocar en la comprensión de la actual aplicación de justicia dentro de estos pueblos y su tratamiento dentro de todo el sistema jurídico boliviano.

El estudio histórico de las comunidades indígenas y de su administración de justicia, tiene importancia trascendental dentro de la presente investigación, debido a que sus rituales y el ejercicio de sus procedimientos para solucionar conflictos no son algo de creación reciente.

Al abordar una revisión de la historia de estos procedimientos, se encuentra que han sufrido pocas variaciones en el transcurso del tiempo y esto se debe a que como sus normas son fundamentalmente heredadas mediante la transmisión oral y sus costumbres pasan de generación en generación, lo mismo pasa con sus procedimientos de administración de justicia. Si bien se encuentran diferencias, por ejemplo, en la aplicación de diferentes sanciones que con el tiempo se han suavizado y adaptado a los derechos humanos, la esencia de los procedimientos y su finalidad sigue siendo la misma. Revisando la historia se comprueba una vez más la solidez de los principios del derecho indígena y una eficiente administración de justicia desde los albores de su desarrollo.

##### **1.1. LA PREEXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

La idea de la República de Bolivia, contiene adscrita una amplia connotación. Quizá una de las primeras cosas que se visualiza al hablar de la República de Bolivia, es su división administrativa y territorial, misma que se mantuvo durante mucho tiempo, pero que en escasas ocasiones explica la razón de su propia división. La división territorial boliviana, responde fundamentalmente al fraccionamiento que facilitaba el manejo de los territorios de las comunidades indígenas en la colonia. No se habla de una división establecida democráticamente, ni que responda a otra índole de necesidad organizativa, sino más bien se tiene una marcada trascendencia que visualiza el manejo que se hacía de las comunidades indígenas, reduciendo sus territorios u ocupándolos a conveniencia para ejercer mayor control sobre los habitantes de los mismos.

Las comunidades indígenas del altiplano, en las que se ha delimitado el presente estudio, tenían una organización territorial bastante consolidada; tanto es así, que sus asentamientos no solamente se encontraban en tierras altiplánicas, sino que para ampliar su desarrollo tenían pequeñas colonias en diferentes espacios geográficos con características diferentes a las suyas. Esta es la razón por la cual se complica en mayor medida el control total de estas comunidades indígenas en tiempos de la colonia y se genera una expansión de este control, para cubrir de mejor manera el pago de tributos y labores obligadas e impuestas por los colonizadores. Con esta implementación de una administración diferente a la conocida por las comunidades indígenas, se va minando el sistema comunitario que había regido la organización administrativa de todos estos pueblos.

La primera división político administrativa, a decir de Gonzalo Vargas Rivas, *et ál.* (2016) dio paso a dos grandes Gobernaciones: la de nueva Castilla y la de Nueva Toledo, otorgadas a los que serían llamados “adelantados”, Francisco Pizarro y Diego de Almagro, respectivamente. Estas se convertirían en los grupos de La Plata y los de La Paz que conformarían las dos grandes provincias de la Real Audiencia de Charcas.

Como se ha mencionado anteriormente, existían dentro de los territorios indígenas, una especie de desglose de los mismos en diferentes espacios geográficos a los tradicionales ubicados en el altiplano. Este fenómeno complicaba en gran manera el control que se debía tener del pago de tributos a la corona por parte de los indígenas y el trabajo forzoso que debía ejercerse para la mita, por lo cual se convirtió en una política fundamental exterminar a estas comunidades aisladas, porque este mismo asilamiento les permitía mantener aún una suerte de auto dominio y regularización propios, alejados de los colonizadores. Como consecuencia de esta necesidad de control nacen y se implementan las leyes de “reducción”.

Si bien desde el principio de la colonización, se manejó un sistema de dominio violento, en cierto punto se desarrolla el llamado “pacto de reciprocidad colonial”, mismo que consistía en brindar a las autoridades incas de linaje, una cierta autoridad jurisdiccional para administrar el control del pago de tributos de los indígenas. Este pacto en un principio tenía un suerte de régimen más simple y menos violento para las comunidades indígenas, pero es roto por los mismos españoles, quienes en afán de conservar el monopolio del poder administrativo y de acelerar los cobros para mantener la economía de la colonia española y la explotación de las arcas mineras a tope, rompen lo antes pactado y en lugar de las anteriores autoridades incas, que tenían un respeto de sus comunidades por nacimiento, colocan corregidores criollos. Estos corregidores se encargarían de los mismos cobros y funciones administrativas, pero de forma mucho más violenta y respondiendo visiblemente a una marcada alienación cultural con la colonia española. El rompimiento de este pacto sería el epicentro que dé lugar a los levantamientos indígenas que se consagran como los primeros intentos de independencia.

Como consecuencia de todos estos procesos, se observa una visible transición del manejo administrativo territorial que pasa de tener características del modelo comunitario socio

productivo, a responder netamente a una forma de administración liberal, característica del sistema capitalista. Este sistema se conserva aún después de que el territorio alcanzara su independencia y es una característica dentro de la formación de la naciente República de Bolivia, pero se conoce que no es una administración de implementación nueva, sino más por el contrario se consagra como una de las más grandes herencias que ha de dejar el periodo colonial en estas tierras.

Las antiguas gobernaciones en las que se había dividido la Real Audiencia de Charcas, van a conformar los primeros departamentos en la República de Bolivia, en los centros de estas gobernaciones se observan los puntos de control principales para las comunidades indígenas de cada región que se encontraban en esos determinados territorios del país.

La República de Bolivia, habiendo nacido a su independencia después de años de manejo por parte de los españoles, creía no conocer otro sistema que no sea el capitalista, y es por ello que este es el que implementa para su manejo administrativo. Concentra entonces a manera de copia fiel de los sistemas euro centristas, toda la hegemonía del poder en el Estado y en consecuencia en las clases sociales dominantes que manejaban el mismo. En los primeros años del nacimiento de esta república, es necesidad primordial generar un equilibrio económico que permita que esta siga creciendo. Es así que las primeras constituciones aún consagran el pago de los tributos por parte de los indígenas, para poder sostener la nación que acababa de nacer; sin embargo, para no tener el mismo sistema que se había utilizado durante tantos años en un régimen de violencia y dominación, este cambia de nombre para hacer parecer que la liberación del yugo español había cambiado también el manejo administrativo de la región. El pago de tributos entonces va a llamarse “contribución territorial”, terminología que suena más libre y menos esclavista; pero que en el fondo aún cargaba a los indígenas el peso principal de una responsabilidad económica tan grande, que debía sustentar a un país que abría los ojos a la vida política independiente.

Se encuentra entonces una marcada analogía, o quizá una especie de metáfora que aún el día de hoy, responde a la realidad social boliviana y se encuentra vigente en todos los aspectos que se puedan observar; puede pretender ser planteada de la siguiente manera. La República de Bolivia alcanza su independencia, después de dolorosos y sangrientos procesos para sus habitantes y sus comunidades indígenas, similar a un parto complicado que va a dar a luz un nuevo país. Este mismo, en su propia historia nos señala que, en sus primeros y más fundamentales años, carga su responsabilidad económica en los hombros de las comunidades y poblaciones indígenas, que lo seguían sosteniendo. Podría decirse entonces que sucede en la historia, lo mismo que se puede observar tan diariamente en cualquier calle boliviana. Las comunidades indígenas, sin queja alguna y desde la invisibilidad, arrullaron a la recién nacida república y se la cargaron en las espaldas para seguir caminando en el sendero de una nueva construcción, como hacen las madres bolivianas que todos los días y sin queja alguna cargan en sus espaldas a sus hijos, mientras salen a buscar el sustento de cada día para aquel recién nacido que llevan con cuidado; pero estos esfuerzos no serían reconocidos hasta muchos años después, cuando se alcance una mayor conciencia social y un reconocimiento histórico concreto de los hechos.

La historia siempre genera giros inesperados, y en la mayoría de los casos aquellos que más luchan por alcanzar un objetivo, no logran el reconocimiento que merecen. Los pueblos indígenas no se encuentran exentos de esta hilarante situación y estas afirmaciones se explican debido a que, una vez alcanzada la independencia de la República de Bolivia, las comunidades indígenas no encuentran reconocimiento, más por el contrario parece que ingresan en una situación de mayor clandestinidad. Es normal pensar que, con la poca experiencia en el manejo de un Estado, se copie lo más cercano y que brinde una situación de mayor familiaridad; es así que las primeras constituciones bolivianas, siguieron fielmente un modelo euro centrista que respondía al liberalismo, dentro del cual no existe cabida para las comunidades indígenas. Caen estas entonces en una mayor situación de invisibilidad e ilegalidad en una República que estas mismas comunidades ayudaron y lucharon tanto por liberar,

## **1.2. EL DOMINIO COLONIAL SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

Surge en este punto un aspecto que se aplica no solamente en Bolivia, sino en la mayoría de los países de América Latina. La conquista por parte de grandes países europeos genera una especie de apropiación cultural, donde se generaliza la cultura europea en la imposición a las culturas y pueblos americanos. Es entonces que al conocer solamente la cultura que se había impuesto durante la dominación colonial, se obtiene como resultado el euro centrismo que hasta ahora se encuentra presente en la mayoría de nuestras culturas, un eurocentrismo occidental que pretende imponerse, no por ser la única cultura existente, sino porque fue la única que se dio a conocer en estos territorios y lo que es más importante aún; la que se impuso a fuerza de violencia y sangre.

Aún en materia de investigación y estudio, son pocos los autores americanos que se toman en cuenta en el desarrollo formativo profesional de la mayoría de los estudiantes, y el derecho no está exento de este aspecto. Las bases del estudio del derecho se centran en autores europeos y las corrientes de pensamiento que formaron estos; el derecho indígena originario campesino se deja de lado, tomándose incluso como un aditivo que se puede sumar para ampliar o especificar el estudio en este campo, más nunca es materia principal. Siguiendo entonces las corrientes de pensamiento eurocéntrico bajo las que se generaliza el estudio, se conoce que el inicio de la civilización se fundamenta en la invención de la moneda como materia de intercambio, en el mercado y principalmente en la escritura; rasgos característicos que se cree se originan solamente en las sociedades europeas.

Haciendo una rápida retrospectiva para desglosar estos fundamentos, se encuentra que, en las comunidades indígenas ancestrales anteriores al colonialismo, específicamente las de tierras altas del altiplano, en las que se centra el presente estudio, existían todos estos aspectos y se encontraban bastante desarrollados.

Al tener el territorio boliviano una diversidad de espacios geográficos, cuya influencia climática ambiental determina el desarrollo de la agricultura, se entiende que no todos los productos eran adecuados para los diferentes climas de las regiones que hoy conforman Bolivia; es entonces que las comunidades y pueblos indígenas, de manera muy temprana generan diferentes mecanismos

de intercambio de productos. Más allá de esto se generan avanzados sistemas de transporte que servían para poder movilizar los productos de un sector a otro y generar este desarrollado mercadeo. Un claro ejemplo de esto es el imperio incaico, que era plenamente capaz de trasladar sus productos de intercambio dentro de sus cuatro “suyos” con avanzados sistemas de transporte.

Al tener el sistema de intercambio establecido, era necesario para las comunidades indígenas generar un sistema de control de sus productos y del intercambio que se generaba para abastecer a las diferentes sociedades que producían para el sustento del imperio. Surge aquí un aspecto primordial entonces que puede tranquilamente refutar las teorías euro centristas, porque los pueblos indígenas inventan un sistema de escritura para poder fundamentalmente llevar un control adecuado de sus productos y del intercambio de los mismos.

Tomando en cuenta todos estos aspectos anteriormente desarrollados, se facilita la comprensión de que al llegar los conquistadores a tierras americanas denominadas por ellos mismos “Las Indias”, encontraron sociedades plenamente consolidadas, con el desarrollo de todos los aspectos que ellos mismos consideraban fundamentales para dar origen a la civilización. Estas sociedades no tenían nada que envidiar a las sociedades europeas en materia de manejo del mercado de intercambio, y se podría decir de manera plenamente fundamentada que eran incluso superiores a las europeas en diferentes aspectos; una clara muestra de ello es el desarrollo de la arquitectura que se encontró en civilizaciones como la inca o la aimara.

### **1.2.1. “La Justicia”.**

Una vez analizado el contexto histórico que envolvía a las comunidades indígenas desde tiempos de la colonia, es importante analizar como conciben estas mismas a la justicia y como esta concepción ha sufrido pocas variaciones en su transcurso histórico.

Para los pueblos indígena originarios campesinos, la idea de justicia está fuertemente asociada a una totalidad. Se retoma entonces la idea de que estos pueblos basan sus costumbres y sus saberes en la idea de la complementariedad y la hegemonía. Nuevamente cabe recalcar entonces que la finalidad de la vida para las comunidades indígenas es poder alcanzar el vivir bien, el “suma qamaña” y esto solamente se puede mediante la complementariedad y la reciprocidad en la vida del hombre y de la Pachamama o de la madre tierra. Historiográficamente a este punto es necesario sumarle que los pueblos indígenas pre coloniales, sumaban a este equilibrio de manera mucho más preponderante a sus deidades. Era necesario alcanzar un equilibrio entre los hombres, la naturaleza y los dioses, solamente así se alcanzaba el vivir bien, una vida plena conformada por un conjunto de elementos, uno de ellos: la justicia.

El tema central y la dinámica del presente trabajo de investigación, es comparar sistemas que coexisten dentro de un mismo espacio geo político y lograr alcanzar de cierta forma una complementariedad entre ambos sistemas que hoy por hoy conforman el ordenamiento jurídico boliviano. Vale la pena en esta parte histórica entonces tomar en cuenta las concepciones de diferentes filósofos clásicos y analizar las similitudes y diferencias de sus ideas con las

acepciones que poseen las comunidades indígenas en sus cosmovisiones. Siendo así, es Heráclito el primero en presentar una similitud entre ambas concepciones de justicia; este filósofo expresa que “la justicia es desacuerdo” y el desacuerdo viene por parte de la satisfacción de diferentes necesidades que son inherentes a la naturaleza del hombre, por lo tanto, la idea de justicia es inherente al concepto total del hombre.

Si se analiza este concepto clásico del filósofo griego, se encuentra una profunda similitud a la idea de justicia que presentan las comunidades indígenas dentro de su cosmovisión; esto se debe a que no conciben a la justicia como una idea apartada, como un correctivo que forma parte de un sistema estatal apartado del hombre, sino más bien como parte misma del conjunto que compone el equilibrio en la vida del hombre para alcanzar el vivir bien, Las comunidades indígenas también plantean que existen problemas que surgen de manera natural dentro de la comunidad y estos pueden ser enmendados por el camino de la justicia, y que así como los problemas y las necesidades son parte de la vida del hombre, de la misma manera lo es la justicia. Se evidencia entonces una indiscutible similitud entre el pensamiento de dos sociedades desarrolladas en diferentes extremos del mundo, pero con necesidades y concepciones similares.

Dentro de las comunidades indígenas es la justicia el instrumento principal a utilizarse para solucionar cualquier problema y reparar cualquier daño; lo ha sido así a lo largo de la historia. Es por esta causa que los procesos de juzgamiento han ido evolucionando dentro de estas comunidades, pero no se ha perdido su esencia. Es indispensable que en estos procesos se concluya con una resolución que consiste en la mayoría de los casos en reparar el daño que se ha causado, de forma material y en pedir una disculpa pública al afectado, o en su caso remunerar con trabajo comunitario. Estos dos elementos de resarcimiento componen la sanción material y espiritual, debido a que la reparación primera conlleva lo material y las disculpas públicas lo espiritual.

Históricamente las comunidades indígenas poseen una característica dentro de sus procesos de juzgamiento, y es que una vez cumplida la sanción cuya característica principal es el resarcimiento del daño, se reincorpora el sujeto causante a la comunidad de forma inmediata y sin ningún tipo de estigma por parte del resto de los habitantes, debido a que la culpa fue purgada y el daño fue pagado; esto lo pone nuevamente en el espectro de necesidades y obligaciones que abarcan las comunidades indígenas, es plenamente capaz de asumir nuevas obligaciones sin tener la carga de su sanción anterior. Se reestablece de esta manera la integridad y la armonía del vivir bien dentro de la comunidad, y el sujeto causante del daño vuelve a ser parte del mecanismo de la rueda que gira hacia adelante para impulsar el desarrollo dentro de la vida de la comunidad.

Claro está que estos sistemas de justicia se han manejado en las comunidades indígenas históricamente, pero con el tiempo han ido evolucionando. En tiempos pre coloniales solamente eran las autoridades comunitarias las encargadas de impartir justicia, posteriormente fueron arrebatadas de esas potestades por muchos años y es en tiempos recientes que han recuperado esas atribuciones; la diferencia radica en que, en caso de no poder solucionar el conflicto dentro

de la comunidad, este pasa a manos de la justicia ordinaria, que debería complementar a la originaria en la solución del problema; pero en la mayoría de los casos la absorbe. De esto se hablará ampliamente más adelante.

Cuando se habla de la solución de conflictos en las comunidades indígenas, es de trascendental relevancia tomar en cuenta que esta solución implica un ritual anterior a su realización, y esto aplica no solamente para la solución de conflictos donde se ha de impartir justicia, sino para la mayoría de las actividades que realizan las comunidades. Históricamente estos procedimientos se han realizado desde los albores del nacimiento de las culturas indígenas y se conocen comúnmente como “ch’alla”. La historia de las comunidades indígenas demarca que antes de la realización de la siembra, de la cosecha, de cualquier evento que implique solemnidades dentro de la comunidad se debía realizar una ofrenda y pedir permiso a las deidades, principalmente a la Madre Tierra, a la Pachamama. Es por este motivo que se realza la figura de los cerros o los nevados que rodean a la comunidad en cuestión, debido a que estos lugares eran los elegidos por los comunarios para realizar estas solemnidades en honor a sus deidades. Hoy en día esto no es necesariamente un factor que implique obligatoriedad, sin embargo, lo que no ha variado es la necesidad de “pedir permiso” a la madre tierra antes de realizar cualquier actividad solemne dentro de la comunidad, esto, claro está, implica los procesos de juzgamiento y sanción dentro de la misma.

Se explica claramente en palabras del antropólogo belga radicado en Bolivia Vincent Nicolás *et ál.* (2007), que explica este aspecto de la siguiente manera:

*“Continuamente hay que pedir permiso a la Pachamama, pedirle perdón, etc. Las normas y códigos sociales garantizan las buenas relaciones entre los hombres, y entre los hombres y la naturaleza. Una infracción a las normas sociales puede desencadenar un conflicto no solo con las fuerzas de la naturaleza”. (Blanco, T., Plaza, M., Luna, H., Tawiwaray, F., Suárez, G., Yucra, M., 2016. Descolonización, Lineamientos para descolonizar la Justicia Constitucional. Tribunal Constitucional Plurinacional).*

Las transgresiones a las normas que se cometían dentro de las comunidades indígenas debían ser resueltas en una asamblea, considerada esta como la máxima instancia de solución de conflictos y dirigida por sus respectivas autoridades administrativas; pero la característica fundamental de esto, es que se debía retribuir primero a las deidades por haber transgredido el equilibrio dentro de la comunidad; esto se realizaba mediante rituales como la wilancha, que debían ejercerse en huacas o lugares sagrados. Una vez hecho esto con los respectivos rituales religiosos, procedía el resarcimiento dentro de la comunidad con sistemas como el ayni. Aquí se observa de manera más específica lo mencionado anteriormente, que debía existir un equilibrio entre la relación con las deidades indígenas y la comunidad, pues esto es lo que conforma una totalidad.

Cabe resaltar en este punto el estudio histórico de una figura muy especial y característica dentro de las comunidades indígenas como lo es el ayni. Haciendo un estudio muy superficial dentro de

lo que es el ayni, se traduce del quechua como “reciprocidad”. El ayni se consagra como uno de los sistemas más antiguos dentro de las comunidades indígenas, esto debido a que, al establecerse en la cosmovisión de las mismas la idea de una totalidad, es indispensable para el funcionamiento de estas la complementariedad por medio de la reciprocidad; no solamente entre los miembros de la comunidad, sino entre la misma comunidad y la madre tierra. La tierra es la que provee lo necesario para la vida, y es a ella a la que hay que retribuirle con ofrendas y sacrificios, dentro de la cosmovisión de las comunidades.

En este punto, se retoma la idea que se está estudiando y se entiende, siguiendo el lineamiento del antropólogo Vincent Nicolás *et ál.* (2007), que la solución de conflictos y la administración de justicia dentro de las comunidades indígenas, desde siempre ha representado una totalidad donde deben encontrarse en perfecto equilibrio el resarcimiento espiritual y el resarcimiento material. Para resarcir a la madre tierra por las ofensas cometidas, es necesario realizar un ayni con la misma, ofrendarle sacrificios y rituales a cambio de que conceda su perdón y se retome la normalidad dentro de la vida en comunidad. La historia de las comunidades indígenas señala, que este aspecto ha sido tan importante, que de no haberse realizado acarrearía consigo consecuencias; es así que las catástrofes o plagas que asolaban a las comunidades, eran explicadas como un castigo de sus deidades por haber cometido determinadas ofensas y no haber encontrado una solución justa o un resarcimiento a sus deidades, motivo por el cual estas mismas los castigaban.

La asamblea es el mecanismo de administración de justicia más antiguo dentro de las comunidades indígenas; esto se debe a que el surgimiento de un conflicto implicaba el interés de toda la comunidad, al consagrarse esta como una totalidad; por lo tanto se convocaba a una asamblea, en la cual todos los miembros podían participar para buscar una solución y un resarcimiento adecuados no solamente para la comunidad, sino para con las deidades que regían a la misma, Si el conflicto se suscitaba entre dos miembros de comunidades diferentes se convocaba una asamblea entre ambas comunidades y de la misma manera ambas tenían una participación activa dentro de la misma. Estas asambleas siempre han sido presididas y guiadas por las autoridades de la comunidad.

En la actualidad, este aspecto ha variado levemente, pero la esencia sigue siendo la misma. Para operativizar los procedimientos de administración de justicia, las comunidades indígenas dejan la solución de conflictos en manos de sus autoridades, quienes son los encargados de convocar a las partes del conflicto, buscar testigos, recabar pruebas y conciliar el resarcimiento que amerite al caso en específico. Solamente en caso de que el conflicto sea de mayor trascendencia, se convoca nuevamente a una asamblea popular y se retoma la vieja tradición de la participación popular, donde conjuntamente se emite una resolución de la comunidad que pone fin al conflicto y viabiliza la continuidad del suma qamaña.

La cosmovisión de las comunidades indígenas está orientada a resarcir para retomar el equilibrio y este resarcimiento se traduce en el perdón mutuo entre las partes del conflicto. Se trata de sanar

el rompimiento material y espiritual que haya podido ocasionar el conflicto para de esta forma retomar la esencia misma de la comunidad.

Surge entonces un conflicto que al estudiarse presenta un amplio espectro; desde la historia misma del hombre, no siempre se ha podido llegar a un acuerdo dentro de la solución de conflictos y de la aplicación de justicia. Cuando se presenta esta imposibilidad de llegar a un punto en común para alcanzar el resarcimiento, es porque, en primer lugar, se está frente a una falta de carácter grave, y en segundo, porque se tiene que tomar acciones más radicales para poder devolverle a la comunidad la armonía y el equilibrio. Son diferentes las conductas transgresoras que se consideran graves dentro de la justicia indígena, estas serán estudiadas ampliamente más adelante, pero basta decir que históricamente las sanciones acarrearán consecuencias más extremas que incluso podían incluir el pago con la vida del infractor.

Una de las sanciones más graves que desde siempre ha estado presente dentro de la justicia indígena, es el destierro a la persona que ha cometido la falta. Si se analiza históricamente desde el lente de la cosmovisión andina, se entiende por demás que el ser expulsado, temporal o definitivamente de la comunidad, era una sanción terrible para la persona, porque indicaba que esta estaba errante y que no pertenecía a ninguna totalidad. Se ha explicado ampliamente que, dentro de la concepción del derecho indígena, no se comprende al hombre como un ser individual, sino que tiene que formar parte de una totalidad para poder alcanzar una vida plena. Se entiende sobradamente entonces la gravedad que acarrea esta sanción para el derecho que las comunidades y los pueblos indígenas.

Existe un aspecto para hacer hincapié dentro del estudio de la historia de la aplicación de justicia de los pueblos indígena originarios campesinos. Era y aún es hoy en día, tan trascendente y necesario el resarcimiento espiritual ante las faltas cometidas dentro de la comunidad, que antiguamente cuando ocurría un suceso catastrófico natural, entendiéndose por el mismo una nevada, una helada, la pérdida de una cosecha, etc., se sobre entendía que uno de los miembros de la comunidad había incurrido en una conducta transgresora que no habría sido descubierta o confesada. Era entonces obligación de toda la comunidad averiguar cuál había sido el motivo detonante de la furia de sus deidades y el responsable de este accionar. Era una necesidad vital encontrar a esta persona, juzgarla y sancionarla para poder recuperar el equilibrio entre la comunidad y las deidades y de esta forma detener el castigo de las mismas, que obviamente significaba un desequilibrio dentro del desarrollo de la misma comunidad.

Para cerrar este estudio histórico del manejo de la justicia en las comunidades indígenas, es necesario hacer referencia a la vestimenta de las autoridades de las mismas, que ha perdurado y se ha heredado de generación en generación y que reviste de autoridad y dominio a sus portadores para que puedan administrar justicia y ejemplo a toda la comunidad.

Cuando se hace una revisión, por más somera que sea, de la historia de la aplicación de justicia dentro de las comunidades y los pueblos indígenas, se encuentra un aspecto preponderante que

desde todo punto de vista resulta ser sorprendente. En el incario y en los imperios aimara y quechua anteriores a la llegada de los conquistadores, se llegaba a juzgar solamente una conducta transgresora al año. Los diferentes cronistas y estudiosos de la historia del derecho indígena, hacen constantes referencias a que los principios sobre los que se sustentaba el derecho indígena, eran tan sólidos y la administración de justicia de las autoridades por linaje del inca eran tan eficientes, que se cumplía a cabalidad los preceptos: no existían ladrones, personas ociosas que pudieran generar delitos para cubrir sus necesidades, ni mentiras que puedan alterar el orden dentro de la convivencia. Entonces en el imperio inca y en las demás civilizaciones indígenas que vieron la luz en las diferentes regiones del altiplano, se cumplía el precepto de que la transgresión era realmente una excepción y una sumamente escasa. Este hecho histórico es una fuente importante de comprobación de la auto suficiencia que presenta el derecho indígena y de la eficacia que puede existir dentro de su aplicación.

Actualmente queda simplemente, trabajar en la aplicación correcta de los principios que rigen al actual Estado Boliviano, que son los mismos que regían a las comunidades indígenas y que dieron frutos tan ejemplificadores del manejo de imperios que quedarán impresos para siempre en la historia.

### **1.3. LA HISTÓRICA PUGNA ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO INDÍGENA.**

Cuando se habla de la histórica pugna que ha existido entre el derecho español que vino por parte de los conquistadores y el derecho indígena, es necesario encontrar el punto nodal del choque de estos dos sistemas jurídicos, y a partir de ahí comprender sus diferencias y la supremacía que uno no solamente ha expresado en ese momento, sino que más bien ha heredado por sobre el otro.

Al momento de cruzarse ambas culturas, en el desembarco de Pizarro a lo que era el imperio Inca, también se cruzan las concepciones de justicia que tenían estas sociedades que se iban a encontrar. Luego del conflicto bélico que termina con la detención del Inca Atahualpa, se sucede el primer acto jurídico, si se puede clasificar de esta manera, que iba a marcar el encuentro de estos dos sistemas. Las autoridades del incario ofrecen a cambio de la libertad del inca, dos cuartos repletos de oro y plata; el cumplimiento de esta oferta a cabalidad expresa de forma evidente la transparencia que tenían los incas en el desarrollo de las acciones que ellos creían que acarrearían consecuencias jurídicas, como en este caso la libertad. Sin embargo, a pesar de haber sido recibida esta compensación por parte de los españoles, no se cumple con la promesa de la liberación del inca y es entonces cuando los habitantes de las indias, comprenden que su idea de justicia y de verdad, era completamente diferente a la que traían los nuevos habitantes.

El inca Atahualpa ofrece argumentos antes de ser juzgado, y en ellos no expresa otra cosa que dudas y disconformidades por todos los aspectos a los que él y su pueblo estaban siendo sometidos, sin embargo, en medio de todo esto encuentra similitudes entre sus dioses y sus características con los dioses que los conquistadores estaban imponiendo. Reclama además de

forma reiterada su disconformidad con la obligación de rendir tributo y obediencia a un rey al que ellos no conocían y ese mismo rey que nunca había conocido ni pisado sus tierras.

El juicio del inca Atahualpa se podría considerar el primer procedimiento jurídico en donde chocan estos dos sistemas; claro está que el derecho indígena se ve totalmente sometido frente al derecho positivo traído por los españoles; pues porque a pesar de que el inca y su corte no conocían en lo más mínimo los procedimientos y las normas que establecía el derecho positivo al que estaba siendo sometido, este es el que sanciona y dirige todo el proceso, con el pleno desconocimiento del acusado. El primer mandatario del imperio incaico no conocía a cabalidad cuales eran las causas para su juzgamiento, pues dentro del sistema del incario no había cometido infracción alguna y estaba siendo sometido por alegatos que le imponían los conquistadores. Por demás está aclarar que el mencionado juicio estuvo totalmente empañado por vicios de nulidad y no tomó en cuenta para nada el sistema judicial indígena.

### **1.3.1. Derecho Penal en la Conquista.**

Con el proceso de juzgamiento al inca Atahualpa, se evidencian en materia penal tres arbitrariedades que no pasan desapercibidas. La primera es que no se toma en cuenta en lo absoluto el sistema de justicia del incario, dentro del cual el acusado no había cometido delito alguno, el segundo es que los delitos por los que se estaba sometiendo a juicio al inca no estaba tipificados dentro del mencionado sistema de normas y no conocían si quiera a qué tipo de acciones hacían referencia; y tercero y más grave, que todo el proceso se llevó en un idioma que era totalmente ajeno para el acusado, quien por lo tanto no comprendía nada de lo que estaba pasando. Los principales delitos por los que se acusaba al inca consistían en nepotismo, malversación de fondos e idolatría.

Las personas que conformaban el tribunal para el juicio del inca, tampoco tenían las atribuciones necesarias para llevar a cabo este procedimiento. En este aspecto resalta especialmente el hecho de que los acusadores fueron los españoles y los jueces también; dejando de lado la imparcialidad que es característica dentro del positivismo jurídico. Se podría decir desde todo punto de vista que aquel juicio, cuyo tribunal fue solamente conformado por forajidos de Pizarro, no poseía en lo mínimo las características que dan legitimidad al derecho penal y se consagró simplemente como un teatro, cuya apertura de telones sirvió a los conquistadores para restar autoridad al inca y poder iniciar el saqueo de los pueblos y comunidades indígenas que habitaban en este territorio.

Este procedimiento que no puede llamarse jurídico, se considera un hito dentro del espectro de la presente investigación, debido a que fue la puerta inicial para que los indígenas, las comunidades enteras perdieran absolutamente sus derechos y fueran incluso denigrados en su calidad de personas, siendo considerados a partir de este hecho como animales salvajes, carentes de cualquier tipo de derechos, pero si poseedores de un sinnúmero de obligaciones en beneficio de la corona española, de la que nada conocían. Es el puntapié inicial que dio paso al despojo de las tierras de los indígenas y al saqueo de sus riquezas sin la más mínima posibilidad de reclamo; y

este velo que cubrió de oscuridad a los pueblos indígenas en materia de sus derechos, no duró simplemente el tiempo de la colonia, sino que los continuó cubriendo hasta los tiempos de la República.

Cuando se incluye dentro de este análisis al derecho positivo penal, se evidencia que este es principalmente un instrumento de control que ejerce el estado, y que tiene, en síntesis, tres elementos centrales, la norma que establece el delito, el delincuente que transgrede la norma y la sanción que es la consecuencia natural del accionar del delincuente. Uno de los principios fundamentales del derecho penal, establece que no hay delito, ni hay pena sin ley previa; y es precisamente este principio el que más se vulnera dentro del juicio del inca Atahualpa.

Este histórico suceso, a pesar de haber tenido lugar hace miles de años, sigue presente en la memoria de las comunidades indígenas, quienes han generado una suerte de estigma en contra del sistema ordinario de administración de justicia, aseverando muchas comunidades que éste solamente trae llanto y penas. El profesor Herculiano Capusiriet *ál.* (2015) lo expresa claramente en su estudio de la comunidad de Sica Sica, que es una de las principales regiones que aún sufre por este estigma al derecho positivo. Es esta la causa de que la mayoría de las comunidades indígenas, en materia de transgresiones y delitos, prefieren acogerse a sus procedimientos propios y solamente en caso de extrema necesidad acuden al sistema ordinario de justicia. Aquí se evidencia nuevamente en problema planteado en este estudio, es la justicia ordinaria la que en la mayoría de los casos absorbe a la justicia indígena y no respeta sus procedimientos.

#### **1.4. EL HISTÓRICO HOSTIGAMIENTO AL MODELO COMUNITARIO.**

Se ha establecido anteriormente en este estudio, que las comunidades indígenas basaban su organización territorial principalmente en base a la producción de los espacios geográficos y climáticos que facilitaban su desarrollo; es por ello que tenían un desarrollado sistema de transporte para el intercambio de sus productos característicos de cada una de sus regiones. En esto se basaba el sistema de reciprocidad e intercambio, en mantener la armonía en el desarrollo del imperio.

Todo este sistema se ve profundamente alterado con la llegada de los españoles. Si bien el sistema comunitario se basaba en la reciprocidad, el nuevo sistema de los conquistadores se basaba en el extractivismo de las riquezas de la tierra y en mandarlas de la forma más operativa para tierras europeas. Se pone en la mesa en este punto el concepto de erosión de la tierra, que hasta el momento había sido completamente desconocido para las comunidades, mismas que se ven totalmente reorganizadas en base a su productividad y conocen por vez primera el sistema de mercado capitalista, reemplazando al comunitario.

El sistema comunitario no volvería a regir la organización de estas tierras ni aun cuando se había alcanzado la independencia de las mismas; esto se debe a que el Libertador Simón Bolívar, antes incluso de la sanción de la primera Constitución Política de la República de Bolivia, profundamente influenciado por las corrientes políticas europeas de esos momentos, establece un

sistema liberal que hacía eco de los principios que se habían establecido en los sistemas jurídicos de la mayoría de los países europeos: propiedad privada, libertad económica, igualdad jurídica, etc. Se divide entonces todo el poder que antes se había concentrado en la monarquía en diferentes poderes; pero en ninguno de ellos se incluye a las antiguas autoridades administrativas de las comunidades indígenas que tanto habían aportado en el proceso libertario.

Se establece el sistema económico liberal y se deshecha por completo el concepto de la propiedad comunal, para establecer la idea de la propiedad privada y este aspecto termina por despojar por completo a las comunidades indígenas de las que antes habían sido sus tierras, cambiando muy poco su situación de vida; pues la principal fuente de ingresos era el trabajo asalariado y ellos seguían en una permanente situación de vulnerabilidad similar al esclavismo.

La historia demarca que, en lugar de intentar retomar el modelo comunitario de organización, la independencia de Bolivia acopla su sistema normativo al constitucionalismo moderno. Se sanciona que el modelo comunitario era parte de sistemas antiguos de organización que difícilmente se podían acoplar a la naciente sociedad boliviana; y, lo que, es más, se ve a este modelo como un obstáculo en el camino del desarrollo del sistema jurídico boliviano, desechándolo por completo sin el más mínimo análisis ni consideración por las comunidades indígenas.

El sistema liberal que inicialmente fue planteado por los dos primeros presidentes de Bolivia: Bolívar y Sucre, no se pone en práctica en una primera instancia, esto debido a que sus sucesores no se acoplan a este sistema y en lugar de ello establecen una especie de sistema feudal caracterizado por los latifundios. Este sistema de organización estatal se considera históricamente uno de los que arremete de forma más frontal en contra de las comunidades indígenas y de sus territorios, pues se despoja de forma masiva y violenta a estas comunidades. Los nombres de los presidentes que habrían marcado estos hechos de forma más trascendente en la historia quedarían en la memoria para siempre: Mariano Melgarejo y Tomás Frías. (*Vargas Rivas, G., 2016*).

#### **1.4.1. La Europa que colonizó América.**

Dentro del marco del estudio histórico de la presente investigación, es necesario hacer hincapié en la situación en la que se encontraba Europa al momento de colonizar a los pueblos indígenas de América, este análisis permite vislumbrar la necesidad en el saqueo de las riquezas del nuevo continente y como el descubrimiento del mismo habría de brindar cierta estabilidad política, en este especial caso, a la corona española.

El periodo histórico en el que se situaba España al momento de colonizar América, no era el más favorable, esto debido a que su población se encontraba asolada por la peste negra y su economía castigada por una mala producción agrícola; a esto debe sumarse la poca estabilidad política que era ocasionada porque el poder era ostentado por pequeños reinos que no se encontraban unificados y que eran constantemente amenazados por los moros. Esta situación de inestabilidad

se vería un poco superada con el matrimonio de los reyes católicos, quienes serían los principales impulsores del descubrimiento y conquista de tierras americanas.

El descubrimiento de América a manos de Colón habría de marcar el nacimiento de una nueva era, la transición de la época medieval a una nueva era; marcada por la riqueza en aquel continente y por la violencia en el nuestro.

El descubrimiento de América y el periodo de conquista marcarían uno de los más grandes genocidios registrados en la historia de la humanidad y el saqueo extremo de las riquezas de este continente. Erróneo sería afirmar que con la exagerada explotación de las tierras nativas americanas se logró consolidar a España como una potencia europea, o al menos como uno de los países que más aporte económico generaban. Las riquezas fueron despilfarradas en banalidades y en pugnas generadas en el interior del reino, debido a un mal manejo por parte de los sucesores de los reyes católicos.

La acumulación de riquezas no era un concepto que se manejaba por parte de las comunidades indígenas, pero al ser colonizadas estas por los españoles aportaron a la corona no solamente con sus riquezas minerales, sino también con la fuerza productiva de trabajo, pues los indígenas fueron esclavizados como animales de carga y servicio; esta fuerza laboral aportó enormemente, casi a la par de las riquezas que eran fácilmente explotadas por el trabajo que era impuesto en la mita a los indígenas. Surge entonces una nueva interrogante que centra su análisis en la explicación de por qué el imperio incaico cayó de forma tan sencilla frente a los invasores, siendo que tenían una amplia superioridad numérica; pues la historia demarca que los españoles no excedían un número de doscientos.

Estos aspectos encuentran explicación tomando en cuenta diferentes factores, el primero es la influencia y el impacto psicológico que sufren los indígenas ante la presencia de los españoles; pues estos aparecen montados en bestias que eran desconocidas, hablando una lengua diferente y con armas capaces de escupir fuego de sus bocas. Otro aspecto fundamental que facilita la caída sin mucha resistencia de los imperios es la alianza que realizan los pueblos indígenas enemigos del imperio con los españoles, reforzando de esta manera sus fuerzas. Se debe tomar en cuenta también las pugnas internas por las que se encontraban atravesando los imperios americanos al momento de ser conquistados y las enfermedades que son traídas por los españoles. Estas últimas no eran conocidas por los indígenas, por lo tanto, su tratamiento no era conocido ni aplicable y mermaban en consecuencia gravemente a su población.

Es así que se sucede lo inevitable, la conquista de las comunidades indígenas acarrea genocidio, saqueo, violencia y muerte. Los propios indígenas cambian sus concepciones de justicia, la entienden desde ese momento como algo que favorecía solamente a unos pocos, donde no encontraban espacio ellos. Asumen la derrota de sus deidades en manos del dios occidental, lo cual genera un fuerte impacto psicológico que los hace asumir una posición de inferioridad frente a sus conquistadores. Asumen la pérdida de sus tierras y más importante aún, de sus derechos. Se

deja completamente de lado el modelo de organización comunitario y se suplanta por el modelo capitalista de mercado. Habrían de pasar años antes de que esta situación cambiara.

## **1.5 EL PERIODO COLONIAL.**

### **1.5.1. Las Leyes de Indias.**

Durante la época colonial, las normativas que regían la convivencia entre españoles, criollos y mestizos fueron sumamente extensas; se puede decir con toda calma que se produjo un periodo de creación de normas que dejaría ampulosos frutos. Dentro de todo ese cuerpo legal, hay que rescatar para el presente estudio de caso, todo lo referente a las diferentes leyes y normas que tienen contenido respecto a la población indígena, con respecto al trabajo que debían realizar y las protecciones que debían tener, más específicamente por parte del clero y de la iglesia, no tanto así de los mecanismos legales como tales.

Fue la misma corona española la que el año 1680, ordenaría la compilación de todas estas leyes que habían estado rigiendo a las sociedades del nuevo mundo, allí se puede encontrar pocas cosas con respecto a los indígenas, en relación con los demás, pero entre las más resaltantes la libertad que tenían estos de comercializar sus productos y algunos cuidados análogos con respecto a su precaria situación similar a la esclavitud.

En un análisis genérico de estas leyes, se reconoce de manera sorpresiva que existen, en los albores de la época colonial, bastantes mecanismos de protección de los indígenas que emanaban directamente de la corona española, entre ellos puede encontrarse la prohibición de utilizarlos para servicios domésticos, más por el contrario se establece que se les debería dar un buen trato y ponerlos a disposición del clero y de la iglesia para que estos sean los encargados de convertirlos a la fe católica. Uno de los aspectos más importantes de estas leyes emanadas desde la corona española para legislar el tema de los indígenas, es el establecimiento del tributo que debían pagar estos en beneficio de la misma, pero al mismo tiempo de ordena que estos no pueden ser alquilados, ni forzados a trabajar en contra de su voluntad; así mismo que los menores de dieciocho años no sean utilizados para trabajos de carga de productos.

Curioso aspecto se encuentra en el hecho de que estas normas establecían que se sancione con más severidad los delitos y las agresiones cometidas en contra de los indios, que las cometidas en contra de los propios españoles, aspecto que obviamente nunca llegó a cumplirse, además de establecer prohibiciones de trabajo forzado en las minas, pero todo esto antes de que empiece la explotación masiva de oro y plata y de que esta misma llegue a su pico en su comercialización en los países anglosajones.

Si bien todos estos aspectos fueron sancionados por la corona desde España, escasamente llegaron a cumplirse, esto debido fundamentalmente a la distancia; no existía un ente fiscalizador que pueda ver el cumplimiento de estas disposiciones y los españoles y criollos que regentaban esta región cambiaron por completo la esencia del contenido de estas normas. Se regularizó el trato a los indígenas conforme más convenía a los intereses de los conquistadores.

Durante el periodo colonial, en la región americana la máxima autoridad para hacer cumplir las normas emanadas de la corona era el Virrey, es importante resaltar que su función era simplemente el cumplimiento de las normas debido a que el mismo no tenía la capacidad de emanar estas, solamente de velar por su cumplimiento, pero este presupuesto es difícilmente cumplido al no contar con los mecanismos adecuados. Aparte de la figura del Virrey, que era la única figura dotada de una autoridad que la distinguía, los demás mecanismos de autoridad y de manejo administrativo no se diferenciaban en nada, ni tenían características usualmente especiales, simplemente eran entes de autoridad que convivían entre sí; se podría decir que el clero y la Iglesia tenían una suerte de funciones específicas en su autoridad, pero no sucede lo mismo con el resto. Aspecto fundamental en el escaso manejo administrativo de la colonia se debe a sus escasas formas de comunicación. La máxima autoridad, el Virrey, radicado en Lima, podía tardar meses enteros en recibir correspondencia, que, al llegar a sus manos, ya no se encontraba acorde a la realidad ni a las necesidades sociales. Se entiende de sobre manera que el transporte de cartas y escritos en un territorio tan amplio y realizado por campesinos o animales, podía tardar meses en llegar a su destino, dificultando la eficacia del manejo administrativo.

Aún en tiempos de la Colonia y con un manejo normativo y administrativo tan pobre, debía existir una norma suprema que sirva como base, y que exprese las intenciones morales de la corona española, esta función cumplieron las “Leyes Nuevas”, emanadas del Rey Carlos V en el año 1542. El estudio de estas normas se consagra como algo importante, debido a que en sus consideraciones establecen que el deseo de los reyes españoles es que se brinde a los “indios” un trato considerado humanitario, que se vele por su bienestar y por mantener su raza y reproducción, pero el aspecto importante de todo esto es, que no dejan en ningún momento de considerarlos vasallos de la corona; además, claro está, de establecer que se procure que estos sean educados en la fe católica y en las costumbres de la corona. Es un punto interesante que este cuerpo normativo considere como “personas libres” a los indígenas y haga especial énfasis en el cumplimiento en la aplicación de justicia. Esto se puede observar claramente en una transcripción literal de las mencionadas leyes:

*“Y porque nuestro principal intento y voluntad siempre ha sido y es de la conservación y aumento de los indios, y que sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fe católica, y bien tratados, como personas libres y vasallos nuestros, como lo son; encargamos y mandamos a los del dicho nuestro Consejo tengan siempre muy gran atención y especial cuidado, sobre todo de la conservación y buen gobierno y tratamiento de los dichos indios, y de saber cómo se cumple y ejecuta lo que por Nos está ordenado y se ordenare para la buena gobernación de las nuestras Indias, y administración de la justicia en ellas, y de hacer que se guarde, y cumpla y ejecute, sin que en ello haya remisión, falta ni descuido alguno”. (Leyes Nuevas. 1542).*

Como se puede observar, las leyes emanadas de la corona tenían en su contenido moral, una especie de aliento de protección a los indígenas de la época. Esto se ahonda mucho más en la parte en la que estas mismas leyes establecen que los indígenas por ningún motivo pueden ser

considerados esclavos, ni sometidos a situación análoga. Establecen de manera específica que los mecanismos de administración deben proveer de lo necesario para que ningún indio sea considerado esclavo, sino más bien como personas diligentes y confiables; se especifica que se den incluso cancelar las sumas necesarias para que en ninguna audiencia se los someta a situación de esclavitud.

Todas estas especificaciones nunca llegan a ser cumplidas y quedan solamente en los escritos, debido a que el gobierno de las tierras nativas americanas conquistadas por la corona española, se basaba fundamentalmente en dos ramas que lo sostenían: las autoridades delegadas de la corona y la Iglesia con el clero. Está por demás resaltar en este punto que es el segundo el que toma más acciones en pro de la protección de los indígenas; pues si se habla de las normas que establece la corona de España, estas nunca se ponen de manifiesto en práctica. Es más, un escaso porcentaje de la población conoce sobre la existencia de estas leyes y la intención de la corona de proteger a los indígenas, debido a las nefastas consecuencias que clasifican como genocidio a este periodo histórico que ha sometido a las comunidades indígenas.

Si se tiene como premisa, que la norma fundamental emanada de la corona española establece como premisa la protección de los indígenas, la lógica consecuencia va a ser que la situación en la que por siglos se mantuvo a las comunidades indígenas puede ser bien considerada ilegal. La falta de fiscalización por parte de las autoridades españolas al cumplimiento de sus propias normas, hizo que estas queden en el olvido y que se considere a los indígenas como la mano de obra más accesible para hacendados, pero principalmente para mineros, que sometieron a las mismas a una situación de explotación que quedaría marcada en la historia.

Acceder a las audiencias denunciando alguna injusticia, tenía un costo monetario, es por este motivo principalmente que los indígenas difícilmente podían acceder a estos mecanismos de justicia para reclamar la vulneración de alguno de sus derechos, los que por cierto no poseían.

Tomando en cuenta todos estos aspectos, se tenía un escenario claro: si se analizaba legalmente la situación social en que se encontraba este territorio se puede encontrar que absolutamente todo era ilegal en lo que respecta al trato de las comunidades indígenas. Lo único para que sirvieron las normas emanadas de la corona que debían haber regido en estos territorios, fue para ser estudiadas y recopiladas por los juristas de la época, gracias a los cuales también se puede conocer hoy en día en verdadero contenido de las mismas. Tan es así en lo que respecta a esta situación, que, entre la sociedad española de la época, se llegó a popularizar una frase que expresaba *“las órdenes del rey se acatan y no se cumplen”*.

Analizar fríamente la situación en la que se encontraban las comunidades indígenas, fuera del decorado legal que pretendían aparentar las leyes de la época, brinda un escenario realmente desolador. Los indígenas que debían ser considerados personas libres y de confianza eran azotados hasta la muerte en el interior de las minas y no se les llegaba a pagar el jornal completo pactado al principio, descontando sus ganancias con cualquier presupuesto como excusa, se los

sometía a trabajo en jornadas que excedían a las condiciones humanas y estas no se detenían ni en domingos ni en días de fiesta. Este, es uno de los casos en los que se puede observar claramente, como muchas veces las leyes pueden ser plenamente validas, al emanar de un órgano competente, pero sin embargo su eficacia es nula, debido a que su cumplimiento nunca llega a concretizarse y esta situación se agudiza debido a la falta de mecanismos de fiscalización de cumplimiento y a que los que ostentaban el poder, y podían manejar las leyes a su beneficio, también ostentaban el manejo de los medios de producción.

Diferentes son los aspectos que dieron como consecuencia el exterminio casi total de la mano de obra indígena a manos de las minas y los hacendados, esto debido a la fuerte explotación de minerales de la época y a las escasas condiciones de humanidad a las que se sometía el trabajo de los indígenas. Ahora bien, es importante recordar que las mismas leyes de la corona española establecían que los indígenas debían ser considerados personas libres, pero no por ello dejaban de ser vasallos de la misma. Este término enmarcaba una singular significancia, debido que, al ser considerados vasallos de la corona, debían pagar un tributo monetario a la misma, montos a los que difícilmente podían tener acceso debido a lo infravalorado de su trabajo. Siendo así en una primera instancia se establece como aceptable el pago de ese tributo en la prestación de servicios, pero posteriormente se sanciona que este pago se aceptaría solamente en forma de monedas, lo que coloca a los indígenas en una inminente situación de vulnerabilidad, debido a que los cobros que se realizaban contra los mismos, usualmente estaban dotados de mucha violencia y esto facilitaba el exterminio de las comunidades indígenas a manos de los encomenderos.

En esta parte de la historia, además de evidenciarse la eminente falta de eficacia de las leyes españolas, comienzan a subsumirse muchas de las costumbres de las comunidades indígenas a las costumbres españolas, y esto no obedece a una especie de adaptación, sino más por el contrario a una necesidad. Los indígenas se veían obligados a reunir dinero para el pago del tributo, y por ello debían ir a comercializar los productos de sus cosechas a las ciudades a cambio de escasas sumas de dinero; este mecanismo poco a poco fue sustituyendo al trueque como principal medio de intercambio de productos.

Es así que demarca la historia colonial lo que se llevaría hasta hoy como una profunda cicatriz en los pueblos indígenas, donde fueron variados los medios por los cuales pudo haberse llegado a exterminar a la raza como tal sin mayor complicación, sumado a que a todo lo anteriormente mencionado, existían muchas autoridades indígenas que pactaban con los funcionarios de la corona, sometiendo a sus propios hermanos a cambio de una situación de vida más cómoda y siendo un puente entre las comunidades y los conquistadores.

## **1.6. EL PERIODO REPUBLICANO.**

### **1.6.1. “La Justicia para los Indios”.**

Se conoce de sobremanera que la Constitución es la norma base que va a establecer los derechos y las obligaciones, pero que fundamentalmente va a proteger a los habitantes de un determinado

espacio geo político. Esto es lo que se esperaba con la sanción de la primera Constitución de la República de Bolivia, sancionada una vez alcanzada la independencia de este territorio. En todo este periodo de análisis de los primeros años del desarrollo del país, se puede observar de forma muy evidente como la brecha que marcaba la separación entre los pueblos indígenas y la naciente sociedad boliviana no hacía más que aumentar, y esto se evidencia en los siguientes análisis.

Resalta a la vista en los primeros artículos que establecen las bases que habían de guiar a la recién nacida república, que los pueblos indígenas no iban a formar parte de la sociedad boliviana; a pesar de haber sido parte fundamental en la lucha para alcanzar su independencia. Esto se evidencia de forma clara en el artículo 6 de la Constitución de 1826, que establece como religión de la República al catolicismo y sanciona la práctica de cualquier “todo otro culto público”.

Más allá de la primera exclusión que este artículo conllevaba, se determina algo aún más específico para segregar a las comunidades indígenas, puesto que el artículo 14 de la Constitución de 1826, establece dos parámetros a cumplirse para ser considerado ciudadano, el primero era “saber leer y escribir” y el segundo establecía “tener empleo sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico”. Resulta evidente que estos dos parámetros excluyen por completo a los indígenas dentro de la protección que debía brindarles la constitución; los motivos para entender esta lógica consecuencia salen sobrando. Las comunidades indígenas difícilmente habían tenido acceso a la educación en todo el periodo colonial y esta situación no había cambiado demasiado en los primeros años de la República, por lo que era sumamente difícil que los indígenas sepan leer y escribir, al igual incluso que la mayoría de la población mestiza, y esto les impedía cumplir con el primer parámetro. El segundo parámetro se veía de difícil cumplimiento, debido a que, para mejorar sus condiciones de vida, la mayoría de las comunidades indígenas migraba de sus poblados a las zonas urbanas, incluso para facilitar la venta de los frutos de su producción. Al establecerse en las ciudades, era sumamente complejo que puedan acceder a otras fuentes laborales que no sean aquellas que impliquen cierta dependencia o servicios domésticos, con lo que no se encontraban aptos para cumplir el segundo parámetro que se había establecido.

Tomando en cuenta todos estos aspectos, se evidencia que en la Constitución de 1826, la primera que rige a la República de Bolivia, no protegía los derechos de las comunidades indígenas, puesto que estos no eran si quiera considerados como ciudadanos dentro del cuerpo legal de la república; esto conlleva que por años los indígenas sean invisibles para la justicia, no tengan derecho a reclamarla y mucho menos acceso a esta, porque sus derechos no se encontraban consagrados en ningún lado, no había algo por lo que puedan reclamar, ni mecanismos que los puedan proteger. Esta situación representa un matiz interesante tomando en cuenta el papel protagónico que cumplen las comunidades indígenas en todo el proceso de conquista de la independencia de Bolivia.

*“Artículo 6.- La religión católica, apostólica, romana, es la de la República, con exclusión de todo otro culto público. El gobierno la protegerá y hará respetar, reconociendo el principio de que no hay poder humano sobre las conciencias”.*

*“Artículo 14.- Para ser ciudadano, es necesario:*

- 1. Ser boliviano;*
- 2. Ser casado, o mayor de veintiún años;*
- 3. Saber leer y escribir; bien que esta calidad se exigirá desde el año de mil ochocientos treinta y seis.*
- 4. Tener algún empleo o industria, o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otra en clase de sirviente doméstico”. (Constitución Política de la República de Bolivia. Art. 6. 14. 19 de noviembre de 1826. Bolivia).*

Desde el nacimiento de la República y todo lo que conllevan sus primeros años, se entiende que no se reconoce la existencia de los indígenas como ciudadanos y se limita su participación en todo lo concerniente al desarrollo de la misma, excepto claro está, en el cobro de los tributos a los que seguían estando sometidos. Si no se reconoce la ciudadanía a los indígenas, mucho menos se iba a reconocer el sistema de Justicia Indígena Originario Campesina, se encontraba lejos y se veía sumamente remota esa posibilidad, debido a que Bolivia se ostentaba como una república con un sistema administrativo y de justicia monolítico, que no concebía la aplicación de otro que no sea el que se había establecido, que dicho sea de paso no se adaptaba a las necesidades de la nueva sociedad boliviana.

El resto del cuerpo normativo que se pone en vigencia en la República encuentra asidero en los famosos “Códigos Santa Cruz”, que no eran otra cosa que una copia de los códigos franceses, traducida al español, pero sin presentar mayores variaciones que esa. Se entiende entonces que este cuerpo normativo no se adapta a las necesidades de la sociedad boliviana, porque responde a una realidad completamente diferente, sin embargo, se aplica por bastantes años. Claro está que en estos cuerpos normativos mucho menos se iba a considerar la existencia de las comunidades indígenas.

Muy al contrario de lo que en realidad sucedía, se consideraba que los códigos franceses eran sumamente modernos y avanzados a su época, por lo tanto, Bolivia que los había copiado, porque no se podría decir que los hubiese adaptado, también consideraba que tenía un cuerpo normativo sumamente avanzado para su época. Lo que no se conocía a cabalidad, era que estos códigos venían cargados con un profundo sentido de discriminación al adaptarse a la realidad boliviana, pues favorecían evidentemente a la burguesía y a los terratenientes que ostentaban el poder en la nueva sociedad boliviana.

Más allá de que no se considere a los indígenas como ciudadanos, se los puso en una situación de dependencia, puesto que estos no podían representarse a sí mismos y siempre debían encontrarse bajo el amparo de un ciudadano, en la mayoría de los casos un mestizo o criollo para el que se

encontraban brindando alguna clase de servicio. La justicia boliviana había hecho eco de lo que sucedía en las cortes europeas, puesto que el desarrollo y la aplicación de justicia estaba lejos de considerarse correcto, o de adaptarse enteramente a las normas. Los procedimientos judiciales no eran otra cosa que una negociación en donde se ostentaba el poder y ganaba quien lo tenía en mayor porcentaje o quien podía comprar los favores de los jueces, ya sea de forma económica o con beneficios políticos. En este escenario ¿qué posibilidad podían tener los indígenas de tener alguna forma de acceso a la justicia?

Los indígenas se encontraban en la misma situación jurídica que las mujeres, una situación de total dependencia, en donde tenían que encontrarse bajo la tutela o la patria potestad de un hombre que si sea considerado ciudadano y que tenía que hacer el favor de representarlos en caso de existir la necesidad de acudir ante instancias judiciales. Eran considerados en todo caso pupilos de hombres que se encontraban en evidente situación de superioridad, a pesar de ya haber superado el periodo colonial.

En materia de derecho penal, que es por donde circula la presente investigación, las sanciones que se establecían por las transgresiones a la norma, no se podían considerar equivalentes a la gravedad de la falta cometida, sino más bien se medían en base a la situación de ciudadanía de la persona. Es entonces que las sanciones que se aplicaban a los ciudadanos eran considerablemente menos severas que las que se aplicaban a los indígenas por los mismos hechos delictivos, simplemente porque estos últimos no contaban con la condición de ciudadanos.

Son varios los historiadores que coinciden que en esta época predominó lo que se puede considerar un neo colonialismo, esto debido a que, como se ha dicho muchas veces antes, a pesar de que se había alcanzado la independencia de este territorio, la situación de las comunidades indígenas, lejos de encontrar alguna mejora llegó a empeorar evidentemente. Esto no solo se evidencia en los primeros años de la República, sino que se enfatiza con un profundo sistema de peonaje sancionado durante el gobierno de Mariano Melgarejo, y de cierta forma se podría decir que se llega a la cima de la transgresión de los derechos humanos de las comunidades indígenas, con la sanción de la Ley de Ex Vinculación, promulgada durante el gobierno de Tomás Frías.

*“Desde que sean conferidos los títulos de propiedad, la ley no reconocerá comunidades. Ningún individuo o reunión de individuos podrá tomar el nombre de comunidad o ayllu, ni apersonarse por estos ante ninguna autoridad. Los indígenas gestionarán por sí o por medio de apoderados en todos sus negocios, siendo mayores de edad, o se harán representar siendo menores, con arreglo de las disposiciones civiles del caso”. (Ley de Ex Vinculación. 5 de octubre de 1874).*

Si se toma en cuenta, que los indígenas no eran considerados ciudadanos y se ha explicado anteriormente las limitantes que estos tenían para poder acceder a la justicia, es fácil entender que, ante esta situación, fueron estos mismos impedimentos los que facilitaron que las comunidades indígenas pierdan paulatinamente sus territorios. Con la promulgación de esta ley,

no pudieron acudir ni accionar ninguna clase de mecanismo legal que los pueda proteger ante el avasallamiento del que estaban siendo víctimas por parte del Estado. La pérdida de sus territorios fue inminente, debido a que se habían ampliado las restricciones en su acceso a la justicia con la sanción de la anterior ley. La única respuesta que encontraron las comunidades indígenas ante la situación desesperada que se encontraban viviendo, fue salir a protestar a las calles en contra del gobierno que los estaba vulnerando; la respuesta del Estado fue inminente y sumamente violenta, quien sacó al ejército a las calles para sofocar cualquier clase de protesta por parte de las comunidades indígenas.

Con este hecho se marca el inicio de un periodo político que puede considerarse conservador liberalista y que habría de abarcar desde la finalización de la Guerra del Pacífico, hasta el inicio de la Guerra del Chaco.

Durante el inicio de este periodo se marcaron diferentes clases de oligarquías dentro de la sociedad boliviana, pero todas coincidían en que la posesión de haciendas y territorios para producción, eran sinónimo de riqueza y de ostentación, debido a que estas seguían produciendo en manos de sus anteriores dueños que ahora se habían convertido en peones con el arrebato de sus tierras a manos del Estado. La situación jurídica de los indígenas no había cambiado en nada a pesar del paso del tiempo, debido a que la Constitución Política de 1880, ratificaba los principios que excluían a las comunidades indígenas en su acceso a la calidad de ciudadanía, pero esta vez con matices diferentes, pero con los mismos impedimentos. Ahora a esto se había sumado que para acceder a la ciudadanía se tenía que ser dueño de una propiedad inmueble con una renta mínima de 200 bolivianos en la que no se encuentre en calidad de trabajador doméstico, curioso requerimiento que se habría cumplido para las comunidades indígenas de no haber sido sancionada la ley de ex vinculación que les había arrebatado la propiedad que ahora se mencionaba en la Constitución.

*“Artículo 33.- Para ser ciudadano se requiere:*

- 1. Ser boliviano;*
- 2. Tener veintiún años siendo soltero, o dieciocho siendo casado;*
- 3. Saber leer y escribir y tener una propiedad inmueble o una renta anual de doscientos bolivianos, que no provenga de servicios prestados en clase de doméstico y;*
- 4. Estar inscrito en el Registro Cívico.” (Constitución Política de la República de Bolivia. Art. 33. 19 de noviembre de 1826. Bolivia).*

Se ratifica en este punto varios aspectos de la Ley de Ex Vinculación, y la respuesta de las comunidades indígenas obviamente se encontraba sumamente limitada; al no poder acceder a la justicia, se desarrollan dos medios para enfrentar la situación. El primero se encarna en rebeliones que surgen en determinados territorios contra los hacendados, estas no tienen mayor éxito debido a que son sofocadas por el ejército, que actúa de forma violenta contra los indígenas siguiendo las órdenes de los gobiernos de turno. La segunda respuesta surge al momento de la

creación de una suerte de representación de las comunidades indígenas en manos de los caciques, que se consagran como autoridades nombradas por las mismas comunidades y a las que se les encomienda la tarea de viajar a las principales ciudades para recabar de los archivos, diferentes documentos que consagren la propiedad de esas tierras a favor de las comunidades indígenas, o de designación de las mismas desde tiempos de la colonia. Este representa el intento más significativo y organizado por parte de los pueblos indígenas para recuperar sus territorios y procurar una accesibilidad a mejores condiciones de vida, dentro de los parámetros que había sancionado el Estado.

Este trabajo a manos de los caciques tuvo mucha representatividad, puesto que se consagra como una de los primeros puentes concretos para llegar a tener cierta participación dentro de la justicia boliviana a favor de las comunidades indígenas. Se realizan exhaustivas gestiones por parte de los caciques para procurar recuperar las tierras de las comunidades indígenas y aunque los resultados no son nada favorecedores, el solo movimiento genera de cierta forma una especie de visualización de la lucha de las comunidades indígenas por alcanzar un acceso a la justicia, por diferentes medios que se encuentren a su alcance y que logren conseguir al menos una parte de protección de sus derechos más fundamentales.

Los indígenas durante este periodo de la historia debían adaptarse a los cambios políticos que se suscitaban en la sociedad en silencio y aceptar tácitamente con su participación en los diferentes escenarios en donde fueran necesarios. Esto no fue diferente con la Guerra Federal que tuvo como consecuencia el traslado de la Sede de Gobierno de la Ciudad de Sucre a la Ciudad de La Paz. Este aspecto tiene importancia debido a que la participación masiva fue por parte de los indígenas, en muchos casos obligados por sus empleadores; pero en este aspecto varios historiadores afirman que la participación de los indígenas en todo este proceso también responde a iniciativa propia.

La participación de los indígenas dentro de la Guerra Federal, responde principalmente a los intereses de la oligarquía dominante de ese tiempo. La respuesta a que esta participación haya respondido a una iniciativa propia, se debe a que en cierto punto se promete a los indígenas la posibilidad de recuperar sus tierras y este es el aspecto que hace que los indígenas tengan una participación activa en este proceso. A pesar de ello, se acusan entre las mismas élites de provocar a la raza india para que este participe dentro de la guerra “como lobos hambrientos”, obviamente se considera a los indígenas carentes de un raciocinio propio para decidir esta participación. Se considera a los mismos como un mero material bélico, sumamente peligroso y que tenía el poder de inclinar la balanza en favor de unos o de otros.

Dentro de lo anteriormente mencionado surge la figura de Zárate Willka, quien cumplía las funciones en la comunidad de Sica Sica y cuyas huestes son sumamente decisivas dentro de esta guerra. Este aspecto tiene cierta relevancia en este trabajo de investigación, puesto que vale la pena indagar en el juicio de Pablo Zárate y ver el desarrollo del mismo.

Una vez finalizada la guerra federal, se imputó a Pablo Zárata y a sus tropas por su participación dentro de la misma guerra; los delitos bajo los cuales fueron acusados y posteriormente juzgados fueron: salvajismo, brutalidad y sadismo para exterminar a las tropas enemigas. El juicio duró aproximadamente cuatro años y se conoce como el Juicio de Mohos, lo interesante en este aspecto de la investigación, es que los fundamentos de la acusación, se utilizaron fuertes argumentos lombrosianos estableciendo como criterios de criminalidad de los acusados sus rasgos biotípicos. Se determina su criminalidad debido a sus rasgos fisonómicos y esa se consagra como la principal causa de acusación en su proceso, además de los testimonios recabados por parte de la fiscalía, donde se establece que el motivo del ataque de las tropas de Zárata era para “exterminar a la raza blanca”.

Está por demás aclarar en este punto que no existió en ningún punto del juicio, explicación alguna a los acusados que les haga entender por qué simplemente por sus rasgos indígenas se los consideraba criminales y se establecía a estos rasgos la respuesta a su accionar, dejando de lado los años de represiones que habían vivido por parte del Estado, y más allá de eso, dejando de lado la motivación que tenían para participar en un intento de recuperar sus tierras en las promesas pactadas con los liberales. El responsable de establecer todos estos argumentos y que jugó el papel de la defensa de los indígenas, fue al que se denominó dentro del proceso como “Cholo” Bautista Saavedra. Como era de esperarse en un escenario donde los indígenas no eran considerados ciudadanos y solo se había consolidado el sistema del cacicazgo para su acceso a la justicia, que este juicio no llegue a buen puerto; que los imputados sean encontrados culpables y posteriormente ejecutados por crímenes que ellos quizá cometieron de forma consiente, pero no de forma voluntaria y con motivaciones totalmente opuestas a las que se habían expuesto.

Este episodio no hace otra cosa que representar una vez más y de forma clara, la manera en que los indígenas eran utilizados por los sectores sociales que ostentaban el poder en pro de sus propios beneficios, y posteriormente desechados como material no re utilizable, posición en la que se los había situado desde tiempos de la colonia.

### **1.7. LA REVOLUCIÓN DE 1952: “El paso a la Institucionalidad”.**

La Guerra del Chaco representa uno de los aspectos más importantes en la historia de Bolivia, dentro del mismo, las comunidades indígenas alcanzan cierto reconocimiento. El inicio de la guerra, no demuestra otra cosa que la incapacidad en el manejo administrativo del estado, y la escasa negociación a manos de la élite que ostentaba la calidad de ciudadanía y que por tanto podía acceder a tener el control de la República. A la conclusión y derrota de la Guerra del Chaco, la sociedad boliviana cobra cierta conciencia de la existencia de las comunidades indígenas y del aporte que estas representaban, no solo en cuestión numérica dentro de la población, sino también el aporte económico que la fuerza de trabajo de estos representaba. La conclusión representa un paso de avance para su reconocimiento, pues de cierta manera se pone por primera vez en la palestra de la política boliviana, mediante el populismo a las clases medias y proletarias de la sociedad boliviana, esta última donde se encontraba situadas las comunidades indígenas.

El periodo que sucede a todos estos acontecimientos es sumamente fructífero en materia de política, esto se debe al surgimiento de nuevos partidos políticos que encuentran sus bases ya no solamente en las clases oligarcas, sino que se convierten en la representación de las clases medias y proletarias. Surge la Central Obrera Boliviana, que juega un papel sumamente importante en materia de derechos laborales, donde se toma en cuenta la fuerza de trabajo de los indígenas. Las universidades también desarrollan un papel importante, debido a que fomentan la formación de criterios políticos mucho más amplios y adaptados a la realidad boliviana de ese momento. Ingresan las ideas marxistas y anarquistas y es dentro de las universidades que los pensadores las adaptan a las necesidades de la realidad boliviana. Todos estos aspectos son importantes, porque como fruto de estos surgen los primeros criterios de las corrientes de pensamiento político de lo que es el indianismo y el indigenismo, que a futuro iba a buscar la reivindicación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

Legalmente se sancionan dos constituciones en este periodo, la primera en 1947 y la segunda en 1961 bajo la presidencia de Víctor Paz Estensoro. La primera establece dentro de los criterios de ciudadanía, los mismos que establecía su predecesora, pero esta tiene la característica de querer considerarse más inclusiva, esto se debe a que dentro de sus requisitos se suprime el de ser dueño de un bien inmueble o percibir la renta de doscientos bolivianos anuales; pero el criterio de exclusión se mantiene debido a que la premisa de “saber leer y escribir” continuaba siendo un excluyente para que la mayor parte, si no es que la totalidad de los indígenas pudiesen acceder a la ciudadanía.

La constitución que alcanza verdaderamente un criterio de igualdad, es la que se sanciona el año 1961 bajo la presidencia de Víctor Paz Estensoro, esto se debe a que los requisitos para la ciudadanía son completamente diferentes, es más, se consagra uno solo: estar inscrito en el Registro Cívico; pero más allá de ello, esta constitución es expresa en desacreditar todos aquellos aspectos que antes generaban esa brecha para las comunidades indígenas, y es la muestra clara de un ingreso a un sistema de gobierno nacionalista, que por fin había posado sus ojos en las comunidades indígenas.

*“Artículo 40.- Son ciudadanos todos los bolivianos mayores de veintiún años, cualquiera sea su grado de instrucción, ocupación o renta, sin más requisito que su inscripción en el Registro Civil”. (Constitución Política de la República de Bolivia. Art. 40. 22 de diciembre de 1961. Bolivia).*

En 1945 tiene lugar otro aspecto sumamente importante para las comunidades indígenas y es la realización del Primer Congreso Indígena, bajo la presidencia de Villarreal, mismo que cuenta con 200 delegados de diferentes comunidades indígenas. Por primera vez el Estado reconoce a estos líderes indígenas como interlocutores válidos, y estos tienen una oportunidad concreta de transmitir las inquietudes, pero principalmente las necesidades de cada una de sus comunidades, incluso llevan propuestas de ley concretas que coadyuvan a mejorar las condiciones de vida dentro de las comunidades indígenas.

El triunfo electoral del Movimiento Nacionalista Revolucionario, da lugar a la sanción de tres importantes leyes que van a cambiar y mejorar las condiciones en las que se encontraban las comunidades indígenas, estas son: Voto Universal, DS 3128 del 21 de julio de 1952; Nacionalización de Minas, DS 3223 del 31 de octubre de 1952; Reforma Agraria, DS 3464 del 2 de agosto de 1953. La sanción de todos estos decretos se podría considerar históricamente la primera acción concreta y frontal que sienta las bases para alcanzar la igualdad y la equidad dentro del Estado Boliviano, y representan una de las piedras fundamentales en el camino al reconocimiento de las comunidades indígenas, de su auto regulación y de sus sistemas de justicia. Se institucionaliza por fin la igualdad y se empieza a construir el camino de reconocimiento para las comunidades indígenas.

Con la llegada al poder de Barrientos, se inicia un nuevo periodo que nuevamente sitúa a los indígenas en una posición de herramientas útiles a los intereses de las nuevas masas que ostentaban el poder que les había otorgado el poder de las armas de los militares. La Constitución sancionada por Barrientos en 1967, no cambia los criterios de ciudadanía de la Constitución de 1961, y procura de generar una alianza con los líderes de las comunidades indígenas, que son elegidos e impuestos por los propios militares a las comunidades indígenas. Se crea de esta forma lo que se va a conocer como el Pacto Militar – Campesino, en donde nuevamente los indígenas son utilizados como instrumentos, esta vez a manos de los militares, para acallar cualquier idea o pretensión que contravenga a los intereses de los nuevos mandatarios uniformados de Bolivia.

El periodo de mandato que hizo ostentar el poder a los militares, entendió a los indígenas como una masa servil que podía utilizarse en pro de los beneficios del Estado. La Constitución de 1967 es una clara muestra de estos aspectos, esto debido a que en sus 23 capítulos y 235 artículos no establece ni norma nada referente a los pueblos indígenas de Bolivia, lo que aporta a hondar aún más su invisibilidad. En lo referente a la ciudadanía esta constitución delega la misma a las autoridades respectivas y establece que cualquier reunión de personas que se atribuyan cierta soberanía del Estado, comete delito de sedición. Ante todos estos aspectos, es fácil que las autoridades indígenas y sus organizaciones, por su naturaleza misma, se consideren susceptibles de cometer “sedición”, es por ello que quedan totalmente fuera de cualquier cuerpo normativo, logrando una especie de retroceso en el avance que se había obtenido en pro del alcance de los derechos de las comunidades originarias.

Pocos son los cambios que se suceden durante este periodo, y difícilmente se encuentran variaciones en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Lo que sí es notable es la evidente intención por parte de los diferentes gobiernos de turno, de influenciar en las comunidades indígenas para lograr que estos sirvan a sus intereses. Está por demás mencionar que pocos son los movimientos indígenas durante este periodo, debido a que cualquier reclamo de algún derecho era considerado marxista y por lo tanto sofocado y sancionado. Es precisamente una masacre a campesinos quechuas, lo que marca el rompimiento del pacto militar – campesino y visibiliza la situación de aprovechamiento bajo la que se encontraban sometidos los indígenas.

El retorno a la democracia es sumamente complejo y las medidas económicas que acompañan a este lo son aún más. Obviamente esta situación genera mayor incertidumbre en los pueblos indígenas que deben acoplarse a diferentes situaciones para poder tener alguna especie de sustento.

La Constitución de 1994, promulgada durante el gobierno del MNR, marca de nuevo un retorno normativo a la democracia, abrogando los artículos que evidentemente limitaban la libertad individual de las personas, pero no con esto se entiende que en esta constitución se incluye a los pueblos indígenas dentro del cuerpo normativo boliviano, a pesar de que estos nuevamente juegan un papel importante en el retorno a la democracia. Esta constitución continúa invisibilizando a las comunidades indígenas, pero si algo merece ser resaltado es su primer artículo, esto debido a que allí comienza a establecer una surte de pluralidad en lo referente a la composición del Estado.

*“Artículo 1.- Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos”.  
(Constitución Política de la República de Bolivia. Art. 1.12 de agosto de 1994. Bolivia).*

Con la sanción de esta última Constitución, se puede observar que la organización básica del Estado es totalmente diferente a lo que sucedía en las anteriores constituciones. Se establece una amplitud no antes vista. Si bien antes había primado un monismo jurídico y administrativo estatal, es en esta constitución en donde se expresa por vez primera los términos “multiétnica y pluricultural” como indicio del reconocimiento de la diversidad existente que le aportaban al país las naciones y pueblos indígenas. Lastimosamente este es un caso preciso en el que se evidencia la falta de efectividad de la norma, aunque esta emane de un órgano competente y por tanto tenga plena validez; puesto que, aunque se expresaban los primeros indicios del reconocimiento y del tránsito al pluralismo jurídico, estos preceptos estaban totalmente lejos de concretarse y solamente se quedaban en el escrito del cuerpo normativo.

### **1.8. JUSTICIA INDÍGENA EN LA NUEVA BOLIVIA.**

Muchos han sido los caminos transitados antes de alcanzar el reconocimiento, simplemente de la existencia de los pueblos indígenas en Bolivia, este camino se vuelve más sinuoso cuando se habla de reconocer que estas comunidades y pueblos poseen auto determinación y un sistema jurídico propio; la idea de que estos sistemas de justicia convivan con el sistema ordinario de justicia es algo que aún se encuentra en proceso de asimilación, a pesar de que ya debería encontrarse en práctica.

La última Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, es la que reconoce no solo la existencia de los pueblos indígenas, sino que los dota de autodeterminación y eleva sus sistemas de justicia al mismo rango del sistema positivo. Esto se puede evidenciar en diferentes artículos de la Constitución, como también en varios convenios internacionales que han sido ratificados

por el país y elevados a rango de ley. Es importante determinar que no solamente se establece el reconocimiento del sistema de justicia indígena, sino que es la misma norma la que delimita la aplicación de esta justicia para poder facilitar su convivencia con el sistema ordinario, ahí es donde surgen diferentes términos, uno de los más importantes habrá de ser el de jurisdicción indígena originario campesina.

Boaventura de Sousa *et ál.* (2012) expresa que: *“La constitución política del Estado reconoce en su artículo 30 el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus sistemas de justicia propios. Estos sistemas de justicia forman parte de la función judicial bajo el denominativo de “Jurisdicción Indígena Originario Campesina”, todo esto al amparo del artículo 179 de la Constitución Política del Estado. Al emplear este término, se entiende que esta jurisdicción forma parte de los mecanismos legales del Estado para administrar justicia, en igual jerarquía que los demás. El artículo 190, a su vez expresa las funciones de las jurisdicciones de las naciones y pueblos indígenas, mismas que se ejercen a través de autoridades propias, aplicando sus valores culturales y rigiéndose bajo sus propios procedimientos”.*(de Sousa, B., Exeni, J. 2012. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 50).

Una vez establecido el precepto de la existencia de la jurisdicción indígena originario campesina que tiene como consecuencia el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena con sus propios procedimientos, es importante determinar la existencia de estos preceptos dentro de los ordenamientos legales de los organismos internacionales. Los profesores Martín Bazurco Osorio y José Luis Exeni Rodríguez *et ál.* (2012) lo expresan de la siguiente forma:

*“La nueva Constitución incorpora el término de jurisdicción indígena originario campesina, no obstante que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre, elevada a rango de ley por Bolivia mediante Ley 3760 del 7 de noviembre de 2007, utiliza en su artículo 34 el término de “sistema jurídico”, lo cual expresaría la existencia de autoridades, normas, procedimientos, valores y sanciones relacionados con la resolución de conflictos y la administración de justicia”.* (de Sousa, B., Exeni, J. 2012. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 50).

Los organismos internacionales reconocen la existencia de los sistemas de justicia propios de las Naciones y Pueblos Indígenas, como bien es expresado en la cita anterior y Bolivia se adscribe a estos convenios y los eleva a rango de ley. El empleo del término Jurisdicción Indígena, busca lograr una igualdad entre el sistema de justicia ordinario y el sistema indígena originario, ambos poseen jurisdicción propia y por lo tanto son libres de aplicar sus sistemas de justicia en base a sus costumbres, regidos por sus propias autoridades y las decisiones que emanen de estos organismos competentes por ley, son inobservables por otra autoridad jurisdiccional.

Otro organismo internacional que trata sobre el tema de los sistemas de justicia indígena y que Bolivia adopta dentro de su cuerpo normativo mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991, es la OIT con su Convenio 169, que en su artículo 8 expresa:

*“Artículo 8.- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas 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”.(Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Art. 8. 27 de junio de 1989).*

Se había mencionado anteriormente, que, al introducir la aplicación de los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas dentro del cuerpo normativo boliviano, y de su norma suprema, también se habían establecido diferentes limitantes para poder facilitar la convivencia de estos dos sistemas dentro del Estado Boliviano; aquí se presenta una de las primeras limitaciones y una de las más importantes para poder facilitar el ejercicio y la aplicación en cada caso, de ambos sistemas. Esta primera característica indica que los sistemas de justicia indígena no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales expresados en la constitución, ni tampoco con los derechos humanos.

Además, es el mismo Convenio 169 el que establece que los pueblos indígenas pueden sancionar bajo sus propios procedimientos las transgresiones que se cometan en sus comunidades y que se encuentren bajo su jurisdicción, siempre que estas sanciones no atenten contra los derechos humanos, pero todo esto será analizado profundamente más adelante en el desarrollo del marco jurídico y de las normativas internacionales de la presente investigación.

Esta delimitación que se expresa en el Convenio 169 de la OIT, se consagra como una de las más importantes, debido a que la mayoría de las normativas internacionales van en consonancia, y toman el mismo marco de aplicación para los sistemas de justicia indígena. Otro aspecto importante en donde toma un papel fundamental la justicia indígena, es en los Códigos que rigen el Estado; en el especial caso de este estudio habrá de tomarse en cuenta el Código de Procedimiento Penal, que establece que se extingue la acción penal cuando se comete dentro de una comunidad y esta pasa a resolverse dentro de su jurisdicción. Ahora bien, es el mismo código de procedimiento penal, el que establece que las resoluciones emanadas de las autoridades indígenas, en aplicación de sus sistemas de justicia podrán ser revisados e incluso anulados en caso de incurrir en evidente incumplimiento y contradicción con los derechos fundamentales emanados de la Constitución, mismo precepto de delimitación que establecen los organismos internacionales.

Se establece también que el sistema ordinario de justicia podrá acudir en cooperación de los sistemas de justicia indígena en expreso caso de que estos así lo soliciten. Todo esto se analizará a profundidad más adelante.

El instrumento normativo promulgado por la legislación boliviana, quizá más importante en materia de aplicación de los sistemas de justicia indígena, es la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pues esta es la encargada de velar principalmente por la coordinación entre ambos sistemas de justicia coexistentes entre el Estado, ver los límites de cada uno y establecer sus marcos de aplicación.

El proceso histórico que han enfrentado los pueblos indígenas originario campesinos para alcanzar su reconocimiento en Bolivia, y más allá, el reconocimiento de sus sistemas de justicia, representa un camino sinuoso y lleno de luchas, mismas en las que las comunidades tienen papeles importantes, pero escaso reconocimiento. Es de trascendental importancia hacer este recorrido histórico, para comprender de qué forma se concebían en un principio los sistemas de justicia de estos pueblos y de estas naciones y todos los procesos atravesados para llegar a tener protección internacional y encontrar asidero dentro del sistema jurídico boliviano, tomando en cuenta que la implementación de estos sistemas en países como Bolivia, representa una novedad y un hito para el resto de países que tienen dentro de sus habitantes naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Los pueblos y naciones indígenas contaron siempre con sistemas de justicia propios y que la misma historia ha demostrado que eran sumamente eficientes en el control y el orden de sus sociedades, sistemas quizá mucho más organizados que los que se implementaron con la llegada del colonialismo; sistemas que cayeron en desuso y fueron desvalorizados por muchos años, pero que no lograron desaparecer porque sus prácticas se encontraban arraigadas en las comunidades y que hoy por hoy, deben trabajar codo a codo con el sistema ordinario de justicia, en igualdad de condiciones, o al menos, ese es el desafío.

## **2. EL DERECHO PENAL BOLIVIANO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

El punto álgido de la presente investigación se centra en el derecho penal y la coordinación de este sistema con la justicia indígena y con los sistemas propios de aplicación de justicia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Una vez realizado el estudio de todo el proceso histórico que recorrieron los pueblos y comunidades indígenas para alcanzar el reconocimiento de los mencionados sistemas, es necesario realizar un estudio somero del desarrollo del Derecho Penal en Bolivia. Por demás está mencionar que el proceso evolutivo del derecho penal boliviano es sumamente amplio y profundo, debido a que, por su carácter positivo, ha heredado la mayoría de los rasgos genéricos del derecho penal que tiene su génesis en los sistemas europeos. Nuestro derecho penal se ha ido adaptando a las necesidades de la sociedad

boliviana y en determinado punto del camino se ha cruzado con la implementación de la justicia indígena. Desde entonces ambos sistemas deben coexistir juntos y de forma coordinada.

El derecho encargado de corregir y sancionar las conductas transgresoras de la norma, se traduce en las comunidades mediante la justicia comunitaria. Debido a que es esta misma justicia la que preserva el orden y el respeto a las normas y principios de la comunidad, se entiende fácilmente que la aplicación de justicia en las comunidades esté íntimamente ligada con la aplicación de las demás ramas del derecho, que también se ejercen dentro de las comunidades bajo sus propias cosmovisiones y costumbres. Aquí es donde se deben encontrar las semejanzas históricas en cuestión de principios y fines de estos dos sistemas, cuyos orígenes difieren, pero que actualmente cumplen con las mismas finalidades y conviven dentro de un mismo espacio.

Para comprender de mejor manera el proceso evolutivo del derecho penal boliviano, es preciso realizar un breve análisis de la concepción del derecho penal de las comunidades indígenas que habitan y habitaban históricamente los territorios delimitados en este estudio.

### **2.1. DERECHO PENAL AIMARA.**

Se ha mencionado anteriormente en el presente trabajo de investigación, que los pueblos indígenas tenían una organización específica antes de la época colonial, basada en un sistema de autoridades, de normas y de castigos cuya finalidad no era otra que la compensación no solo a la comunidad, sino también a las deidades que regían la misma.

Surge en este punto la figura de los “sinchis”, que aparte de las autoridades tradicionales, como mallkus y jilacatas, eran las autoridades ejecutivas destinadas a resolver los casos de transgresión de la norma indígena más graves. Los delitos y las faltas consideradas más graves en los pueblos indígenas, eran usualmente las que tenían que ver con el robo de ganado lanar y de producción agrícola; esto debido a que no se conoció el mercantilismo del dinero hasta después de entrada la época colonial. Las faltas mencionadas usualmente merecían los castigos más severos, dentro de estos podemos encontrar a los dos más importantes: la pena de muerte y el destierro.

La primera de las sanciones se ejecutaba usualmente mediante despeñamiento, que consistía en empujar al acusado desde lo alto de un risco. La segunda sanción, quizá considerada más grave incluso que la primera, consistía en el exilio del acusado de la comunidad; la gravedad de esta sanción se entiende por lo anteriormente mencionado, el hombre, dentro de la cosmovisión aimara, no se concibe como una unidad independiente, sino que su función y su finalidad es la vida en comunidad, solamente dentro de esta se puede alcanzar el suma qamaña.

### **2.2. DERECHO PENAL COLONIAL.**

Comenzada la época colonial, se deja de lado los sistemas de justicia de los pueblos indígenas y se adopta plenamente el sistema jurídico penal que se encontraba vigente dentro de la corona española. Claro está, que el cuerpo normativo penal que debía regir estas regiones debía estar adaptado a la realidad de las tierras recién conquistadas, sin embargo, comenzó a aplicarse el

derecho penal español de forma “supletoria”, situación que con el transcurso del tiempo nunca llegó a cambiar.

El derecho penal colonial entonces tuvo dos grandes brazos de aplicación y de fuente normativa, la primera consistía en las ordenanzas reales, cédulas y leyes que provenían desde la corona para poder mantener el orden en las colonias recientemente añadidas. La segunda y que tuvo mayor grado de aplicación, provenía por parte de la Iglesia, que tenía de la misma forma un poder sancionador de conductas transgresoras que eran consideradas delictivas, entiéndase por estas cualesquiera que atenten contra la fe que había sido impuesta a los habitantes conquistados.

Las normas aplicables dentro del territorio conquistado, eran redactadas en España, se entiende que las mismas no eran ni comprendidas ni aplicables a las poblaciones indígenas, pero si venían fuertemente ligadas con la fe católica. La iglesia, que poseía un fuerte poder coercitivo y sancionador, era implacable en sancionar los delitos de herejía. Cualquier forma de transgresión de la norma, no venía solamente con la sanción de la corona española por medio de sus representantes, sino que venía acompañada de una sanción por parte de la Iglesia. Se visibiliza este aspecto en el entendido de que, en la mayoría de los delitos sancionados, antecedía la excomunión por parte de la religión, o era la misma Iglesia la que denunciaba determinados delitos y accionaba el otro mecanismo de aplicación de justicia. Muchos líderes indígenas fueron ejecutados, no sin previamente ser forzados a convertirse a la fe católica y ser excomulgados de la misma. Evidente es el caso de Tupac Katari, quien fue excomulgado antes de ser descuartizado, cumpliendo así estos preceptos.

Muchas fueron las ordenanzas y disposiciones que llegaron de la corona española, para aplicarse exclusivamente en los territorios americanos, pero obviamente al no conocer la realidad de las colonias, estas no se adaptaban a las necesidades de aplicación de justicia que existían en estas. Debido a esta falta de aplicabilidad de las ordenanzas, es que se ejercía el derecho positivo común que se aplicaba en territorio español, esto con carácter supletorio que al final, terminó siendo el de mayor y casi única aplicación de la mano sancionadora de la Iglesia.

### **2.3. DERECHO PENAL EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA: Su influencia.**

Es ineludible la influencia que tuvo la Revolución Francesa dentro de los sistemas jurídicos que basaban sus normas emanadas directamente desde la corona. La caída de la monarquía francesa y la instauración de la República, hizo mella en todos los sistemas jurídicos de los países europeos. Se encontraron dos aspectos fundamentales, la aparición del capitalismo liberal y el acceso de la burguesía al poder; con estos cambios era evidente que debían reestructurarse los sistemas normativos para adaptarse a las nuevas realidades sociales y así lo hicieron; por ello este primer sistema de normas sirvió como modelo para el resto de los cuerpos legales de los estados europeos.

Los principios emanados de la Revolución Francesa influenciaron fuertemente al derecho penal, esto tomando en cuenta que anularon todos los privilegios que ostentaban la monarquía y la

nobleza. Se instaura la igualdad al momento de juzgar y sancionar cualquier delito cometido. El principio de legalidad es el que probablemente influye más en el derecho penal, esto debido a que surge el principio que se había planteado antes, pero que no llega a oficializarse sino hasta este periodo, nadie podía ser juzgado sin la existencia de una ley previa, ni juzgado por el mismo hecho delictivo dos veces. El principio de fraternidad es aplicado en el derecho penal, en la medida en que se humanizan las penas que se aplicaban como sanciones a las conductas transgresoras; en el especial caso de Francia se instaura la pena de muerte por guillotina, pero esta es también considerada una pena más humana en comparación a las anteriormente aplicadas. Los tres principios de la revolución se adaptan en todos los campos normativos, especialmente en el derecho penal.

Esta situación habría de hacer eco en todos los países europeos que tomaron los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como ejes para la construcción de nuevos sistemas jurídicos.

#### **2.4. DERECHO PENAL EN LA REPÚBLICA.**

Una vez alcanzada la independencia de la colonización española y fundada la república, esta no contaba con un ordenamiento jurídico propio, motivo por el cual continuó el uso del ordenamiento jurídico español, especialmente en materia penal. Claro está que la finalidad era alcanzar un ordenamiento jurídico propio, que se adapte a la nueva realidad social y a las necesidades de la recién fundada nación. Este trabajo fue especialmente delegado en las universidades que ya existían en el territorio boliviano, especialmente en la San Francisco Xavier de Chuquisaca.

Los primeros códigos penales datan de 1831, sobra decir que estos son los mismos códigos que regían en España, pero con algunas adaptaciones que pretendían mejorar su aplicabilidad en el presente caso; estas consistían en la reducción de los casos con pena de muerte y reducir los tiempos de encarcelamiento, entre otros. Además de situaciones obvias como la supresión de todos los delitos que fueran referidos a atentar contra la corona. A pesar de las reformas que se había realizado a este código, este no fue bien aceptado debido a su severidad, y es que su naturaleza seguía profundamente ligada a la forma de gobierno normativo de la corona. Es así que el presidente Santa Cruz ordena su revisión y se aprueba un nuevo Código Penal el año 1834.

El nuevo código que había entrado en vigencia era una copia algo mejorada del mismo Código Penal Español de 1822, este a su vez era una copia del Código Penal Francés de 1810 que tenía sus raíces en la Escuela Clásica del Derecho Penal. Se entiende entonces que las bases de estos códigos se sustentaban en el libre albedrío y en la idea de que la sanción debía aplicarse como un castigo ejemplificador para no incurrir en las mismas conductas. Las ventajas que posee este código, es que realiza la primera distinción entre dolo y culpa, además de insertar la idea de la indemnización y el arresto domiciliario. El hecho de que el Código Penal Boliviano de 1834 haya sido una copia del español, conlleva que dentro del mismo existan sanciones que no eran

aplicables a la realidad boliviana, por ejemplo, el trabajo forzado realizado en determinadas instituciones que en ese momento no existían; además de generar bastante confusión y lagunas jurídicas.

El año 1845 se encomienda a la Corte Suprema de Justicia por parte del presidente Ballivián, la redacción de un nuevo código, pero la falta de organización hizo que este no tenga la aplicabilidad necesaria y termine derogándose para poner en vigencia nuevamente el llamado Código Penal Santa Cruz.

Existieron además de estos códigos, algunos proyectos presentados por renombrados juristas como Melchor Urquidí y Julio Salmón, pero estos al ser presentados a la Corte Suprema de Justicia, llegaron a extraviarse allí y nunca fueron revisados.

El presidente Enrique Peñaranda fue también otro quien intentó conformar una comisión codificadora para dar vida a un nuevo código penal, esta comisión estuvo a la cabeza del jurisconsulto Manuel López Rey y Arroyo; el problema con este nuevo proyecto de código penal, no difiere mucho de los otros. Se trataba de un cuerpo normativo sumamente moderno, pero que expresaba terminología que aún no era aplicable al sistema normativo boliviano, además de contar con mecanismos de instituciones que no existían en ese periodo de tiempo dentro de la República, todos estos motivos hacen que este proyecto corra con la misma suerte de sus antecesores y termine siendo derogado, básicamente debido a su falta de aplicabilidad.

Es en el gobierno de Paz Estensoro donde se vuelven a conformar comisiones para la elaboración de un nuevo cuerpo normativo, incluido un código penal, así este ve la luz conformado por dos libros, el primero referente a la parte general y el segundo que haría referencia a una parte especial donde se contienen los delitos.

#### **2.4.1. La Potestad Punitiva del Estado.**

La influencia que tienen los códigos penales que rigieron en Bolivia, tiene sus raíces en la misma Revolución Francesa que echaría raíces en la mayoría de los cuerpos normativos europeos. Uno de los rasgos más característicos de esta influencia, es la capacidad que se le brinda al Estado de poder controlar todo el poder punitivo y sancionador. La norma establece entonces que solamente es el Estado capaz de acusar y de sancionar la transgresión de las normas y no reconoce a ningún otro sistema ni organismo para este fin.

Se establece dentro de estos códigos una unidad absoluta en la aplicación de justicia, que solamente podía emerger del Estado, era inconcebible la idea de reconocer otro sistema que no sea aquel que tenga la legalidad de emerger del Estado. Solamente este era capaz de imputar, juzgar y sancionar a todos los ciudadanos bolivianos, debido a que esta idea estaba íntimamente ligada incluso con la soberanía recién conquistada por república, se entiende entonces que no cabía la más mínima posibilidad de insertar la idea de justicia indígena ni los sistemas de aplicación de la misma.

### **2.4.2. Derecho Procesal Penal.**

Surge dentro de la aplicación de todos estos códigos el derecho procesal penal, que obviamente también tiene sus bases en los propios principios emanados de la revolución francesa. La legalidad cobra gran trascendencia y se entiende que nadie puede acceder al derecho penal ni a sus sanciones sin antes pasar por un debido proceso. En este aspecto van a surgir y se abre la idea de la aplicabilidad en nuestra legislación, de varios de los más importantes preceptos del derecho penal; entre ellos la legítima defensa y el derecho al silencio.

La idea principal que va a regir todo el marco penal, es que nadie puede cumplir sus pretensiones ni acceder a la justicia sin antes haber pasado por un debido proceso, en donde deben analizarse las acusaciones que se realizan por un órgano representativo de los intereses del Estado y de la sociedad, el Ministerio Público, pero a la vez tienen que respetarse los derechos y las garantías constitucionales del imputado. Todo este proceso habría de encontrarse en manos del juez para dirimir los conflictos a presentarse. Ahora bien, es el Estado el que tiene la mayor responsabilidad en este proceso, porque al precautelar el bienestar de la sociedad en general, se abre un abanico de posibles conflictos que han de abarcar todas las ramas del derecho.

### **3. DEL DIÁLOGO ENTRE AMBOS SISTEMAS.**

Como se ha visto a lo largo de este trabajo de investigación, en todo el territorio boliviano, han regido las normas impuestas por el derecho positivo que se han heredado de diversas maneras, sin tomar en cuenta la idea de la Justicia Comunitaria ni los derechos de las comunidades indígenas. A pesar de haberse utilizado un solo sistema y de excluirse completamente el otro, este siempre ha estado presente y ha encontrado formas para sobrevivir al desafío del paso del tiempo y de las vicisitudes del olvido.

El profesor Herculiano Capusiri *et ál.* (2015) explica que, a partir de la década de 1990, estas expresiones que muestran que se encontraba vivo otro sistema jurídico, basado en las costumbres y que aún se aplicaba para solucionar conflictos dentro de las comunidades, se ahondan y profundizan debido a los movimientos sociales que eran encabezados por líderes que provenían en muchos casos de diferentes comunidades indígenas y que debido a ello eran fuertes voceros en el reclamo de los derechos de sus comunidades que por tanto tiempo se habían visto relegados fuera del espectro de la normativa boliviana. Es el mismo maestro Zaffaroni, el que expresa que el poder punitivo del Estado radica también en tener el control de las conductas políticas que puedan alterar el orden social, es por ello que debe identificarse a los diferentes movimientos y sectores que pueden llegar a generar este desequilibrio. Se consideran peligrosos todos los movimientos que alteren el orden social, pues se supone que encabezan protestas que conllevan disconformidad en la forma de manejo del Estado o de la legislación de este; por tanto, aumentar el número de disidentes que sumen a esta masa conflictiva podría generar aún mucho más peligro dentro del manejo del Estado.

Si se analiza esta idea, se comprende fácilmente que la lucha por el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y la validación de sus propios sistemas de justicia, era como un camino de pólvora que al final detonaba en un gran detonante. No hacía falta más que una simple chispa que encienda esta necesidad que había sido sofocada durante años; así se fueron sumando todas las comunidades en este pedido y los movimientos fueron ganando mayor masa y cobraron mayor fuerza hasta alcanzar su objetivo final.

Antes de cerrar este capítulo, es necesario hacer hincapié en que el sistema positivo de la justicia boliviana de la época republicana, no se encargaba de regular o de reglamentar los conflictos que existían entre las comunidades indígenas, y que cumplían con todos los preceptos para precautelar bienes jurídicos dentro de las comunidades. Todos estos problemas fueron considerados ínfimos y por lo tanto no fueron tratados por la justicia boliviana sino hasta muchos años después, cuando las comunidades ya se habían causado daños irreparables. Aquí surge entonces una duda razonable que increpa a este sistema positivista; por una parte, no se pretendía reconocer otro sistema que no sea el impuesto, el monismo jurídico era imperativo. Pero en los hechos se podría vislumbrar que este sistema solamente estaba para resolver los conflictos que veía convenientes o que consideraba importantes, y no así todos los conflictos existentes como es el caso de las comunidades indígenas. Un claro ejemplo de esta especie de retardación de justicia para las comunidades indígenas se expresa en el caso del conflicto ocurrido entre las comunidades del Norte de Potosí, con las comunidades de Oruro. Todas estas aseveraciones generan mucho mayor duda sobre la eficiencia y la eficacia de este sistema que por años ha regido en Bolivia y que aún hoy día tiene una especie de superioridad por encima del sistema de la justicia indígena, y es fuente de debate entre los juristas y estudiosos del derecho.

El transcurso del tiempo ha marcado una historia con diferentes matices, en donde una de las premisas que orienta casi toda la historia de Bolivia, es la lucha y la relegación de los pueblos indígenas en lo referente a sus derechos. Desde los albores de la historia, cuando se habla de las comunidades indígenas se habla de una historia repleta de sangre e indiferencia. Estos han sido elementos que han primado en la mayoría del transcurso del tiempo cuando se habla de las comunidades indígenas, y si se ha dado utilidad a las mismas ha sido para beneficio de diferentes situaciones, casi siempre a favor de las élites que ostentaban el poder político.

Desembocar en la existencia de las instituciones positivizadas en el manejo del Estado es natural, era necesario la creación de mecanismos por parte de la administración del Estado que aseguren el cumplimiento y el trato adecuado de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas. Surge aquí otra necesidad para evolucionar en la historia de Bolivia, que es la creación de instituciones que faciliten el diálogo y la complementariedad entre ambos sistemas. Se debe crear conciencia de que ningún sistema de justicia es perfecto, todos poseen matices diferentes, lagunas y algunos aspectos que no logran normar; países como Bolivia tienen la ventaja de contar con estas dos vertientes de sistemas jurídicos que deben complementarse. Es entonces tarea fundamental del Estado, la creación de instituciones que faciliten este diálogo, que respondan a las necesidades de la sociedad que es netamente diversa, y que marquen el camino

de una nueva historia, que tome en cuenta a todos sus habitantes. Un camino que ya se ha empezado a recorrer.

## **CAPÍTULO III.**

### **DE LA CONCEPTUALIZACIÓN.**

#### **1. DE LA CONCIENCIA QUE ES FORJADORA DE CAMBIOS.**

Las últimas dos décadas, nuestro país se ha enfrentado a profundas transformaciones, que han sido fruto de diversos cambios políticos, de reivindicaciones sociales y populares.

Estos cambios, se han reflejado en procesos históricos de transformación, llegando así a arribar a un proceso constituyente en el que el pueblo boliviano decide darle un giro a su norma base, convirtiéndola en una de las primeras de la región en implementar una nueva forma de ver su derecho. Se ha visto entonces cómo es posible ampliar los horizontes de nuestras leyes y jurisprudencia; hemos, de cierta forma, re descubierto el paradigma de un derecho que ha estado siempre presente en nuestra sociedad: el derecho indígena originario campesino. Incluirlo dentro de nuestra Constitución Política del Estado, nos ha convertido en uno de los países que contiene la semilla de la transformación para evolucionar el resto de las normativas de la región. Se ha presentado entonces una suerte de refundación el año 2009. Hemos presenciado el nacimiento de una nueva Bolivia.

Es importante indagar en los principales actores de estos procesos de transformación. Previa la modificación de la constitución, el país se ve sacudido por fuertes conflictos económicos que ponían en riesgo la economía y la estabilidad de la sociedad boliviana, salir a defender el bienestar del pueblo era una responsabilidad que se encontraba solamente en sus propias manos.

Posterior a la modificación, se ha observado que muchos sectores sociales, sectores populares y los propios pueblos indígenas, han adquirido una conciencia más clara de los derechos que tienen, que siempre deberían haber tenido, pero que solamente en este tiempo se han reconocido, incluido el reconocimiento de su propia existencia.

Este es un proceso de larga data, los pueblos indígenas de Bolivia siempre se han normado bajo sus propias costumbres, han establecido sus modos de vida en base a sus propias reglas de convivencia y a las tradiciones que en su momento fueron pilar de algunas de las civilizaciones más grandes de la historia. El adquirir el reconocimiento de esta justicia propia y de su autodeterminación, ha generado una especie de fortalecimiento de estos en la mente de los pueblos y comunidades indígenas; por fin se había quebrado esa línea que separaba y discriminaba a la justicia indígena de la justicia eurocéntrica que por muchos años logró hegemonizar la legislación boliviana.

En la actualidad, los cambios constitucionales que han desembocado en las grandes transformaciones sociales, están presentes en la mente de cada uno de los bolivianos, han generado conciencia de que la sociedad boliviana ha evolucionado normativamente, de que ha ampliado su horizonte normativo al reconocer la existencia y autodeterminación de sus pueblos. Esos pueblos que siempre han sido consientes de sus costumbres, de su cosmovisión, de sus tradiciones y de su propia justicia, se han fortalecido con este reconocimiento; han ido generando paulatinamente una mayor representación y protagonismo en los órganos del Estado, y lo que es más importante aún, están en una lucha constante para que la justicia ordinaria no vulnere el marco de aplicación de la justicia indígena, sino más por el contrario, están en una lucha para lograr una coordinación entre ambas. Ese es el único camino, una vez adquirida esa conciencia de la propia justicia en la mente del pueblo, ya no se puede retroceder en esa conquista.

### **1.1. NEO CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: La Plurinacionalidad como nuevo concepto de Estado.**

Para desarrollar el tema de investigación de la presente tesis, es necesario comenzar desde la raíz de la cual nacen los preceptos que igualan en validez al derecho positivo boliviano y al derecho indígena originario campesino. Las luchas sociales que desembocan en la promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, logran el reconocimiento de las naciones indígenas del país y les brindan auto determinación; revalorizan sus culturas milenarias y su derecho.

Puntualizando una línea de tiempo, no es de alta complejidad establecer que Bolivia, desde los albores de sus primeras constituciones, no reconocía la existencia de otro derecho que no sea el

derecho positivo. Las primeras constituciones bolivianas de corte liberal, no admitían si quiera las normas orales, o la eficacia de estas. Este aspecto es de importancia tomando en cuenta el papel fundamental que juegan estas normas dentro del derecho indígena originario campesino. América Latina en general es fuertemente influenciada en sus primeras constituciones bajo el amparo del constitucionalismo francés, tanto es así que los primeros códigos que rigieron en este país fueron traducciones de los códigos franceses, un claro ejemplo de ello es el Código Civil Boliviano perteneciente a los Códigos Santa Cruz.

Si bien las primeras constituciones fueron influenciadas por el liberalismo francés, que tenía sus bases en la igualdad y la fraternidad, estos preceptos quedaban en países como el boliviano, consagrados simplemente en la norma escrita, debido a que se estaba lejos de vislumbrar su aplicación. Esta igualdad solamente aplicaba a los que ostentaban el poder social y tenían la capacidad de influenciar en la creación de normativas para su beneficio. Claro está que no se reconocía la amplia diversidad existente en la sociedad boliviana, aún abolida la esclavitud se mantenían en práctica mecanismos semejantes camuflados bajo otros nombres y por supuesto se estaba lejos de reconocer al menos la igualdad de derechos para con las comunidades indígenas. Los indios y los campesinos no existían dentro del marco de visión de aquellas constituciones.

La principal fuente de la normativa, que se consagraba en la norma suprema, era el derecho positivo, pero este no respondía ni se acomodaba a las realidades ni a las necesidades sociales de todo el conjunto de la sociedad boliviana. Negaba rotundamente la existencia de las comunidades indígenas y de sus derechos.

El constitucionalismo social, caracterizado por lograr cierta independencia del Estado con respecto de la Iglesia, tuvo una tardía aplicación en el derecho boliviano y cabe resaltar que la imposición de la religión era un criterio que ampliaba aún más la brecha con las comunidades indígenas, poseedoras de cosmovisiones y espiritualidades propias que orientan su desarrollo. Esta lucha de los pueblos indígenas tiene su origen primero en la colonia, pero se extiende en la historia con los criollos y mestizos, que, habiendo adaptado las costumbres de los conquistadores, dividen a la sociedad boliviana en estratos sociales; los pueblos indígenas no podían más que ocupar los más bajos de estos.

Conforme se van generando las reformas de la norma suprema boliviana, se va ampliando el espectro de los derechos hacia las mujeres y los indígenas, pero a pesar de ello, estos no son considerados aún en un estado de igualdad con los mestizos y criollos que aún gobernaban el poder político y jurídico. Son las primeras constituciones de orden social, las que empiezan a reconocer la existencia de los pueblos indígenas, y logran visibilizarlos, aunque de manera mínima. Estas reformas no tardarían en hacer eco en las normas bolivianas, pero a pesar de lograr cierto reconocimiento, no se cambia en lo más mínimo el monismo jurídico que debía regir en los estados que adaptaban a esta corriente sus normas supremas.

Es aquí donde comienzan a concederse mayores derechos sociales a los sectores que habían permanecido excluidos, pero que sin embargo comenzaron las primeras luchas para poder adquirirlos. El camino era largo, debido a que los campesinos no gozaban de derechos políticos.

El avance histórico genera un cambio trascendental en esta línea de derecho, que hasta ahora se había pretendido adaptar a la sociedad boliviana, pero que provenía de realidades sociales diferentes. Con la culminación de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de Naciones Unidas llega también la necesidad constitucional de proteger los derechos fundamentales que se habían establecido de manera internacional. Este reconocimiento de derechos no deja exentas a las comunidades indígenas, más por el contrario genera convenios específicos para reconocerlas y protegerlas, claro ejemplo de ello es la creación del Convenio 169 de la OIT.

En este punto cobra fuerza la corriente del neo constitucionalismo, tomando en cuenta que las constituciones que se adscribían a este, entre ellas la boliviana, tenían como eje central proteger y precautelar los derechos humanos establecidos y sancionarlos como derechos fundamentales. Estos derechos humanos se convierten en la base de las constituciones y protegerlos su finalidad última, dejando así de lado la concepción de centrar la primacía de la norma base en torno al derecho positivo.

Las modificaciones que se realizan en la norma suprema, generan en consecuencia un cuerpo jurisprudencial que interprete la norma en base a la protección de los derechos humanos y de los principios que rigen el nuevo modelo de Estado, dejando de lado la rigidez de la que dotaba a la justicia la aplicación de la letra muerta de la ley, sin tener conciencia de las situaciones específicas y las realidades diversas.

La promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado el año 2009, trae consigo una perspectiva diferente a lo que se había conocido por la sociedad boliviana. Rompe completamente con la hegemonía del monismo jurídico y reconoce y adopta el pluralismo jurídico, fruto de que asimila la existencia de diferentes naciones y pueblos indígenas habitantes en el territorio boliviano, con rasgos característicos propios, pero cuyas finalidades se orientan todas hacia la estabilidad y la armonía del nuevo Estado en una condición de igualdad. Se habla entonces de una constitución plural, que no puede dar otro resultado que no sea el de una justicia plural.

Son las constituciones boliviana y ecuatoriana, las pioneras en adaptar dentro de sus cuerpos, no solamente el marco de los derechos humanos como tales, sino también la protección que estos brindan a sus comunidades indígenas, reconociéndolas y dotándolas de autodeterminación. Este pluralismo ahora reconocido, no versa simplemente en el campo jurídico, sino que por mandato de las propias constituciones adquiere un carácter general, una visión más universal en lo referente a la economía, política, desarrollo, etc.

Partiendo del pluralismo jurídico, se entiende que la principal característica inherente a este es la interculturalidad. Si bien las constituciones de corte liberal o social no admitían la existencia de más de un sistema jurídico en un determinado espacio geopolítico por miedo a atentar contra los principios de unidad o incluso de soberanía del Estado; es la interculturalidad la que resuelve con su enfoque estos aspectos. Establece que el reconocimiento de diferentes culturas dentro de un mismo territorio y dotadas de auto regulación debe comprenderse como un enriquecimiento entre los sistemas jurídicos de estas, como una complementación. Siendo así, cualquier controversia jurídica debe ser resuelta en base a los principios que regulan al Estado Boliviano, pero deben interpretarse y adaptarse a los mecanismos propios de cada sistema de justicia. El horizonte es el mismo, pero el camino se ha vuelto más amplio e inclusivo.

### **1.1.1. Del derecho monolítico a la inclusión de la justicia indígena y la plurinacionalidad.**

Desde el año 2009, los cambios que surgen en el nuevo Estado y en su legislación, generan una reestructuración que rompe con la antigua construcción jurídica y del Estado, que se erigían bajo un modelo euro centrista y clásico. Esta reestructuración no derrumba esta vieja estructura monolítica, más por el contrario fomenta una nueva construcción de justicia que fortalece el ordenamiento jurídico y le da una nueva forma, más diversa y que contiene una suerte de herencia original que parece ser mucho más adaptable y responder de mejor manera a las necesidades de la sociedad boliviana y sus costumbres enraizadas. Se observa así, que la legislación boliviana empieza a germinar un nuevo ordenamiento jurídico que se adapta a la historia, las costumbres y la forma de vida de su sociedad y sus pueblos.

Esta reestructuración y la construcción de un nuevo ordenamiento jurídico, que implementa la justicia de los pueblos indígenas, es fruto de una época histórica de cambios, encabezados por movimientos sociales que generan una transición necesaria, en la que la propia sociedad genera otra forma de conciencia, más histórica y que en consecuencia genera la necesidad de cambiar sus leyes, para que estas se adapten a las nuevas formas de percepción social.

Este proceso de transición, desemboca de manera inevitable en la concretización de estos cambios normativos, que se ven reflejados en la modificación de la norma suprema, de la Constitución Política que hace nacer un nuevo Estado y con ella amplía el horizonte legislativo para la adaptación y la creación de normas acordes a los nuevos y reivindicados principios del Estado y de la justicia. El Proceso Constituyente no es fruto de movimientos políticos, analizados y propuestos por una sola persona, o por un grupo reducido de ellas. Más que ser un proceso político, es un proceso histórico en el que se observa que la sociedad boliviana va generando diferentes formas de expresar una incompatibilidad entre sus necesidades y su sistema jurídico, que no acoge las solicitudes de la totalidad de los pueblos que conforman a la misma. Es la sociedad y el pueblo boliviano quienes definen este cambio, quienes lo escriben y lo concretizan, forzando a los procesos políticos a adaptarse y responder con el cambio. La historia es forjadora y conduce el cauce de la política boliviana al proceso de transición que requiere.

Estos procesos necesariamente requieren una continuidad, porque si bien son cambios trascendentales que amplían el horizonte normativo, su inicio es frágil. La sociedad cambia, pero la costumbre sujeta a los anteriores principios y a la anterior justicia pueden generar un retroceso dentro de este nuevo ordenamiento jurídico. Es necesario un constante trabajo legislativo y un exhaustivo estudio de lo que compromete esta transformación para llegar a darle continuidad.

Representa un reto y una especie de incomodidad, generar un escenario normativo adecuado para la subsistencia de este proceso; de cierta forma llega a ser extenuante el trabajo que conlleva construir un nuevo ordenamiento jurídico, que incluya una justicia que, si bien no es nueva, es poco estudiada y conocida, porque no se había planteado antes su introducción dentro del aparato jurídico que regía en Bolivia.

Surge entonces un nuevo riesgo, que está presente en todo momento, puesto que existe la posibilidad de que se adapten los clásicos sistemas jurídicos euro centristas, disfrazados bajo un discurso integrador, que al final enraícen nuevamente una especie de monismo jurídico que trate de flexibilizarse ante el reconocimiento de los pueblos indígenas y su justicia. Los movimientos que encienden la llama de la transformación, tienden a dispersarse, y es ese el preciso momento en el que surgen nuevos continuadores del proceso transformativo, que decidirán si este continúa o retrocede.

Son los pueblos indígenas bolivianos que, al verse adquirir su reconocimiento y su autodeterminación, adquieren una renovada fuerza y mayor conciencia de sus necesidades que ahora son y deben ser respondidas por el Estado. Toman protagonismo en todos los órganos del mismo y asumen la responsabilidad de darle continuidad a este proceso, apoyados por una sociedad que también tiene mayor conciencia de estos cambios normativos.

Uno de los pilares que sostienen el presente estudio, es el entendimiento de que la justicia indígena no es una invención nueva. La justicia indígena comparte sus orígenes con la propia historia de Bolivia y mucho antes del nacimiento de esta como República, puesto que los pueblos indígenas siempre se han auto regulado, han generado sistemas propios que han ido cambiando para adaptarse a su convivencia con la evolución del tiempo y de la sociedad. Sería erróneo, adaptar criterios que plasmen a la justicia indígena como un proyecto innovador que ha sido resultado del proceso constituyente boliviano. Esta justicia siempre ha existido, pero se ha visibilizado en los últimos tiempos y se ha incluido dentro del ordenamiento jurídico boliviano, con su debida independencia y sus diferentes matices.

## **1.2. LA JUSTICIA INDÍGENA COMO EXPRESIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.**

Antes del reconocimiento de la Justicia Indígena e incluso en la actualidad, tomando en cuenta que ya ha pasado más de una década desde este reconocimiento, se presenta una marcada tradición jurídica dominante, al hacer referencia a esta se vislumbra que la justicia ordinaria, la

justicia tradicional que era la única que normaba Bolivia, siempre ha tenido mayor prioridad en todo ámbito que incumba al derecho, puesto que esta era la única que se legislaba y aplicaba.

La formación de los nuevos profesionales en derecho, se centra casi exclusivamente en la justicia ordinaria. Es totalmente cierto, que es indispensable el conocimiento de los principios rectores del derecho como siempre se han conocido y estudiado, para poder decirse que se ha aprendido del mismo; pero en sociedades como la boliviana se debe tener en cuenta además de cada uno de estos aspectos, que ya no rige un monismo jurídico y una única construcción jurídica, sino más bien un pluralismo jurídico, en el que más de un sistema de justicia convive con otros en un mismo espacio geopolítico, donde todos gozan de reconocimiento constitucional, de aplicación propia y por lo tanto son dignos y expresamente necesarios para su estudio y su conocimiento.

Es una realidad palpable que, en la formación de los abogados bolivianos, no se incluye casi nada de conocimientos sobre justicia indígena, sus procedimientos y su aplicación. Para acceder a este conocimiento es necesario optar por un curso especializado, generar nuevas inversiones en tiempo y en dinero, muy aparte de las que se generan en el proceso formativo, sin tomar en cuenta que esta formación debería estar inmersa desde el principio y con el mismo grado de importancia.

El adquirir los conocimientos sobre justicia indígena para los profesionales bolivianos, muchas veces se resume en la obtención de una certificación que suma a la trayectoria académica, pero que en el fondo no va a representar nada más, porque los profesionales no están dispuestos a poner en práctica estos conocimientos, no los consideran principales y por lo tanto mucho menos aplicables en el ejercicio de la profesión para generar ingresos.

La clara consecuencia de todos estos aspectos, en donde desde la formación de los profesionales en derecho se prioriza un sistema jurídico por encima de otro, es que, en la concepción de los abogados y juristas bolivianos, existe una supremacía de la justicia ordinaria por sobre la justicia indígena; solo la primera cuenta, la segunda no es muy conocida, no es muy confiable y en consecuencia menos aplicable. Este problema se hace latente cuando esta surge de sugestión llega a los verdaderos protagonistas de este sistema jurídico: los pueblos indígena originario campesinos.

El problema se concretiza cuando los mismos pueblos y comunidades indígenas, se convierten en víctimas de esta supremacía del sistema tradicional por encima de su propio sistema. Comienzan a desconfiar de su propia justicia y de la aplicación de la misma; considerando que la justicia ordinaria posee mayor rango de validez, llevan muchas veces a los tribunales problemas que no corresponden a esa jurisdicción y que, en la práctica, deberían ser resueltos dentro de la comunidad, porque esta cuenta con las normas y procedimientos propios para esa resolución.

El problema antes expuesto, es uno de los muchos que se presentan en el proceso concreto de transición del monismo al pluralismo jurídico. Los obstáculos que se presentan y que ponen en

tela de juicio el reconocimiento de la justicia indígena, tienen asidero y encuentran una forma de justificación en los propios principios jurídicos del derecho:

*“El reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía”. (de Sousa, B., Exeni, J. 2012. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia, p. 16).*

Es importante en este punto, establecer que el principio de soberanía, establece que el Estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho; pero esta soberanía reduce de cierta forma su aplicación en otros aspectos. Si nos enfocamos en el principio de soberanía, que pretenden contraponer con la justicia indígena, el Estado Boliviano tiene como una de las fuentes principales del derecho a la costumbre, que está estrechamente ligada con la justicia indígena.

La justicia indígena ha estado siempre presente a lo largo de la historia de Bolivia, y los pueblos indígenas que son pilar de la misma, se han regido siempre bajo su aplicación. Antes del nacimiento de la república, y mucho antes de la colonización, la justicia indígena era la única conocida y aplicada en los territorios posteriormente conquistados, y aún después, los indígenas al no ser considerados personas, seguían ejercitando su propio derecho dentro de las comunidades en la época colonial.

Con el surgimiento del positivismo jurídico, surge el concepto de que, para la consolidación del Estado, debe existir un solo derecho, como premisa de conservación de ese Estado. Bolivia al haber adquirido ese modelo normativo tradicional, también adopta esta premisa del positivismo jurídico; pero la justicia indígena no representa una violación a la soberanía normativa boliviana, sino más bien un fortalecimiento de esta, porque sus normas y preceptos nacen de la costumbre, una de las principales fuentes del derecho, y responden a las tradiciones socio culturales del pueblo boliviano, mismo en el que reside la soberanía.

Esta introducción de la justicia indígena, es fruto de una lucha social, enarbolada por los pueblos indígenas y los movimientos sociales que expresan que sus necesidades no son cubiertas por el antiguo sistema jurídico; conquistan el reconocimiento de su justicia y de esta forma propician una suerte de solución de conflictos acorde a sus necesidades que aportan a la estabilidad de la sociedad boliviana.

Cuando se trata de buscar una solución o un consenso al anterior principio, surge una nueva problemática referente al principio jurídico de unidad, pues este establece que solamente puede haber una fuente del derecho, al ser este una totalidad debe tener una fuente homogénea. Este aspecto es de amplio análisis.

Las normas jurídicas, deben adaptarse a las necesidades sociales, motivo que provoca que estas se encuentren en constante cambio, conforme cambian las necesidades sociales. Gran parte del

bagaje de la producción jurídica, rápidamente queda en desuso, muchas veces las normas pierden su aplicabilidad mucho antes de llegar a ser abrogadas o derogadas.

Más allá del último punto, es importante hacer hincapié, en que existen muchas contradicciones dentro de las normas jurídicas. Se observa así que existen legislaciones cuyas normas constitucionales se contraponen con las normativas internacionales, y es mucho más común ver, en especial en nuestra legislación, que las leyes internas se contrapongan unas a otras.

Boaventura de Sousa *et ál.* (2012), denomina a esto *pluralismo jurídico interno*, y es prudente seguir la línea de su análisis, al establecer que, muchas veces los gobiernos no buscan una solución adecuada a esta contraposición, porque se encuentran entreverados los intereses de sectores sociales diferentes. Mantener en el sistema normativo la premisa de que se responderá a las necesidades de estos sectores, mantiene de cierta forma una especie de control en la sociedad.

Tomando en cuenta, que representa un reto para el propio sistema jurídico tradicional mantener una heterogeneidad en sus normas, es mucho más compleja la idea de introducir en esa heterogeneidad un sistema diferente como la justicia indígena. Ahora, es importante tomar en cuenta que este problema no se presenta dentro de la justicia indígena, porque vale la pena mencionar y tener presente que las normas del derecho indígena originario campesino poseen un carácter holístico que se desarrollará con mayor precisión en el marco teórico.

Se debe entonces, analizar este aspecto desde un punto de vista en el que, la unidad del derecho como principio, se caracterice por generar un entendimiento y coordinación, que permita superar las contradicciones normativas y coordinar para encontrar los mecanismos jurídicos que mejor se adapten a las problemáticas sociales; esa coordinación llega así a generar una mayor unidad dentro del conjunto que representa el ordenamiento jurídico boliviano.

Pertinente es en este punto, analizar que la justicia indígena presenta una suerte de diversidad, esto debido a que sus normas y especialmente la aplicación de esta justicia puede variar de una comunidad a otra en base a las costumbre y creencias que rigen a las mismas, es entonces prudente hablar de las justicias indígenas en plural, porque cada pueblo indígena reconocido por la Constitución Política del Estado, está facultado para regirse por sus normas y procedimientos propios, debiendo respetarse cada uno de ellos; es la misma Constitución que establece la existencia de esa pluralidad.

El pluralismo jurídico, es uno de los principales promotores del reconocimiento de la justicia indígena, pues este plantea una nueva visión, que es adoptada por el Estado Boliviano en el año 2009, en donde se hace posible la existencia de más de un sistema jurídico dentro de un mismo espacio territorial. Esta premisa, no contrapone el principio de unidad del derecho, puesto que no se pretende enfocar a la justicia indígena como una contraposición al ordenamiento jurídico tradicional, ni dejarlo de lado para establecer solamente la aplicación de la justicia indígena; más por el contrario la finalidad es que estos sistemas jurídicos lleguen a una coordinación y un respeto mutuo entre los ámbitos de aplicación de ambos sistemas.

Es este el punto central de estudio de la presente tesis de grado; establecer esa coordinación, pero de una forma viable y aplicable, que facilite el desarrollo y ejercicio de ambos sistemas de forma práctica, con mecanismos de acción concretos cuya aplicación logre ejercerse de forma eficaz. La finalidad principal es identificar las bases jurídicas y los alcances prácticos que existen, para lograr que esa coordinación salte de estar encasillada en los textos normativos y logre ejercerse.

Solamente logrando esa coordinación, se puede evidenciar una verdadera unidad del derecho boliviano, y cumplir a cabalidad con el principio consagrado.

Al hablar de la autonomía del derecho, se presenta un análisis más concreto, puesto que este principio pretende proteger al derecho de la interferencia de otros factores que necesariamente también rigen a la sociedad, un claro ejemplo de ello son la economía y la política.

El planteamiento de este principio es tan profundo que se enraíza en los órganos mismos del estado boliviano, el Órgano Judicial al igual que el resto de los órganos del Estado, ha mantenido siempre la independencia que se les consagra en la Constitución. El análisis debe partir de que la organización social de las comunidades y de los pueblos indígenas, es diferente en este como en muchos otros aspectos.

Se debe tener clara la idea de que las autoridades indígenas son las principales reguladoras de las comunidades, y estas en la mayoría de los casos cumplen con casi todos los aspectos de control que atañen a la comunidad. Es así que las mismas autoridades que aplican y ejercen la justicia en sus comunidades, son las encargadas de los aspectos de supervisión económica, política e incluso religiosa con sus propias cosmovisiones; se analiza entonces que estas autoridades representan una suerte de guía de conducta para los miembros de las comunidades. Este aspecto vislumbra como claro ejemplo el carácter holístico que rige en las normas de derecho indígena originario campesino, donde la autonomía del derecho reduce su ámbito de aplicación específica.

### **1.3. INTERCULTURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN**

Una vez adoptado el pluralismo jurídico como un pilar de la construcción del nuevo Estado, es necesario analizar la interculturalidad, que viene de la mano del pluralismo y que también se encuentra consagrada en la Constitución.

El derecho, como un producto cultural del ser humano, tiene precisamente enraizada la cultura que le da su forma y características, y que se consagra como una de sus principales fuentes.

Antes del proceso constituyente, Bolivia reconocía la existencia de las diferentes culturas que brotaban de sus pueblos y naciones indígenas, pero esta no se encontraba normada de forma incluyente. Aun conociendo la existencia de las diferentes culturas que se albergaban en su territorio, el ordenamiento jurídico boliviano delimitaba que estas culturas solamente se aplicaban y ejercían en las comunidades que les daban origen, pero de ninguna forma llegaban a equipararse o a competir con la cultura dominante que había adaptado a lo largo de su historia la sociedad boliviana, la cultura europea.

Se presenta entonces el concepto de la multiculturalidad que ha estado presente por mucho tiempo en la sociedad boliviana y en su normativa. Bolivia gozaba de diversidad de culturas, pero solamente una importaba, tenía prioridad y supremacía por sobre todas las demás; el eurocentrismo adoptado desde la conquista del Alto Perú.

Este concepto que se ha denominado como “Colonialismo”, enmarca la prioridad de la cultura heredada de los colonizadores por sobre las que existían desde hace mucho en los pueblos indígenas, llegando incluso a adoptarse esta como si fuera propia. Se experimenta entonces que la sociedad boliviana defiende esta colonización por encima de las culturas de sus pueblos indígenas y crea una subordinación de los mismos. Se las enfoca desde una perspectiva de culturas rústicas y por lo tanto inferiores, logrando así ahondar más aún en las diferencias sociales existentes, que se veían fomentadas por acciones como el racismo, que hoy en día se encuentra tipificado por ley.

Los frutos de esta idea de colonialismo, se ven claramente reflejados en la sociedad y habían marcado el carácter legislativo del país por muchos años. Un claro ejemplo de ello se observaba cotidianamente, cuando los indígenas no podían acceder a las instituciones del Estado, estaban destinados a peregrinar por mucho tiempo en busca de que éste los escuche y atienda sus necesidades básicas, pero eran discriminados, inferiorizados y no se los tomaba en cuenta, iniciando por la brecha comunicacional de las diferencias del lenguaje. Muchos de estos aspectos se han mejorado en la actualidad con los cambios que se han experimentado desde las bases del Estado, a la mayor parte de sus normativas. El problema radica en cambiar la idiosincrasia de una sociedad que se ha acostumbrado por mucho tiempo a marcar una línea de divisionismo cultural.

Las bases del nuevo Estado toman parte de la interculturalidad, dejando de lado la idea de una cultura dominante que subordine a las demás. Los cambios normativos dan paso a la idea de interculturalidad, como un horizonte nuevo en el que el Estado reconoce la existencia de todas sus diversas culturas, las celebra y las pone a todas en un mismo nivel. En teoría, ya no se observa la supremacía de ninguna cultura, se encuentran todas al mismo nivel, se enriquecen y se complementan.

Llevar la teoría a la práctica en aspectos como estos, puede ser un proceso de muchos años, el ser humano se adapta a lo aprendido y se evidencia la complejidad para aplicar estos principios que rigen el nuevo Estado Plurinacional desde el año 2009.

Bolivia no es el único país que enfrenta esta clase de problemas en la actualidad. El gobierno boliviano, pretende enfrentar este reto de transición y como producto de ello ha creado diferentes instituciones que faciliten el aprendizaje social de las nuevas perspectivas en las que se enfoca el Estado; el ejemplo más evidente es la creación de un Viceministerio de Descolonización, creado el año 2009 y dependiente del Ministerio de Culturas y Turismo, hasta su eliminación el pasado 2020.

Después de un periodo de tiempo y habiendo retomado el Estado un gobierno democráticamente electo, se crea nuevamente el Viceministerio de Descolonización, dependiente del Ministerio de Culturas, Descolonización y Despatriarcalización, creado el 20 de noviembre del año 2020.

### **1.3.1. Democracia Intercultural**

La política es un elemento inminentemente ligado a la administración del Estado, y marca la forma en que se maneja el mismo. Cuando se profundiza en el estudio de la relación de la política con el Estado, se encuentra que esta cobra un rol fundamental.

Países como el nuestro, tenían y aún conservan un modelo de democracia representativa, es aquí que los partidos políticos cobran un rol protagónico en el futuro del Estado. La sociedad no elige la forma en que se va a dirigir el Estado, la sociedad elige a las personas que van a dirigir el Estado. Estas formas de representación, tienen su origen en sistemas europeos, independientemente de la corriente de la que provengan; no es difícil imaginar entonces que los pueblos indígenas no se encontraban ni siquiera considerados cuando se han adaptado estos sistemas a países como Bolivia.

Además de esto, era prácticamente imposible imaginar que los miembros de las comunidades indígenas formaran parte de alguna clase de organización política, basta decir que los pueblos indígenas estuvieron por muchos años privados de su derecho al voto, y aún después de obtenerlo este tenía la característica de ser manipulado por las masas políticas dominantes. Se consideraba el voto de los pueblos indígenas como un voto meramente numérico y masivo, pero que carecía de la más mínima posibilidad de inclinar las balanzas políticas del país.

Se ha estudiado anteriormente sobre la auto regulación de los pueblos indígenas, se comprende entonces que estos poseen formas propias de elección de sus autoridades, y comprender y adecuar los sistemas que se les habían impuesto se hacía una tarea de difícil engranaje.

Es así que por muchos años los pueblos indígenas no tuvieron parte en los partidismos políticos, sean estos de una corriente o de otra, y su voto fue considerado sumativo, pero carente de decisión concreta. Ante esta perspectiva, son los mismos pueblos indígenas y los movimientos sociales y populares, que adoptan otras formas de expresar las necesidades que se les habían sido negadas, se ponen en práctica los sindicatos y los movimientos obreros que logran sacudir la hegemonía de clase en política que predominaba.

Con esta nueva puerta inaugurada, estos movimientos populares y principalmente los pueblos indígenas, logran abrirse paso dentro de la política boliviana cobrando poco a poco un papel protagónico, mismo que encabezaría las transformaciones y que se desembocarían en el proceso constituyente del año 2009.

A pesar de todo, es difícil adaptar los procesos electorales a las tradiciones de los pueblos y naciones indígenas, al imponerlos se estaría de cierta forma retrocediendo en la interculturalidad y vulnerando su consagrada autodeterminación.

El artículo 11 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia expresa:

*“Artículo 11.- I. El Estado adopta para su gobierno la forma de democracia participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.*

*II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:*

*1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros. Las asambleas y cabildos tendrán carácter obligatorio.*

*2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, entre otros.*

*3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros”.(Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 40. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

Bolivia, al adoptar estos tres tipos de democracias en su Constitución, se convierte en uno de los referentes latinoamericanos de la Democracia Intercultural. Asume el Estado la responsabilidad de adecuar sus procesos democráticos a las costumbres y regulaciones no solo de la sociedad en su mayoría, sino también de los pueblos indígena originario campesinos. Permite que estos ejerciten sus propios procedimientos de elección de sus autoridades y demuestra un respeto inminente a la autodeterminación que el propio Estado les consagra.

Dentro de estas tres formas de democracias, se establece la complementariedad entre las mismas, se ejercita la interculturalidad y se puede considerar esta implementación como una piedra fundamental para concretar el camino de continuidad del Estado Plurinacional.

#### **1.4. LA PLURINACIONALIDAD COMO NUEVO CONCEPTO DE ESTADO**

Fruto del estudio y de la tradición formativa es mucho más común, y en cierta medida más aceptada la idea de la nación. Cuando se habla de una plurinacionalidad, como premisa de un nuevo Estado, la idea es mayoritariamente desconocida, y por lo tanto se dificulta su entendimiento y su aplicación.

Es necesario aclarar, que al momento del proceso constituyente y de la concretización de los frutos del mismo, no se vislumbra la intención de sustituir el ordenamiento jurídico tradicional por la justicia indígena originario campesina. El reconocimiento de esta justicia es una conquista de los pueblos y las naciones indígenas, el objetivo principal es lograr que esta coexista y coordine con la justicia tradicional, propugnando así los lineamientos de pluralismo jurídico e interculturalidad anteriormente analizados.

El desafío que se presentaba en este caso, y que aún hoy se experimenta, era pasar de la nación a la plurinacionalidad. El concepto de nación es ampliamente estudiado, se entiende por la misma al conjunto de seres humanos que pertenecen al mismo espacio geopolítico, el Estado. Surge el inconveniente y es pertinente el análisis, de que no todos los seres humanos que se encuentran en ese mismo espacio geopolítico forman parte de la nación, muchos de ellos son excluidos de este concepto a pesar de formar parte de ese determinado territorio y no gozan de los mismos derechos que el resto de personas que pertenecen a la “nación cívica”.

Parece entonces que surgen una serie de características que hacen que una persona se pueda considerar perteneciente a una nación. Si nos remontamos a las bases del derecho, en el derecho romano podemos encontrar a los estados que componen al sujeto de derechos; la libertad, la ciudadanía y la familia. Estas características no eran poseídas por muchos grupos sociales, y al no adaptarse estos al modelo hegemónico de nación, no eran considerados parte de la misma, o no en la misma medida que el resto.

Históricamente se puede mencionar a muchos grupos sociales que en su tiempo no fueron considerados en igual proporción, parte del concepto de nación y como consecuencia se veían privados incluso de ciertos derechos. Dentro de estos grupos históricamente excluidos, se encontraban en su momento las masas proletarias e incluso las mujeres, si se retrocede un poco más en el tiempo se encuentra también a los esclavos, y desde siempre a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Surge entonces la concepción de reconocer dentro de la idea de nación a estos grupos sociales, siendo que muchos de ellos conforman una parte considerable o la mayoría, como es el caso de Bolivia, de la demografía de sus naciones. Nace así la idea de reconocer la nación étnico cultural.

Cabe mencionar, que el surgimiento de la plurinacionalidad no puede ser adjudicado por el Estado Boliviano, puesto que son muchos los países europeos que adoptan este concepto en sus sistemas estatales, con sus diferentes matices y aplicaciones, pero la práctica ya se encontraba en países como Canadá o Suiza.

El año 2009, Bolivia reconoce la existencia de 36 naciones y pueblos indígenas que se encontraban en su territorio, cambia entonces la idea de la nación hegemónica y se asume la percepción de que todas estas naciones y pueblos indígenas forman parte, enriquecen y conviven en armonía dentro del Estado Plurinacional de Bolivia.

La contraparte de este lineamiento, surge de la preocupación de que estas naciones, al ser diferentes y estar reconocidas, puedan formar un divisionismo del Estado, pretendiendo excluir al resto. Al profundizar en el estudio de la historia, se observa que las naciones indígenas siempre fueron excluidas y su lucha constante fue para poder lograr formar parte del estado, para lograr su reconocimiento. La idea de excluir a las naciones indígenas, que ha generado y sigue generando esa suerte de divisionismo nace del concepto ya analizado de colonialismo, que se

encuentra enraizado en la sociedad boliviana y dificulta la comprensión de la idea de plurinacionalidad.

El reconocimiento se ha efectuado como consecuencia y conquista de muchas luchas. Analizando el cauce del mismo, es complejo que éste experimente un retroceso, puesto que se encuentra germinado en la conciencia social; pero no es imposible. La falta de continuidad de las nociones hasta aquí estudiadas, podría generar una nueva brecha de exclusión.

### **1.5. COMPLEMENTARIEDAD.**

Para hacer énfasis en este concepto, que es fundamental dentro de nuestro objeto de estudio, es necesario comprender como es entendida la complementariedad en la idiosincrasia de los pueblos indígena originario campesinos.

En la percepción de las comunidades indígenas, no existen los opuestos antagónicos, más por el contrario solo se acepta la idea de los opuestos complementarios. Se entiende que nada puede ser heterogéneo y esto es plenamente aplicable en el campo de la justicia; al aceptar la existencia de opuestos constantes, las comunidades indígenas reconocen que es inevitable que exista un choque natural entre estos opuestos.

Ahí surge la diferencia fundamental, debido a que ellos perciben este choque, no con la finalidad de que los opuestos se destruyan entre sí, lo entienden más bien como un encuentro. Como un “tinku” en el que ambos pueden complementarse y enriquecerse mutuamente; los opuestos abarcan una misma idea, pero enfocada desde diferentes perspectivas, esto hace que estén vinculados y que, al encontrarse, puedan enriquecerse mutuamente.

Este representa uno de los puntos álgidos del presente trabajo de investigación, debido a que el análisis de las percepciones de los pueblos indígenas, encamina a mejorar la comprensión de lo planteado en la hipótesis de esta investigación.

Al adscribirse la justicia boliviana al modelo del pluralismo jurídico, reconoce que existe más de una forma de administrar justicia y resolver conflictos dentro de su territorio. Se entiende que estas dos formas de justicia, ordinaria e indígena originaria, se pueden contraponer en muchos aspectos, pues sus bases formativas no son las mismas. Sin embargo, ambas poseen el mismo cenit: la justicia.

Tenemos entonces dos opuestos, en diferentes aspectos, que se encuentran vinculados; esto debido a que su núcleo es el mismo, la justicia. Bajo la idea planteada respecto a la complementariedad, se debe entender que el choque natural de las mismas, no puede ser visto de otra forma que no sea un encuentro entre ambas. No que pretenda ejercerse una con primacía de la otra, o simplemente dejar de lado su reconocimiento.

Este encuentro, debe transformarse en la suerte de tinku que plantea la acepción de las comunidades indígenas, y así lo sanciona la Norma Suprema. El encuentro entre estas dos

justicias debe ser enriquecedor para ambas, debe conllevar una solidez para lo que se va a entender como la nueva base de la justicia boliviana; entendida más ampliamente, con mayor campo de resolución de sus conflictos judiciales.

Es responsabilidad del Estado en todos sus niveles y de las entidades territoriales autónomas, alcanzar una coordinación que haga florecer esa complementariedad. Ese es el desafío que ha surgido desde el año 2009 y por el que aún hoy, más de diez años después, la justicia boliviana se encuentra atravesando.

### **1.6. LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO PROTECTOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: Un paso a la coordinación.**

El Estado Boliviano, se encuentra adscrito a diferentes tratados y convenios internacionales que versan sobre la protección de los pueblos indígenas, de la misma forma en que su Constitución Política reconoce este tema como prioritario en aplicación y en estudio.

Se puede entender, que la piedra angular para la protección y la preservación de las comunidades indígenas, es su libre determinación y este aspecto se encuentra íntimamente ligado con la figura jurídica de la “Consulta Previa”. Se entiende concretamente a la consulta previa, como un derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas a decidir. Decidir sobre las medidas administrativas y judiciales que se vayan a aplicar cuando se pretende realizar proyectos de cualquier índole, obras o actividades dentro de sus territorios.

La Consulta Previa, es una herramienta jurídica que busca proteger la integridad de las comunidades indígenas, su desarrollo social y económico, y garantizar el ejercicio en su libre determinación y participación. Se busca garantizar la participación de los pueblos indígenas en los procesos de formulación, ejecución y posterior evaluación de proyectos que se vayan a realizar en territorio nacional y en las regiones donde se encuentran los territorios habitados por las comunidades indígenas, en donde el desarrollo de estos proyectos genere una afectación a la comunidad o a las comunidades que se encuentren habitando allí.

La legislación boliviana, se encuentra adscrita a diferentes tratados y convenios internacionales que hacen referencia a la Consulta Previa y que legislan la aplicación de la misma para el tratado de los territorios de las comunidades indígenas, uno de los principales convenios internacionales que versa este aspecto es el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**.

Nuestro país participa activamente desde la creación del “*Programa Indigenista Andino*”, juntamente con países como Argentina, Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela; programa realizado a favor de 250.000 indígenas entre los años 1952 a 1972.

Posteriormente en el año 1989 se adopta el **Convenio N.º 169 “Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales” por la Organización General del Trabajo**, al que nuestro país se encuentra adscrito.

La *Organización de Naciones Unidas (ONU)*, hace referencia también al tema de la consulta previa, estableciendo la misma como un derecho fundamental para la protección de las comunidades indígenas; enarbola figuras de prevención y de resarcimiento en caso de afectación a los territorios indígenas y al desarrollo de la vida normal de las comunidades que habitan los mismos. Protege la participación activa en la toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas en todo lo que incumba enajenarles sus recursos o sus territorios. Menciona la prohibición de desplazar a las comunidades indígenas de sus territorios por la fuerza, o sin un consentimiento informado por parte de las mismas, establece la prevención de resarcimientos justos y equitativos en caso de afectación de sus territorios y la posibilidad de volver a los mismos en caso de ser desplazados.

El Estado boliviano ratifica la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas y asume el compromiso de velar por el cumplimiento de las medidas adecuadas para la protección de las comunidades indígenas y la participación de las mismas en la toma de decisiones concernientes a sus recursos y a sus territorios. Estas medidas jurídicas se encuentran consagradas en su Constitución y en diferentes leyes que facilitan la aplicación de figuras como la consulta previa.

La aplicación más concreta de la consulta previa, la plasma el Estado Boliviano, modificando su Ley de Régimen Electoral Plurinacional de 30 de junio de 2010, que en su artículo 39 versa:

*“Artículo 39.- La Consulta previa es un mecanismo constitucional de democracia participativa, convocada por el Estado Plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales. La población involucrada participa de forma libre, previa e informada en los siguientes aspectos.*

*a) En el caso de la participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta debe tener lugar respetando sus normas y procedimientos propios.*

*b) Se solicitará de manera fundamentada la realización de procesos de consulta previa libre e informada a requerimiento expreso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afro boliviano que representan y que consideren pueden ser susceptibles de afectación.” (Ley 026 del Régimen Electoral. 30 de junio de 2010).*

## **2. DERECHO INDÍGENA Y JUSTICIA COMUNITARIA: Características socio culturales de la Justicia Indígena Originario Campesina.**

### **2.1. NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS.**

Previo análisis de los principios que ahora rigen el Estado Plurinacional de Bolivia, es importante tener una aproximación a dos definiciones que son directrices de la investigación, la definición de Pueblos indígenas y de Naciones Indígena Originario Campesinas.

En esta situación se presentan dos circunstancias completamente diferentes, esto debido a que en una de ellas la definición es ampliamente ambigua, en contraposición se tiene una definición argumentada y con una fecha cierta. Cuando se habla de pueblos indígenas, se está en presencia de diversos intentos de definiciones, quizá mejor llamados aproximaciones. El conflicto versa en la primera expresión “pueblos”, este término está muy cargado de un poderoso contexto social y cultural que puede contraponerse en algún punto con los principios de unidad y soberanía de los Estados que pretenden reconocer a sus “pueblos indígenas”, sumado a esto existe la problemática de las diversas aproximaciones a esta idea. Quizá las más resaltantes sean las que brindan los organismos internacionales. Se puede encontrar respuesta a esta problemática en el hecho de que existen diversos pueblos indígenas, cada uno con una auto determinación y definiciones propias, lo que complica tener una definición específica.

Es entonces importante resaltar que a pesar de que existan diversas aproximaciones, los pueblos indígenas tienen características generales y otras que los individualizan; es aquí importante resaltar sus fuertes rasgos culturales, sus antecedentes históricos y las costumbres enraizadas en los territorios que estos pueblos habitaron y aún habitan.

Contrariamente, se tiene una definición específica de lo que son las “Naciones Indígenas Originario Campesinas” y esta tiene un desarrollo en el contexto de la nueva Constitución Política del Estado. La respuesta se encuentra explícita en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012 de 24 de septiembre. Esta definición tiene su origen en la Asamblea Constituyente del año 2006, en donde las naciones y pueblos indígenas de tierras altas se auto denominaron “indígenas”, las de tierras bajas “originarios” y las de tierras intermedias y valles se auto denominaron “campesinos”, dando así nacimiento a lo que sería una definición, una concepción indivisible, tal como lo reza la citada Sentencia Constitucional:

*“debe entenderse a este término como un concepto compuesto e inescindible, que comprende a poblaciones indígenas de tierras altas, tierras bajas y zonas geográficas intermedias sometidas a un proceso de mestizaje, razón por la cual este concepto se compone de los elementos indígena- originario -campesino con una semántica socio-histórica indivisible”. (SCP 144/2012 de 24 de septiembre).*

Una vez entendido el origen de este término, que es netamente enraizado en la coyuntura social boliviana, la Constitución Política establece márgenes más determinados para el concepto, estos se encuentran en su art. 30, que expresa:

*“Artículo 30: I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 30. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

Una vez esclarecido estos conceptos, se facilita el entendimiento de los principios del Estado, mismos que encuentran sus orígenes en estas naciones y pueblos indígena originario campesinos.

## **2.2. PRINCIPIOS Y VALORES: El primer paso a la complementariedad.**

Cuando se habla de un nuevo Estado que ha visto su nacimiento el año 2009, se entiende también que este conlleva pilares nuevos para su sustento. Los principios que van a sostener este nuevo Estado, merecen por su parte ser protagonistas de un profundo análisis.

Se encuentra entonces que los principios que sostenían a la anterior Constitución Boliviana, han cambiado, sin embargo, se mantiene la esencia de algunos de ellos. Se experimenta un cambio normativo que reglamenta a la sociedad boliviana, pero como era de esperarse, no lo hace desde cero, sino más bien es una suerte de inclusión de los principios del derecho indígena en la norma suprema boliviana. Es una especie de fusión de los nuevos principios, con los que ahora deben adaptarse al nuevo modelo de Estado. Las raíces conceptuales han de mantenerse, pero deben enfocarse a una perspectiva diferente, más inclusiva, que pretende llevar a un camino similar al que se había trazado, solamente que mucho más amplio, un camino para todos, donde los pueblos indígenas también encuentran asidero y pueden dejar huella.

Aquí se presenta la oportunidad para plantear una especie de “analogía jurídica”, si se puede llamar de esa forma, porque para mejorar el entendimiento, es posible echar mano de un concepto clásico del derecho romano. Este fin es netamente explicativo, puesto que no debe confundirse con el concepto de analogía jurídica como tal, entendido como instrumento de interpretación jurídica, más por el contrario, es una comparación que simplifica la comprensión de lo anteriormente señalado.

Siguiendo el rumbo de la explicación, se podría decir que los principios que ahora sustentan el nuevo Estado, han sufrido una especie de “*conmixtión*”. Cabe mencionar que la *conmixtión*, en el derecho romano, hacía referencia a uno de los modos de adquirir la propiedad de las cosas por accesión: se hablaba entonces de que dos, o varias cosas sólidas pertenecientes a distintos dueños, se mezclaban, pudiendo generar así, la copropiedad.

Ahora, entrando muy superfluamente en el campo del derecho civil, también se puede encontrar el mismo concepto. La *conmixtión* en el derecho civil, hace referencia a la “*acesión de bienes muebles originada al unirse dos cosas del mismo género que pertenecen a distintos propietarios, de modo que no es posible distinguir entre ellas ni son susceptibles de separación*”, así lo define el Diccionario Pre Hispánico del Español Jurídico.

Habiendo rememorado estos conceptos, que salen del campo del presente estudio, pero que ayudarán a mejorar su entendimiento, se puede plantear la analogía: Los principios anteriores sobre los que se sustentaba la norma base y los nuevos principios que plantea la Constitución Política del Estado, en esta analogía, juegan el papel de “cosas” puesto que pertenecen al mismo género, son principios. Estos principios, han sufrido una suerte de conmixción, puesto que han experimentado una “accesión” que era sumamente necesaria para sostener el nuevo Estado. Se han unido, se han solidificado y no es posible distinguir entre ellos, ni son susceptibles de separación.

Esa solidez de principios es la piedra base necesaria para sostener firmemente al nuevo Estado Boliviano, que ahora no distingue entre sus anteriores principios y los nuevos. Se ha generado una nueva perspectiva, una más incluyente, que ahora toma en cuenta también los principios de los pueblos y naciones indígenas; estos se han unido a los fundamentos de los anteriores y ahora son una nueva piedra angular que da forma a la legislación boliviana.

Una vez realizado este análisis, es importante adentrarse en el estudio específico de cada uno de los principios rectores del Estado Boliviano, pero esto no es posible sin antes despojarse completamente de todo resabio de concepciones de dominio, o de sometimiento alguno. Se está frente a una sociedad donde todos han alcanzado la igualdad jurídica, y más aún, los pueblos indígenas han logrado su reconocimiento y auto regulación; hacia esos fines es que se encamina el Estado.

En este punto, es preciso citar a la propia Constitución Política del Estado, que sentencia lo anteriormente explicado de la siguiente forma:

*“Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la Ley:*

*Construir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 9. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

Los principios y los fines que se encuentran establecidos en la Constitución, tienen un solo horizonte, mismo que también se encuentra en la norma base: *alcanzar el “vivir bien”*.

Para lograr el alcance de este horizonte y de estos fines, es necesario estudiar sus principios desde la perspectiva de este nuevo Estado, incluyente y descolonizado, que ha sancionado en el art. 8 de su norma madre los principios que han de regir a una sociedad boliviana plural y que también se sustentan en otras leyes nacionales conexas; entre las que se puede mencionar: la Ley 025 del Órgano Judicial y la Ley 027 del Tribunal Constitucional.

El Estado Plurinacional de Bolivia, se encuentra sustentado por principios ético – morales, mismos que tienen sus bases en los principios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Se presencia entonces algo que nunca antes se había registrado en la historia de este país, pues si los pueblos indígenas no eran reconocidos, mucho menos lo iban a ser sus principios. La Constitución Boliviana, al adoptar los principios de sus naciones y pueblos indígenas como suyos propios, marca un hito, abre un sendero de gran relevancia no solo en la historia y jurisprudencia de este país, sino de todos los geográficamente vecinos.

Ética y moral son conceptos que no provienen del derecho indígena, pues responden netamente a un criterio racional del derecho positivo, sin embargo, deben y se han adaptado a una perspectiva que permite darle fundamento y explicación cualitativa a los nuevos principios del Estado.

El concepto clásicamente conocido, hace referencia a la ética como aquella cualidad que permite a las personas regular su comportamiento, adaptarlo dentro de las normas que ha establecido la sociedad y que responden a los valores de la misma. Se entiende entonces a la ética como las directrices que definen las prácticas de una conducta aceptada.

Por su parte, la moral carga un carácter más subjetivo, que ya sea de forma individual o colectiva establece las costumbres y normas que se consideran buenas dentro de la comunidad.

Ambos conceptos, no existen dentro de las principales lenguas indígenas reconocidas por el Estado: aimara, quechua y guaraní, etc.; por lo que es imposible traducirlas en estos idiomas. Basta saber que el sistema de normas consuetudinarias que empleaban los pueblos indígenas previo a la época colonial; antes que, en estos conceptos, giraban más bien en torno al concepto “*vida*”, todos los principios y normas que se desarrollaban en estos pueblos, se basaban en el respeto a todo aquello que pudiera tener vida.

Es durante la colonia, que los pueblos indígenas se ven obligados a adoptar los conceptos de ética y moral como nosotros los conocemos, pues estos tienen definiciones clásicas que eran de escaso entendimiento para los habitantes nativos. A pesar de estas circunstancias a fuerza de dominación se implementó ambos términos como la nueva forma de vida dentro de las comunidades indígenas, dejando completamente relegada la anterior idea que regía la convivencia en sociedad, “*vida*”. Este concepto como base de las costumbres indígenas llega a verse totalmente sojuzgado, debido a que no se respetaba ni siquiera la vida de quienes antes lo habían pregonado y practicado.

La implementación de ética y moral para el regimiento de la vida social de los pueblos indígenas, perdura hasta fines del siglo XX, y son los movimientos sociales los que logran poner en la palestra los principios de los pueblos indígenas, los reivindican y prácticamente los dan a conocer, desempolvado el velo del olvido que los había cubierto todos estos años.

Este fenómeno social, que encabezan los movimientos sociales, desemboca en diversos procesos constituyentes, entre ellos el boliviano, que reconoce y adopta los principios de sus pueblos indígenas como propios.

Vale la pena hacer hincapié, en que estos principios, sus bases y sus fines, eran de escaso conocimiento en la sociedad boliviana; podían encontrarse quizá en las enseñanzas de los adultos mayores, que los transmitían de boca en boca, pero que siempre guardaron un resabio de ellos, sin embargo, la sociedad en general no los conocía a cabalidad.

Las luchas sociales de los pueblos indígenas, logran incluso insertar sus principios en el campo de la política, los resucitan de cierta forma y consiguen desembocar este proceso en la sanción de los mismos como base del naciente Estado; un estado cuya sociedad comenzaba a recordar las enseñanzas de sus abuelos, y a aprender las bases de los nuevos principios a los que debían regirse.

Es por todo lo anteriormente expuesto, que se afirma en la presente investigación, que los principios de los pueblos indígenas se unen a las bases de los anteriores principios que regían a la sociedad boliviana. Dan el primer paso a la complementariedad de dos ideas que no se encontraban muy distantes, ambas buscan el “vivir bien”, aunque expresado de otra forma, de la sociedad, misma que había insertado nuevamente la palabra “vivir” en sus fundamentos. Esta complementariedad, de la que se hace pionera la jurisprudencia boliviana, da nacimiento a las bases sólidas e históricas que van a sostener al nuevo Estado. La norma fundamental, la piedra angular del derecho boliviano, se ha adaptado, ampliado y solidificado, pues ahora reconoce la existencia de todos sus habitantes y de sus pueblos indígenas a plenitud.

Siguiendo esta línea de estudio, la Constitución Política del Estado Boliviano establece en el art. 8, sus principios:

*“El Estado asume y promueve como principios ético – morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñam (camino o vida noble)”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 8. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

### **2.2.1. Principios Ético – Morales: Los principios del Derecho Indígena.**

Habiendo analizado las bases de los nuevos principios que rigen el Estado Plurinacional Boliviano, es meritorio en la presente investigación, desglosar estos principios para de esta forma comprender de mejor manera el significado de cada uno de ellos, sus alcances y sus orígenes. Cabe resaltar en este punto de la investigación, que todos los principios estudiados a continuación, tienen sus orígenes en el derecho indígena y se han adaptado para ser los pilares ahora de toda la norma base del país.

A continuación, se hace un análisis de todos los principios expresados en el art. 8 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, y se pretende de cierta forma, demostrar como estos se han adaptado a la nueva realidad de la justicia boliviana; se han insertado a la jurisprudencia y han adquirido vinculatoriedad en todo lo que atañe al derecho boliviano. La premisa se concreta paso a paso y se va cimentando la complementariedad.

#### **2.2.1.1. Ama qhilla, ama llulla, ama suwa.**

Traducidos como “no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón”, estos tres principios se han convertido en los principales dentro del Estado Boliviano.

Haciendo una retrospectiva al marco histórico de la presente investigación, se encuentra que los anteriormente mencionados principios, regían la vida en comunidad del imperio Incaico. Esta trilogía era la base para el manejo de este histórico imperio, y es adoptada por todos los pueblos indígenas que van siendo conquistados por el mismo durante su periodo de expansión.

Los territorios que habitaban estos pueblos, son los que geográficamente ahora corresponden al Estado Boliviano; tras un largo proceso social que desemboca en un proceso constituyente, estos se consagran como los principios rectores adoptados por la Constitución Política del país.

Se asume entonces, que estos principios direccionan la nueva justicia constitucional y la administración de justicia en general, que pretende consolidar la administración de un Estado Plural, que ha asumido y es consciente del pluralismo jurídico intrínseco en sus normas.

Esto se expresa claramente en la jurisprudencia boliviana que ahora utiliza los principios establecidos para fundamentar sus sentencias constitucionales y crear nuevas vertientes jurisprudenciales que se adaptan a la nueva realidad jurídica del Estado.

*“El efecto deseado de la aplicación del tricálogo en la administración de justicia, es la justicia plural, pronta, oportuna, transparente, sin dilaciones, con honestidad, veracidad y laboriosidad que debe ser característica del servidor público, del ser humano y de los funcionarios en todos los niveles, estos tres principios fundamentan la garantía del vivir bien, esta trilogía normó la vida del hombre ancestral, quechua aimara y tiene hoy prevalente aplicación en la formación del tipo de hombre que busca modelar la Norma Suprema, desechando las prácticas coloniales”. (SCP 0951/2012).*

El Tribunal Constitucional, como principal ente fiscalizador del control de constitucionalidad, aplica constantemente estos principios en la fundamentación de sus principales sentencias, así se puede ver en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1240/2013, que señala:

*“... la razón de orden procesal para la denegatoria de una acción de amparo cuando existe identidad de: (1) Partes procesales, referidas a la legitimación activa y legitimación pasiva; y. (2) Problema jurídico en el que se funda la demanda con otra acción de amparo anteriormente interpuesta y resuelta, es la existencia de cosa juzgada*

*constitucional (art. 203 de la CPE); la razón de orden ético moral, que justifica la imposición de la multa a la o el accionante cuando su acción es denegada por la causal señalada, es el ama llulla (no mientas), principio ético moral, que junto a los otros de la sociedad plural previsto en el art. 8.I. de la CPE, conforme concedió la Sentencia Constitucional Plurinacional 0112/2012 de 27 de abril, (...) imponen a todos, esto es, al poder público y a los particulares en la convivencia social, con mayor razón a todos los jueces de la pluralidad de jurisdicciones, la obligación de observarlos, desarrollarlos y aplicarlos en su labor decisoria cotidiana...”. (SCP 1240/2013).*

Con las dos sentencias citadas anteriormente, se evidencia a cabalidad que la justicia boliviana ha adoptado de buena forma los principios establecidos el 2009, y más allá de ello, ha sido capaz de ponerlos en práctica dentro del desarrollo de su jurisprudencia. Son estas mismas sentencias, las que establecen, como muchas otras, que no se trata solamente de la aplicación teórica de estos principios, sino más bien direccionan incluso la labor de los servidores públicos del Estado y la forma en la que estos deben adecuar su conducta en el desarrollo de sus funciones y en la vida cotidiana.

La necesidad es emergente entonces, formar a los servidores públicos bajo estos principios para que desarrollen y prioricen el trabajo como forma de vida, siendo este honesto e incorruptible. Este es el enfoque plural que adopta la justicia, no solamente para los servidores públicos en particular, sino para la sociedad boliviana en general.

#### **2.2.1.2. Suma Qamaña**

La traducción del principio, hace referencia a “suma”, plenitud y “qamaña”, convivir. Cuando se hace referencia a este principio, se habla de una de las bases más antiguas de los pueblos indígenas, específicamente de los pueblos aimaras.

El suma qamaña es una de las primeras aproximaciones que se tiene con el carácter “holístico” de las normas del derecho indígena, pues es en este principio donde se consagra la idea de una vida, de una convivencia plena, pero enfocada como un todo. El suma qamaña no habla solamente de una convivencia armoniosa entre seres humanos en sociedad, sino más bien de una convivencia armoniosa con todos aquellos seres que posean vida, entiéndase, plantas, animales y ecosistemas en general. Así fue asumido y aplicado este principio por las comunidades indígenas.

En palabras del antropólogo Víctor Alaneset *ál.* (2016), el suma qamaña es un principio mucho más amplio, puesto que no abarca simplemente a la comunidad o al ayllu, sino que también a todos los seres que tienen vida e inter relación con la comunidad. Alanes expresa que se presencia una concepción mucho más amplia, con un fuerte carácter religioso y espiritual que posee fuerte influencia dentro de las comunidades indígenas; y que ahora ha adoptado el Estado.

Además de presentar un acercamiento a la base de la holisticidad de la norma indígena, el suma qamaña marca también un fuerte criterio de complementariedad; esto debido a que debe ser

asumido como una forma de vida que comparte con los demás, se nutre y aporta al mismo tiempo, como se ha mencionado antes, no solamente a la comunidad, sino también a todos los seres vivos que conviven con la misma. Se deja entonces completamente de lado la idea de competitividad y es remplazada por la complementariedad.

En este punto, es prudente citar un análisis expresado el año 2010, por quien actualmente es vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia; David Choquehuanca *et ál.* (2010):

*“(...) el suma qamaña está reñido con el lujo, la opulencia y el derroche, está reñido con el consumismo. No es lo mismo que el vivir mejor, el vivir mejor que el otro, a costa del otro”.*

Otro aspecto importante del suma qamaña, es que este impulsa, dentro de las comunidades indígenas, la idea de que las personas deben recorrer un camino, el camino del vivir bien, pero este camino debe ser recorrido siempre en compañía y se retoma la idea de complementariedad, se presenta entonces el concepto de la complementariedad hombre – mujer en el derecho indígena, chacha y warmi. Recorriendo este camino, se asevera que se va ganando sabiduría, es por eso que los habitantes de las comunidades indígenas, que llegan a ser autoridades dentro de sus comunidades, van ganando esta sabiduría y la ponen en servicio de los ayllus y la comunidad; van complementando con sus conocimientos y rotando en el ejercicio de estos cargos.

Dentro de los principios del Estado Plurinacional, el suma qamaña vendría a ser aquel que impulsa el camino a la concretización de un estado plural, donde todos los estantes y habitantes alcancen una vida armoniosa, y más allá de ello, se encuentra implícita la idea de recuperar la conexión con el medio ambiente, de tomarlo en cuenta como sujeto de derechos dentro de este vivir bien. Este aspecto también debe ser normado para estar acorde a los principios del Estado Plurinacional de Bolivia.

Es fundamental que un principio tan amplio como el suma qamaña, encuentre también amplio asidero dentro de la jurisprudencia boliviana, para facilitar su aplicación dentro de casos específicos. Así lo expresa la Sentencia Constitucional 0260/2014):

*“El suma qamaña puede ser comprendido bajo una triple dimensión: como principio, valor y fin, constructo que se deduce del art. 8.I de la Ley Fundamental. En su dimensión de principio, debe ser entendido como base, fundamento del ordenamiento jurídico, de los actos públicos y privados, comunitarios e individuales; en su dimensión de valor, como orientación, como objetivo a cumplir en la realización de dichas actividades, y como finalidad, debe ser comprendido como el fin último proyectado por el Estado para la buena convivencia de toda la población. El suma qamaña, desde una traducción literal, ha sido entendido como el vivir en paz, vivir a gusto, vivir nomás dulcemente (Albó). (...) El suma qamaña implica entonces recuperar nuestro horizonte de sentido y, como señala Bautista, implica recuperar nuestro pasado, dotando de contenido al*

*presente, desde la potenciación del pasado como memoria actuante con proyección hacia el futuro (...)*

*El suma qamaña, es entendido como una “filosofía de convivencia colectiva”, pacífica, armónica, consustancial al entorno que es parte del todo”. (SCP 0260/2014).*

En la antigua acepción del sistema jurídico boliviano, se establecía una estructura que tenía a la naturaleza como una fuente de recursos, que podían y debían ser explotados por el Estado, sin importar donde estos recursos se encuentren, ni el posible daño ambiental que pudiera haber causado su explotación inadecuada.

Uno de los principales cambios que se efectúan con el proceso constituyente del 2009, es la relación de la sociedad con la naturaleza o, dicho de otra manera, la relación del Estado con la Madre Tierra, idea que de igual manera se introduce con estos cambios.

Al reconocer la existencia de las 36 naciones indígenas que habitan su territorio, brindarles autonomía y auto regulación, el Estado boliviano admite dentro de su cauce legislativo nuevas formas legales de manejo del mismo Estado en diferentes aspectos, una de los principales es la economía; se encuentra nuevamente la imperiosa necesidad de introducir nuevos conceptos antes desconocidos para el manejo y la legislación del país.

El principio indígena del Suma Qamaña, representa una nueva forma de entender la relación de la sociedad boliviana con la naturaleza, idea que anteriormente no se había desarrollado en plenitud.

Anteriormente, se podía vislumbrar una surte de relación de beneficio entre la sociedad y la naturaleza, se ha mencionado que se concebía la idea de la misma, como una fuente de recursos que sostenían la mayor parte de la economía boliviana, sin asignarle mayor importancia al concepto.

Introducido el Suma Qamaña como principio en la Constitución Política del Estado Boliviano se vislumbra el nacimiento de una nueva forma de concebir esta relación:

*“El Vivir Bien implica el acceso y disfrute de los bienes materiales en armonía con la naturaleza y las personas. Es la dimensión humana de la realización afectiva y espiritual. Las personas no viven aisladas sino en familia y en un entorno social y de la naturaleza. No se puede Vivir Bien si los demás viven mal o si se daña la naturaleza.” (Ministerio de Planificación del Desarrollo de Bolivia, 2009)*

Se presenta entonces, una nueva forma de manejo del Estado, consagrada como principio, pero de difícil aplicación; esto debido a que la economía boliviana no conocía otra forma de manejo más allá de la tradicional, y menos aún una forma que se articule con el respeto a la naturaleza y que genere una coordinación para el cuidado de la misma.

Es importante retomar en este punto, nuevamente el concepto del Pluralismo Jurídico, porque debido al reconocimiento de las naciones indígenas en el territorio boliviano y a la auto regulación de estas, se presenta nuevamente dos formas de manejo en el mismo territorio. Los pueblos indígenas, ejerciendo su auto regulación recientemente reconocida, pero desde siempre practicada, continúan aplicando en su forma de desarrollo dentro de sus propias comunidades, las mismas tradiciones que ya incluían el principio del Suma Qamaña. El resto del manejo del Estado continuaba o continúa en la mayoría de los casos sin aplicar este principio consagrado en su constitución.

Las comunidades indígenas, en la mayoría de los casos, tienden a entender su sustentabilidad económica, en un conjunto con el cuidado de la madre tierra. Debido a una práctica milenaria y de cierta forma conservadora, han logrado una especie de equilibrio entre la producción que sustenta a la comunidad y el cuidado de la naturaleza, sin exceder la explotación de esta por encima de las necesidades de los pobladores. Es importante tomar en cuenta que los recursos que se obtienen de la naturaleza, se reparten de una forma equitativa, dentro del marco de sus costumbres y sus tradiciones.

Se puede ver entonces dentro de las comunidades indígenas la práctica auténtica del principio del Suma Qamaña, con su característica de holisticidad que engloba en conjunto a las personas, a la naturaleza y a sus cosmovisiones. Este mismo aspecto significó y aún sigue significando un reto en su aplicación en lo que se refiere al resto de la sociedad boliviana, porque estas prácticas se encuentran casi de forma exclusiva en las comunidades indígenas, a pesar de que el principio se encuentra jurídicamente consagrado en la norma base, para toda la sociedad boliviana.

El análisis de este principio, conlleva una extensionalidad muchísimo más amplia, puesto que se genera una especie de contradicción jurídica en la aplicación de este principio con otras normativas que implican principalmente a la economía boliviana.

La Constitución Política de Bolivia, establece el reconocimiento de sus naciones indígenas y les concede una libre determinación sobre sus territorios, por lo mismo, las comunidades que habitan estos son los que tiene la tuición de decidir sobre los mismos. El problema se presenta cuando dentro de estos territorios indígenas se encuentran la mayor parte de los recursos naturales que deben ser explotados para el sustento de la economía boliviana; es en ese momento que se genera un choque, puesto que el Estado debe intervenir sobre los territorios indígenas a los que les había concedido una libre determinación.

Los dirigentes de las comunidades indígenas, se contraponen muchas veces a esta forma de explotación de sus tierras, porque la misma significa un desequilibrio en la forma de vida de toda la comunidad, pero al mismo tiempo esta explotación representa uno de los pilares fundamentales de la economía boliviana. Es en este punto donde se enfoca a la justicia indígena y a su libre determinación como un obstáculo para el desarrollo del mismo Estado, porque con

las atribuciones que les ha concedido el mismo, pueden oponerse a la explotación de sus territorios.

Jurídicamente la respuesta a este problema se encuentra en la figura de la Consulta Previa.

### **2.2.1.3. Ñandereko.**

Este principio proveniente de los pueblos indígenas guaraní, responde a su cosmovisión y hace referencia a la vida armoniosa del hombre, con el medio ambiente, con la naturaleza. Expresa la armonía que se debe tener en la convivencia dentro de la comunidad, pero más específicamente, de esta con su medio ambiente.

El ñandereko guarda cierta semejanza con el suma qamaña, esto en la medida en que establece la relación hombre – naturaleza, pero esta acepción es mucho más profunda en el ñandereko, dado que este habla de una relación mucho más estrecha del hombre con su medio ambiente, esto debido a que así es concebida esta relación en el desenvolvimiento cotidiano de los pueblos guaraní.

Como consecuencia de lo expuesto, se entiende que este principio no es compatible con la idea que sostiene al capitalismo o al consumismo, pero por el contrario se adapta muy bien a la concepción del Estado Plural, que busca la igualdad y la inclusión del medio ambiente encaminados a una vida plena y armoniosa, sin dejar en ningún momento de formar un conjunto. Entra entonces a desenvolver un rol fundamental la justicia plural, pues esta será la encargada de conseguir un equilibrio entre la sociedad y la naturaleza.

Surge con este principio una nueva responsabilidad para el Estado, pues este conjuntamente con sus funcionarios públicos y sus administradores de justicia, es el encargado de establecer y encaminar la vida armoniosa que predica el ñandereko, de la sociedad en general y de esta con la naturaleza; es imperioso entonces ampliar el marco normativo en protección del medio ambiente, por lo que este representa dentro de la normativa boliviana.

### **2.2.1.4. Teko kavi.**

Este principio, que puede verse conceptualmente bastante vinculado con el ñandereko, guarda particularidades que sin embargo también provienen de las comunidades guaraní. Hace referencia entonces a la “vida buena”.

Para comprender a cabalidad las directrices de este principio, adoptado por el nuevo Estado Plurinacional, es preciso hacer hincapié en la percepción que poseen los pueblos guaraní sobre lo que es una “vida buena”.

Por costumbre, podemos asociar esta idea a una vida con comodidades que prácticamente se vincula a la acumulación de riquezas; esa es la idea que se implementa a la sociedad en general, mientras más se posea, mejor puede ser la vida. Aquí es donde surge el quiebre respecto a esta percepción con la de las comunidades indígenas; para los guaraní, la acumulación de bienes

materiales, genera mayor preocupación y su crecimiento es exponencialmente parejo con esta última.

Estas comunidades entienden por una vida buena, aquella que les provea lo necesario para subsistir, pero que sin embargo les permita compartir todo aquello que poseen, entre la comunidad y con la propia naturaleza. Se habla entonces de un fuerte concepto de solidaridad que ayuda a llevar una vida pacífica, en estrecha armonía con la naturaleza; mientras más grande sea el terreno que está destinado a la tierra, a su trabajo y a su cultivo, mayor posibilidad hay de compartir con este, de cuidarlo y llevar así una vida en armonía con el medio ambiente, este a su vez, provee a la comunidad en la misma medida en la que esta lo cuida. Esa es, quizá se manera muy superficial, la aproximación que se puede hacer a la percepción de las comunidades guaraníes.

#### **2.2.1.5. Ivi maraei.**

Al realizar el análisis del ivi maraei, que es un principio que también proviene de las comunidades guaraníes, se debe conceptualizar la idea de “tierra sin mal”. Surge nuevamente una estrecha vinculación de las comunidades con la naturaleza, esto se explica de mejor manera, debido a que las comunidades guaraníes tienen a la agricultura como principal fuente de sustento; el cuidado de sus tierras es fundamental para asegurar su subsistencia.

Entienden entonces como “tierra sin mal”, aquella tierra que es fértil, que es fácil de cultivar y que provee lo suficiente a la comunidad, aquella tierra en la que se puede desarrollar una vida pacífica y armoniosa. Ahí surge la idea, de que aquella tierra que brinda el alimento, es a su vez la misma que ofrece cobijo y la posibilidad de desarrollar una vida en comunidad en un ambiente pacífico.

Llegados a este punto, es de fundamental importancia recalcar que los pueblos guaraníes y chiriguano, no contemplan la idea de la apropiación de la tierra. Nadie puede hacerse dueño de la tierra, esta les pertenece a todos; pueden poseer la misma por un determinado tiempo, que llega a ser generaciones enteras, pero nunca esta posesión puede desembocar en la apropiación de la tierra.

El ivi maraei tiene una fuerte vinculación con la idea de abundancia de alimentos, aquel espacio donde las personas no sufren necesidad, se sustentan de su producción y llegan a desarrollar comunidades armoniosas; el fruto de este desarrollo social, no puede ser otro que la cultura. Es entonces cuando se debe comprender que el ivi maraei no hace referencia a un espacio geográfico en específico, cualquier espacio territorial que albergue a una sociedad puede sustentarse bajo este principio, pues para los guaraníes y chiriguano el ivi maraei es algo que se lleva dentro de la personalidad, es un estado del alma. Claro está que estos aspectos merecen un profundo estudio metafísico que no está dentro del espectro del presente trabajo de investigación.

La aplicación del principio de ivi maraei dentro del campo jurídico boliviano, conlleva generar una vinculación de los procesos y entendimientos jurídicos, con el cuidado de la naturaleza, del

medio ambiente, debido a que es este el que va a sustentar una vida sin mal, pues va a proveer a todos en la misma medida. Este principio establece así nuevamente la necesidad de que la justicia amplíe su campo de acción en lo referente al medio ambiente.

Las comunidades indígenas tienen como epicentro al medio ambiente, pues solo este puede permitir el desarrollo de una “vida sin mal”. El experto en justicia indígena de comunidades de tierras bajas, Claudio Esteban Fernández *et ál.* (2013), explica que, si el medio ambiente no es cuidado de la forma adecuada se daña, ya no produce frutos buenos, genera inconformidad y en consecuencia surge una “vida con mal” o “ivi ikavimbae”, concepto que ha sido acuñado por estas comunidades indígenas para describir la forma de vida desarrollada en tiempos de la colonización. (Luna, H., Plaza, M., 2016. *Sistemas de Justicia Indígena Originario Campesino. Tribunal Constitucional Plurinacional*).

#### **2.2.1.6. Qhapaj ñan.**

El qhapaj ñan, es un principio que proviene desde el Imperio Incaico, su traducción puede entenderse como “camino o vida noble”, esto debido a que en la lengua quechua “qhapaj” significa justo, correcto, sagrado; y el término “ñan”, hace referencia a camino.

La cultura inca, sostenía el qhapaj ñan, como aquel camino sagrado y noble por el que debía dirigirse absolutamente toda la sociedad que componía su imperio, desde los incas y la nobleza del Tawantinsuyu. Para los incas, la concepción de los caminos era sumamente importante y esto se expresa en la propia administración de su imperio. Es por esta preponderancia de la idea, que crean un sistema de caminos que atravesaban los cuatro suyos; bajo el ánimo de la importancia de esta concepción es que se entiende que el qhapaj ñan, es aquel camino sagrado por el que todos los hombres deben transitar, el camino del bien, del conocimiento y de la sabiduría.

Se plantea entonces que el qhapaj ñan, establece la necesidad de recorrer una vida noble. Para los pueblos indígenas, la vida es aquel camino que se debe recorrer con nobleza y sabiduría. El recorrer este camino lleva implícita siempre la idea de que debe hacerse en sociedad, en pluralidad; es la sociedad en su conjunto la que debe recorrerlo para poder alcanzar la sabiduría de la vida. El Estado Plurinacional de Bolivia, al enmarcar el qhapaj ñan dentro de sus principios, se da a la tarea de encaminar a su sociedad a buscar el recorrido de este camino de nobleza, de alcanzar ese recorrido plural.

Jurídicamente, la aplicación de este principio va a conllevar que, dentro de toda valoración judicial para la aplicación de justicia, debe estar implícito el qhapaj ñan, debe estar implícita la nobleza.

### **2.3. BASES PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO INDÍGENA**

Al momento de enfocar el derecho indígena, es meritorio indagar de dónde proviene la célula primigenia de su estudio. El estudio del derecho ha centrado la mayor parte de su atención en las bases generales de sus orígenes; siendo así, la mayor parte de las doctrinas y de las escuelas

jurídicas, responden a un carácter euro centrista. Es ahí donde inicia el estudio del derecho como tal, donde alcanza su desarrollo más amplio y desde donde se generaliza.

Surge entonces una diferencia central en el estudio del derecho como lo conocemos y el estudio del derecho indígena, el primero siempre ha gozado de especificidad al momento de ser estudiado, desarrollando incluso métodos específicos para lograr este cometido, sin embargo, el segundo ha iniciado su estudio en la antropología.

Nuevamente se genera una brecha cultural, y de cierta forma, una suerte de discriminación hacia las justicias que no se hayan desarrollado al lado del derecho euro centrista, motivo por el cual es la antropología quien empieza a estudiar a los pueblos indígenas americanos, su desarrollo, su forma de organización y como el descubrimiento más importante: su derecho, mismo que les había permitido gozar de años de estabilidad y desarrollo sostenible, hasta el momento en el que llega la colonización a estos pueblos e impone sus normas y su derecho a una sociedad que no se adaptaba a este.

La antropología es quien resalta los aspectos y los legados más importantes de los primeros pueblos indígenas americanos, entre ellos el uso de un calendario sumamente avanzado para su tiempo y lo que es más importante aún, el establecimiento de una de las principales células de la sociedad: “la comunidad”. Es esta misma comunidad, la que sostiene el desarrollo en todos los tiempos de los pueblos indígenas, y es también la que comprendía y aún comprende la idea de la pertenencia de todo en beneficio de la comunidad.

Los pueblos indígenas no conocían la idea de propiedad privada, esta les hez impuesta mucho tiempo después; todo lo que provenía de la tierra y de la naturaleza, les pertenecía a todos, era análoga cualquier situación a la pertenencia del aire, del agua o de la luz del sol, inconcebible para ellos que puedan pertenecer a una sola persona y no beneficien a toda la comunidad. Estas son las bases que generan que los pueblos indígenas lleguen a desarrollar un derecho consolidado, en el que todo se basaba en las premisas de trabajar por la comunidad, no mentir y no robar, porque todo era de todos. Se genera entonces, a decir del autor Herculiano Capusiri *et ál.* (2015, p. 64) un “Estado Laico. Gobernado solo por leyes al amparo de un consejo de ancianos”.

Aquí se tiene entonces una de las más grandes herencias que han dejado desde el principio los pueblos indígenas, una forma de organización social alternativa a las conocidas: la comunidad, y la forma de organización de esta, capaz de haber sostenido civilizaciones enteras con un desarrollo amplio.

Ya se han mencionado los principios existentes dentro de la comunidad y es de igual importancia resaltar que estas comunidades, como cualquier conglomerado social humano, no estaban exentas de problemas dentro de sus integrantes. Surge entonces el estudio de que, dentro de estas comunidades, no regían solamente los principios, sino que se entendía que las personas, los

miembros de la comunidad tenían derechos, pero también tenían obligaciones para con esta. El resultado no puede ser otro que la justicia comunitaria.

#### **2.4. DERECHO COMUNITARIO.**

Como en muchos otros aspectos, encontrar una definición específica de lo que es “derecho comunitario” como tal, es una amplia tarea; esto una vez más, es debido a las diferentes acepciones que existen sobre este concepto y los diferentes acercamientos que tienen los autores hacia este. Para encontrar un concepto específico, se puede citar al autor *Herculiano Capusiri*, que define al derecho comunitario de la siguiente forma:

*“(...) es el sistema de normas basado en sus valores y principios milenarios, en la que los derechos de las personas se interpretan a la luz de los derechos comunitarios (prevalecen los derechos colectivos) los cuales tienen sus propios procedimientos, su propia estructura de autoridades y su propia dinámica para crear y/o cambiar las normas. A la vez tiene la finalidad de regular la vida social, resolver conflictos y mantener la armonía comunitaria en el marco de la legitimidad y eficiencia dentro de un contexto sociocultural”.* (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus)

Profundizando el análisis en la definición del autor antes citado, se puede observar claramente, que desde la primera parte se trata, de cierta forma, de acoplar este concepto en los parámetros usuales de las definiciones de las diversas ramas del derecho, se sistematiza las normas en definición para generar una conceptualización más formal.

Ahora bien, en el cuerpo de esta definición se encuentra la singularidad de la misma, esto debido a que el autor hace mención a dos aspectos ya estudiados en esta investigación. El primero es que, si hablamos de una definición de derecho comunitario, esta debe estar necesariamente asociada con la idea de que los derechos que provea a los individuos tengan su eje central no en la singularidad, sino en la vida en comunidad; producto de que, en sus principios anteriormente analizados, no existe, en ninguno de ellos alguna directriz que no oriente hacia el beneficio de la comunidad. Siendo así, los derechos solamente pueden ser entendidos en torno a esta.

La segunda parte singulariza mucho más aún este concepto, debido a que toma en cuenta otro aspecto fundamental de este derecho: su independencia. Para conceptualizar el derecho comunitario, que provee tantos aspectos y una resaltable amplitud, es indispensable establecer que este, a diferencia y en comparación a otras ramas generales del derecho positivo, posee procedimientos propios, no solo para su cumplimiento, sino también en lo referente a su sistema creador de normas propias que responden netamente a las visiones y necesidades de su comunidad. Además de todo esto, posee un sistema propio de autoridades con la capacidad de regular el cumplimiento de este derecho.

Cabe mencionar en este punto, que estas características dotan de extraordinaria singularidad a este derecho, esto debido a que, a diferencia de muchas de las ramas del sistema positivo de normas del Estado, que pueden suplir sus vacíos legales con otras leyes más generales, para citar

un ejemplo podemos hablar de la Ley de Procedimiento Administrativo N.º 2341, el derecho comunitario no posee esta capacidad, debido a que cualquier “vacío legal” si se puede llamar de esta manera, es subsanado por las costumbres de la comunidad en las que se aplica este derecho, costumbres que surgen de las necesidades sociales y que se adaptan plenamente a la comunidad. Análoga situación se observa al momento de analizar sus limitaciones, que también se rigen en torno a sus principios y cosmovisiones, pueden ser orientadas por estas, o en instancia suprema, por los límites establecidos por los Derechos Humanos, pero este aspecto se profundizará más adelante.

Finalmente, el autor hace referencia a un aspecto más general: la capacidad reguladora de este derecho, que como en toda sociedad, es un instrumento para regular a la misma y mantener la armonía; ahora bien, se resalta que esta regulación debe estar siempre dentro del marco de la legitimidad y eficacia del contexto cultural. Esto último se puede interpretar, tomando en cuenta el reconocimiento de la independencia de este derecho en el Estado Boliviano, pero nuevamente se observa que este posee limitaciones en su aplicación que son establecidas por las instancias internacionales, los derechos humanos y los diferentes tratados a los que se encuentra adscrita la legislación boliviana, tema que merece un análisis más profundo y amplio, que será realizado más adelante.

Al hablar de derecho comunitario, es inevitable hacer una aproximación de este con el derecho consuetudinario, puesto que la fuente principal de ambos derechos es la misma, aunque sus definiciones puedan tener características diferentes. El profesor Capusiriet ál. (2015), cita a Weber, que, al hablar de derecho consuetudinario, sanciona que se está frente a un aparato coactivo, plenamente capaz de hacer cumplir una norma válida pero no necesariamente procedente de una ley sancionada, sino fruto de un consenso; este último término es sumamente importante al momento de generar obligaciones y responsabilidades dentro del derecho comunitario. (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus, p.66).

Para cerrar el análisis de este punto, se puede resumir que en esta conceptualización son preponderantes los mismos aspectos que sirven de base para los principios de las comunidades indígenas: dar primacía al bien de la comunidad, porque de esta surgen los derechos de los demás individuos y respetar la individualidad que cubre al derecho comunitario.

*“Podemos definir el derecho comunitario, como sentimiento y pensamiento común hecho norma para garantizar la convivencia equilibrada, en base a una realidad sociocultural concreta en el marco del consenso de la colectividad”.* (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus, p.66).

#### **2.4.1.La Comunidad.**

Previo al estudio de la justicia comunitaria, es importante enfocar de manera correcta la definición de comunidad. Dentro de la conceptualización de la mayoría de las personas, al hablar de comunidad se hace referencia a una de las células principales de la sociedad. Es entonces, en

la mayor parte de los casos, el eslabón del medio que sostiene entre “familia” y “Estado”, significando también el punto medio de la conformación de las sociedades para alcanzar su punto máximo en el establecimiento de derechos y obligaciones, desembocar en la creación de un Estado de Derecho.

Esta acepción responde en mayor medida a definiciones más generales, surgidas del estudio de sociedades con realidades diferentes a las de los pueblos indígenas, se entiende entonces que se conforma primero la familia, la unión necesaria de diversas familias que habitan el mismo espacio geográfico, da nacimiento a la comunidad, donde por naturaleza surgen una suerte de normas internas que facilitarán la convivencia dentro de la misma. La evolución de estas normas genera la unión de diversas comunidades que evolucionando sus mecanismos de convivencia van a conformar el Estado, en este análisis es entonces la comunidad un peldaño más para alcanzar una situación más elevada.

Para analizar el derecho comunitario y su justicia, es necesario comprender que las comunidades indígenas pre coloniales, contaban con sistemas normativos sumamente desarrollados, y en cierta medida dan un giro completo a la definición general antes mencionada. Las civilizaciones indígenas de la época pre colonial, ya entendían al Estado como una Comunidad. Tomando en cuenta que sus principios y sus cosmovisiones giran en torno a la comunidad, el desarrollo de estas civilizaciones y la conformación de imperios de la magnitud del Imperio Inca, no podía entenderse de otra forma que no sea dentro de los márgenes de la vida en comunidad y la conexión entre los habitantes de esta.

## **2.5. JUSTICIA COMUNITARIA.**

Al desarrollar en el estudio de la presente investigación, los parámetros referentes a justicia comunitaria, es indispensable hablar de los orígenes de esta y cuáles son las directrices hacia las que se orienta, nuevamente entonces se hace una retrospectiva a los principios que rigen las comunidades indígenas y su vida en comunidad.

Los pueblos indígenas, desde los albores de su historia han tenido un simbolismo muy significativo y característico para orientar parte de sus principios, surge entonces la necesidad de analizar la Chakana como uno de los elementos que va a orientar la justicia comunitaria. Este símbolo está inspirado en la constelación de la Cruz del Sur. Haciendo un análisis somero de su significado para las comunidades indígenas, se obtiene que hace referencia a lo cíclico, al ciclo natural al que se encuentran cometidas todas las cosas y todas las personas. Dentro de este análisis, cabe resaltar que los pueblos indígenas tienen ejes determinados para su desarrollo y la armonía dentro de su diario vivir en comunidad.

Esta aplicación y entendimiento del ciclo de las cosas genera equilibrio dentro de las comunidades, y se centra en comprender que deben existir tres aspectos fundamentales que van a ser la base para ese equilibrio, estas son: **la economía, los rituales y la política**. Dentro de estos tres aspectos se encierra lo necesario para poder vivir en comunidad y desarrollar la misma,

además de generar una inter relación entre comunidades, dado que todas tienen los mismos ejes oscilantes.

Cuando estos ejes funcionan de forma correcta, se obtiene una comunidad equilibrada, que sumado a la aplicación de sus principios rectores logra la vida en armonía, logra llegar al “suma qamaña”, donde se entiende que existe una vida en justicia y con justicia. Cuando se genera lo contrario a lo expuesto, el desequilibrio, tiene que surgir una forma de volver al mismo, de corregirlo, es ahí donde tiene su nacimiento y cobra protagonismo la justicia comunitaria.

La justicia comunitaria es parte fundamental de la subsistencia y el desarrollo de los pueblos indígenas. Como es natural, las comunidades indígenas no se encuentran exentas de experimentar controversias entre sus habitantes, las cuales generan que se rompa el equilibrio que debe regir en la vida comunitaria. Históricamente la solución y la reparación de este equilibrio encuentra asidero en la justicia comunitaria, que es y ha sido para los pueblos indígenas el principal instrumento para solucionar sus conflictos.

Se ha hablado de que las normas del derecho indígena y del derecho comunitario surgen siempre del consenso, el cumplimiento de las mismas entonces parte de la conciencia de cada uno de los individuos miembros de la comunidad, pero conociendo de sobre manera que esta no es una premisa de cumplimiento certero, debe existir también dentro de las comunidades indígenas un elemento coercitivo que asegure el cumplimiento de las normas y regule la vida en comunidad de las personas, garantizando así, el equilibrio. Se tiene entonces que la justicia comunitaria viene siendo este elemento que sanciona el cumplimiento de las normas de la comunidad y garantiza el ordenamiento social.

Cualquiera sea el elemento que regule la conducta de las personas dentro de la vida en sociedad, debe estar dotado de legitimidad. Siendo que la mayor parte de las normas del derecho indígena, tienen un carácter consuetudinario y mayormente oral, no se puede hablar de los mismos procedimientos que rigen el derecho positivo boliviano, aunque la finalidad sea la misma: preservar el orden social. La legitimidad que precisa la justicia comunitaria como elemento coercitivo para el cumplimiento de las normas, es dotada por parte de la propia comunidad. La vida en comunidad precisa tener un ala sancionadora de cualquier conducta que no se enmarque dentro de los principios de la misma y la respuesta a esta necesidad se halla en la justicia comunitaria, que encuentra respaldo en las tradiciones de los pueblos indígenas para quienes esta justicia representa un instrumento para preservar el orden y encaminar el desarrollo, elemento que es usado desde los orígenes de las mismas comunidades indígenas y que busca corregir cualquier conducta que dañe el equilibrio social, para enmarcarla nuevamente en los principios rectores en los que se basan todas sus normas, el ama suwa, el ama llulla y el ama quilla.

En la mayor parte de las comunidades indígenas, al existir una conducta que incumpla con las normas de la comunidad, se realiza un informe por parte de las autoridades comunitarias, que son las encargadas de administrar la justicia comunitaria, tema que se analizará ampliamente con

posterioridad. Estos informes son estrictamente necesarios, puesto que la comunidad al conformarse como una célula orgánica, debe conocer en su totalidad cuál ha sido la conducta que ha roto el equilibrio social y que consecuentemente debe ser sancionada. La importancia de estos informes radica en que ellos conforman lo que se va a entender como una especie de jurisprudencia del derecho indígena, un antecedente que llega a guiar la solución de conflictos dentro de la comunidad, hace parte importante de la vida jurídica dentro de las comunidades indígenas.

En esta parte del desarrollo de la investigación, se ha hecho énfasis en la importancia que tiene el equilibrio para las comunidades indígenas, como el derecho y sus normas protegen ese equilibrio producido por la coordinación en el cuidado de la economía, de la espiritualidad y de la política expresados en la Chakana como simbología indígena.

Es este mismo equilibrio el que se aplica al momento de poner en marcha el aparato coercitivo y correctivo de la justicia comunitaria, esto debido a que un aspecto preponderante de esta, es que sus sanciones a conductas determinadas, deben estar sumamente equilibradas conforme a la gravedad del daño que haya producido esa conducta. Cabe recalcar nuevamente que dentro de los principios el derecho indígena, el eje central es la vida en comunidad, teniendo esta premisa, debe comprenderse que las sanciones aplicadas por la justicia comunitaria, no buscan más que corregir la conducta del transgresor, para insertarlo nuevamente dentro de la comunidad, debido a que cada miembro de esta es necesario y tiene funciones específicas que aportan al desarrollo orgánico de la comunidad. Esta finalidad es sumamente análoga a la que busca el derecho positivo, específicamente, el derecho penal.

Surge un importante análisis por la preponderancia de este aspecto, que es el epicentro de la tesis que se está desarrollando. Se identifica una de las principales similitudes dentro de las finalidades buscadas por la justicia indígena y por el derecho penal, tomando en cuenta claramente, las diferencias existentes en los procedimientos de administración de justicia y las sanciones; que a pesar de estas diferencias parten de los mismos principios sancionados constitucionalmente y comparten las mismas finalidades, referentes al tema de la preservación del orden social, como en la reinserción, esto claro está, respondiendo a realidades culturales y sociales específicas.

## **CAPÍTULO IV.**

### **DE LAS TEORÍAS.**

#### **1. DEL DERECHO POSITIVO PENAL BOLIVIANO: Norma positiva, caracteres generales y administración de justicia.**

##### **1.1. EL DERECHO PENAL EN BOLIVIA.**

El Derecho Penal en Bolivia ha sido fruto de todos sus procesos históricos, sociales y culturales. Este mismo derecho está marcado por una especie de mezcla entre la historia del manejo de los pueblos ancestrales bolivianos y la influencia de las escuelas penales traídas desde las tierras conquistadoras; resultando que a pesar de que estas se han tomado para su aplicación en la sociedad boliviana no respondían a las necesidades de una sociedad totalmente diferente. Se han adaptado las escuelas penales tradicionales y se las han implementado como ley penal para sancionar cualquier transgresión al orden social, pero el derecho penal en Bolivia no puede negar que tiene una historia donde sus pueblos originarios manejaban sistemas distintos, pero enfocados a la protección de las sociedades de esos tiempos. Estos sistemas que han sido olvidados durante siglos, han cobrado vigencia nuevamente con el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Nueva Constitución Política del Estado.

La importancia de la historia del derecho penal en Bolivia, ha sido abordada en capítulos anteriores, en lo que atañe al marco histórico; queda entonces analizar la situación actual del derecho penal boliviano y ver como este ha afrontado los cambios estructurales de este país, desde sus últimas reformas que vienen de tiempos de la república.

Es fundamental tomar en cuenta que la norma base que rige el ordenamiento penal boliviano, data del año 1973; donde una comisión coordinadora realizó una revisión de un proyecto proveniente del año 1962 para modificarla y promulgarla el 18 de agosto de 1972 mediante Decreto Ley entrando este en vigencia antes de cumplirse un año después. Este Decreto Ley se vio adaptado a las necesidades de un gobierno dictatorial, por lo que es fácil asimilar que dentro de sus penas estaba incluida la pena de muerte, que posteriormente fue derogada y reemplazada por el máximo presidio de 30 años, mismo que se ha mantenido hasta nuestros días.

En la actualidad este cuerpo normativo penal contiene dos libros, el primero concerniente a la parte general que cuenta con siete títulos. El libro segundo versa sobre la parte general haciendo referencia a los delitos contra el Estado y particulares, este cuenta con doce títulos y uno final que contiene las disposiciones transitorias. El Código Penal Boliviano cuenta con un total de 365

artículos, misma cantidad que poseía el proyecto del año 1962, evidenciando de esta manera que está basado en este cuerpo normativo.

Por demás esta afirmar que un cuerpo normativo proveniente de hace más de cincuenta años difícilmente puede responder a las necesidades de la sociedad actual. Se ha hecho referencia a que esta sociedad está sometida a constantes procesos dialécticos y que el derecho debe acompañarla cambiando constantemente conforme ella para responder a sus necesidades. Ahora, tomando en cuenta que este mismo código, está basado en un cuerpo aún mucho más antiguo los problemas se ahondan y cobran sentido los vacíos legales que tiene el sistema penal boliviano.

### **1.1.1. Fuentes del Derecho Penal en Bolivia.**

Como se había mencionado anteriormente, muchas de las fuentes del derecho penal boliviano provienen de su historia. Es innegable la influencia que los sistemas de justicia del imperio incaico, de los aimaras y de los quechuas han tenido sobre el derecho penal. Lo que es relevante en este punto es que el estudio de estos sistemas ha vuelto a cobrar importancia debido a que con la sanción del reconocimiento y validez del sistema de justicia de los pueblos indígenas la historia del manejo de estos va a dar directrices. El derecho de los pueblos indígenas es consuetudinario y por ende pasa de generación en generación mediante la tradición oral; no es de extrañarse entonces que haya mantenido rasgos característicos desde los tiempos pre coloniales, se evidencia esto en un ejemplo claro: los principios que regían al derecho indígena desde la antigüedad se han mantenido intactos, siendo estos el ama suwa, ama llulla y ama quilla.

Lo que respecta al derecho indígena del incario y de la colonia ya se ha desarrollado en lo que compete al marco histórico, corresponde entonces analizar otras fuentes del derecho penal boliviano.

Las reformas penales que han existido al código, se consagran en una importante fuente a pesar de que estos procesos de reforma no hayan sido muy extensos; si es necesario recalcar que desde la promulgación del código de 1834 se han formado varias comisiones que tenían la finalidad de revisarlo y reformarlo pocas de ellas llegando a tener éxito.

Vale la pena mencionar la propuesta de proyecto del profesor Manuel López Rey pues esta a pesar de ser muy criticada se convierte en el primer intento concreto de realizar una reforma penal, la relevancia de este es que incluía el tratamiento jurídico penal del indígena; cuestión que ninguno de los proyectos había abordado antes. Este proyecto queda como muchos otros archivado y nunca llega a un debate legislativo. La reforma se encontraría estancada hasta el año 1962, donde se procede a una reforma integral, pero de la misma manera esta no llega a concretarse más aún porque comienza el periodo dictatorial en 1964 con el derrocamiento del gobierno constitucional. Se recalca en esta parte que este proyecto sirvió de base para el Decreto Ley de 1972 que da vida al Código Penal.

Este Decreto Ley habría de estar en vigencia hasta la reforma del año 1997, respondiendo durante todo ese tiempo a un gobierno dictador, La reforma de 1997 cambia ciertos aspectos

componiendo un sistema penal más sobrio, fuertemente influenciado por los antiguos proyectos descartados y que habría de dar la estructura que se ha mantenido hasta hoy, sin embargo, de igual manera que las anteriores nunca llegó al parlamento. A raíz de se convocaría a una mesa redonda denominada “Bases para la Reforma Jurídico Penal”, en donde surgen las primeras acciones concretas para realizar las modificaciones que vendrían con un “Proyecto de Código Penal” aprobado el 10 de marzo por Ley No. 1768 y que es el que actualmente se encuentra en vigencia en Bolivia.

Con todo lo expuesto se concluye que las fuentes del derecho penal boliviano son diversas, al igual que su procedencia; esto debido a que es necesario tomar en cuenta los sistemas pre coloniales de los pueblos indígenas por su influencia, pero al mismo tiempo se tiene que incluso el código que hoy se encuentra en vigencia, está fuertemente influenciado por códigos como el alemán, de la misma forma que estaban influenciados todos los proyectos de reforma. Existe la necesidad latente de reformar el Código Penal tomando en cuenta sus fuentes de forma paritaria; en los últimos años han existido intentos de reforma del sistema penal, pero ninguno ha llegado a concretarse, a pesar de que muchos otros cuerpos normativos como el civil y el familiar si han experimentado reformas que los han hecho más acordes a los cambios constitucionales de los últimos tiempos dando lugar así a los denominados Códigos Morales.

## **1.2. EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y SUS PRINCIPALES MODIFICACIONES.**

El Código Penal estuvo en vigencia y sin presentar cambios durante 24 años, hasta que en 1997 comenzaron a sancionarse varias leyes modificativas, pero que no cambiaban la esencia de su estructura, entre ellas está la ya mencionada Ley de Modificaciones al Código Penal No. 1768 de 10 de marzo de 1997 que responde a una corriente más finalista, contraria a la de 1972 que era mayormente causalista. Cabe recalcar que esta ley tiene muchas bases en jurisprudencia comparada de códigos como el alemán, el argentino, el español, etc., además de que toma en cuenta las normativas internacionales mayormente referentes a la delincuencia organizada.

Dos años más tarde se sanciona la Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual No. 2033 de 29 de octubre de 1999, esta va a incorporar modificaciones introduciendo figuras como la Violación de Niño, Niña o Adolescente, la Violación en Estado de Inconciencia y el Tráfico de Personas. Legislando sobre análogos delitos se sanciona la Ley 3325 de 18 de enero de 2006 para sancionar la Trata y Tráfico de Personas, además de realizar modificaciones a los delitos de Organización Criminal. Otra legislación que va a realizar modificaciones sobre algunos artículos del Código Penal es la No. 2633 de 18 de enero de 2006 incorporando el artículo que tipifica el delito de Desaparición Forzada de Personas.

Ya en tiempos de la Nueva Constitución Política del Estado, se encuentran las modificaciones realizadas por la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, No. 004 de 31 de marzo de 2010; esta va a implementar nuevos tipos penales tales como el Uso indebido de Bienes y Servicios Públicos, el

Enriquecimiento Ilícito, la Obstrucción de Justicia, entre otros. La Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal No. 007 de 18 de mayo de 2010 va a modificar todo lo referente al Consorcio de Jueces, Fiscales, Policías, Abogados y Retardo de Justicia.

La Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación No. 045 de 8 de octubre de 2010, va a realizar modificaciones sancionatorias en todo lo referente al racismo y los incentivos de este; esta ley es una de las más representativas de los mecanismos del Estado Boliviano para hacer efectiva la protección de los derechos de los pueblos indígenas conforme lo determinan las normas internacionales. Otras modificaciones se encuentran contenidas en la Ley de Protección Legal de Niñas, Niños y Adolescentes No. 054 de 8 de noviembre de 2010, la Ley de Pensiones No. 065 de 10 de diciembre de 2010 y la Ley No. 100 de 4 de abril de 2011 que sanciona delitos relacionados con el comercio de hidrocarburos y mercancías sujetas a protección específica. Además de la Ley No. 170 de 9 de septiembre de 2011, que contiene figuras penales como el Financiamiento del Terrorismo y el Separatismo. La sanción de todas estas leyes ha representado modificaciones a los artículos del código, pero ninguna se consagra como una reforma integral.

### **1.3. DELITO Y PENA.**

El derecho en general y el derecho penal en particular siempre han establecido que la potestad reguladora y sancionadora la tiene el Estado, pero este mismo está fuertemente limitado por el derecho objetivo, es aquí donde surgen los principios que van a regir el derecho penal siendo uno de los más importantes “ningún delito, ninguna pena, sin ley previa”. Siendo el Estado el encargado de sancionar leyes, se reafirma nuevamente que es quien tiene plena potestad sancionadora y más allá de eso, tiene la potestad de establecer que, clase de conductas se van a considerar transgresoras y podrán ser sancionadas. Este principio que es proveniente de las escuelas penales tradicionales, tiene una influencia bastante amplia a centralizar el poder en el Estado y a que este sea el que imponga un solo sistema jurídico sancionador, restándole importancia al resto de sistemas existentes, entre ellos el derecho indígena originario campesino.

Realizando una comparación entre las fuentes que dan origen a los delitos y las penas tanto en el sistema de justicia ordinaria como en el derecho indígena, se tiene que en los segundos el origen es indiscutible: los usos y costumbres, las tradiciones de los pueblos. En cambio, en el primero las fuentes han sido establecidas de forma concreta y son de conocimiento general, porque vienen siendo las mismas fuentes del derecho: la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina. Los delitos y las penas son instrumentos del derecho para establecer un orden social, tiene los mismos fines generales tanto en el derecho positivo como en el derecho indígena, sin embargo, sus fuentes son diferentes debido a que responden a una realidad emergente de las necesidades de una sociedad en una línea de tiempo específica. Quizá es correcto recordar que la sociedad boliviana ha adaptado sus normas penales en base a las influencias de sistemas europeos, que respondían a necesidades de sociedades que se encontraban a kilómetros de distancia, pero que con el tiempo han cobrado validez prácticamente universal.

### **1.3.1. Escuelas Jurídico Penales.**

Con el principio “ningún delito, ninguna pena sin ley previa” surgen las escuelas jurídicas que pretenden orientar hacia diversos criterios las legislaciones de estas penas y sus sanciones, pero claro está que todas estas escuelas tienen una herencia de los países europeos, pues no responden a las costumbres de los pueblos indígenas.

La Escuela Clásica inspirada en la enciclopedia del siglo XVI tiene a Beccaria como su principal exponente y es conocida como la gran sistematizadora del sistema penal. Dentro de sus aportes se tiene según el profesor Harb, la consagración de la independencia del Derecho Penal, la solidificación de la protección de la libertad con la sanción del principio “no hay delito, no hay pena sin ley previa”; pero su aporte más importante se encuentra en la humanización de las penas, aspecto que se encuentra detallado en su obra “Tratado de los Delitos y de las Penas”, en donde propone que las penas deben ser proporcionales a los delitos que se han cometido, aspecto que ha marcado el horizonte del sistema penal hasta nuestros días.

Las desventajas de la Escuela Clásica se presentan en el fuerte individualismo que propugna, además de que prioriza las sanciones que, aunque sean proporcionales no brindan una respuesta ni un resarcimiento a la sociedad, por lo tanto, estos siguen expandiéndose bajo el conocimiento de sus sanciones.

La Escuela Penal Positiva va a dar respuesta al individualismo que se habría propugnado con la anterior y tiene como principal exponente a Augusto Comte, esta escuela va a dar prioridad a la persona antes que al hecho delictivo. Los aportes más sobresalientes de esta escuela son que amplía el campo de acción del derecho, establecen que el centro de atención de estudio del sistema penal es el delincuente y ya no la pena y lo que es más resaltante es que implementa la idea del resarcimiento, dando de esta manera sentido a las sanciones que antes solamente castigaban. Las críticas que se han realizado a esta escuela, versan en que mezcla y por lo tanto retarda dos ciencias que se complementan pero que son diferentes; el momento en el que centra su atención en el delincuente le da prioridad a la ciencia de la criminología para entender el comportamiento de este y deja de lado el estudio de las normas. Con el estudio de la criminología pretende clasificar a los tipos de delincuentes, pero esta clasificación es carente de bases completas. Esta escuela que brinda prioridad a la protección de la sociedad colectiva, es completamente opuesta a la primera escuela, pero este enfoque va a dar lugar a que tenga problemas con la voluntad humana.

La Escuela Técnico Jurídica propugna que ninguno de los sistemas de las anteriores escuelas es válido, debido a que el derecho penal debe crear sus métodos propios de resolución de conflictos, aplicando la técnica jurídica. Propugna que todo lo que es ajeno al derecho debe dejarse de lado, entre estos aspectos están los hechos que no son jurídicos y los que se consideran delitos naturales; con estos fines va a generar las primeras bases de la teoría del delito, al establecer los criterios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La Escuela Humanista va a plantear la existencia de estados límite entre la moral y el derecho penal, en consecuencia, va a promulgar que todo aquello que viole los preceptos morales debe ser considerado delito, esto puede entenderse mejor citando el ejemplo del suicidio que, aunque no vulnera los derechos de terceros, debería para esta escuela ser tipificado al significar una transgresión a la moral. Por lo establecido esta escuela se considera de corte humanista, debido a que considera que todo aquello que pueda afectar los sentimientos de las personas debe sancionarse y ser considerado delito.

Todas estas escuelas, aunque presentaron falencias en sus planteamientos, aportaron desde diferentes perspectivas a la formación del sistema penal, pero cabe aclarar que por muy diferentes que sean los pensamientos propugnados por estas escuelas, todas tienen origen en el pensamiento y en las necesidades de los países europeos, por lo que no contemplan la posibilidad de incluir sistemas de derecho diferentes al positivo, sistemas como los que provienen del derecho indígena.

#### **1.4. DERECHO PROCESAL PENAL EN BOLIVIA.**

El Derecho Procesal Penal en Bolivia, es un mecanismo que va a poner en marcha todo lo normado por el Código Penal y este también ha de experimentar cambios en relación a su ejercicio debido a las modificaciones constitucionales que ahora regulan el derecho indígena. El Derecho Procesal tiene fuertes influencias del Derecho Penal Francés, esto porque cuenta con los mismos principios base que los que se enarbolaron en la propia Revolución Francesa; es necesario hacer notar que el compendio normativo del derecho procesal penal no regula nada referido a la justicia comunitaria.

El Procedimiento Penal es el mecanismo más eficiente que posee el Estado para hacer valer las sanciones a las transgresiones de sus normas y siempre guarda el respeto de las garantías jurisdiccionales que determinan que se debe seguir todo el proceso antes de llegar a la sanción de la pena, mismo en el que se deberán desarrollar y respetar diferentes principios rectores del derecho penal, como el debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros.

El Derecho Procesal Penal se puede interpretar como el puente que debe ser necesariamente atravesado para que las personas puedan alcanzar sus pretensiones y las reparaciones de los daños que pudieren haberles causado; no existe forma alguna de llegar a una sanción sin pasar por todo el proceso. Debe entenderse que en todo proceso va a existir una parte acusadora cuya pretensión es lograr la sanción del acusado, y este último quien va a ocupar la posición contraria y su defensa. El Ministerio Público va a jugar un papel importante dentro de todo este proceso, debido a que es el encargado de investigar las conductas transgresoras en su calidad de representante del Estado que debe velar por la legalidad de todos los actos a lo largo del proceso y precautelar siempre los intereses de la sociedad en general. Va a ser el Juez el encargado de resolver todo este proceso mediante una sentencia que siempre debe estar enmarcada en la normativa vigente.

## **1.5. JUSTICIA ORDINARIA.**

Desde el nacimiento de Bolivia bajo los principios de soberanía, se reconoce constitucionalmente tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, añadiéndose a estos en los últimos años el órgano Electoral. Es el Órgano Judicial el encargado desde los albores de estos primeros tiempos republicanos, el encargado de aplicar la ley teniendo para este cometido jurisdicción y competencia de resolver todos los litigios existentes entre personas. Este mecanismo establecido constitucionalmente en el que se pone en marcha todo lo que se encuentra sancionado en el derecho positivo para proteger el orden social, es lo que se conoce como Justicia Ordinaria.

Uno de los rasgos que evidencia las bases históricas de la Justicia Ordinaria se puede encontrar en el símbolo que la representa; este símbolo se constituye en la diosa Temis, diosa de encargada de la justicia en la mitología griega. Las características de esta diosa representan todas las cualidades que debería tener la justicia, la balanza de lo justo, la espada del cumplimiento y la venda que representa que la justicia debe ser ciega, entre otros rasgos. Esta simbología es una muestra de los orígenes de las corrientes normativas que rigen el derecho positivo en Bolivia, claro está que en estas caracterizaciones no se encuentran rasgos de algo que pueda representar al derecho indígena.

La Justicia Ordinaria cuyo principal instrumento es la ley, tiene como objetivo el alcance precisamente de la justicia que mantiene conceptos que han sido heredados desde el derecho romano, pues esta se materializa en dar a cada cual lo que le corresponde de forma oportuna. El empleo adecuado de la justicia va a conducir a la armonía social en un ambiente de respeto por las normas jurídicas.

La pluriculturalidad reconocida en Bolivia ha generado más conflictos de diferencias sociales, tomando en cuenta los que ya existían a nivel económico, político y religioso. Estos conflictos deben ser solucionados de forma adecuada y mediante un proceso establecido, en el que el encargado de poner fin a los conflictos es el juez, mediante una resolución que debe adaptar las leyes al caso concreto, incluyendo su interpretación y adaptación a los principios del derecho indígena de ser necesario en el caso.

## **2. DE LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA: Definiciones, conflictos, conductas delictivas, procedimiento y sanción.**

### **2.1. DERECHO COMUNITARIO.**

El Derecho Comunitario ha sido objeto de amplios estudios y pocas veces los resultados han logrado dar una definición del mismo; en la presente investigación es uno de los temas centrales y es menester establecerle una definición. Es el profesor Herculiano Capusiri el que lo va a definir de la siguiente manera:

*“Es el sistema de normas basado en sus valores y principios milenarios, en la que los derechos de las personas se interpretan a la luz de los derechos comunitarios (prevalecen los derechos comunitarios), los cuales tienen sus propios procedimientos, su*

*propia estructura de autoridades y su propia dinámica para crear y/o cambiar normas. A la vez tiene la finalidad de regular la vida social, resolver conflictos y mantener la armonía comunitaria en el marco de la legitimidad y eficiencia dentro de un contexto sociocultural”.* (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus).

A criterio propio la definición establecida por el profesor Capusiri es adecuada y presenta una aproximación concreta a los principios del derecho indígena, porque basa todo el sistema de normas en estos principios. Establece además la importancia de los derechos comunitarios como fundamentales para el cumplimiento de los derechos individuales, se debe tomar en cuenta que las mismas normas de derecho internacional establecen la importancia de los derechos comunitarios para la protección de los pueblos indígenas, resaltando la importancia de la coordinación y la complementariedad entre los derechos individuales y los derechos comunitarios. Esta definición contiene además los requerimientos que se establecen para la identificación de los pueblos indígenas, determinando que el derecho comunitario posee sus propios procedimientos, su propia estructura y sus propias autoridades para su cumplimiento.

El Derecho Comunitario desde su aplicación en las sociedades pre coloniales se caracteriza por estar en un estrecho relacionamiento entre la sociedad y el Estado que regía la misma. Esto se debe a que el derecho comunitario es precisamente una construcción de la comunidad a la que se aplica, está construido en base a sus culturas, a sus creencias, a sus cosmovisiones y principalmente a sus necesidades. Los juristas del derecho positivo han pretendido estudiar el derecho comunitario y la conclusión a la que han llegado es que este se adapta netamente al derecho consuetudinario, en donde la validez de la norma no es en virtud de una ley estipulada, sino más bien por el consenso. A este derecho que se fundamenta en las costumbres se suma una cantidad muy amplia de caracteres para poder llegar a la acepción del derecho comunitario, donde las bases tienen que estar siempre asentadas en los principios del derecho indígena.

Herculiano Capusiri cierra su definición con un criterio que quizá en calidad de resumen expresa en pocas palabras la esencia del derecho comunitario, que está evidentemente asociado con los sentimientos y la forma de vida de la comunidad misma.

*“Definir el Derecho Comunitario como sentimiento y pensamiento común, hecho norma...”* (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus).

## **2.2. GRADOS DE SANCIÓN DEL DERECHO INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO.**

Cuando se habla de sanciones del derecho indígena originario campesino, se tiene que delimitar en primera instancia cuál es el objetivo por el que se emplean estas sanciones; en ese entendido se observa claramente que existen similitudes en los caminos que orientan los horizontes tanto del derecho ordinario como del derecho indígena originario. En ambos sistemas es objetivo fundamental preservar la paz social, el orden social y las buenas costumbres que rigen a la sociedad; evitar las transgresiones de las normas ya sean de carácter moral, social o jurídicas va a

desembocar inevitablemente en el empleo de las sanciones en sus diferentes grados de acuerdo a la falta cometida.

Es adecuado en este punto hacer hincapié en algunas de las conceptualizaciones más básicas del derecho que vienen de la mano de uno de los juristas más importantes como lo es Bobbio: el derecho ordinario tiene tres diferentes clases de normas, si se toma en cuenta una de sus clasificaciones más simples, entre las que están las normas morales, las normas de trato social y las normas jurídicas. La primera de estas normas tiene una sanción que se considera interna, debido a que la trasgresión de estas normas acarrea un remordimiento que se interpreta como una sanción debido a que provoca una molestia en el interior de la conciencia de la persona misma. Las otras dos normas cuando son transgredidas acarrear sanciones que son consideradas externas, pero cuyas consecuencias son diferentes. La sanción de las normas de trato social va a provenir por parte de la misma sociedad, puesto que se entiende por su transgresión el romper las buenas costumbres que rigen a la sociedad, o aquellas conductas que han sido estipuladas precisamente por este factor, la costumbre; el ir en contra de las costumbres que se han establecido dentro de la vida social, va a tener la consecuencia natural de un distanciamiento del individuo transgresor por parte de la sociedad, misma que va a juzgar su conducta, pero no se habla de una sanción que esté institucionalizada.

La última de las sanciones que proviene de las normas jurídicas va a ser la que más repercusiones va a generar en la vida del individuo transgresor, esto debido a que se habla de que se han transgredido normas jurídicas, que han sido positivizadas y que poseen legalidad, legitimidad y validez para preservar el orden dentro de la vida social del Estado. El incumplimiento de estas normas va a significar la apertura de todo un proceso para desembocar en la sanción del individuo, es aquí donde va a tomar parte el derecho adjetivo y muchos de los principios constitucionales que protegen los derechos fundamentales del transgresor como persona. En este caso se está frente a sanciones que están institucionalizadas por el Estado, por lo tanto, cuentan con la validez necesaria y deben cumplir con otros principios que indica el derecho penal, como la rehabilitación y la reinserción social.

Ahora bien, más allá de que la finalidad de las sanciones sea la misma en el derecho ordinario y en el derecho indígena es imprescindible aclarar que la distinción antes mencionada entre los diferentes tipos de normas que acarrear sanciones, no existe dentro del derecho indígena. La norma indígena no se divide, por lo tanto, no se clasifica; todas las normas dentro del derecho indígena se concentran en una sola y esto es lo que se conoce como su carácter holístico; la norma indígena es una sola.

El derecho indígena es una combinación de sus normas morales, jurídicas y sociales; todas estas se encuentran unidas y no se clasifican debido a que todas apuntan a una misma finalidad; que la sociedad pueda vivir en armonía y en equilibrio. Los bienes que tutela el derecho indígena con mayor prioridad son la vida, la salud y la dignidad, todos indispensables para el vivir bien, que como ya se ha mencionado ampliamente es el horizonte y el objetivo principal para la vida de las

comunidades indígenas. Si se tiene que este es el horizonte, en base a todas las transgresiones que afecten la forma de vida de las comunidades, que afecten el vivir bien se van a establecer los grados de sanciones que va a determinar el derecho indígena, todas orientadas al resarcimiento del daño para recuperar el equilibrio de la vida de la comunidad.

La delimitación de la presente investigación ha establecido que objeto de estudio van a ser solamente las comunidades aimaras, por lo tanto, en este punto se va a centrar el análisis en las sanciones que establece el derecho indígena de las comunidades aimaras del departamento de La Paz. Cuando se habla de sanciones, se entiende que la rama del derecho que se va a encargarse de ellas es el derecho penal, por lo que la acepción del estudio de esta parte puede encajar perfectamente con el derecho penal aimara.

Como se ha mencionado anteriormente el derecho indígena se basa fundamentalmente en la costumbre, por ende, esta es la que da el lineamiento de las normas de este derecho y esta costumbre tiene raíces fuertemente establecidas en las cosmovisiones de los pueblos indígenas; en este punto es necesario realizar entonces el estudio de la Chakana.

La Chakana es una de las simbologías más importantes dentro de las comunidades indígenas y está íntimamente ligada con el concepto de justicia, pero además de ello incluye conceptos que buscan el crecimiento material haciendo referencia a la economía, el crecimiento espiritual, que son los rituales y las creencias de los pueblos indígenas y el gobierno que va a regir en estos en busca de su protección y de su bienestar, haciendo referencia a la política y dando así los cuatro puntos principales de la vida en comunidad que componen la Chakana. Se entiende entonces que la justicia es para los pueblos indígenas un componente más de un todo que marca los aspectos necesarios para alcanzar el vivir bien. Para poder analizar cómo se va a aplicar esta justicia y en que grados se van a establecer sus sanciones, hay que identificar la célula principal en la que se centra el desarrollo de la vida de las comunidades y esta es el ayllu, el conjunto de familias que conforman un ayllu. El desarrollo de los ayllus y su producción de base en la propiedad colectiva, la tierra que es de propiedad de toda la comunidad y que se trabaja para el beneficio de la misma. Cuando se habla de autoridad se conoce a una entidad máxima que rige en toda la comunidad, esta autoridad es el consejo de Mallkus o Jilacatas, quienes se encargan de velar por el cumplimiento de las acciones necesarias para un desarrollo adecuado de la comunidad. Al lado de este consejo se encuentran los amautas, que van a ser diferentes de acuerdo a las responsabilidades que se les hayan encargado, por lo que existen amautas encargados de los cultos religiosos y amautas encargados del cumplimiento de la justicia.

En todo lo que se ha expuesto arriba, se encuentra una vista más profunda de la organización de las comunidades indígenas y resulta más fácil poder deducir cuáles van a ser sus sanciones más graves a las transgresiones de la norma indígena. La sanción que rige en las comunidades aimaras tiene la misma raíz que su célula principal; el ayllu.

Se ha mencionado antes que una de las sanciones principales a las transgresiones de las normas de las comunidades aimaras son las relacionadas a la vida y a los daños que puedan afectar el equilibrio de la vida en comunidad. Tomando en cuenta los tres principios fundamentales que rigen el derecho indígena, no es difícil comprender que uno de los delitos más importantes va a ser el robo, ya sea este de productos agrícolas o de ganado lanar; este delito se castigaba en la mayoría de los casos con la muerte, que consistía en el despeñamiento. Ahora bien, se entiende por lo estudiado en lo referente a las delimitaciones establecidas por la normativa internacional que sanciones como estas son inaplicables por las comunidades hoy en día; sin embargo, una de las sanciones que si se encuentra dentro del marco de su aplicación es el destierro del sancionado; que para las comunidades indígenas es similar a la pena de muerte, tomando en cuenta que dentro de sus cosmovisiones no se entiende forma de vida alguna fuera de la comunidad. Es necesario tomar aclarar que antes, el destierro era considerado una pena de muerte de forma más literal, debido a que el desterrado era catalogado como enemigo de la comunidad y por lo tanto podía ser ajusticiado si era visto dentro de la misma.

En la mayoría de los casos existe una confusión dentro del rango de las autoridades de las comunidades aimaras y esto puede afectar en el entendimiento de la aplicación de sus sanciones; usualmente se genera confusión entre los cargos de los mallkus y los jilacatas, debiendo siempre tomarse en cuenta la jerarquía que presentan los primeros con respecto de los segundos y las responsabilidades que les son atribuidas a las diferentes autoridades indígenas como son los amautas para el cumplimiento de la justicia indígena. Se va a profundizar mucho más las sanciones correspondientes a las diferentes transgresiones en el punto referente a las formas de resolución de conflictos.

### **2.3. JUSTICIA COMUNITARIA.**

Es necesario conceptualizar a la justicia comunitaria tomando en cuenta los parámetros de las cosmovisiones de los pueblos indígenas, debido a que son estos los que aplican esta justicia. Se debe volver entonces al tema de la Chakana, porque como se ha mencionado antes esta contempla cuatro aspectos fundamentales para el desarrollo adecuado de la vida en comunidad: el aspecto económico, el aspecto político, el aspecto religioso y el aspecto concerniente a la justicia. Esta combinación de cuatro aspectos que se encuentran dentro del simbolismo de la Chakana, permite que la comunidad pueda vivir en justicia y con justicia y de esta forma permite que exista equilibrio dentro de la comunidad para que todos sus componentes puedan adecuar su forma de vida al vivir bien, al suma qamaña. Además, se entiende que esta holisticidad existente dentro de estos cuatro aspectos, ha permitido que la idea de justicia comunitaria se mantenga con los mismos matices dentro de las comunidades desde tiempos pre hispánicos, aunque obviamente los parámetros de su aplicación se hayan visto modificados.

Esta idea de justicia comunitaria permite además una correcta inter relación entre comunidades indígenas, debido a que la mayoría de ellas se basan en los mismos tres principios: el ama suwa, ama llulla y ama quilla, aunque sus costumbres internas dentro de las comunidades puedan variar.

La conclusión es que la justicia comunitaria no es más que un instrumento que sirve al derecho indígena para precautelar el orden dentro de la comunidad, para preservar el equilibrio social. Si se analiza a la justicia comunitaria dentro de una óptica más orientada al derecho ordinario, se entiende que esta es un mecanismo que sirve para generar una conciencia social sobre la existencia de una obligatoriedad para el cumplimiento de determinadas conductas socialmente aceptadas; para proyectar en la conciencia de las personas pertenecientes a la comunidad que existe una norma institucionalizada y que su incumplimiento va a acarrear sanciones que van a hacer mella en la vida de quien las transgrede. La vigencia y la efectividad de la justicia comunitaria es dotada plenamente por la misma comunidad, debido a que esta es la que ejecuta su cumplimiento.

La vida en comunidad es la que da origen a la justicia comunitaria, la comunidad es la que garantiza su cumplimiento, pero existen mecanismos y determinadas premisas que pueden variar de comunidad en comunidad, pero que se deben seguir para la ejecución de esta justicia, que valga recalcar nuevamente, se encuentra delimitada por los organismos internacionales que la norman y que al mismo tiempo la protegen. Muchas de las comunidades aimaras antes de la ejecución de la justicia comunitaria piden, por ejemplo, a sus autoridades las actas orgánicas que informen sobre los hechos sucedidos y los antecedentes del ajusticiado. Estas actas cuentan con las firmas y sellos de las diferentes autoridades indígenas y conforman de cierta manera una jurisprudencia dentro del derecho indígena, porque las sanciones de la misma manera se encuentran dentro de actas que justifican el tipo de sanción a la transgresión que se haya cometido.

La justicia comunitaria se entiende entonces como una justicia integral, debido a que responde a un horizonte donde se encuentran integrados todos los puntos que van a orientar el equilibrio de la forma de vida en comunidad; la Chakana.

Es necesaria para complementar este punto sobre el estudio de la justicia comunitaria, una definición que corresponda a un ámbito de entendimiento más académico y reciente. El profesor Filiberto Montecinos Avendaño *et ál.* (2013) define de la siguiente forma:

*“La Justicia Comunitaria se la podría definir desde el punto de vista académico o intelectual como un acontecimiento público, sumarisimo (rápido), inmediato y de única instancia practicada posiblemente de distinta manera y después de muchos decenios, ante todo en comarcas y pequeñas poblaciones urbanas, luego imitada en las laderas y zonas periféricas de las ciudades, ante la ineficacia en parte de la normatividad oficial para garantizar y mantener la seguridad jurídica que la población precisa para vivir en armonía”. (Montecinos, 2013).*

La definición que nos da este autor amplía sus horizontes y va mucho más allá. Si bien enriquece la conceptualización con aspectos fundamentales que son necesarios para el entendimiento de la justicia comunitaria, como la inmediatez y su única instancia, en la mayoría de los casos,

también amplía el margen de su aplicación. El autor hace referencia a que la justicia comunitaria se ha extendido más allá de las comunidades indígenas y se aplica en muchas periferias y laderas de la ciudad de La Paz, delimitada como objeto de estudio en la presente investigación. Esto debido a la falta de efectividad en el cumplimiento de la justicia ordinaria.

Este aspecto abre una nueva brecha de amplio análisis, pero que sobrepasa la delimitación establecida para la presente investigación.

A pesar de ello se puede entender que esto responde a la migración que existe y que se explica en los estudios sociológicos. Si se analiza de forma arriesgada y someramente este aspecto, se encuentra la respuesta más rápida en que son las condiciones de vida las que marcan este fenómeno sociológico y jurídico. Muchas veces las comunidades indígenas no se encuentran protegidas de forma adecuada por el Estado, sus necesidades no se cumplen a cabalidad y las condiciones de vida a las que se encuentran sometidas están lejos de cumplir con los preceptos del vivir bien; esto se centra más que nada en un aspecto económico que no permite a los ayllus generar un desarrollo auto sustentable. La consecuencia es que un amplio porcentaje de los miembros de las comunidades indígenas migran de la comunidad a la urbe en busca de mejorar sus condiciones de vida y de mejores oportunidades laborales.

El resultado de esta migración se centra en las laderas de la ciudad de La Paz, que es donde se establecen los recién llegados de las comunidades indígenas y que brindan una respuesta adecuada al exponencial crecimiento que experimentan las ciudades tanto de La Paz como de la ciudad de El Alto. Es fácil comprender que los indígenas que se asientan en las laderas de las ciudades, dejan sus comunidades, pero en ningún momento dejan sus costumbres que siguen siendo las que guían sus formas de vida; al ser tan exponencial el crecimiento de este fenómeno, se entiende que muchos miembros de diferentes comunidades indígenas se establecen en las laderas de la ciudad y por lo tanto al presentarse alguna vulneración a lo que ellos consideran sus buenas costumbres para la vida en sociedad, apliquen la justicia comunitaria como una respuesta inmediata; muchas veces porque no conocen otra forma de justicia; y muchas veces como lo ha mencionado el autor, porque lastimosamente la justicia ordinaria demora más de lo esperado en su cumplimiento y este nunca llega, siendo un factor importante la poca importancia que se le dan a las denuncias de los indígenas, evidenciando que aún con toda la normativa y los cambios jurídicos, sigue existiendo una evidente segregación a los indígenas en Bolivia.

### **2.3.1. Características de la Justicia Comunitaria.**

Predecible es el aspecto de que las características de la justicia comunitaria deben adaptarse para brindar una mejor aplicación dentro de la comunidad que la ejerce; es por ello que uno de sus caracteres fundamentales es el entendimiento. Esta justicia debe ser comprensible para todos los miembros de la comunidad. Se puede realizar una analogía en este punto con la justicia ordinaria, debido a que los conceptos y los diferentes aspectos que conlleva la justicia en el sistema ordinario son de difícil entendimiento y su acceso está limitado a los abogados, los legisladores, los juristas y los estudiosos del derecho; es difícil que una persona de la sociedad

que no cuente con estudios específicos en derecho pueda brindar una definición completa de la justicia que se aplica, y mucho menos conoce los procedimientos que se siguen para poder alcanzarla. Sucede todo lo contrario con la justicia comunitaria.

Otra de sus características básicas es la participación democrática, pues ya se ha establecido que todos los miembros de la comunidad participan en los procesos de juzgamiento, bajo la dirigencia siempre de sus autoridades. Se tiene también como característica fundamental que la justicia comunitaria es netamente reparadora, siempre va a buscar ese fin, resarcir y reparar el daño que se haya causado a la víctima en específico y a la comunidad en general. El profesor Herculiano Capusiri especifica las características de la justicia comunitaria de la siguiente manera:

- “a) Menor abstracción en los conceptos.*
- b) Mayor negociabilidad y flexibilidad en las decisiones.*
- c) Tienen un carácter pedagógico para todo el conjunto social.*
- d) Su objeto es reparar, resolver, rehabilitar, conciliar, en términos efectivos y eficaces.*
- e) Es cohesionadora.*
- f) Está basada en la personalidad y trayectoria dentro de la comunidad.*
- g) Es contextual.*
- h) Es armoniosa.*
- i) La justicia está ligada a la moral.*
- j) Consensual.” (Capusiri, H., 2015. Justicia Comunitaria, ed. Kipus, p.66).*

Todas las características expresadas permiten ver con claridad que la justicia comunitaria está acorde con las necesidades y la realidad social de los pueblos en los que se aplica; esta cualidad le ha permitido resistir a los envistes del tiempo, a pesar de que se logra evidenciar aun así la fuerte influencia que han tenido por años los sistemas de justicia ordinaria en la justicia comunitaria, porque dentro de las comunidades la terminología delito está fuertemente asociada con la concepción de pecado, de tener culpa. No cabe duda de que dentro del derecho indígena se entiende entonces perfectamente el significado de delito, de tener culpa, de haber pecado.

Uno de los lineamientos importantes dentro de la justicia comunitaria es brindado por las mismas autoridades de la comunidad, debido a que estas dan el ejemplo con sus acciones, deben tener un comportamiento intachable que va a marcar los pasos a seguir para el resto de la comunidad. Este aspecto es el que va a dotar de validez a las autoridades, precisamente se las valida porque

la comunidad las respeta, y las respeta porque su accionar es ejemplar, es intachable, tienen por ende la autoridad para juzgar y sancionar cualquier conducta que atente contra las normas.

Las autoridades indígenas están en la obligación de no cometer faltas que puedan ser reprochables por la sociedad; antiguamente, el inca al ser la autoridad máxima de todo el incario, se confesaba en frente del sol y pedía a los ríos que se lleven sus pecados para que sean echados al mar y no vuelvan jamás, esto según los relatos de Garcilazo de la Vega. Cuando las autoridades indígenas cometen alguna falta, esta es sancionada de forma mucho más severa, porque ha traicionado la confianza que todo el pueblo ha depositado en su autoridad, corresponde entonces en la mayoría de los casos, a una asamblea comunal establecer las sanciones ejemplificadoras que se habrán de aplicar.

### **2.3.2. La Ponderación de la Justicia Comunitaria.**

La justicia comunitaria se ha establecido como una parte que compone un todo, que se expresa en la Chakana. Es la justicia comunitaria un valor amplio, que orienta el camino para que se pueda alcanzar una vida en armonía, una vida en equilibrio, una vida justa. Preciso es entonces recalcar que una de las bases de la justicia comunitaria se centra en la ponderación y en el carácter preventivo que presenta, debido a que si bien su finalidad es el resarcimiento; para lograr ese equilibrio también busca prevenir que estas conductas se materialicen.

La jiska justicia es una parte que va a hacer referencia a la aplicación de la justicia comunitaria y a los grados de sanciones que se presentan en esta aplicación, debiendo existir una equivalencia entre estos y los delitos que se hayan cometido, aspecto análogo al sistema de justicia ordinaria. Es el término jiska el que se utiliza para identificar delitos menores, estos delitos deben ser resueltos por la jiska justicia que se encarga de sancionar delitos más que nada de orden privado, que están a cargo de los corregidores, de los jilacatas o de los alcaldes según la comunidad en la que sea el caso. Una forma más fácil de identificar estos delitos dentro de la comunidad es debido a que no comprometen un daño a la colectividad como tal, sino que se suscitan solamente entre particulares. Para citar un ejemplo claro en donde se aplica la jiska justicia se tienen los conflictos intra familiares en donde la solución pueda ser rápidamente facilitada por autoridad indígena; pero cuando se trata de conflictos que son considerados extra familiares como por ejemplo la separación, la asistencia familiar, el robo, los daños físicos, a la imagen o al honor, estos delitos pasan a otra autoridad competente.

Para la solución de conflictos competentes dentro de la jiska justicia, se utiliza comúnmente testigos y la solución se logra mediante la conciliación, las transgresiones delimitadas en este aspecto pocas veces salen de este marco de solución. Aquí se puede evidenciar que el manejo de la justicia en las comunidades indígenas, debe presentar en la mayoría de los casos una equivalencia entre las autoridades que van a tener competencia en el conflicto, la conducta transgresora de la norma y la sanción que se va a aplicar a la misma.

Por otro lado, está la jacha justicia que se va a aplicar a los delitos que se consideren mayores. Estos delitos son identificables porque alteran de manera evidente el equilibrio y la armonía de la comunidad, pudiendo muchas veces incluso llegar a ponerla en riesgo. Uno de los aspectos más importantes para establecer estos delitos, es que ponen en riesgo la imagen y el honor de las comunidades, aspecto que es sumamente importante para las mismas.

La influencia que se ha ejercido por parte del sistema de justicia ordinaria sobre la justicia indígena se hace evidente en aspectos como este, debido a que se consideran delitos mayores aquellos que ya se encuentran tipificados por el derecho penal, a pesar de que no sean parte de la tradición oral de transmisión del derecho indígena. Muchos de los conceptos con los que se encuentran tipificados los delitos del código penal, por ejemplo, son desconocidos para los pueblos indígenas, sin embargo, su contenido, su accionar, es plenamente conocido; al fin y al cabo, ocasionar un daño se entiende de la misma forma sea cual sea el ángulo desde el que se lo analice. Se puede resumir esta parte estableciendo que son delitos mayores todos aquellos que afecten a la propiedad comunal y que causen desequilibrio en la vida en comunidad, que lesionen a la comunidad.

La lógica consecuencia es que los delitos que se encarga de dirimir la jacha justicia van a acarrear sanciones mucho más severas, que conllevan mucho más tiempo de solución y en donde tienen tuición las máximas autoridades de la comunidad. Muchos de estos delitos no encuentran solución adecuada por las autoridades indígenas, y cuando estas agotan sus instancias en jerarquía se debe accionar la vía ordinaria como ya se ha explicado.

### **2.3.3. El Procedimiento de la Justicia Comunitaria.**

Una de las primeras cosas que se deben establecer, es que la justicia comunitaria tiene una tradición eminentemente oral; la denuncia que va a dar inicio a la apertura del proceso, se hace de forma oral y todo el resto es de la misma forma. La mayoría de las comunidades aimaras que son objeto de este estudio acuden ante las autoridades competentes para solucionar el conflicto que se haya presentado, ya sea este jiska o jacha. Si estas autoridades no pueden dar solución al conflicto que se ha presentado se acude ante una autoridad de mayor jerarquía, generalmente el consejo de mallkus o los jilacatas. Hay que hacer hincapié, en que muchas veces cuando las autoridades no pueden solucionar los conflictos que se han presentado; antes de pasarlos a la vía ordinaria se acude ante una asamblea general, para que toda la comunidad pueda establecer una resolución como última instancia de solución de conflicto, o en su caso para derivar el mismo.

El juzgamiento como una parte del procedimiento de la justicia indígena es realizado en las comunidades mayormente dentro de una sede social o algún espacio público donde puede asistir toda la comunidad. Este procedimiento está a cargo de los jefes de la comunidad y se realiza en presencia de todos sus miembros, especialmente del sector que ha sido afectado y del sector donde se han encontrado a los infractores. Este aspecto es importante porque hay que resaltar que, en la justicia comunitaria, los infractores son capturados por los mismos miembros de la comunidad; estos son los encargados de capturarlos ya sea en flagrancia o habiendo realizado un

seguimiento a quienes la comunidad considere sospechosos de haber cometido algún delito que haya afectado al equilibrio de la comunidad, ya sea un robo, haber atentado contra otra persona, entre otros. Los que han de ser ajusticiados al ser aprehendidos son llevados ese mismo instante en presencia de toda la comunidad para proceder con el proceso de juzgamiento.

Es importante recalcar que este procedimiento se cumple de esa forma, debido a que proviene de una tradición histórica. Desde tiempos de la república los funcionarios de la justicia, jueces y fiscales solo trabajaban en las urbes o en poblaciones importantes y dentro de las comunidades indígenas muchas veces no se conocía ni su existencia; hasta que se establecieron jueces de paz y posterior a ellos jueces parroquiales, que fueron suprimidos y absorbidos por la jurisdicción ordinaria con el paso del tiempo.

Con los cambios que se han suscitado en la legislación boliviana en los últimos años, se ha hecho mucho más frecuente la resolución de conflictos dentro de las propias comunidades y la aplicación de la justicia comunitaria para sancionar sus infracciones; esto de forma mucho más legítima y contando con la plena validez que le ha otorgado el reconocimiento constitucional.

Estos procedimientos se realizan casi siempre en las sedes sociales de las comunidades y son dirigidos por las autoridades según en la que se haya presentado el caso; en la mayoría de las ocasiones es el consejo de mallkus y jilacatas el que se encarga del conflicto, en otros casos esta es responsabilidad de los jilacatas en su condición de secretarios generales o de los amautas que son encargados de los asuntos referentes a la justicia. Cabe recalcar en este punto que estos procesos se realizan casi en su totalidad, sin contar con la presencia de ningún cuerpo policial, debido a que es un asunto estrictamente interno de la comunidad; suceso que se puede observar aún en las comunidades más grandes. Se da inicio cuando la víctima pone en conocimiento de forma oral la transgresión que se ha cometido e inmediatamente las autoridades disponen de una citación para el acusado que deberá acudir a una audiencia pública donde ambas partes expondrán su versión de lo sucedido. Hay que tomar en cuenta que la mayoría de los problemas de la comunidad se resuelven en este punto, donde la consecuencia es que la persona que haya cometido la falta es sancionada a reparar su daño y a brindar un servicio a la comunidad, de forma en la que también repara el haber perturbado el equilibrio de vida de la misma.

Aquí se está en presencia de uno de los puntos más importantes de la presente investigación; esto porque hay que establecer que, si el conflicto no se resuelve en instancia anteriormente mencionada, este pasa a tuición de una autoridad mayor dentro de la comunidad, pudiendo tratarse del Mallku o del Sullka Kuraka. Si en esta instancia tampoco logra resolverse el conflicto, ya sea porque no se puede encontrar una forma de reparación o sanción adecuada, o porque el conflicto conlleva a víctimas pertenecientes a otras comunidades; se puede acudir a una instancia en donde tomen parte las autoridades de esas otras comunidades que hayan podido verse afectadas. En caso de aún en esa instancia no encontrarse una solución, es cuando las autoridades indígenas disponen que el problema se ponga en conocimiento del fiscal o del juez de provincia que tengan jurisdicción y competencia; se abre paso entonces a la vía ordinaria.

De lo mencionado se entiende que existe una jerarquía claramente establecida dentro de las autoridades de las comunidades indígenas, son específicas las autoridades que tienen en su responsabilidad la solución de conflictos y que si esta no llega a buen puerto en esta instancia va subiendo jerárquicamente a autoridades superiores.

Se debe agotar la última instancia de resolución de conflictos en las autoridades indígenas para poder recién acudir a la vía ordinaria y poner el problema en conocimiento del Ministerio Público, quien habrá de hacer un tratamiento ordinario de este; pero se debe recordar que aun así, los jueces y fiscales están en la obligación de basar las interpretaciones de sus actuados y sus resoluciones en los principios del derecho indígena, cuando las partes del conflicto pertenecen a alguna de estas comunidades. Existe entonces una especie de principio de subsidiariedad en lo que concierne a la resolución de conflictos del derecho indígena para poder abrir paso a la otra vía.

Es imprescindible tomar en cuenta en este punto que el conocimiento que se tiene de estos procesos es extremadamente general y que el mismo puede variar de una comunidad a otra. Son diferentes los medios que se utilizan para obtener la conciliación de las partes o incluso la confesión del autor del hecho, misma que en la mayoría de las ocasiones se basa en el honor y se sanciona con la reparación del daño. Las penas que se obtienen de todos estos procedimientos son diversas, se puede afirmar con cierta certeza que casi en su totalidad conllevan la reparación del daño en beneficio de la víctima y de la comunidad en general; y que están acompañadas desde una simple llamada de atención hasta la posible expulsión de la comunidad al miembro transgresor.

Surge un nuevo problema cuando se plantea que en muchas comunidades las sanciones pueden conllevar castigos físicos, entre los más comunes se encuentran los chicotazos que se imponen delante de toda la comunidad. El aspecto de los chicotazos analizado dentro de la realidad social, no ha conllevado mayor problema, a pesar de que desde muchos ángulos se puede interpretar como ya una vulneración a los derechos humanos del sancionado y esto como ya es sabido excede los límites de la aplicación de la justicia comunitaria; pero como se expresaba este castigo nunca ha hecho mayor mella cuando se han conocido casos específicos. Es bastante común además encontrar sanciones que conlleven aportar quintales de granos a la comunidad, la realización de adobes, entre otros. Surge un problema grave cuando en algunos casos las sanciones conllevan la ingesta de raticida, la lapidación o el conocido linchamiento, situaciones en las que es evidente la vulneración de los límites de la aplicación de esta justicia y el Estado se encuentra en la obligación de activar los mecanismos ordinarios de derecho.

Cuando los delitos se han derivado a la vía ordinaria, las comunidades esperan las decisiones que se vayan a tomar por esta vía para sancionar al delincuente; sin embargo, en muchas ocasiones estos procesos duran años activos y sus sentencias no llegan de forma eficaz; aspecto que difiere mucho de la justicia comunitaria, en donde las sanciones son inmediatas al igual que la materialización del procedimiento. En este interín se suscita muchas veces que el acusado pueda

cometer nuevos delitos que atenten contra la comunidad, en este caso se lo lleva nuevamente ante las autoridades indígenas y estas, al no recibir respuesta por parte de la vía ordinaria, generalmente ejecutan una de sus sanciones más graves que es la expulsión del delincuente fuera de la comunidad; castigo que ya se ha explicado con anterioridad, en sus cosmovisiones es análogo a la pena de muerte.

En las comunidades indígenas es muy difícil encontrar delincuentes reincidentes, esto por lo que se ha explicado; los delincuentes que no son sancionados por la vía comunitaria, y cuya sanción ha demorado demasiado por la vía ordinaria o nunca ha llegado, son expulsados de la comunidad, no hay lugar para que vuelvan a cometer nuevos delitos. Aspectos como este, ponen en duda la idea de delincuente nato dentro de los pueblos indígenas, pero siempre tomando en cuenta que los principios de esta justicia se basan en la prevención y en la reinserción del sujeto transgresor.

#### **2.4. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA JUSTICIA INDÍGENA.**

Las resoluciones de conflictos dentro de las comunidades indígenas poseen matices particulares dentro de cada una; muchas de ellas poseen estatutos propios en los cuales establecen las formas específicas de tratamientos a cada uno de los conflictos que se presenten; ahora bien, es importante tomar en cuenta que muchas de estas comunidades pertenecen a una estructura mayor, conocida como Marka y que está compuesta por autoridades de las diferentes comunidades y que poseen la jerarquía para solucionar conflictos que se hayan presentado entre las comunidades que la componen.

Los conflictos relacionados a la tierra, son los que generalmente presentan más dificultades en su tratamiento, es por ello que los comunarios tenían la potestad de acudir a la vía ordinaria en lo referente a estos conflictos, actualmente tiene jurisdicción sobre los mismos el Tribunal Agroambiental, pero sobre el conflicto de jurisdicciones se tratará ampliamente más adelante.

Se ha expuesto ampliamente sobre la necesidad de agotar instancias en jerarquía de autoridades indígenas para poder acudir a la vía ordinaria de solución de conflictos, pero surge un problema en esta parte, debido a que muchas veces los comunarios no confían en la imparcialidad de sus autoridades y prefieren acudir de forma directa donde las autoridades del sistema de justicia ordinaria. Este problema, que parece ser sencillo a simple vista, representa uno de los aspectos que más ensancha la raíz que impide que la justicia indígena cobre la validez necesaria y adquiera la autonomía en la práctica que la ley le otorga, pero que no se cumple. Se evidencia entonces que no solamente existe el problema de la intervención del sistema ordinario, el problema también se encuentra dentro de los sistemas de las mismas comunidades.

La mayoría de las autoridades de las comunidades desarrollan formas de soluciones propias y aplicables a cada caso específico. Una connotación importante, es que, en las comunidades aimaras, la mayoría de las veces estos conflictos se pretenden resolver en primera instancia bajo la responsabilidad del Mallku menor, que es el jefe del ayllu; si este no encuentra una solución

adecuada, se acude ante el Mallku mayor, quien es la autoridad de toda la comunidad. Cuando se encuentran inmiscuidas dentro del problema otras comunidades, se debe tomar en cuenta la participación de sus propias autoridades en el proceso de resolución de conflictos; se convoca a las partes del problema y cobra mucha importancia el informe que deben proporcionar las autoridades de la comunidad en la que se haya cometido la falta; a partir de este punto, son los mallkus, principalmente de los ayllus, los que se encargan de dirigir el proceso.

Como se ha mencionado anteriormente, la mayoría de los conflictos de las comunidades aimaras, son respecto a las tierras. Hay que establecer que la ley faculta a las autoridades indígenas para distribuir la tierra que habitan sus comunidades entre sus miembros; las resoluciones que contengan estas divisiones poseen plena validez legal. Sin embargo, a pesar de poseer esta cualidad, los conflictos por límites de tierras son sumamente frecuentes. Un fenómeno particular es que, se han encontrado casos, en los que las comunidades indígenas han acudido ante la justicia ordinaria, específicamente ante el Tribunal Agroambiental y este ha vuelto a remitir los cuadernos de investigación a la misma comunidad, estableciendo expresamente que ellos tienen la tuición para resolver con sus propias autoridades el problema para el cual se había estado demandando atención.

Conductas como esta, de cierta forma obligan a las comunidades indígenas a aprender a aplicar sus propias formas de resolución, les enseñan de forma tácita que conviene mucho más agotar las instancias de sus autoridades para poder solucionar un conflicto, porque de otra manera la solución que se espera por la vía ordinaria suele demorar demasiado, a diferencia de la inmediatez que rige en la justicia comunitaria. Una vez que se han tomado en cuenta todas las características de la aplicación de la justicia comunitaria, ya se tiene una delimitación más aproximada a sus formas de resolución.

Se puede concluir entonces que la forma de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas se basa en tres pasos, en tres etapas. La primera tiene lugar con la denuncia verbal del hecho transgresor ante las autoridades competentes. La segunda conlleva todo lo relacionado a la investigación y la indagación del asunto; sobre estos aspectos se ha recalcado ya la importancia de los testigos y de las actas informativas de las autoridades de los ayllus donde se haya cometido el hecho delictivo. La tercera consiste en la conciliación, la reparación del daño y de ser concerniente al hecho, se establece también la sanción.

## **2.5. SANCIONES Y CASOS ESPECÍFICOS.**

Cuando se tienen que especificar las sanciones que son aplicables a los diferentes casos, hay que establecer primero que existen sanciones económicas, morales, sociales y físicas. También en este aspecto las sanciones van a variar dependiendo de las costumbres de cada comunidad, debido a que poseen singularidades tanto en sus formas de resolver como en sus formas de sancionar. Ahora bien, a pesar de estas singularidades, la mayoría de las comunidades presentan un equilibrio referente al hecho delictivo con la sanción que se le va a imponer, esto debido a que como ya se ha expuesto anteriormente, la equivalencia es una de las características

fundamentales de la justicia comunitaria; van a existir entonces sanciones leves, graves y muy graves que van a ser impuestas ante las mismas formas de delitos.

Dentro de las comunidades indígenas la mayoría de las sanciones que se aplican son sanciones leves, porque la misma característica tienen las faltas que se cometen; cuando se habla de aplicar sanciones a transgresiones que se hayan considerado muy graves, casi siempre se derivan a la justicia ordinaria.

Un aspecto que es muy importante resaltar, es que cuando las autoridades indígenas derivan un proceso para que sea solucionado por la vía ordinaria, casi siempre este está acompañado de un informe de las propias autoridades que hacen saber a las autoridades judiciales que han tomado conocimiento de ese conflicto y que ante la imposibilidad de su resolución es que se está derivando. Lastimosamente como ya se ha mencionado, muchas veces se presentan en las comunidades delitos que son inaceptables para poder tener otra sanción que no sea la pena capital, pero las autoridades al conocer sus delimitaciones, prefieren tomar conocimiento del hecho delictivo y derivarlo de forma directa ante las autoridades judiciales del sistema ordinario.

Algunas comunidades aimaras, han optado por sancionar las faltas leves con sanciones leves, las faltas graves con sanciones graves, pero cuando se presenta una falta que es considerada muy grave esta pasa a tuición de las autoridades del sistema ordinario de resolución de conflictos. Al decir que muchas comunidades se basan en lo arriba expuesto para solucionar sus conflictos, en muchas de ellas se ha institucionalizado que cuando se trata de faltas muy graves, estas se van a poner en conocimiento de las autoridades indígenas y van a ser puestas de manera inmediata en manos del sistema judicial ordinario. Si se analiza de forma somera este fenómeno, se evidencia una vez más que el problema de una adecuada aplicación de la justicia comunitaria se encuentra también inmerso dentro de las propias comunidades, porque son ellas las que no confían en sus propias formas de resolución de conflictos y consecuentemente les quitan validez y eficacia.

### **2.5.1. Faltas y sanciones leves.**

Para fines de entendimiento se van a exponer aquellas faltas que son consideradas leves en la mayoría de las comunidades aimaras que son objeto del presente estudio.

- Aquel comunario (a), que no asista a Congreso Ordinario o Extraordinario aun teniendo pleno conocimiento del mismo y habiendo sido notificado legalmente, será sancionado con una multa de carácter económico que deberá cancelar de manera inmediata a la realización del Congreso siguiente.
- Aquel comunario (a), que actúe maliciosamente en contra de la comunidad, hablando de ella y dañando su imagen y honorabilidad, será sancionado con el establecimiento de trabajo forzoso para resarcir el daño causado a esta.
- Aquel comunario (a) que no cumpla con los aportes que se hayan establecido en beneficio de la comunidad en Congreso Ordinario, será sancionado con una multa referente a un porcentaje del monto que se ha negado a pagar.

- Aquel comunario (a) que no cumpla con las labores establecidas en Congreso Ordinario o Extraordinario, que se hayan establecido para beneficio de la comunidad, será sancionado con la imposición de jornadas de trabajos forzosos para resarcir los días en los que ha faltado a lo establecido por la misma en su totalidad.

Estas son de forma muy superficial y generalizada aquellas que se consideran faltas leves dentro de las comunidades aimaras, pudiendo ampliarse este espectro en base a los propios estatutos de la comunidad.

### **2.5.2. Faltas y sanciones graves.**

Para fines de entendimiento se van a exponer aquellas faltas que son consideradas graves en la mayoría de las comunidades aimaras que son objeto del presente estudio.

- Los comunarios que no cumplan con las sanciones que se les hayan establecido por haber cometido alguna falta considerada leve, serán sancionados con la imposición de más días de trabajos forzados a realizarse en beneficio de la comunidad.
- En caso de que no se cumpla con las sanciones de las faltas leves, ni con los días de trabajo impuestos por este incumplimiento; el transgresor quedará suspendido de la vida en comunidad por un determinado periodo de tiempo.
- Los comunarios que no paguen su contribución territorial al ayllu, por un determinado periodo de tiempo, no serán considerados para ser poseedores de tierras y no serán tomados en cuenta por ningún tipo de beneficio agrícola.
- Aquel comunario (a), que abandone injustificadamente los Congresos Ordinarios o Extraordinarios, o las reuniones realizadas dentro de sus ayllus, será sancionado con una multa de carácter económico.

Cabe recalcar una vez más, que las sanciones y las faltas que se están sintetizando, son sumamente superficiales y su finalidad es simplemente facilitar el entendimiento de lo que se está analizando. Sencillamente se pueden ampliar los aspectos contenidos en los dos anteriores puntos, dependiendo de los estatutos basados en las cosmovisiones de cada comunidad. Hasta esta clase de faltas se aplican las sanciones en las comunidades indígenas, a partir de estas en muchas de ellas, se derivan de forma directa a la justicia ordinaria las faltas que se van a exponer como muy graves.

### **2.5.3. Faltas y sanciones muy graves.**

Para fines de entendimiento se van a exponer aquellas faltas que son consideradas muy graves en la mayoría de las comunidades aimaras que son objeto del presente estudio.

- El comunario que se niegue a prestar servicios a la comunidad ejerciendo como autoridad y sin presentar justificación previa para su negativa; será sancionado con la suspensión de trabajo agrícola por un lapso prolongado de tiempo que puede extenderse hasta un año calendario.

- Aquellos comunarios que cometan actos inmorales tales como adulterio, bigamia, prostitución, entre otros, serán sancionados con la expulsión de la comunidad y se derivará el informe de sus delitos para conocimiento del Ministerio Público y la aplicación de la vía ordinaria de justicia.
- Aquellos comunarios que realicen actos delincuenciales tales como hurto, robo, apropiación indebida, abuso de confianza, actos de corrupción, entre otros, serán sancionados de acuerdo al grado de culpabilidad que presenten y en caso de encontrarse plenamente culpables serán remitidos mediante informe de las autoridades al Ministerio Público para la aplicación de la vía de justicia ordinaria.
- Todos los comunarios que realicen actos de falsificación de documentos públicos o privados, falsifiquen sellos o firmas de las autoridades cometiendo falsedad ideológica o materia, serán remitidos mediante informe de las autoridades comunales y de forma inmediata al Ministerio Público para la aplicación de la vía de justicia ordinaria.
- Aquel comunario (a), que realice trabajos agrícolas en un terreno que no le haya sido autorizado para ese fin, será sancionado con la devolución de ese terreno a dominio de la comunidad y su trabajo se empleará en beneficio de la misma.
- Aquellos comunarios que hayan hecho uso de terrenos sin previa autorización, o que hayan podido incumplir en alguna sanción establecida, serán sancionados no siendo tomados en cuenta en la repartición venidera de los terrenos de la comunidad.
- Aquellos comunarios que dañen los caminos que pasan por la comunidad, serán sancionados con la obligación de reparar el daño que hayan causado, no pudiendo recibir ayuda de ninguna otra persona; de incumplirse esta sanción se establecerán días de trabajo forzado para el infractor.
- Aquellos comunarios que denuncien o injurien falsamente contra las autoridades de su comunidad, serán sancionados con una elevada multa económica, bajo posible expulsión de la comunidad.

Como se ha podido observar, de esta somera compilación de faltas que son consideradas muy graves, el 90% de ellas tienen como sanción la remisión del informe por parte de las autoridades indígenas al Ministerio Público, para que sea este el que se encargue de investigar y sancionar al sujeto infractor. Otro aspecto que llama poderosamente la atención, es que como se había mencionado antes, las comunidades indígenas, y particularmente las comunidades aimaras, poseen un amplio conocimiento de los delitos que se tipifican en el Código Penal, a tal punto que manejan estos conceptos en sus propios estatutos y al conocer su gravedad ven por concerniente su derivación directa a la tuición de la justicia ordinaria.

### **3. DE LAS DIVERGENCIAS: Interrelación y el inicio de la coordinación.**

#### **3.1. CONTROVERSIA ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA JUSTICIA INDÍGENA.**

La controversia que existe entre el derecho penal y la justicia indígena, se puede establecer tan antigua como para remontarse al momento mismo en el que ambos sistemas se chocaron y uno

estableció supremacía sobre el otro, la misma supremacía que habría de delimitar todo el proceso de la colonización. En el marco histórico se ha hecho mención al proceso de juzgamiento del Inca Atahuallpa, que había sido sometido a un proceso que desconocía completamente y en un idioma que le era completamente ajeno; esa es una de las líneas que van a orientar la existencia de esta controversia.

Se ha explicado anteriormente que los objetivos, los fines que persigue la justicia indígena no difieren en lo absoluto de los fines que establece el derecho positivo, ahora bien, si los fines son los mismos se podría deducir que estos dos sistemas no tienen por qué tener alguna especie de choque, debido a que su horizonte es el mismo, pero esta controversia surge en base a sus divergencias. A criterio propio se trata más de una suerte de incompatibilidad cultural que tiene sus orígenes en el criterio históricamente arraigado de que las cosmovisiones y los sistemas de los pueblos indígenas se encuentran en inferioridad con respecto a los que se han adoptado de los países conquistadores; al fin y al cabo esa es una de las premisas que rige en la sociedad boliviana y que ha logrado aportar a su estancamiento: creer que lo que es propio es malo, es defectuoso; lo que proviene del exterior siempre va a ser mejor, siempre va a ser digno de imitación, por más de que no se adapte a las realidades sociales ni culturales que componen una diversidad enorme que conglomera la sociedad boliviana.

Este criterio ha enraizado tanto, que como se ha visto anteriormente, las propias comunidades indígenas han perdido confianza en sus propias instituciones, en sus propias costumbres que daban lugar a tener una forma independiente de resolución de conflictos. Se ha introducido de una forma violenta en el corolario de la mente de los indígenas que sus formas de vida no son suficientemente buenas para gozar de la independencia que les es provista por la misma norma. Pierden entonces validez, eficacia, credibilidad y aportan a ahondar más aún el problema del que se está intentando por tantos años salir.

En el presente capítulo de esta investigación, en los puntos que anteceden, se ha pretendido establecer las características que distinguen a estos dos sistemas, tanto al derecho positivo penal como a la justicia indígena; en ese interín se han descubierto las similitudes en sus finalidades, en la preservación del bienestar de la sociedad, entre otros. Se han recalcado también cuáles son sus diferencias; pero sintetizarlas va a aportar de gran manera para poder facilitar la comprensión de esta controversia. Quizá de esta forma se puedan sintetizar más las divergencias, sobre las que trata toda la presente investigación, se pueda materializar el problema de forma concreta y en base a este se planteen las soluciones posibles para abrir un camino de coordinación, de complementariedad que pueda por fin poner en práctica las premisas que se han quedado plasmadas en tinta en la norma, pero que aún no se han ejecutado a cabalidad.

Nuevamente el profesor Herculiano Capusiri, aporta un cuadro comparativo que logra sintetizar todos los aspectos que se han analizado en lo referente a ambas justicias.

JUSTICIA COMUNITARIA	JUSTICIA ORDINARIA
Cultura, la justicia comunitaria emerge de la cultura civilizatoria del Abya Yala.	Cultura, la justicia ordinaria emerge de la cultura civilizatoria eurocéntrica.
Sistema Comunal, en la justicia comunitaria prevalecen los derechos colectivos, es decir se prioriza los derechos de la colectividad.	Sistema Liberal, en la justicia ordinaria prevalecen los derechos del individuo.
Sistema Jurídico Originario, va orientado hacia una solución del problema, su fin es preservar las buenas costumbres, el equilibrio de la comunidad.	Sistema, va orientado hacia la imposición de una pena según el delito tipificado, su fin es preservar el orden y la paz social.
Derecho Incario: - Comunidades del altiplano.	Derecho Romano, asumido por la justicia ordinaria, Bolivia:

<ul style="list-style-type: none"> <li>- Evolución Histórica Oral.</li> <li>- Derecho Consuetudinario.</li> <li>- Parte de la práctica en la vida de la comunidad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Evolución Histórica Escrita.</li> <li>- Derecho Positivo.</li> <li>- Parte de la práctica científica que se hace.</li> </ul>
<p>Económico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No se necesita pagar a especialistas.</li> <li>- Acción Efectiva.</li> <li>- Solución Inmediata.</li> </ul>	<p>Económico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se necesita pagar a entendidos en materia jurídica.</li> <li>- Acción Burocrática.</li> <li>- Retardación de justicia.</li> </ul>
<p>Administración de Justicia. – La administración de la justicia corresponde a las autoridades de la estructura comunal; en caso de ser delitos graves la competencia le corresponde a la comunidad en su conjunto.</p>	<p>Administración de Justicia. – Consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se atribuye de forma exclusiva a los Juzgados y Tribunales que la detentan en toda plenitud, bajo el principio de Unidad Jurisdiccional (jurisdicción está delegada exclusivamente al Poder Judicial).</p>
<p>Legalidad Jurídica Comunitaria:</p> <p>La Legalidad Jurídica Comunitaria está basada en los usos y costumbres, las actas comunitarias y sus reglamentos previa legitimación de la comunidad.</p>	<p>Legalidad Jurídica Ordinaria:</p> <p>La Legalidad Jurídica Ordinaria está basada en las leyes, bajo el principio “nullum crimen nulla poena sine lege”; “no hay delito, no hay pena sin ley previa”</p>

(Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria*, ed. Kipus).

El cuadro ha sintetizado todas las características que se han expuesto anteriormente sobre ambos sistemas de justicia, en él se pueden evidenciar las deficiencias y las fortalezas que ambos sistemas presentan y facilita en gran medida poder entender en qué momento nace la controversia entre estos dos sistemas; es evidente que las divergencias entre ambos siempre han estado presentes, pero la finalidad es lograr que estas enriquezcan un sistema con el otro y logren fortalecerse.

A criterio personal, la controversia nace en el tema cultural; las comunidades y los pueblos indígenas han preservado sus cosmovisiones, sus prácticas y sus propias instituciones; a diferencia del resto de la sociedad que es una entera conmixción de las influencias de los países extranjeros, mismas que van influyendo cada día y van acelerando los cambios constantes que experimenta la sociedad boliviana; se puede afirmar con plena certeza que las comunidades

indígenas juegan un papel de una especie de ancla que ayuda de gran manera a preservar la cultura y la tradición histórica de la sociedad boliviana en general.

Es necesario entonces comprender que a pesar de las diferencias culturales que marcan estos dos sistemas jurídicos y que dan nacimiento a sus procedimientos y características propios; existe una base normativa que establece y reconoce el pluralismo jurídico, que brinda plena vigencia a ambos sistemas; que reconoce que la sociedad boliviana tiene un importante porcentaje de comunidades indígenas con necesidades y características propias. Esa es entonces la respuesta que se debe brindar, no la aplicación de un sistema segmentado y la aplicación de otro completamente diferente, sino más bien la aplicación de un sistema de normas que cumpla con las premisas que establece la interculturalidad y el pluralismo jurídico, conceptos que han sido primogénitos en los análisis de esta investigación. Se debe llegar a la complementariedad, porque ese es el desemboque inminente y solamente de esa forma se logrará un fortalecimiento del sistema jurídico boliviano, respetando las jurisdicciones de cada uno de sus sistemas de justicia.

### **3.2. LAS DIVERGENCIAS Y LA CONTROVERSIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.**

El reconocimiento como primer paso para el pluralismo jurídico en Bolivia, ha tenido su propio proceso constituyente. Se debe partir en este análisis por comprender que la justicia comunitaria, el derecho indígena, al igual que los usos y costumbres de los pueblos indígenas han perdurado en el tiempo debido a que se han practicado permanentemente en la clandestinidad. Los sistemas republicanos, si bien conocían la existencia de las naciones y pueblos indígenas de Bolivia, nunca propugnaron su reconocimiento y mucho menos el validar sus instituciones y sus propios sistemas, debido a que esta idea estaba erróneamente ligada a atentar contra la soberanía del Estado.

Los problemas se presentan desde el primer momento en el que se inicia el proyecto de reconocer la existencia de estos pueblos y de darles validez; esto debido a que Bolivia es uno de los pocos países que posee colectivos de indígenas dentro de todos sus espacios geográficos, se tiene entonces la existencia de pueblos indígenas en el altiplano, en los valles y en las selvas amazónicas. Al momento de alcanzar su reconocimiento todos estos se identificaban de una manera diferente como se ha mencionado en el marco conceptual. Es por ello que con su afán incluyente la Constitución Política del Estado, reconoce un concepto mucho más amplio que englobe a todos estos pueblos.

El término que se utiliza para alcanzar este reconocimiento es naciones y pueblos indígena originario campesinos, tomando como indígenas a los pueblos de tierras altas, originarios a los de tierras bajas y campesinos a los de los valles, esto debido a una auto identificación que se encuentra consagrada en la jurisprudencia boliviana puesto que forma parte de una sentencia constitucional que antes ya se ha analizado.

La consecuencia natural de este reconocimiento constitucional presentó muchas críticas que no se hicieron esperar por parte de los partidarios del monismo jurídico; dentro de los argumentos más comunes para invalidar el reconocimiento no solo de estos pueblos, sino también de sus sistemas propios de justicia, conlleva principalmente ideas que están lejos de la comprensión de la complementariedad. Los detractores han afirmado que es imposible la existencia de dos justicias, que además a su criterio son totalmente opuestas. Uno de los fundamentos más importantes para dilapidar el reconocimiento del derecho indígena y de sus pueblos, ha sido la idea de que, al brindarles autonomía en el manejo de sus asuntos, esta autonomía va a atentar contra la soberanía del Estado teniendo como inminente desenlace la división del país.

Se ha afirmado también que con el reconocimiento de la justicia comunitaria esta no va a presentar límites en su aplicación, además de estar presente el temor de que esta justicia atenta contra la propiedad privada y todas las características inherentes a ella, como ser la herencia.

El concepto de justicia indígena ha estado ligado siempre a sus formas más graves de sanciones, es por eso que la generalidad de la población, cuando escucha el término “justicia comunitaria”, asocia el concepto en su imaginario rápidamente con la idea de “linchamientos” o “justicia de los pueblos poco civilizados”. Todas estas ideas han aumentado la idea de que, al reconocer la existencia de los pueblos indígenas, de dotarlos de autonomía y de reconocer su derecho; se está pretendiendo generar un retroceso para volver a los tiempos del Incario. Lastimosamente, como en la mayoría de los casos estas ideas están fuertemente impulsadas por la ignorancia, una ignorancia que proviene principalmente del desconocimiento de las normas internacionales; como ya se ha analizado en el marco internacional, el reconocimiento forma parte de los derechos humanos; y este mismo reconocimiento viene ligado con las limitaciones en la aplicación de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas. Cuando se entiende que la norma internacional comprende los parámetros que posibilitan fundamentalmente el pluralismo jurídico sin atentar contra la soberanía de los estados; automáticamente estas ideas comienzan a carecer de validez. Además, es importante revisar que en ninguna parte de la historia los pueblos y naciones indígenas han pretendido imponer sus formas de vida y su derecho al resto de la sociedad, siendo ellos los que han sufrido estos abusos durante siglos y esto mismo ha proporcionado que se encuentren en permanente vulnerabilidad. Las imposiciones siempre han venido en sentido contrario.

Para pretender conseguir una complementariedad, una coordinación, es necesario enfocar desde otro ángulo a la justicia comunitaria, dejar de criminalizarla e inferiorizarla; esto debido fundamentalmente a que la justicia comunitaria se encuentra lejos de desaparecer si se toma en cuenta los años que ha logrado sobrevivir contra todo intento de exterminar las costumbres, las cosmovisiones e incluso a los mismos pueblos que la ponen en práctica. Su existencia es inminente, entonces hay que aprender a convivir con ella.

### **3.3. INTERRELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA COMUNITARIA.**

Para lograr tener un sistema de normas que brinden protección y ordenen una sociedad, es indispensable que esa sociedad sea civilizada. La justicia comunitaria ha regido durante muchos años a una de las sociedades que más esplendor ha alcanzado en la época pre colonial; la civilización y el desarrollo que han alcanzado las civilizaciones, haciendo énfasis en el término, pre coloniales como el Incario o los pueblos aimaras y quechuas ha marcado precedente en la historia. Este punto es uno de los más importantes por los que la justicia ordinaria no ha podido subordinar a la justicia originaria, a pesar de que se ha pretendido desacreditarla argumentando que era propia de pueblos poco civilizados; el transcurso del tiempo ha demostrado todo lo contrario y lo que se pretende desde su reconocimiento es más bien fortalecerla.

Como se ha desarrollado anteriormente, existen características de la aplicación de la justicia comunitaria que merecen ser resaltadas y en lo posible imitadas, porque generan de forma literal una aplicación de justicia pronta y oportuna. Los procesos de juzgamiento no duran más de una semana, a diferencia del sistema ordinario donde un proceso puede llegar a durar años antes de obtener una sentencia. Además de que los procesos son públicos porque la máxima instancia de decisión se encuentra en manos de toda la comunidad; en el sistema ordinario, a pesar de que existe el principio de publicidad este es cumplido muy pocas veces. Se debe tomar en cuenta que la finalidad de la justicia comunitaria es la conciliación, el resarcimiento, pero en ese proceso se pretende siempre que el acusado actúe conforme a la verdad, que confiese la veracidad de su accionar y en esa finalidad coadyuva toda la comunidad. No se buscan los indicios y las presunciones, la situación se simplifica buscando obtener la verdad por parte del mismo acusado.

Si bien existen aspectos por parte de la justicia originaria que pueden nutrir mucho a la justicia ordinaria; no se puede dejar de lado que cuando existen vacíos jurídicos, cuando se presenta la imposibilidad de resolver un conflicto por parte de la justicia originaria, es la justicia ordinaria la que acude a suplir esos vacíos y a solucionar los conflictos tomando siempre en cuenta las cosmovisiones, los principios y los valores de estas comunidades. Aquí es donde se evidencia la interrelación que existe entre estos dos sistemas de justicia; una interrelación que es constante y que se encuentra consagrada en la misma Constitución Política del Estado.

*“Artículo 179.-*

- I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces Agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.*

II. La Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originario Campesina gozarán de igual jerarquía”.(Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 179. 7 de febrero de 2009. Bolivia).

Pero sobre jurisdicciones va a versar el siguiente capítulo.

**3.4. RESTRICCIONES A LA JUSTICIA INDÍGENA.**

La sanción de la Nueva Constitución Política del Estado trajo consigo en los artículos 190, 191 y 192 el mandato de elaborar el proyecto de ley de lo que vendría a ser la Ley de Deslinde Jurisdiccional; hay que recalcar que en este proyecto de ejerció el derecho a la consulta previa por parte de los pueblos y naciones indígenas, esto porque la iniciativa legislativa era concerniente a sus formas de organización jurídica. La Ley N. 073 Ley de Deslinde Jurisdiccional de 29 de diciembre de 2010 establece dentro de su objeto:

*“Regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico”. (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. 29 de diciembre de 2010).*

Esta ley es la que permite la independencia de la Jurisdicción Indígena porque se adapta plenamente a los criterios del pluralismo jurídico y es aplicable a todos los pueblos y naciones indígena originario campesinos de Bolivia. Se establecen con esta ley los tres ámbitos que deben cumplirse para la administración de la justicia indígena:

- Ámbito personal.
- Ámbito material.
- Ámbito territorial.

Sobre el tema de jurisdicciones se va a tratar en el siguiente capítulo de la presente investigación, pero es necesario aclarar que la aplicación de la justicia reservada exclusivamente a personas pertenecientes a estos pueblos, se encuentra consagrada en la jurisprudencia boliviana dentro de la Declaración Constitucional 006/2013 que sobre lo consultado expone:

*“En este aspecto es importante subrayar, conforme determinó la SCP 0037/2013 refiriéndose al alcance del ámbito personal de la jurisdicción indígena originario campesina, que también debe tenerse en cuenta los supuestos de afectación al pueblo indígena originario campesino por quien no es miembro del pueblo indígena originario campesino, es decir, pertenezca a otra comunidad o se trate de personas no indígenas y el hecho haya ocurrido en el territorio del pueblo indígena originario campesino; o los casos en los que los actos de un miembro de un pueblo indígena originario campesino, realizados en otra jurisdicción tenga efectos sobre la comunidad o el pueblo indígena originario campesino.*

*De tal forma, resulta extensible la jurisdicción indígena originaria campesina y válidas las decisiones que de ellas emanen respecto a los supuestos de afectación por quienes no son miembros del pueblo indígena originario campesino, pero los actos se han realizado en su territorio y se ha afectado a las personas y bienes de la comunidad por parte de “terceros”, “externos” o personas no indígenas...” (DC 006/2013).*

### **3.5. DISPOSICIONES LEGALES QUE RECONOCEN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA.**

Para finalizar este capítulo es necesario hacer un listado de las disposiciones en la legislación nacional, que reconocen y avalan a los sistemas de justicia indígena:

- a) Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
- b) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificada por Bolivia a través de la Ley N. 1257.
- c) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificada por Bolivia a través de la Ley N. 3760.
- d) Ley N. 073 de Deslinde Jurisdiccional de 29 de diciembre de 2010.
- e) Ley N. 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad.
- f) Ley Orgánica del Ministerio Público Ley N. 260 de 11 de julio de 2012.
- g) Ley N. 025 del Órgano Judicial de 24 de junio de 2010.
- h) Ley N. 463 del Servicio Plurinacional de Defensa Pública “SEPDEP”.
- i) Ley N. 269 General de Derechos y Políticas Lingüísticas.

*(Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010).*

## CAPÍTULO V.

### **1. DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL: Reconocimiento y Límites para la aplicación de la Justicia Indígena Originario Campesina.**

#### **1.1. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.**

En las últimas décadas se ha puesto en boga el reconocimiento y el tratamiento de los derechos de las minorías culturales y étnicas por parte de diferentes organismos internacionales. Se debe tomar en cuenta, que estos mismos organismos internacionales se negaban a reconocer estos derechos al menos por cuarenta años después de concluida la Segunda Guerra Mundial. La fecha exacta en la que la ONU adoptó una Declaración sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas es en el año 1992; una Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en 2007. (*López, N., 2002. ¿Por qué las minorías deben tener derechos? Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*).

Es parte trascendental analizar que, para la inclusión de estos derechos dentro de los cuerpos normativos internacionales, se ha popularizado el término “multiculturalismo” para reconocer la existencia de estas minorías culturales. El uso de este término llega a responder a la filosofía liberal democrática, que propone los primeros indicios del reconocimiento de la existencia de diferentes grupos culturales dentro de un mismo espacio territorial; el surgimiento de términos como “multiculturalismo liberal” es fuente de debate y análisis para los estudiosos del derecho internacional en lo concerniente al reconocimiento de los derechos de estas minorías.

Con el reconocimiento del multiculturalismo por parte de los organismos internacionales, se da lugar también al reconocimiento y a la protección de otros derechos de las minorías como ser el derecho a la propia lengua y el derecho a auto gobernarse, entre otros.

Cuando se habla del reconocimiento de los derechos de las minorías por parte de los organismos internacionales, es importante tomar en cuenta que estos organismos deben prever que, si bien es necesario el reconocimiento de estos derechos, también se debe precautelar la estabilidad de los estados a los que pertenecen estas minorías y el bienestar de los miembros de estas. Esta situación se visibiliza de forma clara con el reconocimiento del derecho al auto gobierno de las comunidades, pues este no debe sobrepasar los límites que establecen las constituciones de los estados de las que estas forman parte. Se tiene además en lo referente a la Justicia Comunitaria, que, si bien esta es reconocida para su aplicación dentro de las comunidades, también llamadas minorías, para la resolución de conflictos, los organismos internacionales no pueden dejar esta aplicación de forma libre. Tomando en cuenta que muchas veces la aplicación de justicia comunitaria conlleva sanciones que podrían atentar contra otros derechos personales reconocidos desde siempre por los organismos internacionales, estos limitan la aplicación de esta justicia a

que no vulnere ninguno de los derechos que sean considerados fundamentales dentro de sus respectivos estados, ni los derechos humanos de la norma internacional.

De esta forma es que los organismos internacionales deben encontrar un equilibrio en el reconocimiento y protección de los derechos de las minorías, puesto que, si bien es necesario reconocer los derechos de estas comunidades, no se debe descuidar los límites que aplican a estas cada uno de sus estados y menos aún desproteger a los miembros que forman parte de estas minorías.

Cuando se habla de derechos de las minorías, estos siempre vienen de la mano de los derechos humanos, y largo es el camino que han recorrido ambos para asentarse en diversos países y generar formas de gobierno diferentes a las de los Estados Unitarios. Los Estados Unitarios, desde el momento de su conformación tienen una serie de requerimientos entre los cuales se encuentran, de una u otra forma, excluir a las minorías y a sus derechos, hacer que estas formen parte de la sociedad común que conforma ese estado y despojarlas de sus individualidades. Es entonces cuando surge la exclusión masiva de las minorías, se excluyen sus lenguas e idiomas fuera de la oficialización del Estado, y estas están casi siempre destinadas a desaparecer, se excluyen también sus costumbres y sus formas de autogobierno e incluso se llega a arrebatárles el control de sus propias tierras, para que estas pasen a manos del Estado, quien debe administrarlas de la misma forma que el resto de tierras de la sociedad en general.

La idea del multiculturalismo liberal, conjuntamente con la normativa internacional de derechos de las minorías, encuentra una respuesta y un nuevo camino a esta problemática, que se traduce en la articulación de nuevas formas de ciudadanía de los miembros de las minorías dentro de los estados. Históricamente siempre se ha tenido una relación vertical y de superioridad por parte de los miembros de las minorías con el resto de la sociedad común, se hablaba de una suerte de superioridad racial que generaba discriminación dentro de los estados. Con la implantación de los derechos de las minorías, se entiende que toda la sociedad que conforma un estado, incluyendo a las minorías con todas sus peculiaridades, se encuentran en una relación horizontal, y que la única relación vertical es con el propio estado. Se habla entonces de un nuevo modelo de ciudadanía nacional, donde todos se encuentran en el mismo nivel, pero se respeta su individualidad cultural y la pertenencia a cada comunidad originaria.

La respuesta que se plantea por parte de los derechos de las minorías es que las relaciones sociales para conformar un estado, se basen en el respeto a los derechos humanos, las responsabilidades civiles que asume cada persona con el Estado dentro de su individualidad y el profundo respeto a la democracia, que se encuentra construida por todos los miembros que conforman la sociedad de un estado. Esta se considera una respuesta mucho más racional, debido a que aceptar la diversidad social que conforma y caracteriza a un estado, llega a fortalecerlo y enriquecer su diversidad cultural; más por el contrario, pretender encasillar a todos sus miembros dentro de un solo molde social, para hegemonizar a toda la sociedad, genera una mayor división, que profundiza la discriminación a una parte importante que compone la sociedad. El respeto de

esa individualidad, de esa auto identificación cultural y de ese componente de diversidad es lo que buscan proteger los derechos de las minorías.

La implementación de los derechos de las minorías, ha aportado de manera significativa a fomentar la consolidación y la cultura de los derechos humanos y de la democracia en los diferentes estados. Se trata de reconocer que la implementación y el reconocimiento de los derechos de las minorías aportan de gran manera a obtener una estabilidad en lo que concierne a la democracia y a la misma paz social de los diferentes estados; esto en base a que se prioriza que la consecuencia directa de asumir los derechos de las minorías, es el reconocimiento de la ciudadanía plena de todas las personas que forman parte de esas minorías; que se van a equiparar en sus derechos a los que jerárquicamente han sido superiores durante muchos años. Desde el punto de vista de algunas corrientes que siempre se han utilizado, esta visión podría ser hasta progresista, sin embargo, la estabilidad es evidente, porque los conflictos sociales que se generan en la mayoría de los países que poseen comunidades indígenas, son a raíz de la falta de reconocimiento de los derechos de estas comunidades que representan una minoría.

Los conflictos desde siempre han surgido a causa del reclamo de los derechos por la tierra, por la lengua, por la cultura, por las oportunidades laborales dignas y hasta por los derechos personales; al adscribirse al reconocimiento de los derechos de las minorías, los estados les brindan la misma protección a estas comunidades que al resto de la población, en consecuencia una vez adquiridos los derechos que se reclamaban, se reducen los conflictos sociales y se llega a lograr un enriquecimiento cultural que desde todo punto de vista, enriquece la cultura democrática de los estados.

### **1.1.1. Los Derechos Indígenas en la ONU.**

Para comprender de mejor manera el trabajo de la ONU dentro de la codificación de los derechos indígenas, es necesario hacer una distinción entre “pueblos indígenas” y “minorías nacionales”, tomando en cuenta que esta dista de la anteriormente realizada con “comunidades indígenas” y “naciones indígenas”.

Vale en este punto hacer hincapié en que ambos términos han sido determinados por los colonizadores o las culturas europeas, y no han sido provenientes de una auto identificación por parte de las comunidades indígenas. El término “pueblos indígenas”, es una definición proveniente de los conquistadores europeos durante el periodo colonial, y hacían referencia con el mismo, a aquellos que no eran descendientes de europeos, sino más por el contrario, eran descendientes directos de los pueblos que habitaban originalmente estas tierras antes de ser conquistadas. En contraposición a esta definición, el término “minorías nacionales” fue acuñado netamente en Europa, esto debido a que se adaptaba a la realidad que se vivía socio políticamente después de los grandes conflictos bélicos. Hace referencia a aquellos grupos que provenían de los estados derrotados y que se adherían a los estados vencedores en pequeñas masas poblacionales. Estas minorías nacionales han jugado un papel sumamente importante en la conformación de los estados europeos, debido a que han aportado significativamente en una

conmixción cultural, como fruto de la unión de estas pequeñas poblaciones en los estados que habían vencido. Esto en la mayoría de los casos, pero en muchos otros, se utilizaba para denominar a aquellos que habían quedado del otro lado de la frontera después de una delimitación territorial, y en muchos casos estas minorías se juntaron para formar estados europeos propios, adquiriendo una nueva identidad.

Para facilitar esta distinción, un claro rasgo es el hecho de que las minorías nacionales, como ya se ha mencionado, son pequeños grupos poblacionales que se unen a los estados vencedores, pero estos estados son sus vecinos, se encuentran territorialmente cerca; sin embargo los pueblos indígenas han sido sometidos cultural y territorialmente por estados que ellos no conocían ni remotamente y que se encontraban al extremo opuesto de su ubicación territorial, estados provenientes de tierras muy lejanas con los que ellos jamás habían tenido conflicto bélico alguno hasta el momento de su invasión.

Otro rasgo sumamente importante en esta distinción, es el hecho de que las denominadas minorías nacionales en su mayoría se adhieren a los estados vencedores mediante tratados provenientes de la finalización de las guerras, sin más violencia en el proceso de adhesión. Sin embargo, los pueblos indígenas han sido sometidos de una forma mucho más violenta, no han experimentado una transición pacífica que les permita respetar sus culturas ni sus formas de vida; claramente este hecho los ha dejado en una situación mucho más vulnerable que en la que se encuentran las minorías nacionales, tomando en cuenta que los pueblos indígenas se pueden llegar a entender incluso como los resabios de un intento de genocidio histórico.

Para finalizar esta distinción, se debe mencionar que las minorías nacionales comparten las mismas formas de manejo administrativo, económico, social y muchas veces hasta jurídico de los estados a los que se adhieren, son sumamente similares incluso en sus tradiciones y formas de vida, por lo que no es un proceso complejo el de su consolidación dentro de los estados de los que pasan a formar parte. Sin embargo, los pueblos indígenas poseen una forma de manejo administrativo completamente diferente, al igual que la forma en la que perciben su manejo económico, basando este en la producción y en formas de intercambio que, a los ojos de los conquistadores europeos, se consideraban y aún hoy se consideran remotas y poco aplicables, pero que eran sumamente funcionales y aún hoy se aplican dentro de muchas de las comunidades. Esta diferencia obviamente también se expresa en el manejo de sus leyes y normas, debido a que sus costumbres, su cultura y sus cosmovisiones son plenamente diferentes a las que se han implementado forzosamente en el periodo de la conquista por parte de los países europeos.

Las minorías nacionales, no han expresado dentro de su proceso histórico estas brechas de forma tan profunda, debido a que los países europeos tienen similares concepciones culturales; lo que no ha pasado con los pueblos indígenas. Esta amplia diferencia de los pueblos indígenas con sus conquistadores ha desembocado en una mayor predisposición a un aislamiento a estos pueblos. Se conoce de sobre manera y se ha desarrollado en el marco histórico de la presente

investigación, que una vez alcanzada la independencia por parte de los territorios que habían sido colonizados, estos adoptaron prácticamente en su totalidad las mismas formas de manejo administrativo para sus estados y básicamente los mismos ordenamientos jurídicos que se habían estado aplicando en lo que concierne a los pueblos indígenas. El resultado de esta mezcla cultural que en Bolivia se ha entendido, en esos tiempos, en la distinción de personas de acuerdo a la raza, hacía prevalecer en el manejo del estado a los mestizos y criollos que naturalmente habían procurado establecer un estado similar a los europeos, tanto es así que los primeros códigos que habrían de regir estas tierras en materia jurídica eran traducciones de las codificaciones europeas, pero de eso se ha hablado ampliamente.

Habiéndose conformado los territorios conquistados en estados que procuraban imitar las estructuras europeas y que aún estaban lejos de alcanzar una identidad propia, se entiende que sus formas de manejo eran totalmente distintas a las de los pueblos indígenas, que habían logrado prevalecer al proceso de conquistas e independencias; pero estas culturas, cosmovisiones y tradiciones administrativas ya no se acoplaban ni al estado ni a su sociedad. Esta es la causa de que en el caso de los pueblos indígenas sea mucho más fácil que se genere una exclusión a estos por parte de los estados; una exclusión mayormente territorial, pero que también se expresa económicamente, en materia de desarrollo y claramente en lo referente al ordenamiento jurídico. Los pueblos indígenas son mucho más propensos a ser aislados territorialmente por estas marcadas diferencias, y este aislamiento representa un problema latente en todo lo que concierne al desarrollo de las formas de vida de sus miembros, y de cierta forma ha representado por mucho tiempo también un aislamiento de sus derechos que eran evidentemente inferiores al resto de la sociedad en general de los estados. (López, N., 2002. *¿Por qué las minorías deben tener derechos? Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*).

Habiéndose establecido estas diferencias en ambos términos que son ampliamente utilizados en normas y tratados internacionales concernientes al derecho indígena, se puede realizar un análisis y una aproximación a la situación del actual estado boliviano y su relación con estos parámetros dentro del derecho internacional y su nuevo lineamiento constitucional y jurisprudencial.

Si se observa el origen de ambos términos y el proceso histórico de los grupos poblacionales para los que se han utilizado como denominativos, además las características que revisten a cada término, ya arriba mencionadas, se obtiene una conclusión taxativa que no puede ser expresada de otra forma, por más de que se pretenda adornarla o mitigarla con diferentes aspectos conceptuales; estamos hablando de grupos poblacionales derrotados.

Ambos términos se utilizan para hacer referencia a grupos poblacionales actualmente reducidos que, aunque tengan diferencias evidentes que les brindan un revestimiento, procesos y hasta oportunidades diferentes, tienen también algunas similitudes. Se han expresado ya puntualmente las diferencias conceptuales que presentan estos términos, pero poco se ha hablado de sus similitudes, quizá la principal es esa característica: “reducidos”. Cuando se hace referencia a esa característica que los distingue y que comparten, se encuentra otro hilo conductor que los hace a

compartir otra similitud dentro de sus procesos históricos que los han llevado a formar parte de determinados estados. El ser grupos poblacionales pequeños o reducidos es a consecuencia de que han vivido procesos mayormente violentos, que obviamente han reducido su población y han limitado sus oportunidades de subsistencia de una forma independiente.

Son términos que hacen referencia a grupos poblacionales que han perdido una contienda, una conquista, una guerra; hacen referencia a pequeños conglomerados de personas provenientes de naciones, de estados, de culturas, de pueblos que han sido derrotados, que han perdido su territorio, sus oportunidades, su soberanía y por un largo periodo de tiempo, también han perdido sus derechos. Se habla entonces de que son reducidos, debido a que son los resabios de lo que fueron sus pueblos, sus naciones y sus culturas. Son los sobrevivientes de esos procesos bélicos. He ahí su principal y análoga característica.

Se entiende entonces que de una u otra forma el origen de su reducción es el mismo, las consecuencias también lo son. Fruto de estos procesos, estos grupos poblacionales se han visto limitados en sus oportunidades de conformarse nuevamente de forma independiente y ha nacido en ellos la necesidad latente de buscar protección, de buscar una suerte de alianzas con sociedades más grandes, con estados ya conformados; sean estos recientemente conformados o vencedores del conflicto.

En este análisis, como en muchos otros, hay que reconocer la presencia de determinadas premisas que marcan un profundo lineamiento en los propios procesos de conformación y solidificación de los estados, así como en los destinos de las sociedades. Estas premisas que funcionan cuál si fueran adagios en el destino de las naciones en general, también lo hacen en los pueblos indígenas y en las minorías nacionales en particular; es bien sabido entonces que *“la historia la escriben los vencedores”*, siendo así se infiere que, lógicamente los pueblos indígenas y las minorías nacionales, al comprenderse como resabios de pueblos ya sea conquistados o vencidos no tienen un rol protagónico dentro de la historia de los estados a los que se adhieren, ni siquiera cuando han sido parte vital de su conformación como en el caso de los pueblos indígenas. Quedan entonces ya, desde el principio, confinados a un destino rezagado, aislado y diferente del resto de la sociedad que conforma los estados a los que se incorporan. No han sido escritos en la historia, y si lo han hecho, han sido descritos desde un punto de vista de superioridad, desvalorizando sus formas de vida anteriores.

Siendo enfocados con inferioridad, esa inferioridad con la que condenan a ser descritos en la historia a los que han sido derrotados, se imprime en estos grupos una especie de marca histórica y social, que hace visible para todos esa inferioridad con la que se los ha asociado por mucho tiempo; tanto ha sido el tiempo y tan grande la presión y el estigma, que estos mismos grupos han llegado en cierta medida a aceptar esta suerte de yugo; una vez ubicados en esa inferioridad, han visto y se les ha obligado a comprender muchos aspectos como un privilegio a los que ellos no podían tener acceso. Y los derechos, por muchos años, han sido privilegio de pocos.

Es coincidente en este punto, citar una definición muy conocida del derecho mismo, que fundamenta de manera sólida lo que se está afirmando; además de que facilita la comprensión de que al ser conglomerados pequeños y reducidos, han sido de cierta forma nuevamente sometidos por el resto de la sociedades que representan mayorías numéricas y que les han impuesto no solamente sus culturas, sino también sus leyes y sus formas de manejo, cumpliendo así otro adagio extremadamente común: *“las mayorías siempre mandan”*.

Estos dos adagios sellan cual fatal condena el destino de las minorías nacionales y de los pueblos indígenas, resumen las características que comparten los pueblos que se definen con estos términos, cuyo origen es distinto pero que en sus antecedentes y en sus consecuencias albergan similitudes. Se trata de grupos poblacionales reducidos que se encuentran en evidente desventaja, puesto que han sido derrotados y disminuidos; estos hechos desembocan inevitablemente en la limitación de sus derechos, limitación que muchas veces ha rayado en la inexistencia. Las afirmaciones que han sido acarreadas del presente análisis, encuentran sustento y respaldan una de las más famosas definiciones del derecho mismo; cabe entonces recordar que han sido los propios Marx y Engels quienes en su Manifiesto Comunista han plasmado el concepto de derecho de la siguiente manera:

*“Vuestro derecho no es sino la voluntad de vuestra clase erigida en ley, voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase”*. (Marx, K., Engels, F., 1981. *Manifiesto del Partido Comunista*).

Si bien esta definición ha sido producto de diferentes condiciones sociales y responde a otros momentos históricos, se aplica ampliamente a los tópicos que se están tratando. Sabiamente se expresa como *“vuestro derecho”*, y esto se puede entender desde el enfoque de las minorías y de los pueblos indígenas debido a que estos no han tenido parte ni siquiera mínimamente en los ordenamientos jurídicos de los estados de los que formaban parte y no han podido reclamar sus propios derechos; estos ya habían sido establecidos por una clase dominante ajena a los mismos, una clase dominante de la cual ni lejanamente podían formar parte. Han asumido entonces por un largo periodo de tiempo un derecho impuesto, que no reflejaba sus propias necesidades y los seguía tratando como a extraños aumentando el círculo vicioso del aislamiento. Un derecho ajeno.

Los pueblos indígenas y las minorías nacionales se han visto indiscutiblemente restringidos en sus derechos y se ha visto que comparten similares características, sin embargo, existe una característica más, cuya importancia puede incluso llegar a hermanar a los pueblos que se adscriben dentro de estas definiciones: la lucha permanente por la reconquista de estos derechos. Ninguno de estos pueblos o de estas minorías ha permanecido estáticos en el paso del tiempo, más por el contrario, se han esforzado por mantener vivas sus costumbres, sus cosmovisiones y sus ideas; a pesar de todo han tenido siempre firme la idea de que la balanza de la justicia no se encontraba equilibrada y de que ellos también merecían el reconocimiento de sus derechos, para

poder acceder a mejores condiciones de vida, a una vida digna. Las luchas y las revoluciones que han encabezado dentro de sus propios estados han sido permanentes e incansables.

Si bien las realidades sociales, las necesidades y la historia de los grupos poblacionales a los que describen estos términos son abismalmente diferentes, se evidencia que la lucha por la reconquista de los derechos posee los mismos matices en cualquier parte del mundo y también la misma importancia. No podía desembocar todo esto en otra cosa que no sea la reconquista y el reconocimiento de sus derechos, no solamente dentro de sus propios estados, sino hasta lograr que estos se consagren dentro de las normas y tratados internacionales consiguiendo así ampliar el espectro de su protección. Llega a ser irónico que estos términos, que han sido acuñados para describir a pueblos derrotados y disminuidos, se utilicen ahora para sintetizar de cierta forma las normativas internacionales que ahora los protegen y que los han sacado del aislamiento. Evidentemente el sello del destino puede ser borrado por las implacables luchas sociales.

Se puede ejemplificar concretamente estas distinciones conceptuales y adaptarlas a la realidad boliviana, con la única finalidad de mejorar su entendimiento. Puede entenderse entonces como una suerte de minoría nacional proveniente del Estado Boliviano, a todos aquellos conglomerados sociales que habitaban los territorios que pertenecían a Bolivia y que se han perdido a lo largo de las guerras con los países vecinos, o que se han cedido por medio de tratados internacionales; un claro ejemplo de ello son las poblaciones que ocupaban los territorios de Antofagasta, Mejillones o el Acre, entre otros. Los habitantes de estos territorios, una vez finalizada la guerra, se han convertido en minorías nacionales dentro de los estados vencedores y sin duda han experimentado todo este proceso de adhesión a los mismos. Ahora bien, analizando más a fondo, países como Bolivia que poseen un gran número de naciones y pueblos indígenas, fácilmente pueden experimentar ambos fenómenos que son descritos por los términos que están siendo estudiados.

El Estado Boliviano en el marco de su historia y ahora de su ordenamiento jurídico, es el ejemplo vivo de la existencia de los pueblos indígenas y de los procesos que han transitado los mismos; puede consagrarse en un ejemplo claro de la permanencia de estos pueblos y del reconocimiento de sus derechos en la normativa internacional. Ya se ha visto que un amplio porcentaje de su población también ha experimentado lo que se ha definido como minoría nacional; sin embargo, esto da lugar a que en Bolivia se puedan presentar ambos fenómenos al mismo tiempo debido a que, dentro de las minorías nacionales provenientes de las pérdidas territoriales bolivianas, se encontraban también en muchos casos pueblos indígenas. Los territorios perdidos albergaban también comunidades indígenas, mismas que además de entenderse como pueblos indígenas en la definición de los organismos internacionales, también han sido minorías nacionales dentro de países extranjeros; llevándolas a experimentar un camino mucho más empinado y que conlleva las desventajas que arrastran las características de ambos términos. Estos fenómenos sin duda han sido fuertes impulsores del complejo mecanismo que ha llevado a Bolivia a ser uno de los primeros países en consagrar dentro de su constitución y sus leyes el reconocimiento, la autodeterminación y la aplicabilidad de los sistemas de justicia de sus pueblos indígenas.

Es la Organización de las Naciones Unidas el organismo internacional que va a dar los primeros pasos para alcanzar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional; esto con la firme motivación de reducir las desventajas y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban estos pueblos, a sabiendas de que este reconocimiento iba a fortalecer no solamente el surgimiento de la pluriculturalidad, sino también la democracia de los estados e iba a sustentar de mejor manera su soberanía. Por otro lado, las minorías internacionales son protegidas por las organizaciones europeas, motivadas más por el temor de que asociándose, puedan desestabilizar los gobiernos de sus diferentes países.

La ONU plantea entonces el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, no solamente para lograr equiparlos en las mismas condiciones del resto de las sociedades de los estados, sino también vislumbra poder alcanzar el reconocimiento de su auto determinación y de su derecho que se basa netamente en las costumbres que habían perdurado en las comunidades. Se plasma la idea de concretizar la compatibilidad de más de un sistema de justicia y de más de una forma de gobierno dentro de un mismo espacio territorial, sin que todo esto afecte la soberanía de los estados. Era necesario entonces la conformación de tratados que se adapten para proteger de manera general a estos pueblos, en base a las normas de los derechos humanos, compatibilizando con los ordenamientos jurídicos propios de cada estado.

El primer borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, propuesto por la ONU el año 1993, contenía un amplio respaldo y la visible intención de revalorizar las formas de autogobierno de estos pueblos. Se concedía a los pueblos indígenas el derecho sobre sus tierras, la potestad de auto gobernar las mismas y solucionar sus conflictos en base a sus propios sistemas de justicia, mismos que también eran reconocidos y dotados de validez. Luego de años de debates, esta propuesta fue aceptada el año 2007, pero no sin antes establecerse las limitaciones debidas a las formas de autogobierno y a la aplicación de sus sistemas de justicia, esto debido a la necesidad de proteger la soberanía de los estados. Ninguno de estos derechos que estaban siendo reconocidos podían sobrepasar los establecidos en las Constituciones de los estados, ni en las normas de derecho internacional.

Aún con las limitaciones que se habían establecido, lograr un reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se consagra como un avance histórico en materia de derecho internacional. La ONU establece que los pueblos fueron colonizados en situaciones de desproporcionalidad, bajo incontables injusticias y promueve la existencia de un proceso de descolonización que permita a estos pueblos indígenas recuperar su identidad bajo el amparo de sus estados. Este proceso de alcance e implementación de derechos a nivel internacional encabezado por la ONU, sirve como ejemplo al resto de los países y de las organizaciones del mundo. Cabe mencionar que los organismos europeos propusieron similares reconocimientos de derechos para las minorías nacionales, pero estos fueron rechazados debido al miedo a la desestabilización de la soberanía de los estados. Se convierte entonces la ONU con su Declaración, en un hito ejemplificador de que era posible lograr ese equilibrio, esa complementariedad que fortalezca la soberanía y la democracia de los estados, en lugar de debilitarlas. Son los propios territorios

anteriormente conquistados por los europeos, quienes les demuestran que habían hecho posible un fortalecimiento humanitario en materia de derechos, situación que estos grandes países no habían podido conseguir.

Se tiene abierta la vía para la descolonización de los pueblos indígenas, para la constante conquista y respeto de sus derechos que conlleva mejorar sus condiciones de vida. El problema surge en que no se ha tomado las mismas medidas con referencia a las minorías nacionales, cuyo tratamiento ha dejado un enorme vacío jurídico en el derecho internacional. Este problema es latente no solamente en países europeos, sino también americanos, debido a que estos han experimentado de la misma forma el fenómeno de las minorías nacionales dentro de su población, pero estas no encuentran respaldo internacional para su protección y se convierten en un peligro latente de desestabilización de los estados. El vacío legal fruto del miedo a las posibles consecuencias de su conformación, no ha hecho otra cosa más que materializar esos mismos temores que evitaban la creación de ordenamientos jurídicos internacionales.

Han sido varios los intentos de la ONU para reglamentar lo referente a las minorías nacionales, pero los mismos conflictos que se han presentado en los países europeos a nivel de ideologías, han sido los que no han permitido que estos intentos tengan éxito.

El argumento para dar más prioridad a los derechos de los pueblos indígenas que, a los derechos de las minorías nacionales, se basa en que estos han sido sometidos con mucha más violencia que las minorías, como ya se ha visto antes, lo que conlleva a una necesidad moral y humanitaria de brindarles urgente protección. Se ha relegado a las minorías nacionales concediéndoles solamente derechos genéricos, que no responden a sus características propias, porque como se ha mencionado anteriormente estas minorías poseen identidad propia, heredada desde mucho antes de adherirse a sus nuevos estados, esta identidad ha sido relegada y ha generado un gran conflicto en el derecho internacional.

Los organismos internacionales han expresado en diversas ocasiones las diferencias que existen entre estas dos acepciones, siendo la más notoria el hecho de que las minorías nacionales carecen de un apego hacia un determinado territorio por el cual sienten identificación, este aspecto es trascendental para diferenciarlos de los pueblos indígenas. Debido a la acefalía normativa que existe para la protección de las minorías nacionales, muchas de estas se han auto catalogado como pueblos indígenas adoptando algunos rasgos característicos de estos para poder lograr algún grado de protección internacional.

Todo lo expuesto anteriormente y las diferencias que se ha marcado entre ambos términos, sirven para poder comprender de mejor manera el contenido, y la orientación de los cuerpos normativos internacionales y los grupos a los que estos protegen; además de haber analizado los primeros pasos que se han dado en el marco del derecho internacional para poder avanzar con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en el largo camino que aún queda por recorrer.

## **1.2. LA MULTICULTURALIDAD Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Para comenzar a analizar este tema es necesario precisar que existen dos teorías fuertemente marcadas, una de ellas está a favor de la universalidad de los derechos fundamentales, mientras que la otra la niega. Ambas son notoriamente transversales.

El término multiculturalismo, como ya es sabido, hace referencia a la existencia de varias culturas; aquí es donde se presenta el conflicto para que se pueda concatenar con la universalidad de los derechos fundamentales. Para facilitar el entendimiento, se puede partir del reconocimiento de que incluso en el derecho internacional, se considera como una suerte de cultura principal a la cultura occidental, dejando de lado que los territorios que abarca esta presentan variadas singularidades que son sometidas a una generalidad para la mayoría de las acepciones. Teniendo en cuenta que se tiene a esta especie de cultura “principal”, el problema versa en la conexión de esta cultura con las demás, que se sobre entiende que provienen de naciones y territorios más pequeños, pero que también son aglomeradas y consideradas como una generalidad; en términos más fríos se podría decir que se han considerado como el “resto” de culturas, que no forman parte de la occidental y que por tanto han sido relegadas y de cierto modo se les ha llegado incluso a restar importancia.

Ahora, hay que tomar en cuenta que los derechos fundamentales, han sido teorizados y plasmados dentro de la cultura occidental, se han adaptado a las necesidades sociales provenientes de esta cultura. Aquí el problema principal de si podrán adaptarse al resto de culturas que son evidentemente diferentes a la “principal”, con diferentes necesidades.

Cuando se habla de universalismo de los derechos fundamentales, se entiende que estos derechos abarcan a todas las culturas, sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este universalismo se ha concebido con base en las necesidades de la cultura occidental y ha pretendido que el resto de culturas se adapten a estas. Se han plasmado estos derechos con la perspectiva de esta realidad social y se ha realizado una especie de homologación de las diferentes realidades de las otras culturas. Para hablar de una “universalidad de los derechos fundamentales”, todas las culturas a los que estos abarcan deben sentirse identificadas con los mismos, deben sentir que estos realmente precautelan sus intereses y les generan un beneficio para una calidad de vida digna; aquí surge nuevamente y de forma notoria el problema, debido a que estos derechos se han elaborado en base a una cultura en general. Habría entonces que analizar si las demás culturas a las que se pretende abarcar realmente sienten esa identificación ante estos mecanismos de protección jurídica.

Es importante enfocar este análisis, desde la perspectiva de que no todas las culturas se sienten identificadas con estos derechos, que abarcan desde las libertades personales, hasta los derechos sociales; y lo que va más allá, muchas de las mismas personas o colectividades pertenecientes a la misma cultura occidental no se sienten identificadas con estos derechos. Una solución que se han planteado muchos de los juristas en los debates referentes a este tema, versa sobre que las

culturas o las colectividades más pequeñas deberían adaptarse a los derechos que un determinado estado asume como fundamentales.

Cuando un estado asume los derechos fundamentales lo hace a nivel general, pero es innegable que debe adaptar muchos de estos para que sean aplicables a ciertas particularidades de su realidad social; un claro ejemplo de esto, es que muchos estados deben realizar referéndums en lo que concierne a sus derechos laborales y viendo más allá, son varios los estados que realizan incluso referéndums constitucionales para delimitar cada uno de los derechos que se han de asumir como constitucionales y fundamentales en la aplicación de sus sociedades en específico. Ahora bien, cuando existen dentro de estas sociedades colectividades en específico que pertenecen a otras culturas, la teorización plantea como solución primera, que es el mismo estado el que debe pedirles a estas colectividades que adopten los derechos fundamentales y sus formas de vida a las normas ya establecidas por el estado. Esta petición puede presentar un doble carácter, si bien es algo en beneficio del correcto funcionamiento y orden social dentro del estado, también se puede pretender que una especie de modificación de conductas conlleve pedir a estas colectividades ciertos cambios en sus conductas y en sus normas morales.

Habiéndose analizado todo esto, se determina que los derechos fundamentales poseen indudablemente un carácter de universalidad, a pesar de todos los matices que pueda contemplar este concepto adaptado a este caso. Se puede definir su universalidad, precisamente en el hecho de que se distinguen, por ejemplo, de los derechos patrimoniales, en el hecho de que estos son solamente aplicables a personas en cuanto tales, tomando en cuenta su capacidad jurídica y de obrar, además de las connotaciones de sus propios ordenamientos jurídicos. Esto no sucede con los derechos fundamentales, puesto que a nivel internacional son reconocidos universalmente en la mayoría de los Estados, sin tomar en cuenta las distinciones propias de cada pueblo, especialmente las de carácter cultural.

Al emparejar la universalidad con los derechos fundamentales, se deben sentar bases específicas para comprender como la primera puede englobar a los segundos en toda su magnitud. Cobra un rol importante en este punto nuevamente el multiculturalismo, pues este concepto ya antes desarrollado habla de la coexistencia de diferentes culturas coexistiendo en un mismo espacio geopolítico. Es el multiculturalismo el que recuerda permanentemente la mera existencia de diferentes culturas, que a pesar de que se tiene en cierto punto la necesidad de generalizar muchos aspectos para normativizarlos, existen estas diferencias culturales que crean individualidad. Se puede comprender la idea del multiculturalismo como un recordatorio permanente de estas culturas, hasta que en cierto punto llega a convertirse en un garante mismo de esta universalidad de los derechos fundamentales, esto visto desde el siguiente ángulo.

Uno de los principales derechos fundamentales, que tiene validez universal, es el derecho a la libertad; mismo que puede tener muchísimos desgloses. Entre estos desgloses se encuentra principalmente el derecho a la libertad de cultura, que va a desembocar en el derecho a la identificación cultural, en el derecho a la individualidad. Dentro del reconocimiento de todos

estos derechos fundamentales de manera universal, se encuentra plasmada la idea que viene propugnando el multiculturalismo; se encuentra el reconocimiento de que no todos los individuos que son protegidos por estos derechos son iguales, y al mismo tiempo tienen derecho a no serlo. Esa singularidad es protegida por los derechos fundamentales y el reconocimiento de ese derecho es universal.

Se podría emplear un silogismo en este punto de la investigación para facilitar el entendimiento de lo que se está desarrollando: *“La libre identificación cultural es un derecho fundamental. Los derechos fundamentales son universales; entonces la libre identificación cultural es un derecho universal”*.

Otro aspecto que sienta base y garantiza la universalidad de los derechos fundamentales, es el hecho de que estos están enfocados en la protección de los más débiles, tomando en cuenta que en caso de una ausencia de mecanismos jurídicos de protección siempre va a regir la ley del más fuerte. Se entiende entonces que se brinda validez y protección a todas las culturas y a sus componentes, por más pequeños que lleguen a ser estos conglomerados; esto debido a que estas se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a conglomerados culturales que pueden ser mucho más grandes, es por eso que ambos deben tener una equidad en lo que concierne a sus mecanismos de defensa. Este aspecto se enfoca así no solamente a nivel de pueblos con raíces culturales específicas, sino también que está destinado a proteger a los que son jurídicamente a los que tienden a ser más oprimidos: las mujeres en sus entornos maritales, los hijos contra sus tutores o progenitores, entre otros.

Dentro de la idea del universalismo de los derechos fundamentales se van presentando varios conflictos que aún propugnan la idea misma de este universalismo y que presentan diferentes aspectos que son meritorios de aclarar.

Si bien se ha establecido que los derechos fundamentales son universales y que estos protegen a las diferentes culturas, respetando su individualidad, esto ha dado paso a una mala interpretación de este derecho en sí mismo. Surge entonces la idea de que es el conglomerado el que goza del derecho de identificación ya sea cultural, religiosa o de otra índole y no así los individuos que forman parte de los mismos. Es necesario recalcar entonces que los derechos fundamentales son atribuibles expresamente a los individuos como tales, y tiene primacía este reconocimiento por sobre otro, por más de que se trate de una persona jurídica. El problema aquí es que, en muchas ocasiones a nombre de esta protección proveniente de estos derechos, conglomerados religiosos o culturales, pretenden sojuzgar a ciertos individuos y obligarlos a adoptar ciertas decisiones que son tomadas por la mayoría de sus miembros, cuando el derecho es específico en este sentido: cada individuo es protegido en sus libertades y en su individualidad, por más de que estas sean diferentes a las del resto de los miembros de sus sociedades o comunidades.

Cobra sentido nuevamente entonces, el enfoque de que los derechos fundamentales se orientan en la protección del más débil. Al hacer referencia al individuo más vulnerable, se encuentra que

muchas veces este se encuentra en esa situación de vulnerabilidad dentro de su propio círculo cultural, social e incluso familiar.

La conclusión de este punto es que los derechos fundamentales son universales no porque sean universalmente compartidos, sino más bien porque protegen a todos los individuos, independientemente de la identificación cultural o religiosa que posean. La garantía de su universalidad es que protegen esas diferencias propias de cada colectivo, de cada pueblo y de cada individuo dentro de su propio colectivo social. Esa es la característica que los hace universales y que garantiza que permanezcan en este estado, y no así englobando a todos los pueblos dentro de una misma idea para facilitar un ordenamiento jurídico compartido. Todos son diferentes y en esas diferencias gozan de los mismos derechos.

Los derechos fundamentales están y deben estar orientados en la protección de aquellos individuos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y son solamente atribuibles a estos individuos como tales y no así a los conglomerados como tal, porque ya se ha visto que esta idea puede conducir a una evidente transgresión de derechos. La idea de los derechos fundamentales está fuertemente enlazada con la idea de la persona como tal, si bien los derechos han evolucionado dentro de los organismos internacionales, ampliando cada vez más su protección y reconociendo sujetos de derechos, es importante no perder el horizonte de que la naturaleza misma de los derechos está inclinada en la protección de las personas, una vez garantizada esta protección, se puede extender este abanico a sus medios sociales o incluso a sus mismos medios de vida y de habitabilidad.

### **1.3. PLURALISMO JURÍDICO, SU RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Es este punto de la investigación es necesario comprender que, si bien el pluralismo jurídico es un concepto universal, este debe adaptarse al sistema jurídico de cada Estado, deben marcarse sus límites en base a lo establecido por la Constitución Política del Estado del que forma parte, de sus mismos enfoques y también de lo que se establece en el derecho internacional.

Aquí es necesario comenzar a vislumbrar las limitaciones que establecen los Derechos Humanos a la aplicación de los sistemas de Justicia Indígena dentro de cada país. Ya se ha establecido por demás en el punto anterior que existe el reconocimiento de los derechos fundamentales de manera universal, incluyendo estos la libre identificación y aplicación de sistemas de justicia propios, adaptándose a los sistemas jurídicos de cada país. Se ha establecido entonces la existencia del pluralismo jurídico como una base para el sustento del desarrollo de los sistemas de justicia indígena. Toca entonces delimitar hasta qué punto pueden accionar estos sistemas de justicia indígena, marcar sus engranes con los sistemas de justicia ordinarios y ver cuáles son sus alcances dentro de los derechos humanos, de los derechos fundamentales.

Es el Convenio 169 de la OIT, que va a ser desarrollado con amplitud más adelante, el que establece todos estos límites y alcances, permitiendo y normando a nivel internacional la

existencia y el ejercicio de estos dos sistemas de justicia, ordinarios y de justicia indígena originaria campesina.

El artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, contempla los primeros rasgos de los principios, valores, normas y procedimientos de los pueblos indígenas que deben ser tomados para lograr una coexistencia armónica de los sistemas de justicia indígena con la justicia ordinaria de cada país. En este mismo Convenio se van a encontrar posteriormente los límites que establecen los Derechos Humanos a la aplicación de la Justicia Indígena Originaria campesina, para que esta no se contraponga a lo que establece la justicia ordinaria, ni mucho menos atente contra los intereses de cada estado.

*“Artículo 8.*

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*
- 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. (Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Art. 8. 27 de junio de 1989).*

Como se observa, el Convenio 169 de la OIT establece ya desde el principio que los pueblos y naciones indígenas deben ser tomados en cuenta con sus costumbres y con su derecho consuetudinario y que al aplicarse los sistemas de justicia ordinaria sobre estos, los legisladores y los jueces deben tomar en cuenta sus derechos consuetudinarios, llegando a adaptar las normas para que se complementen con las de sus sistemas propios de justicia; deben interpretar la norma tomando en cuenta sus costumbres y sus principios.

El numeral dos de este artículo, expone claramente cuáles son las limitaciones de estos sistemas de justicia, puesto que ya se ha establecido que estos deben estar en igualdad de condiciones dentro de los estados que los reconocen. Delimita entonces que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus instituciones, sus costumbres y sus sistemas de justicia propios, siempre y cuando estos no sean contrarios a los derechos fundamentales del Estado en cuestión, ni de los derechos humanos establecidos internacionalmente. Este punto se desarrollará con mayor profundidad más adelante.

Finalmente este convenio sanciona lo que se puede entender como una nueva tarea para los jueces y legisladores de los países, que como el nuestro, están reconociendo la existencia de sus

pueblos indígenas, de sus derechos y de su propio derecho consuetudinario; la tarea es clara: en caso de que existiese conflicto en la aplicación o en la coexistencia de estos dos sistemas, los jueces se encuentran en la obligación de formular procedimientos que busquen una solución a estos conflictos, que podrían llegar a ser de competencia o de jurisdicción, entre otros. Está por demás entendido que estos procedimientos deben ser siempre tomando en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, tomando en cuenta sus costumbres e interpretando las normas del sistema de justicia ordinario para que se adapten a este. Teniendo siempre el debido cuidado de que estos sistemas de justicia no transgredan los derechos fundamentales.

Ahí se encuentra uno de los puntos centrales de esta investigación. La coordinación de estos dos sistemas de justicia no es un imposible, no es algo de reciente descubrimiento, ni es algo que los legisladores tengan como una tarea para delimitar por delante. Son los mismos organismos internacionales que reconocen y protegen los derechos de los pueblos indígenas, los que sientan las bases para esta coordinación, los que establecen los límites para que la justicia indígena en ningún momento se convierta en un impedimento para el correcto funcionamiento de los sistemas de justicia propios de cada estado, dotados de cierta autenticidad al combinar ambos sistemas que responden a las necesidades de todas sus sociedades. Este tema será desarrollado con amplitud más adelante al enfocar el estudio específicamente en el sistema penal y la justicia indígena.

El Convenio establece también que, a pesar de este reconocimiento de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas, este no exime a sus miembros de adquirir las obligaciones propias de todos los individuos de cada país, como tampoco los limita en el goce de los derechos y las protecciones que establecen los estados para todos sus habitantes. De cierta forma, se hace mucho más hincapié en la necesidad, casi en tono de obligación de crear nuevos procedimientos que se adapten a la coexistencia de ambos sistemas; a la imperiosa necesidad de que los procedimientos en los cuales se incluya a los pueblos indígenas contengan una interpretación de sus costumbres y de sus normas. Estas limitaciones son más específicas en el artículo 9 referentes al sistema penal, pero serán desarrolladas conjuntamente con todo lo referente al convenio sobre el que se ha estado centrando en este punto la investigación.

#### **1.4. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL.**

Se ha establecido que los pueblos y naciones indígenas poseen derechos que les han sido reconocidos a nivel internacional y que países como Bolivia han adaptado dentro de sus sistemas jurídicos, dotándolos de la misma importancia que los sistemas de justicia ordinaria. Ahora bien, uno de los derechos más resaltantes de los pueblos y naciones indígenas, es el derecho que se les ha reconocido a la autodeterminación, tomando en cuenta que este también goza de reconocimiento dentro de los Derechos Humanos.

Realizando un análisis de este punto, se entiende que los pueblos y comunidades indígenas, pueden definirse como un conglomerado de individuos auto identificados de la misma manera,

que poseen las mismas costumbres e incluso las mismas raíces provenientes de procesos históricos, fruto de los cuales han obtenido instituciones propias e incluso sistemas de justicia propios; pero que no gozan de soberanía.

La autodeterminación de los pueblos indígenas consiste entonces en la libertad para decidir sobre sus propios asuntos y problemas internos, no afectando estas decisiones a la soberanía del Estado. Los pueblos indígenas tienen la capacidad de tomar decisiones y dar resoluciones en los asuntos concernientes a sus miembros, a sus tierras y a sus instituciones, pero como se ha mencionado antes, estas decisiones no pueden afectar a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, lo que quiere decir que esto también incluye velar por la unidad y la soberanía de los estados de los cuales forman parte.

Analizando de forma más profunda este punto, se puede llegar fácilmente a establecer la autodeterminación de los pueblos indígenas como una de las bases más sólidas para la existencia de estos de una forma más pura; esto debido a que al brindarles la potestad de solucionar sus propios asuntos bajo sus normas, costumbres y procedimientos propios, haciendo uso de sus propias instituciones, se mantiene de cierta forma la esencia misma de estas comunidades sin que exista interferencia de los sistemas de justicia ordinarios.

En el marco de los Derechos Humanos, se entiende el derecho de la autodeterminación de los pueblos indígenas, como el derecho a reconocerse diferentes, se protege su diversidad. Ya se había mencionado antes, que los derechos fundamentales eran de carácter universal porque reconocían las diferencias de todos los individuos, enfocando su protección a los que se encontraban más vulnerables; los pueblos indígenas encajan perfectamente en los objetivos de protección de estos derechos.

Los pueblos indígenas se reconocen diferentes y ejercen su derecho internacional a vivir libremente dentro de esas diferencias, siempre que estas no atenten contra otros derechos, como se ha mencionado es el caso de los Derechos Humanos. Arriba se había establecido que la protección de los Derechos Humanos siempre va a ser dirigida al individuo como tal, siempre que este se vea afectado en su individualidad por conglomerados que lo pudiesen someter a una situación de vulnerabilidad, esa es una de las líneas centrales que delimita la aplicación de los sistemas del derecho indígena: no puede transgredir los Derechos Humanos. Si no existen esas transgresiones a los límites que se le establecen al derecho de los pueblos indígenas, este puede aplicarse a todos los que lo componen. Los pueblos indígenas en el reconocimiento de su libre determinación para sus asuntos internos, ejercen perfectamente lo que buscan los derechos fundamentales; esto debido a que los pueblos indígenas se han encontrado en una permanente situación de vulnerabilidad frente a los sistemas que han sido adoptados por los estados a lo largo de su historia. La autodeterminación es un pilar que los ayuda a mantenerse vigentes y con sus costumbres y sus derechos vivos, reconoce las luchas históricas que estos han atravesado para llegar a sentar las bases de estos derechos.

Hace referencia a la autodeterminación de los pueblos indígenas, de manera más extensa y precisa la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que establece en sus artículos 3 y 4:

*“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 a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 3. 4. 7 de noviembre de 2007).*

Todo lo que se había analizado, se encuentra resumido en estos dos artículos de esta norma internacional, pero además se establece que son los mismos estados los que tienen la obligación de dotar de los medios necesarios a los pueblos indígenas para que estos hagan funcionar esta autonomía dentro de sus instituciones y de sus sistemas. Esto adquiere más importancia, tomando en cuenta que, en Bolivia esta Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fue elevada a rango de ley el año 2007.

La autodeterminación de los pueblos indígenas, como se establece en estos dos artículos, es la base para que estos puedan ejercer todos sus demás derechos fundamentales, tanto colectivos como individuales. Les brindan la capacidad de identificarse con sus propias culturas, vivir en base a lo que dictan sus tradiciones, encontrar sus propios sistemas económicos que les brinden mayor sustentabilidad y aplicar sus propios sistemas jurídicos, que van a dar lugar al ejercicio o a la creación de procedimientos propios para la resolución de sus conflictos internos. Además de que les brindan la capacidad de decidir sobre su organización social, pero lo que es más importante, sobre el manejo de las tierras que habitan y trabajan; aspecto que adquiere mayor importancia porque significa una enorme garantía para muchos otros de sus derechos fundamentales.

Un aspecto importante que debe tomarse en cuenta es que, esta autodeterminación, coloca sus procedimientos, sus instituciones y sus costumbres en el mismo nivel que las de la justicia ordinaria, cumpliendo así con la finalidad de los derechos fundamentales de brindarlos de la protección necesaria para que estén al mismo nivel que los demás sistemas, recordando que por muchos años los pueblos indígenas no gozaron del reconocimiento de estos derechos y fueron permanentes sujetos de un estado de vulnerabilidad. Este estado puede cambiar radicalmente, porque ahora incluso se los debe proveer de los medios necesarios para el cumplimiento correcto de su autodeterminación.

En Bolivia esta autodeterminación es un derecho constitucionalmente reconocido para los pueblos indígenas, motivo por el cual goza de jerarquía constitucional asegurando de esta forma

todos los medios necesarios para el correcto desarrollo y el respeto de esta autodeterminación. Los derechos se encuentran plasmados y teorizados en las normas, el problema se presenta cuando en la práctica no se encuentran los mecanismos adecuados para ejercer este respeto y esta independencia, puesto que a pesar de que se encuentra normada, el sistema de justicia ordinaria continúa interfiriendo en el sistema de la justicia indígena, dejando todo lo que se ha establecido a nivel internacional y lo que se ha adoptado como leyes nacionales, en meros enunciados con contenidos con difícil cumplimiento. El reto es encontrar la coordinación para que se respete la jerarquía constitucional que protege esta libre determinación de los pueblos indígenas y que el Estado brinde de forma concreta los mecanismos necesarios para este cometido.

*“Artículo 2.- Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la Ley”.* (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 2. 7 de febrero de 2009. Bolivia).

### **1.5. LA JUSTICIA INDÍGENA COMO PROTECTORA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

Los procesos constitucionales que han transitado los diferentes países que se han reconocido como plurinacionales y que han reconocido derechos a sus naciones y pueblos indígenas los han llevado a experimentar profundos cambios en sus sistemas normativos, mismos que han servido como un avance en su desarrollo jurídico que ahora viene de la mano de los sistemas de justicia indígena. Esto permite vislumbrar claramente las diferencias que se han presentado en relación a estos avances y analizar cómo se encontraba su realidad jurídica antes de estos procesos.

El primer paso de este avance se encuentra plasmado en la definición misma de estos países, se han redefinido. Han pasado a identificarse como Estados Pluriculturales y esto ha representado un gran avance en lo que concierne a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues han sido reconocidos después de mucho tiempo. Estos países han pasado de tener una idea base que comprendía que toda la sociedad debía entenderse de cierta forma hegemónica, bajo un concepto de generalidad, a sentar sus bases en la idea de que estaba conformados por diferentes culturas, cada una con características propias y acompañados de sistemas propios que marcan sus modos de vida.

Se ha presentado de forma recurrente la idea de que el concepto de plurinacionalidad atentaba contra la soberanía de los estados, debido a que daba paso a la posibilidad de la creación de naciones indígenas independientes, siendo que esta independencia se les había reconocido como un derecho. Lo que es innegable es que a nivel de derechos humanos se había reconocido la autonomía de la que gozaban los pueblos indígenas en lo referente al manejo de sus tierras y a la

conservación y al ejercicio de sus costumbres; una vez establecidos estos reconocimientos queda solamente un camino por delante: la reformulación de las bases mismas del Estado, incluyendo esta vez la existencia de los pueblos indígenas con todo lo que esto conlleva.

Sumado a esto, está el reconocimiento de que dentro de la individualidad de estos pueblos indígenas se encuentra adherida la evidente existencia de que estos pueblos poseen sistemas de justicia propios, basados en sus costumbres, materializándose así el pluralismo jurídico como una de las bases que necesariamente tiene que sostener a estos nuevos ordenamientos jurídicos. Se entiende entonces que estos pueblos indígenas poseen todas las características para auto regularse, atendiendo a sus asuntos internos en base a sus propios procedimientos y costumbres, y de no ser así, los sistemas de justicia ordinaria debían interpretar las normas aplicables a estos pueblos en base a sus tradiciones.

Fruto de todo esto surge el concepto de “multiculturalismo constitucional”, que se encargó de incorporar la dimensión étnica dentro de los estados, que era mucho más amplia de lo que se había conocido. La consecuencia de todas estas reformas, fue el nacimiento de muchas otras con carácter de legislaciones específicas dentro de cada estado, cuya finalidad es encontrar el equilibrio para la coexistencia armónica de lo que se ha establecido en la premisa de este análisis.

El problema sobre el que versa la presente investigación, no es un problema que solamente sea propio del Estado Plurinacional de Bolivia, sino que es un problema que experimentan todos los países que han alcanzado estos reconocimientos. Dentro de un análisis propio, se entiende que el principal obstáculo no ha sido la redacción de cuerpos normativos propios adaptados a estas nuevas premisas, se exponía anteriormente que incluso los mismos organismos internacionales dan los lineamientos para la producción legislativa de las normas que se adapten a las nuevas necesidades sociales de estos estados. El problema es latente en el campo de la aplicación; las mismas bases de los estados se han modificado y han ampliado sus alcances, sus constituciones han reglamentado la protección de los derechos de los pueblos indígenas basándose en su autodeterminación; pero todos estos aspectos se han quedado en meros enunciados, porque en la práctica ejercer estos nuevos procedimientos legales ha representado el verdadero reto; esto quizá debido a lo costoso que resulta al ser humano mismo adaptarse a cosas que antes no conocía, o que no representaban importancia relevante.

Las normas existen, pero es la misma sociedad la que las hace carentes de una validez efectiva al momento de su aplicación; problema que debe solucionarse desde el manejo mismo del estado y de aquellos quienes administran su justicia. El profesor Fernando García Serrano, cita adecuadamente al Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen que definió todos estos procesos con la expresión “muchas reformas, pero pocos resultados”. *(Rojas, F., Schönbohm, H., García, F., Molina, R., Albarracín, W., Tibán, L., Padilla, G., Aranda, M., Rodríguez, E. 2011. Los Derechos*

*Individuales y los Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina. Ed, KAS).*

La respuesta más evidente para este estancamiento en la aplicación de la plurinacionalidad y del pluralismo jurídico dentro de estos estados, se encuentra en manos de los dirigentes de los mismos. Son ellos los responsables, porque así lo establece la norma, de brindar las condiciones necesarias para este desarrollo, si bien han impulsado las reformas legales y el reconocimiento de los pueblos indígenas, en países como Ecuador y Bolivia que enarbolan la bandera de estos cambios, sigue sin vislumbrarse una aplicación adecuada, que cumpla a cabalidad con los cuerpos normativos protectores que estos mismos países han adaptado con carácter de ley dentro de sus sistemas jurídicos.

Se encuentra entonces que existe una evidente superioridad de los derechos individuales establecidos antes de estos reconocimientos, por encima de los derechos colectivos que protegen a los pueblos indígenas. La responsabilidad recae entonces sobre los dirigentes de los estados y sobre los propios operadores de justicia de cada uno de ellos.

Es meritorio aclarar que esta responsabilidad es compartida en todos los órganos de los estados, se entiende así que en una primera instancia todos han cumplido con sus tareas, las bases han cambiado y se han sentado, las normas se han adaptado a la nueva realidad jurídica de los estados, pero el proceso ha detenido su maquinaria de funcionamiento en este punto. El órgano ejecutivo no brinda las condiciones que debería para el correcto desarrollo de los sistemas de justicia indígena que protegen a los pueblos que les han dado vida, el órgano legislativo que en la primera etapa ha cumplido con los cambios normativos, ha dejado inconclusa su tarea, dotándola simplemente de un carácter muy general provisto de muchas lagunas jurídicas que facilitan el estancamiento de estos engranes; no se ha ocupado de sancionar leyes que se adapten a los caracteres más específicos para la coordinación de estos dos sistemas jurídicos; y finalmente, un punto sumamente importante versa en que los jueces y los magistrados, los operadores de justicia, no han adaptado su trabajo a este nuevo ordenamiento jurídico. Poco se ve de la aplicación y de la interpretación de los principios de los pueblos indígenas que deberían ser tomados en cuenta, el trabajo, que se ha adaptado a una especie de mecánica sigue siendo el mismo de hace años, en la mayoría de los casos.

Si se analizaran casos específicos de los diferentes estados que se han adaptado al pluralismo jurídico, se va a encontrar que en la mayoría de las ocasiones pocas son las veces que la justicia falla en favor de los pueblos indígenas, mismos a los que un sin número de veces se somete al ordenamiento jurídico ordinario violando así su derecho a la libre determinación. Se encuentra por otra parte, que en algunos casos los estados no han respetado ni siquiera lo concerniente al manejo de sus tierras, que como se había mencionado antes, representa un aspecto sumamente fundamental para el vivir bien de estos pueblos y naciones indígenas. Resulta hilarante entonces que quizá se cuenten más retrocesos que avances en la aplicación de una norma que se encuentra ya sancionada y supuestamente, en plena vigencia.

Cumplido está el adagio que sanciona “la norma se aprueba, pero no se cumple”. Esto ha producido que se brinden mayores facilidades o se protejan de mejor manera los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran de cierta forma sojuzgados a los intereses de la clase dominante que maneja los estados. Se cumplen con ciertas atribuciones vanas, que bien podrían definirse como limosnas disfrazadas de medidas protectoras para el bienestar y el correcto cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas; pero si algo atenta contra la comodidad y la acostumbrada forma de manejo, obviamente será rechazado y aumentará más aún el caudal de este estancamiento.

Si se observa con mayor detenimiento, se encuentra de que estos estados muchas veces, han ido sancionando normas que protejan a los pueblos indígenas de manera muy esporádica y como fruto de mucha insistencia. Nace entonces una nueva lucha, dentro de la lucha que ya había sido alcanzada; la de dar movilidad, la de conseguir la aplicación de lo que con mucho esfuerzo ya se encuentra sancionado en la norma. Un claro ejemplo de esto es la Ley contra el Racismo y Toda forma de Discriminación, que ha sido sancionada en muchos de estos países. Leyes como esta representan un avance dentro de las legislaciones, porque van ejerciendo de forma más efectiva la protección a los pueblos indígenas y facilitan el entorno jurídico para que estos se puedan desenvolver dentro de las condiciones que se han estipulado desde el principio.

En lo concerniente a la limitación normativa que debe existir, se tiene que la mayoría de las legislaciones establecen estas dentro de sus cuerpos legales, ya sea constitucionales o cuerpos normativos específicos sancionados para este efecto, como en el caso de Bolivia la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Independientemente de la forma en la que se haya legislado, los organismos internacionales ya demarcan una línea para una correcta coordinación de ambos sistemas; los países que se reconocen pluralistas solamente deben adaptarse a este nuevo enfoque y reinterpretar sus normas bajo este nuevo lente.

Como se menciona en el párrafo anterior, la mayoría de los derechos que se han legislado dentro de estos países a favor de los pueblos indígenas, son derechos que ya se encontraban establecidos en el marco normativo internacional, la mayor parte de ellos contenidos en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. La labor de los países es adoptar estos cuerpos normativos y encontrar los mecanismos para ejercerlos de manera eficiente; ahora bien, debe tomarse en cuenta que la mayoría los ha adoptado dentro de sus normas supremas o elevando el contenido de los derechos de esta declaración a rango de ley dentro de sus legislaciones internas.

La parte central de este punto de la investigación se basa en el entendimiento de que, si bien la mayor parte de los países que se han reconocido mediante reformas constitucionales como pluralistas, también han reconocido que sus pueblos indígenas poseen sistemas de justicia independientes, en la mayoría de los casos han catalogado estos sistemas como “especiales” manteniendo la idea de que solamente deben aplicarse cuando se trata de asuntos en los cuales los sujetos de la relación jurídica sean miembros o pertenezcan a las comunidades indígenas.

Cobran entonces validez solamente en lo que atañe a los pueblos indígenas y esta validez se pierde porque en la mayoría de los casos estos sistemas especiales son absorbidos por el sistema de justicia ordinaria. Analizando de forma más profunda la normativa internacional, esta da a entender desde el primer momento que la intención de que se provea de independencia y validez al sistema de justicia indígena y al derecho consuetudinario no es esa, la intención ha sido siempre que las legislaciones de estos países reconozcan estos sistemas de justicia con el mismo valor y la misma eficacia que el sistema de justicia ordinario, que los pongan en un mismo nivel donde ninguno tenga que estar subordinado al otro; la intención siempre ha sido llegar a un punto de coordinación, donde ambos sistemas se complementen y se fortalezcan mutuamente para dar solidez a las normas jurídicas que han adaptado países como Ecuador y Bolivia, y que tienen latente el reto de hacer que sus sistemas, que son considerados novedosos, funcionen de manera efectiva.

Otro aspecto que ha aportado en gran medida a que la justicia indígena se convierta en protectora de los pueblos indígenas, es el hecho de que con su sanción y el momento que se le ha dotado de validez, los países se han visto en la necesidad de acoplar sus principios constitucionales más básicos a la existencia de este nuevo sistema de justicia. Se debe tomar en cuenta entonces que, en las premisas constitucionales más básicas como el debido proceso, o en la imposibilidad de ser juzgado más de una vez por la misma causa, entre otros, entra ya lo que puede llegar a sancionar el sistema de justicia de los pueblos indígenas. Se ha establecido ampliamente que, al encontrarse en paridad con los sistemas de justicia ordinaria, o al menos en teoría, sus resoluciones están dotadas de total validez, por lo cual deben ser tomadas en cuenta en caso de existir algún tipo de conflicto de competencias o de jurisdicción; la justicia ordinaria no puede volver a juzgar lo que ya ha pasado por el sistema de justicia de los pueblos indígenas y ha sido resuelto dentro del marco de sus competencias.

Para finalizar el análisis de este punto, cabe recalcar que la justicia indígena se ha convertido en protectora de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas desde el momento mismo en la que esta ha alcanzado reconocimiento. No se habla de que tenga una aplicabilidad adecuada, ni de que su efectividad se haya alcanzado plenamente, pero en el momento en el que se ha reconocido este derecho a los pueblos indígenas, en el momento en el que estos han adquirido conciencia de la validez de su propio sistema de normas, ya se han protegido; porque es un desafío permanente, pero ya existe y no se va a volver a quedar atrás. El profesor Fernando García Serrano *et ál.* (2011), en su análisis de la protección de la justicia indígena en los pueblos del Ecuador, señala y recuerda que el derecho no puede ser regresivo, sino más bien progresivo. (Rojas, F., Schönbohm, H., García, F., Molina, R., Albarracín, W., Tibán, L., Padilla, G., Aranda, M., Rodríguez, E. 2011. *Los Derechos Individuales y los Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. Ed, KAS).

Este punto de la investigación encaja perfectamente con una de las principales teorías del derecho como es la Teoría de los Derechos Adquiridos. Los pueblos indígenas ya han adquirido derechos fundamentales, han adquirido su libre identificación cultural y el derecho de validar sus

sistemas jurídicos propios, que por más de que estén en el camino de ejercerse con plenitud ya están ahí, no pueden volver a perderlos y el horizonte solamente apunta a desarrollarlos y alcanzar la tan ansiada coordinación.

## **1.6. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL.**

Mucho se ha hablado ya de todos los procesos históricos y de las luchas permanentes por los que los pueblos indígenas han tenido que atravesar para alcanzar el reconocimiento de sus derechos dentro del marco de las normativas internacionales. Ahora bien, la mayoría de los países de América Latina que conservan aún sus pueblos y comunidades indígenas, porque existen muchos otros donde han sido exterminados casi por completo en la época de la colonia; se han visto en la constante lucha entre las reformas constitucionales de sus normas bases y las vulneraciones permanentes de los derechos de los pueblos indígenas que hasta hace poco han reconocido. Es necesario entonces, hacer una especie de lista en la que se puedan nombrar los cuerpos normativos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta su importancia y a grandes rasgos sus contenidos, pues ahondar en los mismos sería meritorio de una investigación propia, amplia y específica. Es el profesor Waldo Albarracín el que da una orientación para enlistar estas normas internacionales de la siguiente manera. (*Albarracín, 2011*).

### **1.6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos existe un punto específico que hace referencia a la comprensión, la tolerancia y la amistad entre *todas las naciones*, dicha declaración se consagra como el primer paso para que los pueblos indígenas comiencen a adquirir derechos, más allá de que estos sean en su calidad de colectivos, sino más bien como personas individuales. Adquieren sus derechos fundamentales que como ya se ha desarrollado anteriormente los protege tomando en cuenta la permanente situación de vulnerabilidad en la que se han encontrado por años y en la que aún permanecen.

Los Derechos Humanos centran su protección en las personas como tales, sin distinción alguna, se entiende entonces que los miembros de las comunidades indígenas gozan de estos derechos, de sus derechos fundamentales sin que su condición de indígenas signifique una disminución en estos derechos. Los estados se comprometen a brindarles la protección necesaria en total igualdad de condiciones.

Esta Declaración que fue promulgada por la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, tardó varios años aún en tomarse en cuenta de manera plena dentro de las legislaciones internas de los países. Bolivia es uno de los ejemplos más claros de lo afirmado, esto debido a que a pesar de que esta declaración data del año 1948, no fue hasta la Revolución de 1952 donde se comenzaron a reconocer algunos derechos a los indígenas, incluyendo ejercer sus derechos políticos y el derecho a sus tierras de las que habían sido desplazados continuamente. Se puede decir que incluso hasta hoy, gran parte de las sociedades conserva una

idea separatista y vulnera constantemente los Derechos Humanos de muchos miembros de comunidades indígenas.

La Declaración de Derechos Humanos, habría de brindar protección a los pueblos indígenas, no solamente a sus miembros en cuanto personas, sino también que, al formar parte de la Carta de los Derechos Humanos, llega a brindarles protección en lo que concierne a sus derechos de segunda generación, es decir en sus derechos colectivos. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales son los que forman parte de la mencionada carta de Derechos Humanos. El primero es el que va a proteger a los miembros de las comunidades en su calidad de personas, como ya se ha venido mencionando y el segundo es el que se va a encargar de proteger lo concerniente a los derechos colectivos.

### **1.6.2. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales fueron promulgados en año 1966, pero no entraron en vigencia sino hasta diez años después. Estos pactos fortalecieron en gran medida la protección de los derechos de los pueblos indígenas porque si bien ya habían adquirido derechos fundamentales, muchos de ellos se consagraron con estos como sucede con el derecho a la educación y el derecho a la cultura. Fortalecieron el derecho de autodeterminación cultural, y al hacer esto también fortalecieron la autodeterminación de los pueblos, conllevando así también su libre manejo para su desarrollo económico y social.

Cobra sumo grado de importancia el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, debido a que brinda protección y consagra el derecho de los pueblos para disponer de sus riquezas y de sus tierras, esto claro está, comprometiéndolos a que este manejo no deje de lado la cooperación económica internacional tomando en cuenta siempre el beneficio recíproco. Establece además la obligación para los estados que albergan a estos pueblos indígenas, de brindarles los medios necesarios para su desarrollo y el de sus instituciones sin que esto perjudique el derecho que ellos tienen de autodeterminación.

### **1.6.3. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.**

El contexto en el que surgen los primeros Convenios de la Organización Internacional del Trabajo va a jugar un rol fundamental e importante de analizar; esto debido a que, en 1957, año en el que se promulga el primer convenio de esta organización referente a los pueblos indígenas, se consideraba que los mismos eran sociedades atrasadas del resto y fruto de ese atraso eran también sociedades excluidas. Estos motivos convertían el principal interés en adaptar estas sociedades a las mayoritarias que existían dentro de los estados, acoplarlas a las mismas y someterlas a un proceso de asimilación cultural para crear una suerte de hegemonía social que permita a todos estar bajo el amparo de un derecho dominado por el monismo jurídico. A pesar de ello el primer Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas, favorece a estos en lo referente al derecho a sus tierras, al derecho a la educación y al

trabajo, resaltando que en la mayoría de los países los pueblos indígenas se mantenían hasta esa fecha en condiciones laborales análogas a la esclavitud.

Si se tiene un punto de vista sesgado sobre la comprensión de los pueblos indígenas, difícilmente se va a poder avanzar en la legislación de sus derechos; es la participación de los propios miembros de estas comunidades en los foros internacionales, la que va a hacer cambiar paulatinamente este pensamiento y va a empapar a los legisladores del conocimiento de la realidad, de las verdaderas condiciones en las que se encuentran y de las necesidades concretas que tienen. Esta misma participación va a ser fundamental para dar a luz a uno de los Convenios más importantes sobre pueblos indígenas.

Treinta años después de la promulgación del Convenio 107, este es sometido a revisión en amplios foros internacionales que contaron con la participación de un gran número de representantes de diferentes pueblos indígenas, estos foros tuvieron como epicentro un sin número de debates pero que en esta ocasión tenían en la mesa plasmados los problemas reales de las comunidades indígenas, que habían sido llevados ahí por sus voceros, situación que facilitó enormemente la legislación de un convenio que se encontrara ahora sí, acorde a una protección idónea de los pueblos.

Después de dos años de debates, va a ver la luz el año 1989 el Convenio 169 de la OIT, mismo que va a reivindicar los derechos de los pueblos indígenas referentes principalmente a la autoidentificación, a la auto regulación y al autogobierno. Uno de los aportes más significativos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, que establece este convenio es la Consulta Previa. Determina en su artículo 6 que todos los pueblos deben ser consultados previamente a realizarse medidas administrativas o legislativas que conciernan a ellos o dentro de las cuales se encuentren porcentualmente afectados. Aspecto más resaltante aún es que esta consulta debe ser realizada por los estados siguiendo mecanismos que se adapten a las costumbres de los pueblos indígenas y bajo sus propias formas de consulta, ya sean representativas o totalitarias.

Muchos son los derechos que se consagran con el Convenio 169 de la OIT, entre los más resaltantes se pueden citar el derecho a la preservación de las tierras de las comunidades indígenas, a sus cosmovisiones, a la salud, a la seguridad social, al acceso a fuentes laborales en condiciones dignas, al ejercicio de su derecho consuetudinario, a la educación proporcionada por el Estado para sus miembros en todos los niveles, a la preservación de su cultura. Se estipula además que estos pueblos no podrán ser trasladados de sus tierras, rompiendo así con una larga cadena de años de despojos sufridos por estas comunidades y fortaleciendo la independencia en el manejo de su economía basada en el uso tradicional de sus propios sistemas.

Lo anteriormente expuesto y que ha sido sujeto de análisis, se resume en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que reza:

*“Artículo 15.-*

1. *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.*
2. *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre 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”. (Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Art. 15. 27 de junio de 1989).*

Clara está la importancia que posee el Convenio 169 de la OIT en lo que concierne a la protección de los pueblos indígenas, esto quizá porque responde de manera efectiva a sus necesidades, fruto de que dentro de su legislación se ha tomado en cuenta a los actores principales sobre los que iba a versar este convenio. Para finalizar es necesario hacer hincapié en que el mencionado convenio forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo uno de sus brazos más importantes en lo que a la protección de los pueblos indígenas se refiere. Los países que se encuentran adscritos a estos convenios y que los ratifican hacen que todos los derechos y obligaciones que se encuentran en los mismos adquieran carácter vinculante y obligatorio dentro de los cuerpos normativos de estos estados.

#### **1.6.4. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

El artículo 1 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución No. 61/295 establece:

*“Artículo 1.- Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art.1. 7 de noviembre de 2007).*

Desde el primer momento se comprende que se tiene en frente un instrumento normativo más que va a fortalecer la protección de los derechos de los pueblos indígenas en los campos más necesarios que ya anteriormente se ha resaltado, entiéndase a la cultura, a la libre identificación, a la libre determinación, a sus tierras, etc. Lo resaltante de esta Declaración se encuentra en las prohibiciones que realiza con miras de hacer mucho más efectiva esta protección. Si bien se va observando que son varios los cuerpos normativos internacionales que se van a encargar de

regular la protección de los derechos de los pueblos indígenas, muchas veces esta protección no se hace eficaz y los estados no cuentan con los organismos adecuados para brindarles esta eficacia, o no se encuentran preparados para hacerlo de forma correcta. Esto debido a que, como se ha mencionado antes, debe existir un cambio estructural que propugne la implementación de estos derechos. Al establecerse prohibiciones se hacen evidentes las obligaciones que adquieren los estados que ratifican estas declaraciones. Quizá es mucho más fácil darle movimiento a una maquinaria que trae implícita una obligación de no hacer, que trae prohibiciones: que respetar estipulados que se quedan simplemente en la teorización.

Así es que las prohibiciones que contiene esta declaración, de cierta forma facilitan el respeto a los derechos que se les había otorgado a los pueblos indígenas en los cuerpos normativos anteriores. Se prohíbe principalmente someter nuevamente a los pueblos indígenas y forzarlos a asimilar una cultura que ellos no reconocen como propia, se prohíbe atentar contra su derecho de libre identificación. Se prohíbe también todo lo referente al desplazo de sus tierras, a trasladarlos de sus comunidades y se prohíbe cualquier forma que incite al odio y a la discriminación contra estos pueblos. Este cuerpo normativo fortalece aún más a sus predecesores, haciendo referencia también a la obligatoriedad por parte de los estados de precautelar por el desarrollo adecuado de las comunidades indígenas dentro de sus tierras, bajo sus principios y cosmovisiones y aplicando su propio derecho consuetudinario.

Si bien no se está frente a un convenio que posea carácter vinculante y obligatorio, se está frente a una declaración de la misma índole y lanzada por el mismo organismo propulsor de la Declaración de los Derechos Humanos; la Organización de Naciones Unidas. Los estados han tomado en cuenta el contenido de esta declaración de manera casi unánime como las bases de sus normas supremas y de todos sus derechos fundamentales, entonces tiene la misma importancia la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas para ser tomada en cuenta dentro de sus ordenamientos jurídicos. Ahora bien, existen países que han adoptado esta declaración y la han elevado a rango de ley, otorgándole de esta forma mayor eficacia y ese carácter vinculante y obligatorio; como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia que lo ha dotado además de aplicación prioritaria frente a las demás normas conforme lo demanda su bloque de constitucionalidad.

#### **1.6.5. Declaraciones contra el Etnocidio.**

Para facilitar el entendimiento de este punto en lo que concierne a las declaraciones en contra del etnocidio, se va a tomar como ejemplo al Estado Plurinacional de Bolivia. Se ha explicado ya, que los derechos fundamentales y todos los cuerpos normativos que están compuestos por estos, están orientados a proteger a aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Se entiende entonces que se encuentran en esta vulnerabilidad aquellos pueblos indígenas que han sido reducidos en el transcurso del tiempo por procesos etnocidas, como por ejemplo la colonia, y que actualmente se encuentran en situaciones muy precarias. Dentro de cada Estado se puede encontrar diversos pueblos con estas características, que representan una porción mínima de la

población, pero que, si se aglomeran, entonces llegan a representar una significativa proporción de las sociedades.

Un claro ejemplo de esto se da en el Estado Plurinacional de Bolivia, en donde existen 36 pueblos y naciones indígenas originarias reconocidas, muchas de las cuales son conformadas por poblaciones que no superan los 200 miembros; ahí es donde corre evidente peligro la transmisión de sus saberes ancestrales y de su cultura, sumando a esto el hecho de que persisten de forma sutil los intentos de implementar en calidad de superiores las costumbres de las sociedades con influencias no propias de los pueblos indígenas. Todos estos pueblos indígenas aglomerados en conjunto representan importante población de este país. Los albores de la historia hacen conocer que antes existían más naciones y pueblos indígenas en territorios como el boliviano, pero cuyas costumbres y tradiciones han sido paulatinamente exterminadas a lo largo de la historia y por carecer de derechos que les brinden las condiciones de vida que necesitaban para su subsistencia. Es evidente que las poblaciones indígenas que han sobrevivido al etnocidio se han visto mermadas en mucho más de la mitad de sus componentes y han perdido gran parte de su legado cultural.

Esto coloca en una situación de permanente vulnerabilidad a los pueblos indígenas, y determina que debe ser preocupación fundamental del estado precautelar por el pleno ejercicio de sus derechos que les brinde la cobertura de sus necesidades básicas para subsistir y para que permanezcan sus saberes ancestrales, sus cosmovisiones y sus culturas; para que se desarrollen bajo la regulación de sus propias instituciones. Con esta evidente problemática, muchos son los cuerpos normativos internacionales que prohíben el etnocidio y que establecen regulaciones en contra de este.

#### **1.6.6. Declaración de San José.**

Una de las declaraciones que habla sobre el etnocidio es la Declaración de San José, que establece: *“El etnocidio significa que, a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respecto de su identidad cultural”*. (Declaración de San José sobre Etnodesarrollo y Etnocidio en América Latina. Diciembre de 1981).

#### **1.6.7. Declaración de Barbados I.**

La Declaración de Barbados de la misma manera, establece y refuerza los derechos de los que gozan los pueblos indígenas, haciendo hincapié de forma más evidente en su auto regulación y en todo lo que esta conlleva para el desarrollo adecuado bajo sus propios sistemas administrativos, económicos y jurídicos. Establece además que, los derechos de las comunidades indígenas representan ahora una figura fundamental en el avance legislativo y en la jurisprudencia de los diferentes países, debido a que han servido para aportar una nueva visión de lo que antes se tenía y conllevan nuevas propuestas, diferentes a los tradicionales mecanismos de manejo de los estados.

*“Reafirmamos aquí el derecho que tienen las poblaciones indígenas, de experimentar sus propios esquemas de auto gobierno, desarrollo y defensa, sin que estas experiencias tengan que adaptarse o someterse a los esquemas económicos y sociopolíticos que predominen en un determinado momento. La transformación de la sociedad nacional es imposible si esas poblaciones no sienten que tienen en sus manos la creación de su propio destino. Además, en la afirmación de su especificidad sociocultural las poblaciones indígenas, a pesar de su pequeña magnitud numérica, están presentando claramente vías alternativas a los caminos ya transitados por la sociedad nacional”.* (Declaración de Barbados I Por la Liberación del Indígena. 1971).

Estos son los principales cuerpos normativos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas. Frente a ellos surge una cuestionante que tiene como base el porcentaje poblacional que representan los pueblos indígenas dentro de los estados, principalmente dentro de los latinoamericanos. Descriptivamente la conclusión puede variar de un país a otro, pues existen países donde lastimosamente el exterminio de sus pueblos indígenas ha sido casi completo, ahí podemos encontrar los casos de Argentina, Chile, Brasil entre otros, donde los datos de los censos poblacionales muestran que sus pueblos indígenas no alcanzan ni al 10% de su población. La contraparte de estos países son estados como Ecuador o Bolivia, donde es notoria la prominencia de sus pueblos indígenas y donde la mayoría de sus habitantes pueden identificarse con estos pueblos o reconocer sus raíces en uno.

Indistintamente del porcentaje poblacional que representen las comunidades indígenas, los derechos humanos que se consagran en todas las normas de derecho internacional, protegen a los miembros de las comunidades indígenas como personas en cuanto tales; y las declaraciones y convenios internacionales que protegen a los pueblos indígenas son de cumplimiento obligatorio para los estados, de la misma forma que los derechos humanos, pues componen el mismo órgano normativo por más de que sean de otra generación. Además de que todos estos adquieren carácter obligatorio y vinculante en el momento en el que los estados de adscriben a los convenios o elevan estas normativas a rango de ley, dándoles prioridad y facilitando en cumplimiento de sus estipulaciones.

## **1.7. PRINCIPIOS BASE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

Si bien los principios sobre los que han sentado su base los Derechos Humanos están determinados y especificados desde el mismo momento de su creación; es necesario también tomar en cuenta otros principios que se vuelven indispensables para el respeto de los Derechos Humanos de las comunidades indígenas, pues en base a estos se fortalece su cumplimiento y su correcto ejercicio.

### **1.7.1. Principio de No Discriminación.**

Si bien son objeto de estudio los países que han reconocido la existencia de sus pueblos indígenas y que han transitado reformas constitucionales, no se pueden dejar de lado aquellos

países que aún no reconocen la existencia de estos pueblos y dentro de los cuales existen continuas violaciones a sus derechos. En países como estos, donde las mismas poblaciones indígenas son sumamente pequeñas, se encuentra que estas muchas veces no gozan siquiera de su reconocimiento de ciudadanía, por lo cual se les son coartados muchos derechos fundamentales que vienen adscritos a esta; se mantiene la idea de que deben adherirse a las costumbres y tradiciones del resto de la sociedad y no se brindan las protecciones adecuadas para preservar sus culturas.

Pero, aún en países donde si existe este reconocimiento como son Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela, Guatemala, se encuentra que las costumbres sociales tienen mucho peso a la hora del cumplimiento de las normas sociales, existe enraizado profundamente el racismo que se ha implementado de forma histórica y que pretende hacer ver a los indígenas como inferiores, más aún a las mujeres. Aún en estos países los datos de análisis arrojan resultados que evidencian que, si bien los pueblos indígenas ya son discriminados en cuanto tales, lo son muchísimo más aún las mujeres y los niños que forman parte de estos, debido a que sus oportunidades laborales son evidentemente desproporcionadas con el resto de la población, sus ingresos son menores, tienen menor acceso a la educación y lo que es más alarmante aún es que tienen menos acceso a los servicios básicos como la salud.

Los datos sobre esta problemática que obtienen las organizaciones internacionales están lejos de ser exactos y es que deberían ser los mismos estados los encargados de analizar estos problemas y buscar las políticas públicas adecuadas para darles la más pronta solución. Los problemas de los países en el cuidado de sus pueblos indígenas, se reflejan incluso al momento mismo de elegir a sus gobernantes, pues son pocos los países que tienen dentro de sus esferas de mando personas que se identifiquen de origen indígena. Obviamente hay marcadas excepciones como el Estado Plurinacional de Bolivia, en donde el mandato más largo de la historia de su gobierno estuvo en manos de su primer presidente de origen indígena y en donde además se ha regulado constitucionalmente que todos sus órganos de gobierno deben estar compuestos en base a una paridad de sexo y a una representación equitativa de los pueblos indígenas.

Se había plasmado anteriormente la premisa de que los derechos por más de que sean promulgados, muchas veces no alcanzan un cumplimiento óptimo ni una protección adecuada, a no ser que exista un mecanismo de coerción que sancione sus transgresiones. Es así que la mayoría de los países, a pesar de tener incluso a nivel constitucional la protección de las identidades culturales de sus pueblos indígenas, han sancionado normas complementarias destinadas a la sanción del racismo que transgrede estos derechos. En Bolivia, por ejemplo, se ha sancionado una ley contra el racismo y toda forma de discriminación que ha tipificado dentro de su cuerpo normativo penal, como delito todas aquellas conductas que incurran en racismo y discriminación, transgrediendo no solamente los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, sino de las de todas las bolivianas y bolivianos. Esta clase de acciones concretas por parte de los estados facilitan el avance del mecanismo de la protección e inclusión de los pueblos indígenas.

### **1.7.2. Principio de Igualdad.**

Todos los convenios y declaraciones analizados con anterioridad evidencian que, según la normativa internacional, los pueblos indígenas son totalmente beneficiados por los derechos humanos y todos los reglamentos específicos que sobre ellos atañen, esto por el mismo hecho de su calidad de seres humanos. Se establece que se encuentran en una situación de igualdad frente a cualquier otro tipo de personas.

En la práctica esta premisa no siempre tiene un cumplimiento adecuado y esto está fuertemente ligado al punto anterior de la discriminación. Existe una tendencia histórica a considerar a los pueblos indígenas y a sus miembros como inferiores, especialmente a las mujeres, poniéndolos de esta forma en una situación de evidente desigualdad; son nuevamente los estados los encargados de generar políticas públicas o normativas que generen un equilibrio para lograr equiparar las oportunidades de estos pueblos con las del resto de la sociedad. Por demás está aclarar que se establece en la norma que estos pueblos tienen el derecho de beneficiarse de cualquiera de las medidas de los estados en beneficio de la sociedad en iguales condiciones.

### **1.7.3. Principio de Igualdad de Género.**

Analizar este principio es sumamente importante, porque este versa sobre uno de los problemas más evidentes dentro del correcto cumplimiento de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Hay que recordar que, dentro de las cosmovisiones de la mayoría de los pueblos indígenas, o al menos dentro de los que se han delimitado para el estudio de la presente investigación, es esencial la idea de la complementariedad entre hombre y mujer, a tal punto que no se comprende un desarrollo social dentro de las comunidades sin que exista una participación activa de estas dos figuras en igual importancia.

Sin embargo, cuando se está frente a un análisis del comportamiento de la sociedad actual, es evidente la idea patriarcal y machista sobre la que esta se desenvuelve y con bases específicas se puede asegurar que esto responde más que nada a una influencia de costumbres euro centristas, porque los pueblos indígenas si establecían la importancia de la figura femenina, una importancia vital para el desarrollo de todo, a tal punto que varias de sus deidades más importantes estaban dotadas de carácter femenino. Con este análisis se tiene una suma de características que van ahondando la discriminación. Existen en casos como estos las formas compuestas de discriminación, y de ello son víctimas las mujeres de los pueblos indígenas; ya no se habla simplemente de una discriminación por el solo hecho de ser indígenas, sino que se suma a este la discriminación por el hecho de ser mujeres, colocándolas en una situación de mayor inferioridad. Hay que sumar otras características que pueden aumentar más todavía este sesgo de discriminación, entiéndase por estos factores la edad, el nivel de formación, la religión, el estado matrimonial, entre otros.

Si se había establecido que una base de la protección de los derechos fundamentales era precautelar por aquellos que se encontraban en situaciones de vulnerabilidad y que los pueblos indígenas estaban de forma permanente en esta situación; surge ahora esta problemática en

donde las mujeres indígenas representan un sector vulnerado que está dentro de otro sector que ya se consideraba en situación de vulnerabilidad, parece crearse entonces diferentes niveles de esta vulnerabilidad que exigen de forma imperante que los estados tomen medidas efectivas para proteger a las mujeres en su generalidad; pero enfocarse también en la protección de las mujeres indígenas, precautelando que estas tengan iguales condiciones a las del resto de la sociedad y como consecuencia de esto puedan establecer una vida digna para sus propios núcleos familiares y por ende para sus comunidades.

Se ha pretendido realizar un análisis de las normativas internacionales específicas que regulan los derechos de los pueblos indígenas, cuáles son las bases en las que se sostienen y la forma en la que deben aplicarlas los estados para darles un correcto cumplimiento. En este punto y para finalizar lo referente a este análisis de norma internacional, es válido recalcar que los derechos fundamentales protegen a todos los miembros de las comunidades indígenas por su misma calidad de personas; pero cobran igual importancia las normas que protegen los derechos de estos pueblos como colectividades. Esto se entiende fácilmente si se basa en la óptica de que son los mismos pueblos indígenas los que no se definen de manera individual, sino siempre bajo la idea de comunidad, se ha hablado ya de que sus mismas cosmovisiones no los permiten comprender la vida fuera de una comunidad, ahí la importancia de proteger también sus derechos colectivos.

Toda la normativa internacional que refiere sobre los pueblos indígenas, protege sus derechos como colectividad, porque solamente de esta forma se puede garantizar una protección efectiva de sus derechos y un ambiente adecuado para que estos se desarrollen en base a sus costumbres. La protección de sus derechos colectivos, va a poner una barrera a la asimilación cultural forzada de la que siempre han sido víctimas los pueblos indígenas y va a permitir que sus culturas sobrevivan, que se reconstruyan y se fortalezcan.

Las normas de derecho internacional, han orientado sobre el hecho de que establecer y poner en práctica mecanismos para la protección de los pueblos indígenas en cuanto colectividades, no debe entrar en disonancia ni en contra posición del cumplimiento de sus derechos fundamentales en cuanto personas. Es el mismo derecho internacional el que establece ya en este punto la idea de coordinación pues expresa que ambos derechos que, aunque protejan ámbitos diferentes, están orientados hacia una misma perspectiva, por lo tanto, el resultado de la coordinación no puede ser otro que el de una mayor eficacia y un fortalecimiento de esta protección. Los objetivos de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos en lo que concierne a la protección de los pueblos indígenas son los mismos, por lo que responden al principio de integralidad de los derechos humanos.

### **1.8. LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.**

Se ha establecido con anterioridad que el Convenio 169 de la OIT es uno de los más importantes en lo que concierne al tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, este convenio que ha

sido ratificado en más de 20 países, incluyendo Bolivia, establece que los gobiernos deben asumir la responsabilidad de coordinar con los pueblos indígenas, en miras de proteger el libre ejercicio de sus derechos y de garantizar el desarrollo de una vida digna para estos pueblos.

Cabe recalcar que el Convenio 169 no define precisamente quienes son los pueblos indígenas pero si brinda un enfoque práctico delimitando características específicas de los pueblos que se deben proteger, entre ellas se puede encontrar sus estilos de vida tradicionales, su cultura y modo de vida que son diferentes a los otros sectores de la población nacional, que tengan una organización social e instituciones políticas propias y el que vivan en una comunidad histórica dentro de un área determinada. A esto se le puede sumar el hecho principal de la auto identificación de un conglomerado de personas que comparten características históricas y culturales, que viven en una comunidad que pretende preservar estas características.

Un punto específico e importante que contiene este convenio, versa sobre las “medidas especiales” que deben adoptar los estados para precautelar los derechos de los pueblos indígenas, se puede decir entonces que lo afirmado anteriormente cobra mucha más validez por la fuerza de este convenio; los estados están en la obligación de generar los mecanismos necesarios para la correcta protección de los derechos de los pueblos indígenas, sin que estos mecanismos se contrapongan en ningún momento a los deseos y necesidades de los mismos pueblos.

El epicentro de este convenio es la consulta y la participación que establece para los pueblos indígenas, puesto que regula que estos deben ser consultados antes de realizarse cualquier acción, administrativa o legislativa que comprometa sus intereses o sus territorios, tomando en cuenta que esta consulta debe ser bajo sus propios mecanismos. Además, les brinda la facultad participativa dentro de los procesos de desarrollo y formulación de políticas públicas. Todas estas medidas son adoptadas por los estados en la protección de sus pueblos indígenas, además de que cobra mucha más relevancia en la presente investigación, puesto que limita los alcances de la justicia indígena para que pueda existir la coordinación con el sistema ordinario de justicia.

## **CAPÍTULO VI.**

### **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIAS ENTRE JUSTICIAS: De la jurisdicción, las autonomías y las competencias.**

#### **1.1. JURISDICCIONES DEL ÓRGANO JUDICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: Sus Principios.**

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece para su administración la separación de poderes en cuatro órganos, tal como lo establece en su artículo 12.

*“Artículo 12.- I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos... III. Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 12. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

Como se observa en el artículo que se ha citado, es la misma constitución la que establece en su administración una separación de poderes y una independencia en las funciones de cada uno de ellos; pero al mismo tiempo establece que debe existir coordinación entre estos órganos, deben cooperar entre ellos para un correcto manejo del Estado. Recalca además que estas funciones no pueden subsumirse jamás en un solo órgano. A manera de análisis, es importante resaltar estas premisas que son como una suerte de premonición, porque demarcan los lineamientos que más adelante también han de seguir las jurisdicciones en las que se divide el órgano judicial, mismas que hacen eco en su manejo de lo que ya se señala en este artículo. La propia Constitución va a establecer las bases para el funcionamiento de cada uno de estos órganos, estando lo referente al órgano judicial del artículo 178 en adelante.

Ya se ha citado en el capítulo anterior al artículo 179, que es el que expresa que existen tres tipos de jurisdicciones dentro del órgano Judicial: la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental y la Jurisdicción Indígena Originario Campesina, especificando además cómo se ejerce cada una de ellas; además de la existencia de jurisdicciones especializadas.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012 de 24 de septiembre, va a brindar mayor claridad sobre este aspecto; en ella se expresa que, al fundarse el modelo de Estado en base al Pluralismo Jurídico, se deja de lado las ideas que fundamentaban el Estado Monista y se entiende que el orden jurídico imperante del Estado Boliviano está conformado por dos elementos:

1. La Constitución como primera fuente directa del derecho.
2. Las normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, también como fuente directa del derecho. (*SCP 1422/2012 de 24 de septiembre*).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, va a interpretar esto de manera en la que se utilice el concepto de inter legalidad, que va a significar que el sistema jurídico boliviano está compuesto por normas positivas y normas que no están estrictamente positivizadas; ambas deben complementarse. Esta misma sentencia constitucional va a interpretar que estas dos fuentes son independientes, pero que deben complementarse debido a que deben cumplir con las bases y los principios sobre los que se sustenta el estado: la interculturalidad y el pluralismo; especifica además que este mismo pluralismo y la inter legalidad que existe entre estas dos fuentes van a sustentar el principio de unidad jurisdiccional bajo el que debe manejarse el órgano Judicial. De esta manera es el Tribunal Constitucional el que establece que no existen saberes absolutos para aplicarse dentro del manejo del órgano Judicial, sino más por el contrario deben tomarse en cuenta todos los principios de las normas no positivizadas, así como de las que si lo están.

De lo analizado debe dejarse en claro que, la función judicial es única, pero dentro de ella existen diferentes jurisdicciones.

Ahora bien, es igual de importante mencionar cuáles son los principios sobre los que se basan las jurisdicciones del órgano Judicial, y estas se encuentran contempladas en el artículo 4 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional:

*“Artículo 4.- (Principios). Los principios que rigen la presente ley son:*

- a. **Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional.** El ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional.*
- b. **Relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la Madre Tierra.** Las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, o utilizado y asumen las responsabilidades para con las generaciones venideras. En el marco de sus cosmovisiones, las naciones y pueblos indígena originario campesinos mantienen una relación armoniosa, de complementariedad y respeto con la Madre Tierra.*

- c. **Diversidad cultural.** *La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales.*
- d. **Interpretación intercultural.** *Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional.*
- e. **Pluralismo Jurídico con igualdad jerárquica.** *Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía.*
- f. **Complementariedad.** *Implica la concurrencia de esfuerzos e iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente.*
- g. **Independencia.** *Ninguna autoridad de una jurisdicción podrá tener injerencia sobre otra.*
- h. **Equidad e igualdad de género.** *Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan, promueven protegen y garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a la justicia, el acceso a cargos o funciones, en la toma de decisiones, en el desarrollo del procedimiento de juzgamiento y la aplicación de sanciones.*
- i. **Igualdad de oportunidades.** *Todas las jurisdicciones garantizan que las niñas, niños y adolescentes, jóvenes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, tengan las mismas posibilidades de acceder al ejercicio de sus derechos sociales, económicos, civiles y políticos.*  
*(Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 4. 29 de diciembre de 2010).*

## **1.2. DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN ENTRE LAS JURISDICCIONES.**

Cuando se habla de que deben existir coordinación y cooperación entre las tres jurisdicciones del órgano Judicial, no se trata de un simple enunciado, sino más bien de una suerte de norma coercitiva debido a que el incumplimiento de estas premisas está sujeto a ser sancionado por procesos disciplinarios en el caso de la jurisdicción ordinaria y agroambiental; en caso de la jurisdicción indígena está sujeto a sanción bajo sus propios procedimientos. Así lo establece la Ley de Deslinde Jurisdiccional en su artículo 17; pero también detalla cuáles son los mecanismos para lograr esta coordinación, se entiende entonces que no se deja a interpretación propia de los operadores de justicia esta tarea; la ley los provee.

Todas las jurisdicciones deben poseer medios adecuados para lograr proveer a la sociedad de una forma de vida armónica y asegurar de forma efectiva la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas. Es una premisa fundamental que además aseguren un acceso a la justicia de manera pronta y oportuna. La ley establece además que los mecanismos para la

coordinación pueden ejecutarse de manera oral o escrita, siempre respetando las particularidades de cada una de las jurisdicciones.

En la norma se habla de dos términos específicos que vale la pena que sean diferenciados. Cuando se habla de coordinación se hace referencia a combinar medios para llevar a cabo una acción común, las jurisdicciones deben combinar medios y esfuerzos para lograr las premisas de armonía y respeto de los derechos que ya se han mencionado; entonces la norma establece los siguientes mecanismos de coordinación entre las jurisdicciones:

*“Artículo 14.- (Mecanismos de Coordinación). La coordinación entre las autoridades de las diferentes jurisdicciones podrá ser mediante el:*

- a. Establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas.*
- b. Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones.*
- c. Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos.*
- d. Otros mecanismos de coordinación que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley”.*

*(Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 14. 29 de diciembre de 2010).*

El segundo término sobre el que se hace referencia es la cooperación; se entiende por cooperación a las acciones o esfuerzos conjuntos para conseguir un determinado resultado.

Sin ningún cambio en el lineamiento sencillo que da la definición de la palabra misma, la norma establece que las jurisdicciones deben cooperarse para poder alcanzar la realización de sus fines y objetivos; para esto también brinda mecanismos específicos:

*“Artículo 16.- (Mecanismos de cooperación). Los mecanismos de cooperación se desarrollarán en condiciones de equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad y gratuidad.*

*Son mecanismos de cooperación:*

- a. Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten.*
- b. Las autoridades de la jurisdicción indígena originario campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas.*

- c. *La remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre las jurisdicciones indígena originario campesina y las demás jurisdicciones.*
- d. *Otros mecanismos de cooperación que puedan emerger en función de la aplicación de la presente ley”.*  
(Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 16. 29 de diciembre de 2010).

### **1.3. DEL CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS JURISDICCIONES.**

Es la misma Constitución Política del Estado, la que establece que la justicia indígena es anterior a la justicia ordinaria; esto debido a que, si bien la justicia ordinaria fue la primera en adoptarse con la conformación de la República, la justicia indígena ya se practicaba con mayor anterioridad en estos territorios. Esta premisa es la que va a determinar que se establezca que entre ambas debe existir una relación dinámica de coordinación y cooperación, pero fundamentalmente de no paternalismo. Este análisis puede comprenderse nuevamente desde un contexto histórico social; el transcurso del tiempo ha determinado que la cultura heredada de los conquistadores trate siempre a las culturas indígenas con una amplia superioridad. Esto se evidencia desde las connotaciones más simples, desde tomar en cuenta que se trataba a los indígenas como animales de carga, pasando por evidenciar incluso en los mismos discursos de los políticos que pretendían simpatizar con las masas indígenas llamándolos “hijos”, un claro ejemplo de lo expresado es Juan Lechín, quien a pesar de ser un dirigente sindicalista trataba a los indígenas bajo este término, y no fue el único. Se evidencia entonces con este ejemplo sencillo que desde todo ámbito se ha pretendido tratar lo indígena con ese carácter paternalista cargado de superioridad; el derecho indígena no fue ajeno a esto.

Cuando se presenta un conflicto de competencias, la Constitución establece que es el Tribunal Constitucional el que se debe encargar de dirimir el mismo; ante un conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena, agroambiental u ordinaria debe acudir al Tribunal Constitucional. Ahondando un poco más en este procedimiento, se tiene que cuando se presenta el conflicto, la autoridad que considere que su competencia está siendo usurpada, debe acudir ante la jurisdicción que está usurpando competencias y pedirle que se aparte de su conocimiento; en caso de que la autoridad que ha sido solicitada rechace la petición o esta no sea contestada en los siete días siguientes; la autoridad solicitante podrá acudir ante el Tribunal Constitucional solicitando su intervención; así lo establece el Código de Procedimiento Constitucional.

*“Artículo 112.- (Procedimiento Previo).*

*I. La autoridad que reclame una competencia a la otra jurisdicción solicitará que esta última se aparte de su conocimiento.*

*II. Si la autoridad requerida rechaza la solicitud o no se manifiesta en el plazo de los siete días subsiguientes, a partir de la petición de la autoridad demandante, esta se encontrará facultada para plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional”.*(Código Procesal Constitucional. CPC. Ley de 5 de julio de 2012).

El citado artículo, deja entrever que aún en estas instancias donde se presenta un conflicto de competencias, deben primar los principios de coordinación y cooperación, esto debido a que la norma pone en primera instancia la resolución de forma interna por las jurisdicciones que se encuentran en conflicto, esperando que en miras de proporcionar un acceso oportuno a la justicia estas coadyuven entre sí; se podría decir que acudir ante el Tribunal Constitucional nuevamente es de última ratio y existe una especie de subsidiariedad que debe agotarse para poder poner en marcha este mecanismo.

## **2. JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA: Enfoque, vigencia y prácticas.**

### **2.1. AUTOGIBIERNOS INDÍGENAS: Lo que es necesario comprender.**

Hay que remarcar que es la Constitución Política del Estado la que establece dentro de sus principios la libre determinación y el autogobierno, haciendo referencia a la administración de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; principios que son congruentes para asegurar la protección de los derechos individuales y colectivos de estos pueblos. Ahora bien, este punto de análisis no es indiferente al problema que se ha presentado en todos los demás, existe el reconocimiento y constitucional, después de tantos años el problema se sigue centrando en la aplicación de este reconocimiento.

El autogobierno indígena expresado en sus autonomías cobra importancia desde el momento mismo del nacimiento del nuevo Estado, debido a que este en su nombre reza “plurinacional”, sin el reconocimiento de las autonomías indígenas difícilmente se podría hablar de un Estado Plurinacional, y todos los conceptos que acompañan a este, como la interculturalidad o el pluralismo jurídico, serían desechados. Este análisis es de doble sentido y se complementa, porque de la misma forma que no se entiende la plurinacionalidad del Estado sin las autonomías indígenas; no se entiende el reconocimiento, la protección y el ejercicio de estas autonomías indígenas, sin la existencia de un estado que se considere plurinacional. Es una complementariedad de dos elementos que necesariamente deben existir para entenderse.

Existen ambos elementos, existe la complementariedad, pero la ejecución de este proceso se ha frenado porque no se aplica de forma adecuada el ejercicio de estas autonomías indígenas; nuevamente las bases están sentadas, pero se ha frenado el desarrollo. Aunque este proceso se haya detenido las autonomías indígenas ya se han reconocido y están en la conciencia de los pueblos que de ellas tendrían que beneficiarse, existe la expectativa del cumplimiento a cabalidad de un derecho que ya se conoce, que ya se ha adquirido.

El debate de las autonomías indígenas es un camino largo y sinuoso que sin lugar a dudas es merecedor de análisis y estudio particulares; pero para complementar a la presente investigación se lo desarrollará de forma muy superficial. Está claro que existen corrientes a favor y en contra de las autonomías; evidentemente las corrientes que las respaldan vienen con discursos que

presentan pocos cambios con el transcurso de los años y que todos aseguran que es un proceso que cada vez se encuentra más consolidado. Por otro lado, sus detractores afirman que estas autonomías se han planteado solamente como una idea que jamás ha llegado a ponerse en práctica de forma adecuada y que por eso mismo se están extinguiendo con el transcurso del tiempo, quizá siendo absorbidas cada día más por el manejo central del propio Estado. Existe un tercer posicionamiento que, a criterio propio, está dotado de un razonamiento más sólido debido a que afirma que el reconocimiento de las autonomías ya se ha establecido; se entiende a estas autonomías como un derecho adquirido de los pueblos indígenas y cumpliendo con la teoría de los derechos adquiridos, no se puede presentar un retroceso y retractarse en este reconocimiento; el único camino que queda por delante es desarrollar y fortalecer los medios adecuados para su aplicación.

Un dato a tomar en cuenta es que en Bolivia se declaró el año 2009 como el año de las Autonomías Indígenas, porque con pompa y voluptuosidad se anunciaba que habían sido reconocidas y que debían ser ejercidas, el punto de análisis es ver cuanto han avanzado con el transcurso de más de diez años desde ese suceso. Hasta el año 2019 solamente tres naciones indígenas habían logrado estructurar sus autonomías y dotarlas de un reconocimiento estatal; el escenario no ha cambiado mucho desde entonces, pero nuevamente, el reconocimiento está presente como una suerte de viento impulsor del desarrollo de las demás.

Las bases de las autonomías indígenas se encuentran contenidas en la Constitución Política del Estado, como hace referencia el profesor Exeni *et ál.* (2012), en cinco diferentes artículos: la libre determinación en el artículo 2, el derecho colectivo en el artículo 30, el auto gobierno indígena originario campesino, regulado como principio en el artículo 270, la cualidad de la autonomía indígena en el artículo 289 y la disposición de su ejercicio en el artículo 290. Dentro de todos estos reconocimientos se puede establecer la existencia de una autonomía territorial histórica que proviene de la existencia pre colonial de los pueblos indígenas y su dominio ancestral sobre sus territorios y una autonomía territorial gubernativa, que debe construirse o en su caso, fortalecerse.

El problema para el cese del desarrollo de las autonomías indígenas es uno que ya se ha tratado con anterioridad y que ha afligido a otros aspectos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incluso en lo que a normativa internacional se refiere. El profesor Santos Exeni *et ál.* (2012) sintetiza estos problemas en tres y los expone de la siguiente manera:

- “a. El auto gobierno como “negación” o desconocimiento del Gobierno.*
- b. Cual sinónimo o peligro de disgregación (contra la unidad del Estado).*
- c. Como intento de apropiación de recursos naturales no renovables”.*

*(de Sousa, B., Exeni, J. 2012. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia).*

Siguiendo este lineamiento, se puede llegar a la conclusión de que es un problema evidentemente de comprensión, no se ha entendido a cabalidad el significado de las autonomías indígenas, la forma en la que estas deben desarrollarse dentro del estado y quizá no se ha comprendido el concepto mismo de interculturalidad. Este desconocimiento, o esta falta de formación proviene desde los administradores del Estado, hasta la población en general, es por eso que se sigue entendiendo erróneamente que las autonomías indígenas pretenden concretizarse como independientes negando la existencia del gobierno central; cuando dependen completamente de la protección y de la garantía de sus derechos por parte de este para poder subsistir. Esta misma idea es la que procede a afirmar que su existencia atenta contra la soberanía del país y pretende dividirlo; existen 36 naciones y pueblos indígenas reconocidas en el territorio boliviano, se sabe que muchas de ellas no sobrepasan los 100 componentes, es entonces ilógico pensar en la existencia de una nación independiente con esas condiciones, y más aún cuando se establece la soberanía del estado mucho antes del reconocimiento de estas autonomías.

Un nuevo argumento surge con quienes afirman que las autonomías son un mecanismo de los pueblos indígenas para apropiarse de recursos naturales no renovables que se encuentran en su territorio, esta propuesta es quizá impulsada por la ejecución de derechos como la consulta previa que determina la autorización de los pueblos indígenas para explotar sus territorios. Todas estas leyes se han sancionado con la finalidad de no alterar las formas de vida de las comunidades, de darles una vida digna equiparable al resto de la sociedad, pero en ningún momento se las dota de alguna superioridad cuando es evidente que no la han conocido en ninguna parte de su historia desde la colonización. Se está viendo entonces a las comunidades indígenas como una especie de enemigas del Estado y a sus autonomías como atentatorias del gobierno central, cuando los principios y fines del Estado dictaminan todo lo contrario; nuevamente se puede poner en tela de juicio si se ha entendido a cabalidad el concepto de interculturalidad.

La norma establece que para la creación de una autonomía indígena existen dos procedimientos específicos, el primero consta de convertir un municipio en autonomía indígena originario campesina; el segundo consiste en la creación de esta autonomía desde un territorio indígena originario campesino. Ambos procedimientos con etapas especificadas en la norma para su cumplimiento.

Para convertir un municipio a una autonomía indígena, se debe obtener un certificado de ancestralidad, este consiste en un documento que proporciona el Estado, donde se avala la existencia ancestral de una comunidad, es decir que esta haya existido desde tiempos anteriores a la colonización y que ahora demande el reconocimiento de su autonomía. Posterior al certificado se requiere la aprobación mediante referendo, lograda esta se conforma un órgano deliberativo que debe elaborar y aprobar su estatuto autonómico, mismo que debe pasar por el control de constitucionalidad respectivo y ponerse a consideración de un nuevo referéndum de salida. Evidénciense en este punto todos los aspectos que se toman en cuenta para que estas autonomías no atenten contra la soberanía del Estado, ni ninguno de los argumentos con las que se pretenden

dilapidarlas. Una vez que este último referéndum haya dado una respuesta aprobatoria, recién se conforma la autonomía conforme a su estatuto. Cabe mencionar que todos estos pasos son financiados con recursos propios del municipio.

El procedimiento de creación de la autonomía requiere también el certificado de ancestralidad para convertir lo que se considera una Tierra Comunitaria de Origen, en un Territorio Indígena Originario Campesino; además se requiere un certificado de viabilidad gubernativa, este certificado es el instrumento mediante el cual el Estado avala que esta nación y pueblo indígena originario campesino tiene la capacidad de gobernar su territorio en base a sus costumbres y cumple con el ejercicio de las competencias que se le reconoce en la Constitución, el certificado debe avalar además que la comunidad cuenta con una base poblacional mínima sin la cual la autonomía es inviable. El siguiente paso es realizar una consulta de acceso en base a procedimientos propios, el financiamiento de esta consulta también debe tramitarse ante el gobierno central. Posteriormente se debe sancionar una ley de creación de unidad territorial para poder ir a referéndum y aprobar los estatutos.

Una vez explicados estos dos puntos de creación o conversión para dar paso a las autonomías indígenas, se entiende aún más porque estas no pueden consolidarse como se espera. Se evidencia que es un proceso largo y tedioso donde participan diferentes instituciones del Estado, tomando en cuenta el problema del financiamiento que es una gran brecha para esta clase de procesos dentro de las comunidades. En la mayoría de los casos las autoridades indígenas van rotando e intentando cumplir con este cometido sin que el tiempo de su mandato alcance para tal fin, entendiendo los procesos burocráticos que se desprenden de los diferentes órganos del Estado, habiendo visto que participan desde el Tribunal Constitucional, el órgano Ejecutivo, hasta el Legislativo y el Electoral. Más que representar un problema que amenace contra la soberanía o los intereses del Estado, se puede afirmar que los procesos de creación de las autonomías que establece el Estado atentan contra la viabilidad en la creación de las autonomías.

Cuando ocurrió el reconocimiento de las autonomías indígenas 18 municipios emprendieron el proceso de conversión para acceder a esta calidad, sobra decir que de esos 18 solamente tres lograron finalizarlo de forma exitosa, ninguno de ellos que pertenezca al departamento de La Paz. Aunque más de la mitad y cuarta parte de estos municipios no hayan logrado su cometido, existen iniciativas que se encuentran en proceso por parte de diferentes pueblos del oriente y de los valles, pero ninguno se ha presentado en tierras altas. En mayor medida se presentan los procedimientos de creación de las autonomías que se han especificado en el segundo punto, de tal forma que se han consolidado tres con este mecanismo y otras tres se encuentran en proceso, todas pertenecientes a pueblos indígenas de los valles y del oriente, con alguna excepción que se puede encontrar en el departamento de Oruro.

Es necesario hacer hincapié en comunidades indígenas que son notoriamente grandes y que se encuentran en tierras altas, pero que han optado por mantener sus gobiernos municipales y le han

dado prioridad a la elaboración de sus cartas orgánicas; un claro ejemplo de esto es Tiahuanaco en el departamento de La Paz.

## **2.2. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA DEL ÓRGANO JUDICIAL.**

Se ha analizado ampliamente sobre las bases del pluralismo jurídico y el reconocimiento de la existencia y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; a ellos se ha dotado de protección de derechos que se encuentran constitucionalmente reconocidos como el de libre determinación, de libre existencia, entre otros. Todos estos son consonantes con las bases del Estado de interculturalidad y descolonización, además de estar orientados al correcto acceso y ejercicio de la justicia en base a sus normas y procedimientos propios como lo establece la Constitución en su artículo 190:

*“Artículo 190.-*

*I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.*

*II. La jurisdicción indígena originario campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”.  
(Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 190. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

La norma suprema establece también que las jurisdicciones con las que cuenta el Órgano Judicial gozan de igual jerarquía, esto quiere decir que en ningún momento debe subsumirse la jurisdicción indígena ante la jurisdicción ordinaria, ni ante la jurisdicción agroambiental, más por el contrario se debe hacer uso de los mecanismos que ya se han desarrollado con anterioridad para que exista entre estas jurisdicciones coordinación y cooperación.

Ahora, la jurisprudencia constitucional establece que, si bien la jurisdicción indígena originario campesina es competente para la administración de justicia en el marco de sus criterios personales, territoriales y materiales, aspectos que serán desarrollados con mayor profundidad más adelante, su ejercicio se encuentra limitado con respeto a derechos fundamentales, debido a que estos deben ser interpretados en contextos inter e intra culturales. Para poder tutelar estos derechos fundamentales la jurisdicción se somete al control de constitucionalidad y este mismo control deberá interpretar y analizar en base a pautas de interpretación intercultural. Todo esto se encuentra contenido en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/ 2012 de 24 de septiembre.

Esto no interfiere con la plena efectividad que tienen las resoluciones emanadas por las autoridades de justicia competentes de las comunidades indígenas, debido a que cuentan con plena validez y son irreversibles por la jurisdicción indígena y por la jurisdicción agroambiental,

además de las jurisdicciones especiales que son legalmente reconocidas. Las decisiones de las autoridades indígenas son de cumplimiento obligatorio y deben ser acatadas por todas las personas y autoridades. En el marco de la coordinación y la cooperación que deben existir y que ya se han analizado, la justicia indígena puede solicitar mediante sus autoridades competentes, el apoyo de los órganos competentes del Estado para efectivizar el cumplimiento de sus resoluciones. Todos estos aspectos se encuentran enmarcados en el Capítulo Cuarto de la Constitución Política del Estado que versa sobre la Jurisdicción Indígena Originario Campesina.

### **2.3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA COMUNITARIA.**

Hay que recordar en este punto los conceptos que van a dar lineamiento a este análisis, se entiende por jurisdicción a la potestad de juzgar que tiene una autoridad en base a su territorio; cuando se hace referencia a la jurisdicción indígena se debe vislumbrar que es la potestad que tienen las autoridades de la comunidad, en base a sus propias estructuras jerárquicas, para administrar justicia dentro del espacio geográfico que habita la comunidad. Si se analiza un poco más este punto y a sabiendas de que los cargos de autoridades son rotatorios dentro de la comunidad, todos los comunarios están en la obligación de asumir la responsabilidad de ser autoridades en algún punto, se podría entonces decir que la jurisdicción radica en la misma comunidad, la potestad de administrar justicia emerge de la misma comunidad que se representa en base a sus autoridades.

Ese primer término en base al territorio ha quedado claro en lo referente a la jurisdicción indígena, pero es necesario hacer hincapié en la competencia; se entiende por competencia a la potestad que tienen de juzgar las autoridades en razón de una determinada materia. Cuando se habla del derecho indígena se debe tener claro que a diferencia de las competencias en las que se divide la jurisdicción ordinaria, este no se divide por materias. Los conflictos que se presentan dentro de la comunidad se someten a deliberación mediante la coordinación mutua de las autoridades comunales. Quizá esta es una forma más de expresión del carácter holístico que se presenta en todo lo referente al derecho indígena.

Como consecuencia se puede definir la competencia de la Justicia Comunitaria como la atribución legítima de las autoridades de la comunidad para tomar conocimiento y brindar resoluciones a los conflictos que se presentan dentro de esta. Como se ha estado analizando, al no existir una categorización de los problemas que se presentan por materias, es evidente que la administración de justicia de los pueblos y naciones indígenas en razón de su competencia, presenta un carácter multidisciplinario. Este carácter es de la misma forma asumido por las asambleas comunales, que como ya se había mencionado se conforman en la máxima instancia de la toma de decisiones dentro de cada comunidad.

Ahora, dentro de cada comunidad en base a su funcionamiento se puede encomendar la resolución de determinados conflictos a determinadas autoridades, en muchos casos en las comunidades que aún se encuentran en calidad de municipios cobran relevancia en la resolución de conflictos figuras como los sub alcaldes o los secretarios de justicias, corregidores entre otros;

tomando en cuenta siempre la jerarquía que establece cada una de las comunidades en sus autoridades.

Las autoridades indígenas gozan entonces de jurisdicción y competencia en los asuntos que se presentan dentro de las comunidades. Hay que tomar en cuenta que, en las mismas se ha asumido una administración de justicia más integral donde, aunque no se distinguen las competencias por materias, se reconoce de forma general la clasificación de estas.

#### **2.4. VIGENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA.**

Ya se había mencionado en el anterior punto que la jurisdicción indígena no distingue materias y se había hecho una analogía al carácter holístico de las normas de derecho indígena, principio que también podría ser aplicado en este punto. Al no existir una distinción por materias de la jurisdicción indígena, se entiende que su competencia es amplia, por tanto, esta jurisdicción se ejercerá en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial cuando estos concurren simultáneamente. Así lo establece la Constitución Política del Estado:

*“Artículo 191.-*

- I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.*
- II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:*
  - a. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciadores o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.*
  - b. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.*
  - c. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 191. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

Los aspectos que se mencionan de la Ley de Deslinde Jurisdiccional se encuentran en sus artículos 8, 9, 10 y 11 que detallan estos tres aspectos de vigencia; cuyo análisis se realizará a continuación. Esta cuestión de los ámbitos de vigencia cobra mayor importancia debido a que, en caso de presentarse un conflicto de competencias, aspecto que ya se ha dilucidado con anterioridad; el objeto procesal de este conflicto deberá determinarse en base a un análisis de hechos debatidos y no así en base a las materias de un juez competente como se haría en la

jurisdicción ordinaria; tomando en cuenta que en caso de no solucionarse deben pasarse a instancias del Tribunal Constitucional.

*“Artículo 8.- (Ámbitos de Vigencia). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material, y territorial, cuando concurren simultáneamente”. (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 8. 29 de diciembre de 2010).*

Todos estos ámbitos son sumamente importantes para comprender a cabalidad los alcances de la aplicación de la justicia indígena, así también como sus limitantes.

## **2.5. ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA.**

Ya se ha visto que es la misma Constitución la que reconoce la aplicación de la justicia indígena originario campesina en base a su jurisdicción en igualdad de jerarquía a las demás; complementando a lo establecido por la Constitución con la sanción de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que va a precisar estos ámbitos de vigencia.

Fruto de este análisis, se observa que la Ley de Deslinde Jurisdiccional, reduce las competencias personal, material y territorial que establece la Constitución Política del Estado, debido a que establece por ejemplo en el ámbito material que solamente se tiene competencia en la distribución interna de tierras y solamente de comunidades que hayan sido reconocidas legalmente. Establece además que las personas, en lo referente a la competencia personal, para ser sujetos a los que se les pueda aplicar la administración de justicia indígena, tienen que ser miembros de una determinada nación o pueblo indígena originario campesino. Finalmente va a establecer que, en el marco de la competencia territorial, solamente se aplica la justicia indígena cuando se trate de conflictos que se hayan presentado dentro de los territorios que estas habitan geográficamente y que se encuentran administrados por sus autoridades respectivas.

La limitación que presenta la mencionada Ley, especialmente en el ámbito de vigencia material, repercute mucho en la aplicación de justicia indígena y genera de forma consecuente muchos conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, conflictos en los que, en la mayoría de los casos, se termina subsumiendo la primera a la segunda. No está por demás recalcar la opinión de muchos estudiosos del derecho indígena, con respecto a que la Ley de Deslinde Jurisdiccional presenta muchos aspectos que podrían catalogarse de inconstitucionales y es por eso que su aplicación ha sido tan fuertemente criticada. Estas limitaciones se presentan a pesar de que es la misma Constitución la que determina, como se puede ver en el artículo 191 citado anteriormente, que la jurisdicción indígena debe respetar el derecho a la vida y demás derechos fundamentales y garantías constitucionales, aspecto que desde un inicio demarca sus límites de forma clara.

En las comunidades aimaras, que son objeto del presente estudio, las bases de la comunidad y sus autoridades intentan aplicar sus procedimientos de justicia en base a lo que establece la

Constitución y la Ley de Deslinde Jurisdiccional, tomando en cuenta que muchas de ellas se organizan por sindicatos, o sindicatos agrarios en los que el alcance de la justicia es a nivel de la comunidad que conforma un territorio. Las familias de estas comunidades cuentan con pequeñas parcelas de tierra debido a formas de tenencia que provienen desde la Reforma Agraria cuando las haciendas pasaron a convertirse en comunidades sindicalizadas. En el caso de los ayllus, esta aplicación de justicia está limitada a los territorios que habita en ayllu y puede llegar a ser competencia territorial de la Marka.

Para mejorar el entendimiento de los ámbitos de vigencia de la Jurisdicción Indígena, es necesario desarrollarlos y analizarlos de forma individual.

### **2.5.1. Ámbito de Vigencia Personal.**

La Ley de Deslinde Jurisdiccional en su artículo 9, lo establece de la siguiente manera:

*“Artículo 9.- (Ámbito de Vigencia Personal). Están sujetos a la jurisdicción indígena originario campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino”. (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 9. 29 de diciembre de 2010).*

Este artículo se complementa con el párrafo II del artículo 191 de la Constitución Política del Estado, que ya se ha citado con anterioridad; se entiende entonces que componen este ámbito de vigencia los miembros de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, en calidad de actores o demandados, denunciante o querellante y todas las condiciones que se especifican en este párrafo.

Se puede asegurar entonces en base a todo lo analizado con anterioridad, que los miembros de estos pueblos que se encuentran dentro del ámbito de vigencia personal comparten la identificación hacia una misma cultura, se identifican con esta que debe tener una existencia ancestral, que como se ha explicado ya, hace referencia a una existencia pre colonial, comparten idioma, tradiciones y cosmovisiones; pero no se puede encasillar este concepto simplemente con la pertenencia a una comunidad indígena, debido a que fruto del proceso de mestizaje muchas de estas comunidades se organizan de diferentes maneras, que incluyen formas administrativas adquiridas, claro ejemplo son las que han decidido permanecer en su calidad de municipios. Es la jurisprudencia la que va a esclarecer este sentido de pertenencia a una determinada comunidad indígena.

La Sentencia Constitucional 0026/2013 de 4 de enero, hace mención a que no se puede determinar la pertenencia a una comunidad indígena en base al lugar de origen, al lugar de nacimiento de las personas; y mucho menos por los rasgos físicos que presentan. Es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el que va a aclarar este aspecto y se cita de la misma forma en la mencionada sentencia: *“La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.* (SCP 0026/2013 de 4 de enero).

Con la jurisprudencia mencionada se ha entendido que no siempre se puede aplicar los procesos de juzgamiento de la justicia indígena a los miembros que pertenezcan de nacimiento a las comunidades y pueblos indígenas, sino que también puede someterse a ellos a aquellas personas que se identifiquen como pertenecientes culturalmente a una determinada comunidad; tomando en cuenta que esta identificación puede ser tácita o expresa. Una forma de identificación tácita sería por ejemplo el habitar tierras pertenecientes a esta comunidad y trabajarlas bajo las costumbres de la misma. Se debe tomar en cuenta que todos estos ámbitos se complementan y de la misma forma hay que analizar estos casos particulares cuando se presentan. Tiene que existir el consentimiento de las autoridades de la comunidad en estos casos, y estas remiten a su comunidad para ser juzgado allí cuando se trata de un infractor ajeno.

### **2.5.2. Ámbito de Vigencia Material.**

La Ley de Deslinde Jurisdiccional en su artículo 10, lo establece de la siguiente manera:

*“Artículo 10.- (Ámbito de Vigencia Material).*

- I. La jurisdicción indígena originario campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.*
- II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originario campesina no alcanza a las siguientes materias:*
  - a. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio.*
  - b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario.*
  - c. Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas.*
  - d. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental, y otras reconocidas legalmente.*
- III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.*

*(Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 10. 29 de diciembre de 2010).*

Son evidentes las limitaciones sobre las que se había escrito anteriormente y que se profundizan en este artículo de la Ley. La jurisdicción indígena está facultada para conocer y solucionar los problemas que históricamente se presentaban dentro de sus formas de vida y que eran solucionados por su propio derecho. Nuevamente la jurisprudencia constitucional va a complementar este análisis mediante la Sentencia Constitucional 0026/2013 de 4 de enero. Esta sentencia es la que establece que la Constitución delega los ámbitos de vigencia a la Ley de Deslinde Jurisdiccional y lo que esta sanciona debe ser interpretado tomando en cuenta varias precisiones.

La jurisprudencia entiende que el derecho indígena viene conociendo y resolviendo los problemas que se han presentado en sus comunidades de forma ancestral, es decir mucho antes de que estas conozcan y se vean influenciadas por el derecho positivo; por lo tanto, se presume su competencia plena debido a la situación de desventaja histórica en la que se encuentran frente a la jurisdicción ordinaria. Entonces la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe interpretarse de forma en que se entienda que existen asuntos que tienen una importancia constitucionalmente establecidas y es por eso que se limita su conocimiento por parte de la jurisdicción indígena, pero solamente en casos específicos en donde se vea afectado un bien jurídico de entidad nacional y aspectos de derecho internacional.

En el resto del texto normativo se entiende que los asuntos que son pertinentes de la jurisdicción indígena, no pueden ser de conocimiento de ninguna otra jurisdicción; la solución que se plantea por parte de la jurisprudencia, ante los evidentes conflictos de competencias que devienen de estas restricciones que contiene la Ley de Deslinde, es que todos estos conflictos deben ser dirimidos y son responsabilidad plena del Tribunal Constitucional.

A criterio personal, se entiende que la norma considera que existen determinados problemas que se presentan dentro de las comunidades y que estos pueden ser resueltos de forma interna siguiendo los mismos procedimientos que se habían aplicado ancestralmente; pero es la misma norma la que presenta una especie de falta de confianza en las soluciones que propone el derecho indígena y limita ampliamente y de forma poco específica, puesto que en todo lo nombrado antes se presenta una significativa vaguedad en la norma; se mencionan varios campos del derecho, pero no se dan casos específicos a los que puedan aplicarse estas limitaciones, facilitando de esta manera que la jurisdicción ordinaria interprete a su favor este vacío normativo en caso de un conflicto de competencias y se presente siempre una superioridad en la aplicación de la jurisdicción ordinaria sobre la indígena originaria, aún en ámbitos de vigencia que salen de su competencia.

Se afirma entonces que la Ley de Deslinde Jurisdiccional limita la jurisdicción indígena a resolver conflictos leves, relacionados a temas de tierra, pero no puede atender estos problemas cuando se configuren en otros más graves. De la misma forma se aplica la justicia en las comunidades aimaras; estas han entendido que solamente está dentro de su competencia resolver

conflictos leves y cuando se presenta uno que ellos consideren más grave, sea de la naturaleza que sea, lo remiten directamente a conocimiento de la jurisdicción ordinaria; esto debilita de forma evidente la aplicación de justicia indígena como lo establece la Constitución.

Para citar algunos ejemplos claros del tipo de conflictos que se solucionan dentro de las comunidades bajo su competencia material, se encuentran principalmente los conflictos de tierras, entendiéndose que la distribución de estas es una facultad plena de las autoridades indígenas; se presentan también como leves los conflictos de robo de ganado, de productos agrícolas, peleas intra familiares, entre otros, siempre que no se consideren graves. No es difícil vislumbrar que aún en este punto, se sigue teniendo una mirada de inferioridad y quizá de cierta incompetencia al derecho indígena; es como el hijo menor al que se le designan las tareas más leves del hogar.

### **2.5.3. Ámbito de Vigencia Territorial.**

La Ley de Deslinde Jurisdiccional en su artículo 11, lo establece de la siguiente manera:

*“Artículo 11.- (Ámbito de Vigencia Territorial). El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley”. (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Art. 11. 29 de diciembre de 2010).*

Se interpreta de lo que establece la Ley, que la finalidad que se está buscando es la preservación de las relaciones jurídicas o de aquellos hechos jurídicos que se hayan realizado dentro de los territorios de las comunidades indígenas, o que sus efectos jurídicos se vayan a producir dentro de estas. A manera de ir concluyendo con el análisis de los ámbitos de vigencia, se establece que la jurisdicción indígena es aplicable dentro de sus territorios, así como lo establece el artículo que se está analizando. De este punto también se puede comprender que no solamente se trata de una competencia de hechos que se realicen dentro de los territorios de la comunidad indígena; sino que también se aplica a los hechos cuyas consecuencias jurídicas puedan ser de afectación a la comunidad; esto se puede entender de forma más clara en las acciones o relaciones jurídicas realizadas o establecidas por autoridades competentes y que se encuentren delegadas por la comunidad para efectuar estos aspectos.

Las comunidades indígenas aimaras, también cumplen a cabalidad con este ámbito de vigencia, debido a que además de que la aplicación de justicia se basa siempre en sus cosmovisiones, entienden como una de sus premisas fundamentales que toda persona que haya infringido una norma o haya alterado el equilibrio de la comunidad, debe ser juzgada en su propio territorio, en su propia comunidad. Si se encuentra que ha cometido una falta en una comunidad que es diferente a la de su pertenencia, debe ser trasladado y puesto en conocimiento de sus propias autoridades para que estas lleven a cabo los procesos de juzgamiento respectivos. Este aspecto es

sumamente importante en la aplicación de justicia indígena, los infractores siempre deben ser juzgados por su propia comunidad.

Muchas veces las infracciones cometidas, por más de que hayan sido causadas por una persona que no es perteneciente a esa comunidad, acarrearán daños para la misma; a pesar de ello la persona debe ser trasladada a la comunidad a la que pertenece para ser juzgada por sus propias autoridades, pero en este caso también tienen atribución de participar en los procesos de juzgamiento, las autoridades de la comunidad que se ha visto afectada. Se ha mencionado reiteradamente que el fin de las sanciones del derecho indígena no es el castigo, sino más por el contrario el resarcimiento de los daños causados, a la persona que se haya podido ver dañada y a la comunidad porque esta ha visto afectado su equilibrio de vida. Las sanciones entonces y el resarcimiento de los daños, bien puede aplicarse en favor de la comunidad que se ha afectado, por más de que el proceso de juzgamiento no se haya realizado ahí. Hay que recalcar que existe jerarquía dentro de las autoridades, puesto que muchas de ellas se encuentran agrupadas en Markas, y las infracciones cometidas entre comunidades pueden pasar a conocimiento de estas autoridades.

### **3. DE LAS AUTONOMÍAS Y SUS TIPOS.**

Se entiende por autonomía a la cualidad gubernativa que se designa a determinadas unidades territoriales subnacionales; estas se establecen como unidades de menor desarrollo territorial y que en conjunto conforman el Estado. El punto clave cuando se habla de autonomías, es ver que las unidades que tengan esta cualidad, posean la capacidad de auto legislarse, de generar sus estatutos internos propios, donde contengan las formas de convivencia, de desarrollo y también sus propias formas de resolución de conflictos.

La autonomía comienza, en el especial caso de las comunidades indígenas, con la auto identificación y la auto definición de un proyecto de vida que sea sustentable en torno a sus propias costumbres. Esto no se centra solamente en la resolución de conflictos con sus mecanismos propios, lo que configura solo un elemento más, se basa en el cumplimiento de una totalidad; se tiene que establecer su propio manejo administrativo, económico, social y cultural. La Constitución Política del Estado presenta un apartado específico referente a las autonomías y con ello las constituye como un derecho de las diferentes entidades territoriales que componen el Estado y además con leyes complementarias les brinda los mecanismos, que ya se han analizado, para poder acceder a estas autonomías y consagrarlas con un reconocimiento nacional.

El artículo 272 de la Constitución establece de forma más precisa cuáles son los aspectos en los que consiste una autonomía.

*“Artículo 272.- La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y*

*atribuciones”.* (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 272. 7 de febrero de 2009. Bolivia).

Más allá de delimitar la consistencia de las autonomías, la Constitución establece cuales son las competencias que van a tener las mismas:

*“Artículo 297.- I. Las Competencias definidas en esta Constitución son:*

- 1. **Privativas**, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega y están reservadas para el nivel central del Estado.*
- 2. **Exclusivas**, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas.*
- 3. **Concurrentes**, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva.*
- 4. **Compartidas**, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a su característica y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas”.* (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 297. 7 de febrero de 2009. Bolivia).

Todos estos elementos constitutivos dependen a si la autonomía es departamental, regional, municipal o autonomía indígena originario campesina, mismas que se van a desarrollar en los siguientes puntos.

### **3.1. AUTONOMÍA DEPARTAMENTAL.**

Esta autonomía posee un carácter heredado de la estructura colonial, sin embargo, con todas las premisas que se han mencionado de la Constitución, posee la capacidad de re estructurarse en base a las decisiones de las mayorías que las componen. Debe tomarse en cuenta que esta organización, que tiene que ser económica, política, jurídica y administrativa tiene que responder necesariamente a las necesidades sociales que se presentan dentro del departamento. La Constitución establece que estas autonomías deben estar compuestas por una Asamblea Departamental, que goza de facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa departamental, aquí se puede observar que se cumplan todas las premisas que se habían establecido con anterioridad en relación a sus competencias. Se establece además cómo debe estar compuesta esta asamblea departamental, tomando en cuenta que tiene que tener asambleístas elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos mediante sus propios procedimientos.

La norma suprema especifica además los criterios para la elección de estos asambleístas departamentales, tomando en cuenta aspectos como la representación poblacional, el territorio, la cultura, la lingüística, la paridad y la equidad de género. Se deben tener presentes en estos

criterios de elección las particularidades de las comunidades indígenas que se encuentren dentro del departamento.

Es menester tomar en cuenta las realidades sociales que componen los departamentos cuando se habla de sus autonomías y se evidencia que en ellos existen sociedades que habitan dentro de la urbe, dentro de las ciudades, pero también existen comunidades indígenas. Un claro ejemplo de esto es el departamento de La Paz y sus comunidades indígenas, sobre las que se centra la presente investigación.

En el análisis de estas realidades y particularmente de la realidad del departamento de La Paz, se entiende que la sociedad que habita la urbe paceña tiene una influencia cultural muy fuerte por parte de corrientes de otros países europeos y americanos; sus formas de vida, de educación y de percibir el desarrollo presentan particularidades diferentes a las que se pueden encontrar dentro de las comunidades indígenas. Ya se ha hablado ampliamente sobre las costumbres y cultura de los pueblos indígenas, particularmente de las comunidades aimaras; no es difícil vislumbrar entonces las diferencias culturales a las que se está haciendo alusión. Surge aquí un fenómeno interesante que ha sido descrito y desarrollado por varios estudiosos, no se debe comprender a los habitantes del departamento de La Paz como dos caras de una moneda donde se diferencia la urbe de las comunidades; porque fruto de una movilidad social permanente, las periferias de la ciudad están compuestas en su mayoría por inmigrantes de las comunidades indígenas que traen consigo no solamente la esperanza de encontrar mejores condiciones de vida, sino que también traen fuertemente arraigadas sus costumbres.

Estas dos realidades sociales y culturales se fusionan dando un resultado muy particular que bien podría responder a la teoría del abigarramiento social, planteada en algún momento por Zabaleta Mercado, y a este resultado debe responder la conformación adecuada de la autonomía departamental.

### **3.2. AUTONOMÍA REGIONAL.**

Las autonomías regionales se constituyen por voluntad democrática de los habitantes de la región, la premisa no dista mucho de la establecida en la autonomía departamental, debido a que estos habitantes también tienen un proyecto de convivencia socio cultural en torno a sus propias costumbres y que responde a las realidades sociales y a las necesidades de la región.

La Constitución establece una región a una constitución de varios municipios o provincias con una continuidad geográfica y sin que estas trasciendan límites departamentales; especifica además que estos municipios deben compartir características culturales, lingüísticas, espacios de ecosistemas, entre otros aspectos. La autonomía regional debe convertirse entonces en un espacio de planificación y gestión; se entiende también que existen casos excepcionales en los que una región puede estar compuesta solamente por una provincia, pero esta debe cumplir con las características contenidas dentro de la definición de región.

La Ley Marco de Autonomías y Descentralización cobra fundamental importancia en este punto, porque es el cuerpo normativo que contiene los procedimientos para las conformaciones de las regiones, entre otros de igual importancia; pero esta será analizada más adelante. La región podrá constituirse en autonomía a iniciativa de los municipios que la componen. Estos aspectos contenidos en la Constitución, dan a entender que las autonomías regionales se componen y encuentran legitimidad, fundamentándose en la voluntad de los pueblos que las componen, que desean la re estructuración administrativa, legislativa, política, económica, etc., de las regiones que habitan.

### **3.3. AUTONOMÍA MUNICIPAL.**

De la misma forma que las anteriores, la autonomía municipal se conforma por mandato democrático de los habitantes del municipio, pero esta basa su constitución en la carta orgánica municipal como ley fundamental de su municipio; dentro de esta carta se contiene, igual que en las dos anteriores, el proyecto de convivencia socio cultural en base a sus propias costumbres; debiendo responder estas de igual manera a la realidad social y a las necesidades del municipio. La Constitución establece también la conformación de los gobiernos autónomos municipales, resaltando que su órgano ejecutivo se encuentra presidido por un alcalde o alcaldesa. Se determina también la forma de elección de los concejales y un punto importante es que cuando existen pueblos y naciones indígenas dentro del municipio, que no se hayan constituido en autonomías indígenas, estos tienen derecho a la elección directa de sus representantes dentro del Consejo Municipal en base a sus normas y sus procedimientos propios.

Las cartas orgánicas de los municipios deben responder a las realidades sociales de cada uno de ellos, es por este motivo que se especifica que ninguna de ellas puede ser similar a otra, por más de que se trate de municipios que se encuentran dentro de un mismo departamento. Hay que resaltar lo que se ha mencionado, referente a que, aunque las comunidades que existen dentro de los municipios no se hayan consagrado como autonomías indígena, tiene derecho a tener una participación y una representación directa en todas las instancias de decisión de la autonomía municipal; aspecto que se vislumbra por ejemplo en la potestad que tienen para elegir a los sub alcaldes.

### **3.4. AUTONOMÍA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA.**

Cuando se habla de la autonomía indígena originario campesina hay que tomar en cuenta que esta está protegida por partida doble: por un lado, cuenta con la protección Constitucional que la reconoce y establece los parámetros de su vigencia y aplicabilidad, por otro lado, cuenta con la protección que le brindan las normas y convenios internacionales que también se encuentran contenidos en la Constitución dentro de su artículo 410 referente al bloque de Constitucionalidad.

Todas estas normativas reconocen que los pueblos indígenas tienen el derecho de reivindicar su auto administración, su manejo propio en base a sus propias costumbres y cosmovisiones en aspectos referentes a la economía, a sus autoridades, a su desarrollo, a su administración de

justicia, a su cultura, a sus saberes ancestrales, entre otros aspectos. Así lo dispone la Constitución en su artículo 289:

*“Artículo 289.- La autonomía indígena originario campesina consiste en el auto gobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.*  
*(Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 289. 7 de febrero de 2009. Bolivia).*

La norma constitucional establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de concretar sus aspiraciones legítimas en lo referente a auto regularse y el Estado provee los mecanismos adecuados para que se consoliden estas autonomías; ahora, conforme se ha visto anteriormente, es innegable que los mecanismos que se han establecido para consolidar las autonomías no son los adecuados y presentan procedimientos complejos, que sumados a la burocracia que existe por parte del Estado, han generado que se consoliden solamente tres autonomías indígenas en todo el país, aunque haya varias comunidades que están en pleno recorrido de ese sinuoso camino.

La autonomía de los pueblos indígenas como una potestad para auto regularse, se expresa en la misma constitución no como un derecho que se les haya otorgado con las reformas que han existido, se entiende más bien que este es un derecho que han tenido por mucho tiempo y que han ejercido plenamente en tiempos pre coloniales; el derecho existía, solamente que ha sido permanentemente vulnerado e ignorado. El Estado lo que hace con las reformas del 2009, es reconocer y garantizar este derecho que ya existía.

Son muchos los argumentos que justifican la existencia de las autonomías indígenas, tomando en cuenta que los más fuertes son los históricos. Se puede mencionar también que existen competencias que son exclusivas de las entidades territoriales que gozan de autonomía, además de que estas poseen características diferentes en base a que las costumbres y tradiciones pueden variar de una comunidad a otra. Existe una ventaja en la aplicación práctica de estas autonomías si acaso se facilitara su constitución. Se tiene también que el ejercicio de las autonomías indígenas fortalecería en gran manera el ejercicio del derecho indígena, además de las formas de administración no solo de justicia, sino que en todos sus niveles; se genera de esta forma una administración acorde a las comunidades que aporta en gran medida al sentido plural que ha adoptado el Estado.

### **3.5. LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.**

Si bien no es objeto de estudio de la presente investigación, es necesario realizar un análisis somero de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa por la influencia que esta genera en el ejercicio del derecho indígena y en la aplicación de la justicia indígena que si son pertinentes y centrales de este estudio. Esta ley va a definir la autonomía de la siguiente manera:

*“Artículo 6.- (Respecto a la administración de las Unidades Territoriales).*

**Autonomía.** – *Es la cualidad gubernativa que adquiere una entidad territorial de acuerdo a las condiciones y procedimientos establecidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley, que implica la igualdad jerárquica o de rango constitucional entre entidades territoriales autónomas, la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos y el ejercicio de facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva por sus órganos de gobierno autónomo, en el ámbito de su jurisdicción territorial y de las competencias y atribuciones establecidas por la Constitución Política del Estado y la Ley. La autonomía regional no goza de facultad legislativa”. (Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”. Art. 6. 19 de julio de 2010).*

La norma establece en su definición, nuevamente las cualidades que poseen las autonomías que se adquieren por las entidades territoriales. Cuando se hace referencia a la cualidad gubernativa, se puede interpretar de forma en que las autoridades de estas autonomías tienen amplias facultades para llevar a cabo procedimientos que fomenten el desarrollo de sus poblaciones de manera integral y siempre dentro del marco de las costumbres y de los principios que se consagran en la Constitución y la Ley.

Comprender la importancia de las autonomías conlleva visibilizarlas desde la conformación misma del Estado, debido a que este se consagra como plurinacional comunitario. El profesor Herculiano Capusiriet *ál.* (2015), establece que los pilares de esa definición “comunitario plurinacional”, se encuentran contenidas en los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la jurisdicción indígena originario campesina, la autonomía indígena originario campesina, el nuevo modelo de democracia y la economía comunitaria. (Capusiri, H., 2015. *Justicia Comunitaria, ed. Kipus*).

El análisis hace ver que la concepción del estado plurinacional comunitario, abarca necesariamente la existencia de las autonomías desde el momento mismo en el que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y reivindica los derechos que se les habían sido negados. Se deja de lado la idea de concentrar toda la administración en los órganos centrales del Estado, comprendiendo que existen estas comunidades que tienen particularidades y a estas debe responder su manejo. La ley Marco de Autonomías y Descentralización es la que establece estos aspectos conforme a sus finalidades:

*“Artículo 7.- (Finalidad). 1. El régimen de autonomías tiene como fin distribuir las funciones político – administrativas del Estado de manera equilibrada y sostenible en el territorio para la efectiva participación de las ciudadanas y ciudadanos en la toma de decisiones, la profundización de la democracia y la satisfacción de las necesidades colectivas y del desarrollo socioeconómico integral del país”. (Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”. Art. 7. 19 de julio de 2010).*

De cierta forma se descentraliza el manejo del Estado y sus funciones se distribuyen, la finalidad es fortalecer la participación del soberano en la toma de decisiones, comprendiéndose que nadie mejor que este para expresar sus necesidades y generar una administración acorde a las mismas. Es innegable que las autonomías tienen un tinte más favorable en lo que a territorios rurales se refiere, porque en ellos se encuentran la mayor parte de las comunidades indígenas; por esta causa es que las cartas orgánicas de las autonomías que cuentan con estas comunidades en sus territorios tienen que contener un proyecto de convivencia socio cultural que tome en cuenta las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, porque estos también conforman su población y sus necesidades deben ser tomadas en cuenta para ser atendidas y solucionadas, esto además de que deben tener una representación dentro de las autoridades de estas autonomías.

### **3.6. JUSTICIA COMUNITARIA Y AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.**

Con todo lo analizado con anterioridad, se evidencia que es necesaria la existencia de las autonomías indígenas para facilitar en cumplimiento de la aplicación de la justicia indígena y de la justicia comunitaria; son las autonomías indígenas las que representan el cumplimiento pleno de los derechos de las comunidades indígenas mediante el cual gocen del manejo de sus tierras, de sus formas de desarrollo productivo, de su economía y de su administración de justicia, pero más allá de ello, que todos estos aspectos se revistan de un reconocimiento constitucional. De esta manera existe una fuerte relación con la autodeterminación de los pueblos indígenas y la justicia comunitaria, porque son las bases para lograr este alcance pleno de derechos. La justicia comunitaria es uno de los principales instrumentos con carácter coercitivo que faculta a las autoridades de las comunidades y los pueblos indígenas para poder desarrollar un equilibrio y un orden social.

De alguna forma se puede entender a las autonomías, al derecho a la auto determinación como una búsqueda de la toma de poder de las comunidades indígenas; pero este aspecto no debe mal interpretarse como ya se ha hecho antes, entendiendo que los pueblos indígenas pretenden hacerse con el control total del Estado e imponer sus formas de vida, sus costumbres y cosmovisiones. Ya se ha mencionado antes que este carácter impositivo no es propio de estos pueblos, debido a que son ellos los que han vivido durante siglos presas de este sometimiento. Esta toma de poder, hace referencia entonces a tener el control, el poder absoluto del manejo de sus formas de vida, de regular su vida en sociedad bajo sus propias costumbres y así también de administrar su justicia en base a las normas morales que ellos tienen, enraizadas en sus cosmovisiones.

El reconocimiento de la existencia ancestral de las comunidades y los pueblos indígenas ha sido el primer paso, con este ha venido la reivindicación de todos sus derechos que les habían sido negados por muchos años siendo uno de los principales la auto determinación; un análisis general da como resultado que dentro de la autodeterminación se consagra el cumplimiento de todos los demás derechos comunitarios que se les han reconocido. La autodeterminación es la

garantía que tienen estos pueblos para desarrollar un núcleo fortalecido y basado en sus tradiciones propias.

La conclusión del análisis de este capítulo es concreta, porque se presenta un problema evidente dentro de las normas que regulan tanto la jurisdicción indígena originario campesina, como los procedimientos de consolidación de las autonomías indígenas. En el primer caso la Ley de Deslinde Jurisdiccional limita la competencia material de esta jurisdicción y de una forma tan ambigua, que se puede afirmar que es incluso atentatoria contra los reconocimientos y protecciones constitucionales con los que se ha protegido a esta jurisdicción, esto desemboca en una falta de igualdad jerárquica evidente entre las jurisdicciones, lo cual no concurre con el texto de la norma. El segundo problema se centra en los procedimientos que se han establecido para la consolidación de las autonomías indígenas; sobre ello no hay mucho que expresar porque los hechos se demuestran por sí mismos: el sistema es tan ineficiente que, de 36 naciones y pueblos indígenas reconocidos a nivel nacional, solamente tres han alcanzado consagrarse como autonomías indígenas con reconocimiento constitucional, ninguna de ellas pertenecientes a tierras altas.

El camino es largo para recorrer y comienza con la coordinación.

## **CAPÍTULO VII.**

### **DE LA PROPUESTA**

#### **1. EL DESAFÍO DEL ENTENDIMIENTO Y LA COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIAS: Propuestas de mecanismos de coordinación y consideraciones finales.**

##### **1.1. COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA.**

En todo el transcurso de la presente investigación se ha establecido que existe una nueva concepción de Estado; quizá adjetivarla como “nueva” ya no sea tan adecuado tomando en cuenta que han pasado más de diez años desde la sanción de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en la que se ha reconocido la existencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y se han reconocido los derechos de los que se había privado a estos por tantos años. La Constitución ha adoptado un modelo plural y ha pasado de un sistema evidentemente monista en lo que atañe al derecho para materializarse bajo las premisas del pluralismo jurídico; bajo las influencias de este último es que se ha dotado de la misma jerarquía a los sistemas de justicia tanto ordinario como indígena originario. Entonces bajo ese lineamiento se interpreta que tanto la jurisdicción ordinaria como la indígena originaria deben tener la

capacidad de convivir armónicamente y dotar de una nueva visión de administración de justicia al Estado.

El problema se presenta en que, fruto de las arraigadas influencias principalmente culturales, se ha visto limitado el ejercicio de la jurisdicción indígena en lo concerniente a su aplicación de justicia, que permanentemente es absorbida o sustituida por la jurisdicción ordinaria y su sistema de justicia. Es evidente que la solución no puede plantearse de otra forma que no sea aplicando los mecanismos de coordinación que la norma ya ha establecido, pero que no han visto efectividad en su ejercicio. Hay que identificar entonces estos mecanismos, las instituciones que los regulan y replantear la concepción que se tiene de los mismos y que puede estar influyendo en su falta de eficacia.

Antes de identificar los mecanismos de coordinación, es pertinente hacer un último análisis de los lineamientos que han generado este problema de relacionamiento entre ambos sistemas de justicia.

Uno de los principales problemas que se presentan, es que aún hoy en día existen fuertes corrientes propugnadas por diversos estudiosos del derecho, en muchos casos por autoridades del legislativo y por los mismos administradores de justicia, que niegan la posibilidad de una coexistencia de ambos sistemas de justicia. Se reitera en este punto, que esto bien puede ser fruto de una influencia cultural que ha enraizado en la sociedad boliviana la idea de que el mejor sistema es el ordinario, porque posee influencias de países europeos de los que provienen las bases del derecho; la idea de que lo que se adapta, lo que se copia es mucho mejor a lo que se produce, ha generado que se minimice la credibilidad de otro sistema de justicia que no sea el ordinario.

La negación por parte de la justicia ordinaria tiene una larga data, porque por mucho tiempo se ha reprimido violentamente a las autoridades y a los representantes de los pueblos y comunidades indígenas y con ellos se han reprimido sus sistemas de justicia; el estandarte de estas corrientes es la inaplicabilidad de sistemas de justicia que se consideran arcaicos a una sociedad que evidentemente ha evolucionado; pero a pesar de esa evolución los pueblos indígenas no han dejado de existir. Por otro lado, los pueblos y comunidades indígenas, en consecuencia, de esas represiones y de la negación de su derecho, han optado por aplicar sus sistemas de justicia de manera clandestina; esta aplicación ha hecho que muchas veces las sanciones que se aplican sobrepasen los límites que se han establecido a la justicia comunitaria. El mecanismo de defensa de las comunidades es cerrarse en una suerte de fortaleza impenetrable que no permite la aplicación de estos límites y mucho menos de la coordinación.

Para vislumbrar un ejemplo de lo que se está exponiendo, se puede citar los casos en los que las comunidades en aplicación de la justicia comunitaria, han hecho uso de medios que no están permitidos, ni por normativa internacional, ni por preceptos constitucionales, un claro ejemplo de esto son los linchamientos con los que algunas veces se sancionan las faltas graves cometidas

dentro de la comunidad. Ante esto la justicia ordinaria pocas veces ha podido hacer algo, o si quiera acceder a las comunidades; ni siquiera los efectivos de la policía pueden hacerse de los medios para ingresar en las comunidades cuya organización es inminentemente fuerte y efectiva cuando se presentan estos casos. Una vez consumado el acto, ningún miembro de la comunidad admite haber tenido culpabilidad en lo que ya se considera la consumación de un delito y mucho menos presta una declaración para incriminar a alguno de los otros miembros de la comunidad. No se puede sancionar a una comunidad entera, no se puede progresar en la investigación de los hechos y muy pocas veces se identifica a determinados miembros como responsables.

Las comunidades indígenas comparten entonces un silencio cual pacto tácito, quizá de complicidad, quizá de unidad que conlleva que la mayoría de estos casos queden sin una resolución; la idea que prima entonces es “se ha hecho justicia por mano propia”, término que deja entrever perfectamente esta falta de coordinación, tomando en cuenta que los medios no han sido los adecuados, porque la norma establece límites, porque la norma establece ámbitos de vigencia, que al final del día, nuevamente han quedado como meros enunciados. Si se quiere ejemplos concretos, se puede ver el caso del alcalde de Ayo Ayo, Benjamín Altamirano.

Otra concepción llega a plantear que ambas justicias pueden existir, pero totalmente diferenciadas y sin tener contacto entre ellas. Ante esto es cabal afirmar que la consecuencia inmediata sería un carácter excluyente entre ambas justicias que terminaría de todas formas en una negación o en un conflicto mayor donde una pretenda realmente imponerse a la fuerza por sobre la otra.

Al final, los mismos principios del Estado establecen la existencia de una interculturalidad que imposibilita lo planteado por este criterio. Resaltan ya los mecanismos que la norma plantea para que ambos sistemas de justicia puedan coordinar y fortalecer un sistema de justicia más general, la separación no se puede considerar siquiera como una opción.

Un criterio que conlleva aspectos más realistas e interesantes, propugna la reconciliación entre ambos sistemas de justicia; en ese entendido se tiene que la justicia políticamente dominante, es decir la justicia ordinaria, en el afán de reconciliarse con la justicia indígena que se ha visto permanentemente restringida y limitada; le brinda los medios necesarios para que pueda ejercerse pero de forma muy limitada y teniendo potestad solamente sobre determinados asuntos; la finalidad no es otra que brindar una suerte de compensación pero dejando siempre en claro que se trata de una justicia sub alterna, limitada y que debe responder siempre a los criterios del sistema ordinario; algo así como una especie de justicia menor. Resulta hilarante que esta corriente se adapte más a la realidad jurídica que se desarrolla en Bolivia, a pesar de que sus normas expresan que debe existir una igualdad jerárquica y paridad.

Fríamente se puede afirmar, que este criterio responde a la realidad jurídica, si bien no en lo establecido en la norma, sí en la práctica. Se sigue conceptualizando a la justicia indígena como una justicia menor que tiene que estar permanentemente fiscalizada y limitada; y cuyo ejercicio

pende de un hilo y al menor rasgo de duda se subsume ante el sistema de justicia ordinaria. La norma puede proyectarse entonces de dos formas, como un simple adorno de premisas que propugnan escenarios utópicos, o como la estructura de un camino en desarrollo con la lucha permanente de propiciar aplicabilidad a lo que se sanciona en la norma. El camino que se quiere recorrer es el segundo, porque el primero lleva solamente a un estancamiento, pero para recorrerlo los mecanismos de coordinación y de complementariedad son esenciales.

La corriente final y la que se adapta más al contenido de la norma, es la que plantea una convivencia armónica, coordinada y complementaria entre ambos sistemas de justicia. Se podría entender a esta corriente como un ideal de compleja aplicabilidad, porque implica cambios estructurales, en las normas y en la misma mentalidad social; pero los primeros pasos para concretizar este ideal ya se han dado. Ya se ha generado el cambio en la estructura misma del Estado, ya se han sancionado normas que pretenden ser instrumentos de regulación y de coordinación para la coexistencia de estos dos sistemas de justicia, el problema se presenta en su aplicabilidad. La solución es entonces aplicar los medios de coordinación que la ley ya ha sancionado, y ante la falta de eficacia de estos, interpretarlos desde otra óptica y si fuese el caso reestructurarlos; pero para que esto suceda es necesario realizar un cambio en las concepciones sociales, implementar esta idea de coexistencia que se puede alcanzar solamente mediante la información y la formación de criterios que respondan a esta coordinación.

Sobra decir que la tarea primordial es implementar estos criterios de coordinación en los operadores y administradores de justicia de ambos sistemas. El mecanismo más cercano para obtener estos resultados no es otro que la educación, el análisis de las falencias de la coordinación y la propugnación de respuestas. La formación desde los estudiantes del derecho, hasta los juristas que ya tienen la responsabilidad de interpretar la norma en base a los principios que establece la misma Constitución.

Si una de las más grandes problemáticas se centra en la concepción social que se tiene de la coexistencia de ambos sistemas de justicia, en ese mismo punto se centra la solución; hay que cambiar esos criterios, esas conceptualizaciones y nuevamente se reitera que solamente se puede hacer por medio de la formación, de la educación. Ahora bien, así como el transcurso de los años ha enraizado estos criterios, también puede tomar años suplantarlos por otros, he ahí la pertinencia y la urgencia de esta tarea. Es natural que los primeros años posteriores a la reforma constitucional se presenten con un desarrollo quizá insuficiente para alcanzar a cabalidad lo que establece la norma, al fin y al cabo, es un proceso largo y complicado asimilar los cambios y dejar de lado las costumbres; pero mientras más pronto se efectivicen las soluciones, más tiempo se habrá ganado en el camino de concretizar este ideal de complementariedad.

Con la identificación de los problemas y la implementación de soluciones adecuadas, el mismo transcurso del tiempo va a ir adaptando de forma propicia cada vez más la realidad jurídica al texto de la norma suprema; lo mismo va a suceder con las leyes que de ella devengan como instrumentos de coordinación que deben ir mejorándose y adaptándose cada vez más.

Si bien ya se ha planteado que uno de los mecanismos de solución a implementarse es la formación y la educación, este puede mostrar frutos a plazo medio o largo. Durante el proceso de esta investigación se ha concluido que, los procesos que ha establecido el estado para brindar los medios necesarios para el adecuado ejercicio de la administración de justicia indígena son largos, tediosos y pocas veces arrojan resultados oportunos; como se ha visto en lo referente al establecimiento de las autonomías indígenas. Se ha visto además que muchas de las leyes que fungen como mecanismos de coordinación presentan más aspectos limitantes que facultativos en la tarea de lograr realmente una jerarquía igualitaria entre ambas justicias, en este punto podemos citar a la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La solución a este aspecto parece presentarse de forma evidente, hay que emprender una tarea legislativa, que consista en la revisión de estas normas, en la reformulación de muchos de estos procesos de forma que se vean simplificados y contengan mayor aplicabilidad; sin embargo, esta tarea también puede conllevar, además de mucho tiempo, la necesidad de una concurrencia de procedimientos que desemboquen en la revisión de estas normas; lo cual podría darse quizá más adelante. Lo que se necesita es identificar mecanismos e instituciones que brinden una solución a corto plazo.

La solución quizá más inmediata a las divergencias que existen entre ambos sistemas y que dificultan su coordinación, se encuentra en fortalecer un instrumento que se encargue de dirimir las controversias que se presentan en lo que atañe a la aplicación de justicia de un sistema u otro, en lo que atañe a la jurisdicción y competencias que presentan ambos sistemas. La solución más inmediata está en el Tribunal Constitucional.

Los análisis de todo el proceso de esta investigación han identificado que la instancia que se encarga de dirimir los conflictos de competencias que existen entre la justicia indígena y la justicia ordinaria es el Tribunal Constitucional, este es quien tiene atribuciones para solucionar los conflictos que se puedan presentar entre ambos sistemas y se configura de esta manera en uno de los más importantes instrumentos de coordinación. Las resoluciones a estos conflictos, que se consagran en sentencias deben tener una base interpretativa, deben ser fundamentadas por los magistrados, tomando en cuenta los principios Constitucionales que se han establecido y que tienen su base en el derecho indígena; además de tomar en cuenta las cosmovisiones, las creencias y las costumbres de los pueblos y las naciones indígenas que se encuentran en el conflicto. Se debe hacer una interpretación plural e intercultural de la norma, así lo determina la Constitución Política del Estado.

La composición de los magistrados del Tribunal Constitucional incluye representantes de los pueblos y naciones indígena originario campesinos y estos juegan un papel de garantes en el cumplimiento del mandato interpretativo intercultural de la norma para la resolución de las controversias. Las soluciones brindadas por el Tribunal Constitucional se consagran en sentencias constitucionales y las sentencias constitucionales hacen jurisprudencia; esa jurisprudencia es la que debe guiar la coordinación entre ambos sistemas de justicia, tomando en

cuenta su carácter vinculante y de obligatoriedad. La jurisprudencia que se base en los criterios antes mencionados, con una adecuada composición del Tribunal Constitucional es el mecanismo que va a guiar todo el proceso de coordinación en su etapa inicial. Se ha mencionado que las otras dos soluciones propugnadas como mecanismos de coordinación tienen resultados a mediano y a largo plazo; la jurisprudencia ofrece una solución a corto plazo.

La jurisprudencia constitucional, que se consagra en una de las fuentes primigenias del derecho, es la que va a guiar este proceso de coordinación; la solución se plantea en fomentar su aplicación en casos concretos y cuando sea necesario llevar el conflicto a instancias del Tribunal Constitucional para que este prosiga con su labor permanente de generar jurisprudencia. La norma sanciona que existe un procedimiento para que un conflicto entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria pase a instancias del Tribunal Constitucional, se establecen mecanismos de solución interna entre ambas jurisdicciones que al agotarse abren la vía para acceder al Tribunal.

Estas sentencias constitucionales, esta jurisprudencia va a servir de bastión para que se consoliden los procesos de coordinación y cooperación, tomando también en cuenta las otras soluciones que se han planteado. Es este entonces el mecanismo que va a ayudar a recorrer este camino y va a desembocar en que, con el transcurso del tiempo, su aplicación se va a hacer más efectiva, su aplicabilidad va a encontrar asidero y superados los primeros años en los que los conflictos de coordinación representan un problema de estancamiento, se pueda lograr alcanzar una reestructuración de la norma, en una revisión fundamentada y apoyada por esta misma jurisprudencia.

Están identificados y propugnados entonces los mecanismos de coordinación que van a brindar soluciones al problema central, resta entonces fortalecer el análisis de los mecanismos que ya se han sancionado como instrumentos de coordinación, identificar sus falencias y al mismo tiempo identificar de qué manera se pueden interpretar para cumplir la función de coordinación que se les ha encomendado.

Para finalizar este punto, hay que reconocer que existen medios de coordinación que se emplean pero que no se encuentran legislados. Se había mencionado con anterioridad, que existe una fuerte influencia de la justicia ordinaria sobre la justicia indígena; así también existe una influencia de la justicia indígena sobre los sistemas de justicia ordinaria, aunque esta sea en menor proporción.

Para concretizar lo que se está propugnando hay que citar el análisis de que, en las formas de administración de la justicia indígena, por ejemplo, se han adoptado los conocimientos de los delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal que, si bien no tiene aplicación en este sistema de justicia, se ha relacionado que determinadas acciones transgresoras responden a determinados conceptos de delitos. Al fin que una conducta que altera el orden y el equilibrio social se considera transgresora por donde sea vista; pero los sistemas de justicia indígena

conocen la definición de estos conceptos de delitos, más aún cuando se establecen limitaciones con respecto a sus ámbitos de validez material, donde se mencionan diferentes clases de delitos que debería entenderse que no son familiares como conceptos tales a los sistemas de justicia indígena, pero que estos ya los han adoptado como conocimientos.

Por otro lado, muchos son los aspectos de la justicia indígena que pueden ser aprendidos por el sistema de justicia ordinaria, principalmente en lo que concierne a temas de celeridad y efectividad. Esta influencia es evidente tomando en cuenta que cuando un problema generado en una comunidad indígena es remitido a instancias de la justicia ordinaria, los operadores de justicia deben fundamentar sus resoluciones tomando en cuenta las cosmovisiones de los pueblos indígenas; más allá de que muchos de ellos están sancionados como principios constitucionales. Hay que mencionar también que la justicia indígena, que tiene una tradición eminentemente oral, ha adaptado herramientas escritas en lo referente a sus resoluciones y a sus actas informativas, por citar algunos ejemplos, aspectos que ayudan en su fortalecimiento y la preservación de su derecho; estos aspectos también provienen de una influencia del derecho positivo.

Es claro entonces que existen mecanismos de coordinación que se aplican entre ambas justicias, pero que no están legislados; surgen entonces una suerte de inter legalidad que evidencia que los caminos de la coordinación no son una idea tan utópica como se pensaba.

## **1.2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN.**

Para analizar la Ley de Deslinde Jurisdiccional es necesario establecer que, por mandato de la misma Constitución, esta se consagra como un mecanismo de coordinación entre el sistema de justicia indígena y el sistema de justicia ordinario. Es necesario comenzar este análisis tomando en cuenta que la mayoría de los países latinoamericanos que han reconocido la existencia de sus pueblos indígenas y el pluralismo jurídico, dentro de los más relevantes Ecuador y Bolivia, consideran que es pertinente sancionar normas para que funjan como mecanismos de coordinación entre ambos sistemas de justicia; pero estas muchas veces no tienen la aplicabilidad adecuada y por lo tanto se ve mermada su eficacia.

Los procedimientos legislativos no son entonces la respuesta inmediata y no son estrictamente necesarios para que exista coordinación; se ha mencionado con anterioridad que hay mecanismos de coordinación entre ambas justicias, mecanismos que surgen de manera natural y que no están legislados. Cuando se sancionan estas normas como instrumentos de coordinación, estas van a merecer un detallado análisis, porque si de cierta manera no corresponden con la finalidad de preservación de la aplicabilidad de los sistemas de justicia del derecho indígena, pueden convertirse más bien en instrumentos que vayan en contra de este, que lo limiten por demás y que generen condiciones jurídicas para que se siga subsumiendo los sistemas de justicia indígena por los ordinarios, aquí podría encajar, por ejemplo la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pero sobre ello hay que profundizar más adelante.

Existen casos de jurisprudencia comparada, como Colombia, en los que sus mecanismos de coordinación no se basan en establecer normativas que regulen estos procedimientos, sino que se basan en la jurisprudencia que establece lineamientos precisos para lograr esta coordinación. Nuevamente se constata con esto que, si bien la sanción de normas puede fungir como un mecanismo de coordinación, este no es un aspecto esencial y mucho menos único en este cometido.

Cuando se sancionan normas como mecanismos de coordinación, es necesario que estas cumplan a cabalidad con los mandatos establecidos en la Constitución para preservar los derechos de las comunidades indígenas, pero como se ha dicho, si estas normas no cumplen con estas condiciones la consecuencia puede ser nefasta debido a que se terminaría negando de una forma tácita la igualdad jerárquica que debería existir entre ambos sistemas de justicia. Limitar de forma excesiva los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena se constituye también en una forma de quitarle aplicabilidad.

Estas normas que exceden en sus limitaciones y que restringen la aplicabilidad de la justicia indígena atentan contra los principios de la misma Constitución y contra sus mandatos que buscan alcanzar una jerarquía entre ambos sistemas. Se puede decir que, además tienen repercusión en otras normas y oscurecen procesos en lugar de facilitarlos; el punto resaltante de este aspecto es que pueden llegar incluso a complicar la consolidación de las autonomías indígenas, como sucede en Bolivia. Limitar el ejercicio de la jurisdicción indígena es una forma tácita de sugerir que la jurisdicción ordinaria tiene aplicación a nivel nacional, es el sistema jurídico imperante; y por detrás se encuentra la jurisdicción indígena, que ya se visibiliza como una menor, que solamente tiene la capacidad de solucionar determinados aspectos; todos los demás deben ser de conocimiento y competencia del sistema jurídico ordinario.

Si bien se ha establecido que la legislación de normas como mecanismos de coordinación, no es un aspecto inminentemente necesario para que esta exista, es necesario también analizar que la sanción de normas que posean los lineamientos correctos podría favorecer en gran medida y de forma mucho más pronta la existencia de esta coordinación y empezar el proceso de cooperación, que es quizá el siguiente paso. Esta clase de leyes facilitarían en trabajo del Tribunal Constitucional y al mismo tiempo fortalecerían las bases jurisprudenciales.

Tomando en cuenta en análisis que se ha ido desarrollando en este punto, es necesario determinar si la Ley de Deslinde Jurisdiccional cumple a cabalidad como uno de los principales instrumentos de coordinación entre ambos sistemas de justicia, o si por el contrario está limitando el ejercicio de la jurisdicción indígena. Para comenzar hay que tomar en cuenta que la Ley de Deslinde Jurisdiccional para su sanción y promulgación, no ha seguido de forma adecuada los procedimientos de consulta previa existiendo un inminente mandato por parte de los organismos internacionales y de la norma constitucional, de que este proceso de consulta debe llevarse a cabo en las comunidades cuando se pretendan sancionar normas que los involucren o que generen consecuencias jurídicas que puedan influirles o afectarles.

La norma constitucional establece que la función judicial en Bolivia es única, pero con esto no quiere decir que esta función sea uniforme e igual en todas sus jurisdicciones, es por ello que determina las tres clases de jurisdicciones existentes y las especiales reconocidas por la ley; dota además de igual jerarquía a todas estas en base al reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico. Lo que establece la norma en este ámbito es desde todo punto de vista muy superficial, porque no detalla lo referente a la jurisdicción y competencia de las ya mencionadas jurisdicciones; pero, expresamente determina que debe existir una Ley complementaria y ya hace referencia a la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Aquí la importancia de esta ley que, mucho antes incluso de ser legislada, ya era tomada como un referente en la coordinación de los sistemas jurídicos.

Los problemas que se observan en la Ley de Deslinde Jurisdiccional se han hecho presentes desde el momento mismo de su creación, esto se debe a que cuando esta se estaba debatiendo en la Asamblea Legislativa Plurinacional, muchos fueron los legisladores que estaban en contra de dotar de este instrumento a la justicia indígena, porque significaba darle potestad y con ello legalizar sus formas de aplicación. El asunto es que se asociaba a la justicia indígena con sus formas más antiguas y extremas de aplicación, como el linchamiento o sanciones análogas que atentan contra los derechos fundamentales de la persona. Realizando un análisis más concienzudo desde este punto, nuevamente se puede concluir que el problema base se centra en la falta de información, por parte de los mismos legisladores y de la sociedad en general, no solamente una falta de conocimiento del funcionamiento de los sistemas de justicia indígena, sino una falta de conocimiento de las normas internacionales que ya habían establecido límites y preparado el campo de aplicación para la justicia de los pueblos y naciones indígenas.

Con esta idea, con este estereotipo es que se ha debatido en su creación la Ley de Deslinde Jurisdiccional; esto facilita el entendimiento de que los legisladores han adoptado como tarea fundamental, no el precautelar las condiciones óptimas para el ejercicio de los sistemas de justicia indígena, sino más bien la labor de precautelar la jurisdicción ordinaria de tal forma de que esta pueda prevenir los excesos que podían devenirse de las facultades que se le estaban otorgando a las naciones y pueblos indígenas con referencia a su aplicación de justicia. Es claro que esta forma de prevención se ha expresado en limitar lo más posible los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena.

Los frutos de esta tarea han sido los que han dado los lineamientos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que más que precautelar el ejercicio pleno de los sistemas de justicia indígena por medio de su jurisdicción; se encarga de limitar esta última en la mayor proporción posible. Evidenciar lo que se está afirmando no es difícil porque como se ha citado antes, son varias y diversas las limitaciones que se han realizado en esta ley, especialmente en lo que atañe a su ámbito de vigencia material. Por esta causa es que se afirma que la Ley de Deslinde Jurisdiccional, atenta en muchos aspectos contra preceptos constitucionalmente sancionados en aras de la igualdad jerárquica de los sistemas de justicia. Más allá de entenderse como un mecanismo que logre alcanzar esa jerarquía, o que brinde facilidades de coordinación, se enfoca

más fácilmente como un mecanismo de limitación de la jurisdicción indígena, que además de ello hace que esta se posicione en inferioridad con relación a la jurisdicción ordinaria.

Un aspecto que también permite evidenciar lo que se plantea, es la relación armoniosa que plantea la Ley de Deslinde Jurisdiccional, entre las comunidades indígenas y la Madre Tierra. Esta relación y respeto por la Madre Tierra es un precepto que se establece en la norma constitucional como inherente a toda la población. Enfocarlo como propio de las comunidades indígenas, fomenta la idea de que su derecho, sus costumbres y sus formas de administración solamente deben aplicarse en sus territorios, mismos con los que llevan relaciones armoniosas. Este aspecto se puede interpretar de forma en que nuevamente se pone a la justicia indígena como una jurisdicción reservada solamente para ciertos y determinados aspectos y para determinados y específicos territorios, mientras que el derecho ordinario se puede aplicar ampliamente.

El aspecto más controvertido y criticado de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, se encuentra contenido en su artículo 10 que desarrolla los ámbitos de vigencia material. En este artículo se pueden evidenciar las amplias limitaciones que se hace a la jurisdicción indígena. Esta misma ley, determina que las naciones y pueblos indígenas están facultados para resolver conflictos que hayan resuelto con carácter de ancestralidad y con sus mecanismos propios; esta también se constituye en una forma errónea de enfocar a los pueblos indígenas, porque de cierta manera se puede interpretar que se los considera arcaicos y que deben seguir resolviendo solamente los conflictos que trataban hace cientos de años. Las comunidades indígenas, al conformarse en conglomerados sociales, no están exentas de experimentar un constante cambio y evolución al que naturalmente adaptan su derecho, aunque este no pierda los principios que siempre ha respetado y que sí tienen un carácter de ancestralidad.

Ahora bien, muchos de los aspectos que son limitados en su competencia material, si eran de conocimiento de los pueblos y naciones indígenas y sí se resolvían bajo sus normas y procedimientos propios. El argumento de que las sanciones excedían los límites queda desestimado cuando esta misma ley y la propia Constitución recalcan que ninguna de estas jurisdicciones puede atentar contra el derecho a la vida, los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Más allá de establecerse los alcances de la jurisdicción indígena en lo referente a sus ámbitos de vigencia material, este artículo hace alusión más a una suerte de listado de materias en las que no se permite tener competencia a la jurisdicción indígena, cual si se estuviese demarcando los límites por donde la justicia indígena no puede pasar; pero en esta delimitación se termina encerrando y encasillando a la jurisdicción indígena.

El artículo 10, párrafo II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, culmina de la siguiente forma: *“El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originario campesina no alcanza a... otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las*

*jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente*”. (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. 29 de diciembre de 2010). Este enunciado termina de complementar el problema, porque más allá de la larga lista de limitaciones que se realizan a su competencia material, la ley deja abierta la brecha para que futuras leyes que sancionen competencias de las otras jurisdicciones puedan continuar limitando a la jurisdicción indígena; deja abierta una brecha para seguir retrocediendo en alcanzar la igualdad jerárquica que propugna la Constitución. Este artículo ha construido una especie de muro que cerca a la jurisdicción indígena, y además ha dejado sus herramientas de construcción a disposición, por si acaso a futuro se quiera aumentar la altura del cerco.

Se ha especificado al inicio del análisis de esta ley, que hay que identificar sus aspectos perjudiciales, pero también los ventajosos. El párrafo III del mismo artículo establece que los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena, no pueden ser de conocimiento de las otras jurisdicciones, además de que la ley establece que sus resoluciones son de cumplimiento obligatorio y son irreversibles. A criterio personal, este apartado que resulta productivo para el ejercicio de la jurisdicción indígena, no representa ni la cuarta parte de las limitaciones que se han realizado; podría entenderse como una pequeña compensación por todas las atribuciones que se le están arrebatando a esta jurisdicción. Además, poco queda por ejercer en cumplimiento de estas resoluciones, cuando las mismas tienen objetos tan restringidos. Si se continúa con la analogía del muro que se ha construido con las limitaciones y cuyas herramientas se han dejado para uso futuro; disposiciones como estas significarían abrir una pequeña ventana a este muro, para que no se vea tan mal, para que circule un poco de aire.

La conclusión entonces es que, son más los aspectos que limitan y obstaculizan la coordinación los que contiene la Ley de Deslinde Jurisdiccional, y muy pocos aspectos que realmente aporten a la coordinación se pueden rescatar; a pesar de que se establecen también los mecanismos de cooperación, que sobra decir son muy superfluos y no representan a cabalidad la función que se les pretende dar. La afirmación realizada al principio de que no es necesaria la sanción de leyes que cumplan la función de mecanismos de coordinación entre ambos sistemas de justicia, se hace más fuerte en este punto. El Tribunal Constitucional en cumplimiento de sus funciones, habría brindado una línea jurisprudencial más adecuada, basando su interpretación en los principios y cosmovisiones de las comunidades indígenas cuando se presenta un conflicto de competencias; esta habría sido indudablemente una herramienta más efectiva y menos atentatoria a las garantías que le brindan al ejercicio de la justicia indígena, tanto las normas internacionales como las constitucionales.

Aquí es pertinente una de las soluciones que se habían propuesto anteriormente, referente a la necesidad de una revisión legislativa de la norma, en el caso específico, de la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Este cuerpo normativo necesita reformarse, reestructurarse y someterse a un exhaustivo análisis de control de constitucionalidad. La propuesta de reformulación, principalmente de esta ley, es una tarea que conlleva diversos procedimientos y que, como ya se ha mencionado antes, va a arrojar resultados a mediano plazo; pero la identificación del

problema ya existe y esa era la primera instancia para comenzar todo este proceso de reformulación. La expectativa además es que, la realidad social ha cambiado, eso de forma evidente, los criterios sobre la justicia indígena no son los mismos que se tenía el año 2010, evidentemente se han ampliado; esto podría ser un factor importante al momento de debatir la reforma de esta ley, con criterios más fundamentados, con representantes de las naciones y pueblos indígenas con más instrumentos de formación para legislar a cabalidad una norma que sí respete sus sistemas de justicia.

### **1.3. SOBRE CÓMO ENTIENE LA SOCIEDAD A LA JUSTICIA COMUNITARIA: De los criterios y posiciones.**

Una de las soluciones que se está proponiendo a la problemática del presente trabajo de investigación versa sobre la formación y la educación que debe brindarse a los administradores de justicia de ambos sistemas en particular y a la sociedad en general.

Se ha identificado que uno de los factores que ahonda el problema de la falta de coordinación entre el sistema ordinario de justicia y el sistema indígena originario es la concepción que tiene la sociedad acerca de este último. Anteriormente la investigación ha denotado que la sociedad posee un criterio muy enraizado de superioridad en todo sentido a favor de la justicia ordinaria, con el prejuicio de que al ser copiado y adaptado de sistemas legales extranjeros es mucho más desarrollado y superior; además de que brinda mayor seguridad tomando en cuenta que se ha utilizado este desde la conformación de la República y de manera exclusiva, hasta el proceso constituyente que ha cambiado el monismo por el pluralismo.

Los sistemas de justicia indígena, más allá de considerarse inferiores por el criterio social, se han criminalizado al pensar que las sanciones que imponen sobrepasan las barreras de los derechos fundamentales; además de otros criterios que los desacreditan. Todo esto se puede solucionar con la implementación de mecanismos de educación que informen la verdadera consistencia y los alcances de la justicia indígena. Es necesario entonces, para hacer un planteamiento adecuado, analizar los criterios que se tiene de ambos sistemas de justicia.

Cuando se hace referencia a la justicia indígena, el criterio que tiene mayor preponderancia, es aquel que está fuertemente influenciado de prejuicios culturales y que considera una mejor justicia al sistema ordinario, porque es el que siempre se ha conocido y al que siempre se ha dotado de exclusiva validez. Este criterio considera que, si bien ya ha existido un reconocimiento de la existencia de las naciones y pueblos indígenas y con ellos de su derecho, este tiene que estar subordinado al sistema de justicia ordinaria y solo debe poseer aplicabilidad dentro de los pueblos y naciones indígenas que lo practican. En base a la teoría de los derechos adquiridos, se entiende que no puede negarse o restringirse los derechos que se han reivindicado a los pueblos indígenas, pero esta corriente considera que su ejercicio debe limitarse en la mayor proporción posible, a tal punto de que solo se ejerza dentro de las comunidades. La argumentación a este pensamiento se basa en que se trata de un derecho arcaico, proveniente de sociedades que no se han mantenido al corriente del desarrollo y de la civilización.

Esta corriente responde entonces a favor de un monismo jurídico, que en lo posible niegue la existencia de otro sistema jurídico que no sea el que ya se conoce, y en caso de esto no ser posible, que se le otorgue primacía frente a los demás.

Un aspecto más radical de esta corriente de pensamiento, considera criminalizar la administración y el ejercicio de otras formas de justicia que no confluyan con el sistema ordinario, pues considera que solo este garantiza el respeto a los derechos fundamentales. Haciendo una retrospectiva a los puntos anteriores, se podría interpretar que con la influencia de estas corrientes de criterio se ha elaborado y sancionado la Ley de Deslinde Jurisdiccional, porque ya se ha demostrado que posee un carácter eminentemente limitativo; además de que ha sido elaborada y discutida hace más de diez años, cuando el criterio que se está exponiendo era mucho más fuerte que ahora y el miedo ante las formas de justicia de las comunidades indígenas debido a su desconocimiento, era evidente y hacía mella en todos los ámbitos.

Es innegable la existencia de otros criterios de opinión, entre ellos uno que afirma que se debe precautelar la existencia de los pueblos indígenas y de sus mecanismos de administración de justicia; responde entonces a favor de un fortalecimiento de las autonomías indígenas y una aceptación de la conformación de estas con todas sus potestades. A diferencia del anterior, este criterio propugna el pluralismo jurídico y toma en cuenta la necesidad de establecer mecanismos de coordinación en primera instancia, para poder llegar a la colaboración entre ambos sistemas de justicia.

El incentivo de este criterio, que tiene fundamentos mucho más sólidos e informados, es indispensable para lograr una efectiva paridad entre el sistema de justicia ordinario y la justicia indígena; este es el criterio que se busca obtener mediante la información y la formación adecuada de las formas de aplicación del derecho indígena, de sus principios y fundamentalmente de sus limitaciones. Comprende esta corriente que los sistemas de administración de justicia indígena, no son los mismos que se empleaban en las culturas pre coloniales, debido a que han evolucionado conjuntamente con los pueblos y se han adaptado a sus necesidades, producto de todas las vulneraciones que han sufrido; la base está en entender que los sistemas de justicia indígena no se han estancado en el tiempo, pero si han heredado los mismos principios y cosmovisiones de sus culturas ancestrales para establecer sus formas organizativas, sus formas de vida; todo esto fruto de una eminente tradición oral.

Los propulsores de este criterio han sido por mucho tiempo, cuando se tenía al monismo jurídico como estructura de la justicia del Estado, perseguidos y criminalizados por pretender ejercer un sistema de justicia diferente al que se conocía; por eso en algún momento se ha afirmado que la justicia indígena se ha ejercido por mucho tiempo de forma clandestina, pero esto es lo que le ha permitido permanecer con vida. Víctimas de estas persecuciones y criminalizaciones han sido fundamentalmente las autoridades de las comunidades indígenas y sus representantes. La justicia indígena ha ejemplificado con el tiempo, que se pueden experimentar cambios sociales, con

influencias externas que muchas veces se adoptan en lo que es beneficioso, pero que a pesar de ello es posible mantener los valores y principios que han regido desde hace muchos años.

El pluralismo jurídico como una de las bases del Estado, es el fundamento para impulsar la coexistencia de diferentes sistemas de justicia, y este es también el que busca la finalidad de coordinación y cooperación entre estos sistemas.

Estas dos corrientes referentes al sistema de justicia indígena, si bien no presentan concordancia, tampoco son plenamente opuestas. No se puede identificar ningún criterio que propugne que se debe imponer la justicia indígena por sobre la ordinaria y se debe sancionar su aplicación preferente en todos los ámbitos. Puntualizando un poco más la delimitación de esta investigación, hay que determinar que estos criterios tienen mucho más influencia en algunos sectores que en otros. Si se analiza el criterio que es preponderante en el departamento de La Paz, se encuentra que existe una mezcla de ambos criterios; quizá en las urbes es más fácil encontrar un mayor número de adeptos al primer criterio, pero como ya se ha mencionado, existe un permanente crecimiento fruto de la movilidad social, entonces hay gran parte de población proveniente de comunidades indígenas dentro del departamento; es por ello que ambos criterios se consideran y a diferencia de otras regiones el primero no se radicaliza tanto por sobre el segundo.

#### **1.4. SOBRE CÓMO ENTIENDE LA SOCIEDAD A LA JUSTICIA ORDINARIA: De los criterios de eficacia y confianza en el acceso a la justicia.**

El sistema de justicia ordinaria, se considera en una de las instancias más importantes dentro del Estado, teniendo en cuenta que ha sido el que ha gozado de una exclusiva validez por mucho tiempo; sin embargo, quizá fruto de ese desgaste, son muchas las críticas con las que se enfrenta este sistema. La sociedad ha dejado de creer en la justicia de una forma alarmante, ha mermado la confianza en tener acceso a una justicia pronta y oportuna debido a diferentes factores entre los que más resaltan la burocracia en los procesos judiciales, la corrupción que se presenta en las instituciones de justicia, la insolvencia de la ley, la falta de transparencia en los procesos, entre muchos otros.

Los aspectos más importantes que han fomentado estas críticas al sistema de justicia ordinario son fundamentalmente la retardación de justicia, especialmente en materia penal; este aspecto es el inicio de muchos problemas en el sistema judicial, uno de los más evidentes es el hacinamiento que existe compuesto en muchos casos por imputados que llevan años sin cumplir una sentencia definitiva, solamente en espera de la culminación de sus procesos de juzgamiento. Resulta hilarante como este punto se contrapone con la inmediatez que presentan los procesos de juzgamiento de la justicia indígena, además de que esta busca el resarcimiento y la reinserción de forma concreta y con acciones específicas. Estos dos últimos factores parecen haber quedado en el olvido por el sistema de justicia ordinaria.

La falta de transparencia es también uno de los aspectos que más ha mermado la confianza de la sociedad en la jurisdicción ordinaria, las mismas partes dentro de un proceso ven dificultado su acceso a información que les es pertinente y competente, aún pasa asumir los medios de defensa adecuados.

Sumado a esto se presentan los delitos dentro del sistema judicial, aspectos como el prevaricato y la corrupción terminan de dilapidar la idea de la efectividad de las sanciones de los procesos del sistema de justicia ordinaria; además de que afectan fuertemente la imagen de los operadores de justicia. Analizando levemente este punto de los operadores de justicia de la jurisdicción ordinaria, se presenta en muchos casos la coerción a los que se ven sometidos, por diferentes medios e instancias de poder, se ve afectada de esta manera también la independencia en la toma de decisiones judiciales.

Hay que tomar en cuenta también cómo perciben los pueblos indígenas al sistema de justicia ordinaria; esto no conlleva demasiado análisis debido a que por el constante sometimiento que se ejerce de este sobre la jurisdicción indígena se puede deducir su efectividad, en base a que no respeta ni los mandatos constitucionales que se establecen.

Todos estos aspectos incrementan la falta de credibilidad que sufre la jurisdicción ordinaria hoy en día y esto conlleva una inter relación con los sistemas de justicia indígena; muchos sectores sociales, al considerar que no pueden tener un acceso óptimo a la justicia optan por ejercerla ellos mismos; aquí es donde surge la conocida “justicia por mano propia”. Lastimosamente en esta clase de procedimientos, se ejercen mecanismos de sanción que ya no son utilizados por el sistema de justicia indígena, que se encuentran fuera de sus límites y que vulneran los derechos y garantías constitucionales. Todo esto provoca que exista aún mayor estigma sobre estos sistemas de justicia, que se responsabilice y criminalice a los mismos y se genere aún más confusión colectiva, que aumenta la brecha.

## **2. EL CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EL CAMINO PARA LA COORDINACIÓN: El uso adecuado de los instrumentos ya existentes: el Tribunal Constitucional. La revisión y la reestructuración. La Educación.**

Para cerrar todo el trayecto de esta investigación hay que sintetizar los puntos que antes se han establecido como las soluciones planteadas para lograr la coordinación entre el sistema de justicia ordinario y el indígena originario; previo a esto vale la pena sentar una base en lo que establece la Constitución para lograr esta coordinación, entendiéndose que esta debe regirse a sus principios. Dentro de estos principios constitucionales que rigen la Constitución, es el pluralismo jurídico quizá el más solvente para sostener la base de la coordinación, además de la reciprocidad, el bien común, la interculturalidad que también es sumamente importante y la equidad.

Cuando se hace mención de la reciprocidad y la complementariedad, se debe entender al derecho boliviano, la justicia boliviana; enfocada como un sistema unitario, compuesto por diferentes subsistemas de derecho todos con igual jerarquía. Dentro de este sistema debe existir un diálogo permanente, intercultural y coordinado para que de esta forma se viabilicen la coordinación y una vez lograda esta, la cooperación.

Ahora bien, todo lo que debe guiar esta solución de la coordinación, debe tener como horizonte la igualdad jerárquica que se establece en la Constitución y los límites a la aplicación de ambos sistemas de justicia para un correcto funcionamiento, sobre los que tanto se ha hablado ya, se pueden encontrar contenidos y resumidos en la misma Constitución, porque esta tiene la característica de ser superior y de que ante ella existe subordinación de todas las normas nacionales sin excepción. Aquí está entonces la respuesta resumida a este cuestionamiento permanente en toda la investigación; si se busca un límite concreto, este se encuentra contenido en la misma Constitución sobre la que nadie puede pasar por encima.

Una vez sentadas las bases y los límites constitucionales para esta coordinación, es necesario sintetizar los tres puntos que se están proponiendo.

Se han identificado tres posibles soluciones ante este problema de falta de coordinación entre el sistema ordinario y el indígena originario, cada uno de estos tres con tiempos de aplicación y efectividad diferentes. Dentro de estas tres soluciones, dos merecen procedimientos más detallados y conllevan mucho mayor tiempo en establecerse y ejecutarse, pero debido a que la investigación versa sobre un problema latente, era necesario identificar un mecanismo que ya exista y proponer el fortalecimiento de su ejercicio, porque de esta forma la solución se podía alcanzar de manera casi inmediata, a corto plazo y se allanaría el camino para el desarrollo de las otras dos soluciones que se han planteado.

La primera solución, que implica la identificación de un mecanismo de coordinación ya existente se basa en el Tribunal Constitucional. Así como es la misma Constitución la que establece los límites de la aplicación y las bases para la coordinación de ambos sistemas, también es la Constitución la que brinda una solución inmediata que da el primer paso para la coordinación estableciendo las funciones del Tribunal Constitucional.

Esto se desarrolla de mejor manera en la jurisprudencia, porque es la Sentencia Constitucional 0300/2012 la que determina:

*“La Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter de plurinacionalidad del Estado y el principio de interculturalidad, ha diseñado la justicia constitucional, y en especial al Tribunal Constitucional, como una institución encargada de ejercer el control sobre todas las jurisdicciones y, en general sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia, el ordinario y el indígena originario campesino”. (SCP 0300/2012).*

La jurisprudencia no puede explicarlo de mejor manera; es la Constitución misma la que brinda una solución inmediata al conflicto de competencias, cuando se establece que los límites y las bases las pone la Constitución. Así como esta pone las bases de la coordinación, también brinda la institución que va a fungir como mecanismo primero para esta. El Tribunal Constitucional es el encargado de dirimir los conflictos de competencias existentes entre las jurisdicciones indígena y ordinaria, pero debe hacerlo siguiendo los lineamientos de los principios de la Constitución, principalmente la interculturalidad.

Se entiende de mejor manera que este Tribunal tiene amplia potestad sobre estos conflictos, cuando en su composición se establece que deben existir magistrados representantes del sistema de justicia ordinario y del indígena originario y que estos deben ver los conflictos en base a los principios que plantea la misma Constitución.

La jurisprudencia contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012, profundiza también de la siguiente manera:

*“El Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce el control de constitucionalidad de manera plural en tres dimensiones*

*2) Control de Competencias: Dentro de este ámbito de protección, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá: a) Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; b) Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre estas; c) El recurso directo de nulidad y; d) Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental”. (SCP 0300/2012).*

Esta es entonces la identificación de la primera solución que va a dar paso a la coordinación, el fortalecimiento del Tribunal Constitucional compuesto de forma plural por representantes de ambos sistemas de justicia, como institución encargada de solucionar los conflictos de competencias entre el sistema ordinario y el indígena originario en base a los principios que establece la Constitución, principalmente el pluralismo jurídico y la interculturalidad. No existe una institución más adecuada para esta solución, tomando en cuenta que contiene además los límites que también establece la Constitución para la aplicación de estos dos sistemas de justicia.

Con este fortalecimiento se va a allanar el camino que pueda facilitar la implementación de las otras dos soluciones, porque el Tribunal al ir solucionando los conflictos de competencias bajo estos principios va a ir generando una jurisprudencia adecuada que es obligatoria y vinculante en la sociedad; esta jurisprudencia a su vez va a ser la base para que se pueda desarrollar la segunda solución: la revisión y la reestructuración de las normas que fungan como mecanismos de coordinación, fundamentalmente de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La segunda solución tiene que encontrar un camino de aplicación urgente y necesario, porque se ha identificado en el desarrollo de esta investigación que muchas de las normas que se han sancionado como mecanismos de coordinación, no concurren con los principios y los derechos que se establecen en la propia Constitución.

Siendo la principal norma de coordinación la Ley de Deslinde Jurisdiccional, esta es la primera que debe someterse a un procedimiento de revisión legislativa y a un profundo Control de Constitucionalidad. Si se analiza en este punto cobra importancia nuevamente el Tribunal Constitucional que, al aplicarse la primera solución, va a contar con la jurisprudencia y los mecanismos necesarios para poder adecuar esta y otras leyes conforme los principios de la Constitución.

Se han identificado ya los artículos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que atentan de forma evidente a los derechos que se reconocen en la Constitución, siendo estos los que hacen referencia a los ámbitos de validez de la jurisdicción indígena originario campesina, limitándola de manera excesiva y generando de este modo un sometimiento permanente y tácito a la jurisdicción ordinaria, porque deja abierta la brecha para que futuras leyes sancionadas puedan seguir ahondando en esas limitaciones. A criterio propio estos artículos deberían ser declarados inconstitucionales y proceder a reformarse los ámbitos de validez de la jurisdicción indígena en base a los principios de la Constitución, principalmente del pluralismo jurídico y de la interculturalidad, para de esta manera poder llegar de forma plena a lo que es la coordinación de ambos sistemas de justicia.

Corroborar la constitucionalidad de estos dos artículos, compete como es lógico someter a una revisión y reestructuración completa de esta ley. Pero no solamente es esta ley la que merece una revisión, hay que hacer hincapié en los procedimientos que se han establecido en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, que son sumamente complejos y de escasa, por no decir nula aplicación, lo que se evidencia en las tres autonomías logradas en más de diez años. Es necesario entonces facilitar los mecanismos de conformación de las autonomías indígenas porque estas son fundamentales en el ejercicio adecuado de la aplicación de la justicia indígena.

Es necesario entonces someter a revisión principalmente la Ley de Deslinde Jurisdiccional y los procedimientos para la conformación de autonomías indígenas, pero en vista de que esto acarrea complejos procedimientos legislativos, que exigen el ejercicio de técnica jurídica, se vislumbra esta solución a mediano o largo plazo, porque además debe aplicarse esta vez a cabalidad la consulta previa a los pueblos y naciones indígenas, teniendo estos además participación plena e informada en los debates de estas revisiones de leyes que los atañen de forma directa. Todo esto puede alcanzarse de forma más efectiva y mediante una vía más directa si se cuenta con una jurisprudencia adecuada que va a ser fecunda del Tribunal Constitucional Plurinacional. Las soluciones, como el camino mismo de la coordinación, están evidentemente enlazadas.

La última solución, pero que posee una importancia clave; es la implementación y el fortalecimiento de la educación no solamente a los operadores de justicia de ambos sistemas, sino a la sociedad en general.

Se ha identificado que el desconocimiento sobre el funcionamiento de la justicia indígena y sus procedimientos, es uno de los factores más importantes para que esta se encuentre permanentemente sojuzgada frente a la justicia ordinaria. La idea fuertemente enraizada en la sociedad, de que la justicia ordinaria es inferior, de que atenta contra los derechos fundamentales o de que debe limitarse y sojuzgarse de forma permanente a un sistema de justicia que ellos ya conocen, es precisamente porque de la segunda es escaso o nulo el conocimiento que se tiene. La solución es evidente y se encuentra contenida en la Educación.

Mucho se habla de la educación, pero pocos son los casos en los que se toman acciones concretas con la creación de programas que realmente puedan poner en marcha estos procesos educativos. Hay que tomar en cuenta que, si la sociedad sigue con la idea vigente de la minimización del sistema de justicia indígena, las otras dos soluciones nunca van a poder ser aplicables, o si llegan a efectivizarse con el tiempo van a presentar los mismos obstáculos que se presentan ahora; porque para que estas dos soluciones germinen, es necesario preparar la tierra, que se encuentra en la sociedad misma que cuente con la información adecuada de ambos sistemas.

La solución que como se ha visto, es necesaria para la aplicación de ambas propuestas que preceden, puede arrojar frutos a mediano plazo, porque la Universidad Mayor de San Andrés cuenta con las herramientas para poner en marcha estos mecanismos, lo que se va a desarrollar con algo más de detalle en el apartado final de esta investigación.

### **2.1. LA FORMACIÓN COMO INSTRUMENTO: Del aporte a la solución por parte de la Universidad Mayor de San Andrés.**

La Universidad Mayor de San Andrés, dentro de sus principios se consagra como popular, una universidad que está al servicio de su pueblo; en ese entendido existe una Unidad Universitaria, dependiente del Vicerrectorado, que se encarga de todas las unidades descentralizadas de la Universidad en el Departamento de La Paz: El Instituto de Desarrollo Regional y Desconcentración Universitaria.

Existen dentro de la Universidad Mayor de San Andrés, sedes en todo el departamento de La Paz, principalmente en municipios grandes, dentro de los cuales se encuentran comunidades indígenas; la finalidad de la universidad, es llevar a estos municipios las herramientas educacionales bajo los principios de gratuidad, para que puedan formarse académicamente. Estos son los pilares de interés para efectivizar la tercera propuesta que se plantea.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés, cuenta con un programa de Derecho de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos; este se desarrolla dentro de su sistema académico y cuenta con una malla curricular específica. A pesar de que este programa se encuentra abierto a la población estudiantil en general, la mayoría de las

personas que forman parte de él, provienen de comunidades indígenas, o son autoridades de las mismas. Este es un aspecto sumamente importante, porque en este programa se forma sobre las bases del derecho indígena, sobre el contenido de sus procedimientos y sobre su aplicación, lo cual obviamente beneficia de gran manera a las autoridades de estos pueblos para el manejo de los mismos.

La propuesta se centra en conjuncionar estos dos elementos, para llevar a las comunidades indígenas que se encuentran dentro de los municipios donde la Universidad Mayor de San Andrés tiene sus sedes, este programa de Derecho de las Naciones Indígenas; esto mediante los convenios necesarios entre las autoridades de la Universidad y de la Facultad de Derecho. Llevando este programa a las comunidades, se puede no solamente dar el primer paso para la formación y conocimiento adecuados sobre el derecho indígena, sino que además este estaría acorde al ejercicio de uno de sus principales y fundamentales derechos constitucionales; la educación.

Por otro lado, la propuesta se fortalece en la implementación y la realización de programas de capacitación permanente a los administradores de justicia, lo que ya se encontraría cubierto en lo que se refiere a las autoridades indígenas por lo que se ha expuesto en el primer punto de esta propuesta; pero es necesario capacitar por parte del Órgano Judicial, a los operadores de justicia de la jurisdicción ordinaria, para que tengan un conocimiento más concreto de los alcances y las limitaciones de la justicia indígena y de cuáles son los procedimientos adecuados para la coordinación.

Finalmente, es necesaria la implementación de los mismos programas de capacitación sobre derecho de las naciones y pueblos indígenas, en la formación misma de los estudiantes de derecho, porque en ellos se centra el futuro de la coordinación de los dos sistemas de justicia que se consagran en el derecho boliviano, sobre una base académica y de conocimiento; ahí se centran las esperanzas del futuro de la coordinación y quizá, de la cooperación.

## **CONCLUSIONES.**

El observar a la sociedad boliviana, a simple vista permite percibir la complejidad por la que se encuentra conformada. Existen muchos aspectos que se pueden resaltar y características que se podrían identificar; pero quizá la más significativa es precisamente su composición, marcada indudablemente por la diversidad. No se puede identificar una suerte de homogeneidad en la cultura que compone a la sociedad boliviana, debido a que existen varias, probablemente más de una por territorio. De la misma forma, en cada conglomerado de personas, existe dentro de la sociedad boliviana un importante porcentaje de población indígena, que se identifica a sí misma de esa manera, que sus costumbres y sus cosmovisiones responden con esa identificación, con una historia de luchas permanentes entre sus antepasados, una batalla constante por perdurar en

el tiempo en condiciones eminentemente menos favorecedoras; pero que con el devenir del tiempo se ha convertido en una identificación propia, orgullosa y firme.

Esta característica ha sido una constante en el tiempo, poco mutable. Bolivia es uno de los pocos países que tiene la dicha de contar con esta diversidad cultural; pero que por mucho tiempo no ha reconocido y muchas veces ha minimizado. Se entiende de sobremanera que el derecho es el elemento más importante que debe acompañar a los cambios sociales y responder a sus necesidades. Los pueblos indígenas bolivianos que tienen una existencia pre colonial en estos territorios, a lo largo de la historia de Bolivia, se han aferrado a perdurar en condiciones muchas veces infra humanas, como a las que se los sometió en la colonia y en los tiempos que devinieron de la misma; el futuro no ha sido muy promisorio, debido a que mientras Bolivia iba escribiendo su historia y experimentando cambios sociales y revoluciones que obviamente conllevaban cambios normativos; los pueblos indígenas se encontraban en una lucha permanente por ir conquistando uno a uno derechos que desde siempre les han sido negados, por alcanzar una forma de vida digna.

Ahora bien, estos mismos pueblos y comunidades indígenas, han sido muchas veces los protagonistas y casi siempre los impulsores de las revoluciones sociales, han estado presentes en las luchas por las conquistas de los derechos de las minorías y poco a poco los han conseguido. La conquista más grande de los derechos de los pueblos indígenas, se consagra en la reforma constitucional del año 2009, en donde por fin alcanzan el reconocimiento de sus naciones y pueblos y con este reconocimiento prácticamente la totalidad de sus derechos; siendo el más importante el reconocimiento y la aplicabilidad de sus propias formas de justicia; la autoridad para auto gobernarse y solucionar sus propios conflictos en base a sus costumbres y cosmovisiones.

El impacto que ha generado este reconocimiento no ha sido mayor al que ha causado en la sociedad el reconocimiento y la validez de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas. En este punto es fundamental la percepción que tiene la sociedad de la justicia indígena y las ideas que han sido fomentadas por décadas, de que cuando se habla de justicia indígena se está frente a un sistema arcaico, quizá hasta salvaje y que no tiene aplicabilidad.

La sociedad le atribuye a la justicia indígena los aspectos y las sanciones más extremas, se considera que se está frente a un sistema de justicia que no conoce límites. Este último término “límites”, es el que se consagra como una de las bases más profundas de esta investigación. Se entiende que los conflictos y las faltas que se han presentado en la sociedad boliviana han sido resueltos siempre por el derecho positivo penal boliviano y todas sus ramas anexas; pero cuando se alcanza el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena en paridad con el anterior, se da la libertad de solucionar a las comunidades sus propios conflictos con una característica que posibilita todos estos procesos: se limita su accionar por la misma Constitución Política del Estado y por los organismos y tratados internacionales que se encuentran reconocidos en esta.

La justicia indígena es aplicable, es reconocida su validez como un mecanismo de solución de conflictos dentro de las comunidades indígenas; siempre que no atente contra los derechos fundamentales, los derechos humanos y todos aquellos reconocidos en organismos internacionales.

Es entonces la premisa sublime, por fin los pueblos y las comunidades indígenas han alcanzado la conquista de sus derechos con integridad; pero en toda esta investigación se ha evidenciado que son simplemente premisas, en la práctica las cosas están muy alejadas de configurarse de esta manera. Las leyes que se han sancionado para “proteger” y “efectivizar” el cumplimiento de los sistemas de justicia indígena, muy por el contrario a su objetivo, limitan de sobremanera la aplicabilidad de la justicia indígena. La ley de Deslinde Jurisdiccional parece cumplir con la idea que surge por la falta de formación en conocimiento de los sistemas de justicia indígena; porque ahonda la idea de que las autoridades indígenas no son capaces de solucionar sus conflictos en materia penal, que es el tema de este estudio; pero si se analiza un poco más, la realidad es que se plasma en la ley la idea de que las autoridades indígenas no son capaces de solucionar sus propios conflictos en ninguna materia que no sea la relacionada con la tierra.

Un lineamiento similar es el que surge por parte de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, debido a que los mecanismos para que se consagren las autonomías de las comunidades indígenas, son demasiado complejos y deben sustentarse económicamente por las mismas comunidades que muchas veces no cuentan con los medios necesarios para cumplir todos estos pasos. El gobierno central ha asumido el compromiso de proteger a las comunidades indígenas y esto conlleva también velar por su bienestar en el entendido de que las normas que se sancionen provean de las condiciones más favorables para el ejercicio de sus derechos; empezando por someter todos estos cuerpos legislativos a consulta previa de los pueblos indígenas porque son temas que versan exclusivamente sobre estas poblaciones.

En un análisis más específico, es necesario para concluir, ver si se han cumplido los objetivos y si se ha demostrado la hipótesis que se ha planteado en el diseño metodológico de esta investigación.

Sobre el **objetivo general**, se puede asegurar que este se ha cumplido a cabalidad, puesto que se ha establecido cuáles son las bases jurídicas teóricas que sostienen ambos sistemas de justicia; se ha determinado los alcances normativos de cada una de estas jurisdicciones, los procedimientos en caso de conflictos de competencias y se han identificado además las falencias jurídicas y normativas que existen para ahondar en la injerencia del sistema positivo penal boliviano sobre el indígena originario.

Sobre los **objetivos específicos**, se puede determinar; que se ha descrito el proceso histórico de los pueblos indígenas para alcanzar reconocimiento e independencia, además de identificar el momento histórico exacto en el que estos dos sistemas de justicia se encuentran y de cierta forma

colisionan. Se ha descrito también el proceso histórico y la asimilación del derecho positivo boliviano, tomando en cuenta sus fuentes principales y las modificaciones normativas que ha sufrido en el transcurso del tiempo.

Se ha indagado sobre las conductas que se consideran delictivas en el sistema de justicia indígena y cuáles son sus sanciones, tomando en cuenta los presupuestos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Se ha descrito además cuáles son las bases para que una conducta se considere transgresora en el derecho indígena y la finalidad de las sanciones que deben ser equivalentes a la conducta, tomando en cuenta el respeto a la comunidad y a las cosmovisiones; y obviamente a las limitaciones de la Constitución y de los organismos internacionales.

Se ha identificado el procedimiento de juzgamiento que se sigue a las conductas transgresoras en las comunidades indígenas de La Paz, tomando en cuenta su respeto a sus autoridades jerárquicas dentro de la comunidad. Para este punto se ha hecho un estudio teórico de varios casos, pero también se han empleado entrevistas a autoridades de comunidades grandes del altiplano paceño, como Tiahuanaco y Pillapi.

Para reconocer las limitaciones que establecen los organismos internacionales a las sanciones que establece la justicia indígena, se ha destinado un capítulo completo en esta investigación, en el que además se analizan de forma más específica los convenios y los cuerpos normativos internacionales que versan y que protegen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas; mismos que se encuentran reconocidos y ratificados por la Constitución.

Finalmente, para ejemplificar con casos concretos el ejercicio de la justicia indígena en las comunidades de La Paz, se han realizado entrevistas a autoridades de dos de los más grandes municipios paceños en los que se encuentra un importante porcentaje de población indígena, como ser Tiahuanaco y Pillapi. Mediante esta técnica de investigación se ha podido determinar el manejo que implementan las autoridades en su resolución de conflictos, el conocimiento que tienen sobre sus competencias y las formas en las que se ejerce estos procedimientos mediante la jerarquía de sus propias autoridades.

Para la comprobación de la **Hipótesis**: *“El entendimiento, la coordinación y el diálogo entre los sistemas que componen el Pluralismo Jurídico Boliviano constituirán la base para que exista respeto en la aplicación tanto del Derecho Positivo Penal, como en la Justicia Indígena Originario Campesina; llegando así a evitar divergencias, injerencias, contradicciones y establecer correctamente competencias”*.

Es necesario hacer el análisis de las variables dependiente e independiente que componen esta hipótesis, para poder determinar si ha sido comprobada.

Se determina entonces que la **variable independiente** se ha demostrado a cabalidad, debido a que el entendimiento y fundamentalmente la coordinación, como elemento principal para las soluciones propuestas en esta investigación, además del diálogo son y componen la base para

que exista respeto entre ambos sistemas de justicia. Las tres soluciones que se plantean tienen el fin último de alcanzar la coordinación y una vez establecida esta, poder lograr la cooperación y la complementariedad entre ambos sistemas de justicia, para que pueda existir un respeto entre ambos y se cumplan a cabalidad los presupuestos que se establecen en la norma.

La *variable dependiente* en consecuencia también queda demostrada, porque se ha determinado en el transcurso de la investigación que las divergencias, las injerencias y las contradicciones que existen entre ambos sistemas, son fruto de diversos factores, empezando desde una mala asimilación social de la justicia indígena y pasando por un incorrecto planteamiento de los cuerpos normativos complementarios que limitan de sobre manera las competencias del sistema de justicia indígena. Si se logra la coordinación mediante la ejecución de las soluciones que se han propuesto, obviamente se va a poder evitar toda esta clase de divergencias que atentan contra la coordinación y mantienen aún hoy un escenario alejado para la complementariedad.

La hipótesis ha quedado demostrada en la investigación y se puede asegurar sin lugar a dudas que todo este proceso normativo por el que ha atravesado y aún asimila Bolivia en lo concerniente a sus comunidades indígenas, no solo del altiplano; es un referente para el resto de los países latinoamericanos que tienen pueblos indígenas en su población; una muestra clara de ello es que, cuando se está redactando esta parte final de la investigación, un referéndum constitucional se está por llevar a cabo en el país chileno; mecanismo por el cual se pretende alcanzar el reconocimiento de las comunidades indígenas que habitan en este país, para que puedan alcanzar sus derechos; para que como en Bolivia, sus pueblos indígenas alcancen las condiciones de vida más dignas, que les han sido negadas por tanto tiempo.

La esperanza se alberga en que esta semilla de cambio siga germinando en muchos países más.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

- ALBA S. OSCAR Y R. CASTRO SERGIO. (Coordinadores). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. 1ª ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

- ALBÓ XAVIER Y ROMERO CARLOS. (2009). *Autonomías Indígenas en la Realidad Boliviana y su Nueva Constitución*. 2ª ed. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- CAPUSIRI HERCULIANO. (2009). *Justicia Comunitaria: Y su compatibilización con la Justicia Ordinaria en el Marco de la Nueva Constitución Política del Estado*. 1ª ed. Grupo Editorial Kipus, Cochabamba.
- DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA YEXENI RODRÍGUEZ JOSÉ LUIS. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala.
- DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA YEXENI RODRÍGUEZ JOSÉ LUIS. (2019). *Estado Plurinacional y Democracias*. 1ª ed. Plural Editores.
- GRUPO DE ESTUDIO: INTERCULTURALIDAD. (2015). *Pluralidades: Revista para el Debate Intercultural*. Volumen 4. Editorial Altiplano E.I.R.L.
- MIRANDA RIVERO RICARDO Y CARMONA CALDERA CRISTOBAL. (2012). *Tesis de Maestría Sobre Pueblos Indígenas*. 1ª ed. Colección Tesis de Maestría. Volumen III. Universidad Nacional de San Martín.
- TOLA FERNÁNDEZ RICARDO RAMIRO. (2021). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial San José.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Secretaría Técnica y Descolonización. Unidad de Descolonización. Eds. (2016). *DESCOLONIZACIÓN: Lineamientos para descolonizar la Justicia Constitucional*. 1ª ed.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Secretaría Técnica y Descolonización. Unidad de Descolonización. Eds. (2016). *Sistemas de Justicia Indígena Originario Campesina*. 1ª ed.
- VILLAMOR LUCÍA FERNANDO. (2007). *Derecho Penal Boliviano. Parte General. Tomo I*. Segunda edición. Editorial Inspiración Cards.

## **NORMATIVA:**

- Código Penal. Ley Nro. 1768 de 10 de marzo de 1997.
- Código de Procedimiento Penal. Ley Nro. 1970 de 25 de marzo de 1999.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 7 de febrero de 2009.

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Ley 1257 de 11 de julio de 1991.
- Ley de Abreviación Procesal Penal y Fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres. N° 1173 de 8 de mayo de 2019.
- Ley de Deslinde Jurisdiccional Nro. 073 de 29 de diciembre de 2010.
- Ley Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa “Andrés Ibáñez” de 19 de julio de 2010.
- Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional Nro. 027 de 6 de julio de 2010.

## **ANEXOS.**

### **CUESTIONARIO AUTORIDAD INDÍGENA N°1.**

**1.¿Cuál es su nombre y a qué comunidad pertenece?**

Mi nombre es DIONISIO CAMARGO QUISPE, del Municipio TIAHUANACO.

**2.¿Cuál es el cargo que usted ocupa dentro de su comunidad?**

Soy autoridad subcentral de la zona oeste del Municipio de Tiahuanaco. Mi cargo es MALLKU SUBCENTRAL DE ZONA OESTE.

**3.¿Cómo es que usted ha llegado a ese cargo? ¿Cómo elige su comunidad a sus autoridades?**

El cargo que he obtenido es por una elección de cinco comunidades, más un centro poblado. Elección democrática, por lo cual había cinco candidatos y llegamos de los cinco candidatos a una terna, y de una terna salimos uno solo elegido, que representa a nuestro municipio de Tiahuanaco.

**4.¿Cada cuánto hacen ustedes esa elección de autoridades?**

Cada fin de año.

**5. ¿Cuántas autoridades existen dentro de su comunidad?**

Somos cinco comunidades, más un centro poblado, las comunidades son:

- Comunidad Achuta Grande.
- Comunidad Rosa Pata.
- Comunidad Suriri.
- Ayllu Originario Comunidad Uma Marka.
- Comunidad Pillapi.
- Centro Poblado Pillapi “San Agustín”.

Las autoridades varían dentro de cada comunidad, por ejemplo, de la Comunidad Achuta Grande son entre ocho a dieciséis, pero siempre representando “chacha – warmi”. De la Comunidad Rosa Pata son doce; de la Comunidad Suriri son doce, del Ayllu Originario Uma Marka son diez. De la Comunidad Pillapi son treinta, del Centro Poblado Pillapi “San Agustín” son veintidós; pero siempre “chacha – warmi”, son marido y mujer.

**6. ¿Cuáles son las normas fundamentales que rigen en su comunidad?**

Dentro de la comunidad tenemos un Estatuto Orgánico aprobado de cada comunidad, y fuera de eso tenemos un estatuto a nivel de la zona oeste; entonces nos regimos de acuerdo a nuestro Estatuto Orgánico y cumplimos de acuerdo a las normativas, de acuerdo a nuestro Estatuto Orgánico de cada comunidad; más que todo las cinco comunidades más su centro poblado al Estatuto de la Zona Oeste.

**7. ¿Las normas que me ha mencionado se basan en la Constitución, en los Principios Constitucionales, entiéndase “ama suwa, ama llulla y ama quilla”?**

Evidentemente, todo eso lo llevamos siempre presente, porque la vida orgánica que nosotros cumplimos como autoridades originarias, no podemos alinearnos con ningún partido político ni otras cuestiones; en la vida orgánica nosotros nos manejamos a nuestros saberes, a nuestras costumbres, en realidad a nuestros usos y costumbres.

**8. ¿Qué delitos sancionan como autoridades dentro de su comunidad?**

Nosotros dentro del Estatuto Orgánico tenemos las faltas leves, graves y muy graves. Cuando son leves tenemos sanciones que pueden ser a partir de diez hornales, hasta treinta hornales de trabajo. Pero cuando son así más o menos graves, ya tenemos otra cosa y si son muy graves entonces censuramos del cargo; entonces el armamento que llevamos nosotros, que es poncho, chicote, chullo y sombrero se les quita les desarmamos. Si son faltas demasiado graves queda censurado el hermano o la hermana que ha hecho falta grave.

**9. ¿Qué tipos de sanciones aplican?**

De acuerdo a las faltas van su tipo de sanciones, lo que aplicamos. Pero, sin embargo, nosotros tenemos normativas dentro de nuestro estatuto, si es que no pudiésemos arreglar esos problemas, tenemos un Jallja Mallku, así se llama y es como un juez dentro de todos los directorios. Los Jallja Mallkus arreglan y acompañan a todos los Mallkus originarios esos problemas. Ahora, si en caso ya no pudimos arreglar pasa a CACOT (Consejo de Ayllus de la Comunidad Originaria de Tiahuanaco), de CACOT pasa a SIMACO (Suyu Ingavi de Markas, Ayllus y Comunidades Originarias), de SIMACO a Departamental y del Departamental a la Nacional. Ahora si la Nacional ya no puede arreglar, entonces a la justicia ordinaria ya, así es.

Estas son instituciones que están conformadas tanto por CACOT y SIMACO, tenemos dentro del Suyu Ingavi que tenemos normativas dentro de la Provincia Ingavi.

**10. ¿Cuál es la sanción más grave que ustedes llegan a aplicar a alguna falta cometida?**

Censuramos del cargo y como estamos juramentados al ser autoridades nosotros, entonces decidimos como cualquier autoridad del Estado, como cualquier autoridad de un Ministerio o como cualquier autoridad militar o policial, nosotros de la misma manera prestamos un juramento, entonces como juramentamos nosotros adecuadamente tenemos que cumplir según nuestro estatuto orgánico. Cuando hay faltas graves queda censurado el hermano o hermana, entonces de su uniforme ya no lleve para siempre ya.

**11. ¿En qué casos acuden ante la justicia ordinaria?**

Evidentemente, puede haber peleas, asesinatos, feminicidios y faltamento a las autoridades, siempre tiene que haber ese respeto mutuo; no por el hecho de que una autoridad que está a cargo

y sea profesional y esa cuestión, una autoridad puede ser morena o feo, o blanco o bonito y choco; pero lamentablemente muchas veces nos discriminamos y un profesional por decir, una autoridad, un hermano o una hermana no es profesional, pero siempre ha habido una discriminación dentro de esos grupos, una mitad de profesionales hay pero muchas veces nos discriminamos. Entonces, ahí empieza la pelea y cuestión, entonces para que no exista ese tipo de cosas siempre hay ese respeto mutuo dentro de nosotros, un caso.

Otro caso siempre hay muchas veces delitos, pero en nuestra provincia, en nuestros pueblos casi no ocurre mucho eso, yo veo que más que todo en El Alto, en la ciudad de La Paz ha habido muchos feminicidios y cuestiones, pero felizmente dentro de nosotros quizás alguna vez ha ocurrido, pero nosotros siempre nuestra vivencia es de hermandad, vivimos ese suma qamaña, eso lo mantenemos.

### **12. ¿Conoce la Ley de Deslinde Jurisdiccional? ¿Qué opina de ella?**

De la Ley de Deslinde Jurisdiccional hablamos muchas veces. Algo quiero decir que hace ratito se me olvidó entonces, justamente había un problema de nosotros, de una comunidad de Uma Marka, por decir, problema interno de la comunidad entre autoridades. Sabe que por un acto social que nosotros llevamos en 6 de agosto, aniversarios y esa cuestión ha empezado ahí un compartimiento de bebidas y esa cuestión y entonces ha habido un problema; justamente no habían pruebas contundentes; el demandante ha dicho que ha hecho tomar pastilla y cuestiones a su hija pero ha ido al médico forense y no ha tenido esa prueba positiva de que evidentemente era aquello, entonces el demandante a llegado a ser constantemente, que ya quería ser juez y parte por decir. Entonces el otro ha buscado lo que mencionas de deslinde jurisdiccional, porque no admite, pero nuestro estatuto orgánico existe y esas cosas nosotros hacemos respetar eso.

### **13. ¿Sabe en qué casos se puede acudir ante el Tribunal Constitucional Plurinacional?**

No le podría decir eso, cada cual la verdad nosotros mayormente no manejamos, no conocemos mucho la Constitución Política del Estado, pero nosotros más que todo nos regimos a nuestro Estatuto Orgánico, por eso es que nosotros como autoridades nos sometemos orgánicamente a nuestro Estatuto Orgánico. Ya cuando las cosas pueden ser muy graves, muy graves, determinadamente ya no es de nuestra competencia, eso si quizás podemos ir por ese lado.

### **14. ¿Conoce el alcance de las competencias en la aplicación de la justicia indígena dentro de su comunidad?**

Si, ya lo había dicho, nosotros no sancionamos económicamente casi, sino con hornales de trabajo, así cumplimos nuestra justicia si algún hermano ha tenido fallas en cuestión, hacemos cumplir así.

### **15. ¿Qué piensa sobre programas de formación en derecho, en normas y sus alcances para los miembros de su comunidad y sus autoridades?**

Yo sería feliz si fueran tan amables de llevar adelante unos cursos de capacitación y cuestiones así. Si la Universidad Mayor de San Andrés, está en posibilidades de orientar, de dar el tema del derecho sería bueno, porque lamentablemente a ratos muchos hermanos no lo conocemos de fondo y claro que muchas veces no siempre, ni antes ni ahora mismo, como tenemos cada comunidad nuestro Municipio, nuestro Estatuto Orgánico, siempre mayormente andamos basados a aquello.

La verdad, soy uno de los impulsores de la Sede Universitaria Sur Pillapi y la petición de la población está en aquello, necesitamos quizás también profesionales que conozcan, que tengamos en nuestro lugar; pero mayormente a veces los hermanos si vienen aquí a estudiar a la central, pero hay hermanos también, hay jóvenes también que toman otras carreras y entonces mi población más que todo se han ido a la Escuela de Sargentos, a la Universidad Policial y esos. Pero la verdad es que lo que mencionaba sería una muy buena idea, pero mi persona como autoridad originaria que estoy encabezando como Subcentral de la Zona Este, en este momento estamos preocupados de nuestros proyectos y otras cuestiones, pero nos damos tiempo de llevar adelante o pedir a la universidad, presentar, pedir con notas pidiendo estas cosas de capacitación. Más adelante puede ser a nivel técnico superior o a nivel licenciatura sobre lo que mencionaba del derecho.

**CUESTIONARIO AUTORIDAD INDÌGENA N°2.**

**1.¿Cuál es su nombre y a qué comunidad pertenece?**

Mi nombre es NATALIA RODRÍGUEZ DE PÉREZ, de la Comunidad PILLAPI.

**2.¿Cuál es el cargo que usted ocupa dentro de su comunidad?**

Soy JILLIRI MALLKU.

**3.¿Cómo es que usted ha llegado a ese cargo? ¿Cómo elige su comunidad a sus autoridades?**

Bueno, este cargo nos toca. O sea, la elección es de la siguiente manera: somos de aquí quince zonas y de quince zonas quince personas nos presentamos, de esas nos eligen a tres personas, tres ternas sacamos adelante y para poder elegir las personas hacen fila a la cabeza del que quieren que se elija y el que tiene la mayor cantidad de habitantes que hacen fila, ese es el ganador. Lo mismo ha pasado conmigo y yo he ganado por elección mayoritaria. El tercero que más tiene votos “quelca” se llama y es secretario de actas, en aimara es “Quelca”, el vicepresidente es “Sullka”, así es.

**4.¿Cada cuánto hacen ustedes esa elección de autoridades?**

Un año calendario dura nuestro cargo, cada año hacemos.

**5. ¿Cuántas autoridades existen dentro de su comunidad?**

Quince.

**6. ¿Cuáles son las normas fundamentales que rigen en su comunidad?**

Nosotros tenemos nuestros reglamentos y estatutos, en eso nos basamos. Fuera del Estatuto no podemos actuar, sino que tenemos que actuar dentro del estatuto y esa es nuestra norma, nuestra ley, entonces en base a eso tenemos que ejercer nuestros cargos. Ahí nos dicen cada cartera qué función cumplir, entonces cada uno tenemos nuestra función que cumplir.

**7. ¿Las autoridades son siempre hombre – mujer?**

Si tienen que ser varón y mujer, “chacha – warmi” se llama en aimara.

**8. ¿Qué delitos sancionan como autoridades dentro de su comunidad?**

Dentro de la comunidad por parte de las discusiones, las peleas por el terreno, solamente eso, todo lo que se basa en el terreno donde vivimos. Otras cosas ya no nos facultan porque eso ya es fuera de nuestra competencia.

**9. ¿Qué tipos de sanciones aplican?**

A las faltas graves, muy graves, regulares, así nosotros tenemos. Entonces de las faltas muy graves de acuerdo a las hornales de trabajo, digamos cincuenta hornales, setenta hornales. El más leve unos cinco hornales; cinco hornales significa quinientos bolivianos (500 Bs.), por hornal cien bolivianos (100 Bs.) cobramos nosotros, es cincuenta hornales cinco mil bolivianos (5000 Bs.).

**10. ¿Cuál es la sanción más grave que ustedes llegan a aplicar a alguna falta cometida?**

La sanción más grave es de acuerdo al delito cometido, puede ser una pelea o puede ser un avasallamiento así, por el terreno. Entonces de acuerdo a lo que uno actúa. La más grave es solamente en hornales, no hay otro. En hornales, pero se puede pagar en dinero y si no tiene dinero puede trabajar.

**11. ¿En qué casos acuden ante la justicia ordinaria?**

Justicia ordinaria, todos los casos que tengamos en la comunidad. Solamente resolvemos lo relacionado a la tierra.

**12. ¿Conoce la Ley de Deslinde Jurisdiccional? ¿Qué opina de ella?**

Más o menos, no tengo profundizado, no tengo mucho porque no he estudiado esa parte, me he comprado, pero no le he dado tiempo, esa partecita me falta. Pero dice que les habían dado a los Jalkas, a los justicias les habían dado un curso taller, pero yo no conozco todavía. Aunque tendría que conocer, me he comprado, pero no he estudiado.

**13. ¿Sabe en qué casos se puede acudir ante el Tribunal Constitucional Plurinacional?**

Esa parte no entiendo mucho. Esa Ley si sé que nos limita, no nos deja avanzar más allá. Eso también nos falta, hay ratos que de eso nos hacemos problema, porque quieren que les solucionemos, pero nosotros no podemos decimos, pero algunas veces ellos ya se van, por ejemplo, yo tengo un caso que ya está en juzgado. O sea, el deslinde jurisdiccional no permite a que puedan entrar los jueces, nada en la comunidad, sino que nosotros de acuerdo a nuestros usos y costumbres solucionamos, de acuerdo a nuestro Estatuto, entonces ellos de alguna forma vuelven, porque no pueden arreglar más allá, porque no lo permitimos que ellos vengan con una resolución; entonces aquí nomás siempre llega y nuevamente nosotros tenemos que juzgar eso de acuerdo a quien cumple, así más o menos. Ese tipo de problemas actualmente todavía tengo.

**14. ¿Su comunidad ha buscado consolidarse en algún momento como autonomía indígena?**

En eso estamos, pero no podemos lograr porque aquí hay mucho boicot entre nosotros, entre comunidades, entre Markas, no nos dejamos, nos cerramos; o sea no deja crecer al otro, el otro también le hace problema, así. Entonces ahí estamos un poquito porque nosotros queremos crecer, pero no nos dejan.

**15. ¿Conoce el alcance de las competencias en la aplicación de la justicia indígena dentro de su comunidad?**

Si, pero como ya le dije a nivel familiar digamos no podemos entrar mucho; pero a lo que alcanzamos sí. Pero hay otros que las leyes no permiten porque tienen sus pasos que seguir, entonces nosotros no tenemos ese conocimiento; se puede, pero no tenemos ese conocimiento, porque muchos campesinos mayormente no habían estudiado y tampoco tenemos esa parte de un abogado que conoce, entonces por eso nos limitamos también. No tenemos esa capacidad.

**16. ¿Qué piensa sobre programas de formación en derecho, en normas y sus alcances para los miembros de su comunidad y sus autoridades?**

Que lindo sería, eso es lo que se necesita y la gente que no sabe es una pena hermana, por eso fracasamos mucho, no saben dónde están ni a cuál lado va a dar el paso, con esos talleres ya nos podríamos orientar por lo menos por dónde debemos ir, cómo tenemos que zanjar un caso, eso es lo que más hace falta. Pero nuestra gente le cuento que no le gusta aprender, cuando abrimos un taller decimos, vengan a aprender. Por ejemplo, yo este año he sacado un curso taller para que puedan aprender cómo se puede mejorar el ganado o manejar el ganado, las primeras vacunas que se puede dar, las dosificaciones, las vitaminas; pueden aprender, cosa que puedan mejorar sus ganados, pero ni vinieron hermana, eso es lo que me frustra a mí. Muy poca gente teníamos, pero hay que animarlos, hay que concientizarles, entienden, lo que pasa es que no ha habido quién les de esa charla, o sea ellos entendiendo yo creo que sí podrían acudir.

Sería muy beneficioso que la universidad lleve estas cosas, por mí a lo menos, lo que más necesito como autoridad, porque de esa parte necesito yo capacitarme, porque esa parte del derecho a mí me falta; liderazgo tengo, pero la parte del derecho me falta, algunas partecitas conozco, pero hay que conocer un poco más amplio.