

Constitución Política y justicia indígena originaria campesina

Potestades de generación normativa
y de administración de justicia

Carlos Alberto Goitia

**Constitución Política
y justicia indígena
originaria campesina**

Potestades de generación normativa
y de administración de justicia

Primera edición: diciembre de 2012
© FES

Editores: Friedrich Ebert Stiftung (FES)
Av. Hernando Siles 5998
Tel. 591-2-2750005
www.fes-bolivia.org
info@fes-bol.org
La Paz, Bolivia

Diseño de tapa: Alejandro Salazar

Depósito legal: 4-2-3529-12
ISBN: 978-99954-2-627-9

Impresión y CD interactivo
Creativa
Telf. 2 488 588
La Paz, Bolivia

Índice

1. **A manera de introducción** 5
2. **Sobre la denominación ‘naciones y pueblos indígena originario campesinos’** 16

Capítulo 1. La jerarquía normativa en el ordenamiento

- jurídico boliviano** 43
1. **Introducción** 43
 2. **Privilegiada ubicación jerárquica del texto constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano** 45
 3. **Ubicación jerárquica de los instrumentos normativos internacionales en general, de los de derechos humanos en particular y de las normas del derecho comunitario en el ordenamiento jurídico**..... 64
 4. **Ubicación jerárquica de otros instrumentos normativos locales en el ordenamiento jurídico boliviano**114

Capítulo 2. El control de constitucionalidad

- y el control de legalidad en Bolivia**..... 161
1. **Introducción** 161
 2. **El sistema de control de constitucionalidad boliviano** 165
 3. **Sistema de control de legalidad** 224

Capítulo 3. La Constitución y la administración de justicia indígena, originaria y campesina	281
1. Introducción	281
2. Bolivia: pluricultural, multiétnica, plurinacional, intercultural	283
3. Órgano Judicial y administración de justicia en los pueblos indígenas, originarios y campesinos.....	316
4. Las autoridades indígenas, originarias y campesinas.....	346
Capítulo 4. Control de constitucionalidad y justicia indígena, originaria y campesina	385
1. Introducción	385
2. Análisis de precedentes jurisprudenciales nacionales, internacionales y supranacionales	391
3. El control previo de constitucionalidad	437
4. El control correctivo de constitucionalidad	461
Conclusión	525
Reflexiones finales	533
Bibliografía	541

1. A manera de introducción

El 6 de agosto de 2006 se instaló en la ciudad de Sucre una Asamblea Constituyente integrada por 255 personas¹, electas por voto popular, para elaborar una propuesta de texto constitucional que pueda ser sometida a consideración del conjunto de la población boliviana a través de un referéndum nacional.

Cada constituyente tuvo, con seguridad, diversas motivaciones para asumir esa responsabilidad. En mi caso fue la búsqueda de retribuir a mi país y su gente todo lo que me brindaron aportando mi trabajo, capacidades, conocimientos y experiencias para la elaboración de un texto constitucional virtuoso, es decir, que culmine con contenidos que permitan trascender a los seres humanos que integramos Bolivia y sentar sólidas bases para que las futuras generaciones al menos gocen de mejores condiciones para lograrlo.

La coyuntura política determinó que esa labor se desarrolle en medio de un escenario particularmente agresivo contra quienes, como yo, teníamos una visión y planteamientos que no coincidían con el discurso ni los afanes del oficialismo, al grado de terminar convertidos en víctimas de la intolerancia, prácticas intimidatorias, persecución política judicializada y violencia con las que se intentó doblegarnos y silenciar nuestras voces. Es difícil olvidar el seguimiento que realizaron a mis hijos, la persecución judicial que llevan a cabo contra mis padres y otras prácticas igualmente perversas cuyos efectos se proyectan hasta el presente. Sin embargo, una de las virtudes del cristiano es saber perdonar y, como católico, lo hago especialmente con aquellos que no sabían lo que hacían y que hoy, todavía, no saben lo que hacen.

Pero el compromiso asumido con las y los bolivianos no terminó con el trabajo desarrollado en la Asamblea ni con el ingreso en vigencia del texto constitucional; lo mantengo invariable, y ahora me correspon-

1 Ver Romero Ballivián, 2009: 147.

de aportar desde otros ámbitos, por ejemplo, clarificando el proceso de formación, los contenidos y las proyecciones de lo que se denomina Constitución Política del Estado.

En esta oportunidad me concentro en la exposición del análisis desarrollado en torno al tratamiento que se brinda a las potestades de generación normativa (en sentido amplio, abarcando entre otras la legislativa y la reglamentaria) y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos desde una perspectiva propia del Derecho Constitucional, tema que, durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente, fue falsamente proyectado como uno de los que presentaba mayores niveles de conflicto y consecuente distanciamiento entre los planteamientos sustanciales de las dos principales fuerzas políticas con mayor nivel de presencia en la Asamblea: Poder Democrático y Social (PODEMOS) —que fue la agrupación ciudadana con la que participé— y el Movimiento al Socialismo (MAS).

Lo cierto es que existían sustanciales niveles de cercanía sobre el tema entre los planteamientos de unos y otros, que resultaban incómodos para quienes, afanados en mostrarse como la única fuerza política que respondía a las demandas de esos pueblos, terminaron por privilegiar coyunturales cálculos electoralistas para la reelección presidencial antes que preocuparse por la elaboración del mejor producto posible para Bolivia y, como parte de ella, para cada uno de esos pueblos y de los seres humanos que los integran. Fueron descomunales los esfuerzos desplegados por los masistas para impedir, inviabilizar e invalidar los niveles de consenso que se perfilaban al interior de la Asamblea Constituyente en torno a ese tema; paradójico, e irracional desde mi punto de vista, pero cierto. Más aun cuando se toma en cuenta el alto grado de incidencia que tuvieron esos pueblos para la conformación de la Asamblea, la cobertura mediática que recibieron sus demandas y la dedicación con la que se atendieron sus planteamientos, que en esencia eran las del conjunto de los bolivianos y de las bolivianas.

En pocas palabras, la instrumentalización oficialista de las legítimas demandas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos se orientó en mi opinión a ocultar afanes electoralistas y dinámicas autori-

tarias que pretendían convertir el texto constitucional en herramienta para conculcar la libertad y la dignidad de los seres humanos a través de la negativa acentuación de las diferencias y la siembra de la desconfianza entre hermanos por parte de sectores radicales, algo que no comparí ni comparto².

-
- 2 *Post Scriptum*: Durante el tiempo que demoró este texto en imprenta, fue presentado un texto en el que Boaventura de Sousa Santos termina por develar la búsqueda por instrumentalizar a los pueblos indígenas, a los pueblos originarios y a los pueblos campesinos en función a coyunturales apetitos político partidarios. Así, señala: “Al final de la última década, Bolivia y Ecuador fueron los dos países latinoamericanos que pasaron por transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares. No es de extrañar, por tanto, que las constituciones de ambos países contengan embriones de una transformación paradigmática del derecho y el Estado modernos, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural. El reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia indígena que, para remitirnos al periodo posterior a la independencia, venía de décadas atrás, adquiere un nuevo significado político. No se trata solo del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de un expediente para que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos en su interior, garantizando la paz social que el Estado en ningún caso podría garantizar por falta de recursos materiales y humanos. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años” (Sousa Santos, 2012: 13).

Cabe, frente a ello, preguntar ¿Es correcto imponer una visión anticapitalista a los pueblos indígenas, originarios y campesinos? ¿No son ellos los que pueden libremente determinar si asumen o no ese discursito en el marco de sus demandas, aspiraciones o cosmovisiones? ¿Esos pueblos están prohibidos de asumir una visión contraria a la del anticapitalismo? De ser así, ¿por qué? Y si un hombre o una mujer creen algo contrario a ello ¿Por qué no pueden expresarlo?

Desde mi punto de vista, tengo la seguridad que esos pueblos y los seres humanos que los integran tienen otras necesidades y preocupaciones que ser de partidos de izquierda o de derecha; como el mismo Sousa lo precisa, las izquierdas fueron particularmente perversas con esos pueblos y no cabe hoy querer aplicar gatopardismos ni instrumentalizarlos como lo plantea Sousa.

Por ello discrepo con aquellas voces que buscan presentar a la Asamblea Constituyente del 2006 como un escenario reducido a la confrontación entre el 'indio' y el *q'ara*, entre lo originario y lo colonial, entre visiones colonizadoras y descolonizadoras u otras pintorescas caracterizaciones de similar naturaleza. Resultan ser posiciones que intentan presentar fotografías retocadas que eclipsan la real dimensión de la esperanza que habían depositado las bolivianas y los bolivianos en esa Asamblea al concebirla como un espacio democrático en el que debían construirse consensos a partir del debate y el intercambio de ideas y visiones, para superar problemas de vieja data pero y responder a los desafíos que se proyectaban en ese tiempo como imperiosos en el mediano y largo plazo, algo que no creo que se hubiera alcanzado, sin que con ello descalifique en su integridad el producto final.

Estas esperanzas se habían traducido lentamente en demandas y propuestas que versaban sobre diversos temas, no solo domésticos o locales (v. gr.: mayor acogimiento de los derechos humanos plasmados en instrumentos normativos internacionales, tratamiento de desechos sólidos de los centros urbanos, fortalecimiento económico diversificando las actividades productivas para superar la explotación de materias primas, migración interna, etc.), sino también reflejando preocupación por temas de orden internacional y mundial (v. gr.: el medio ambiente, la abolición de la pena de muerte en el mundo, los procesos de integración regional, el desarrollo de la biotecnología, la condena a lapidación de mujeres en países extremistas como Irán, etc.). Todas ellas eran altamente relevantes e igualmente importantes y tuve el privilegio de conocerlas, recolectarlas, analizarlas y sustentarlas a partir de una intensa actividad desplegada a lo largo y ancho de Bolivia desde el tiempo en el que se elaboró la Ley de Declaración de Necesidad de Reforma Constitucional el 2002³ cuando me desempeñé como ministro de Justicia y Derechos Humanos.

3 Ley N° 2410, Ley de Necesidad de Reformas a la Constitución Política del Estado, promulgada en agosto de 2002.

También mantengo invariable mi crítica a quienes se ocuparon, y todavía lo hacen, de impedir que prosperen planteamientos orientados a apuntalar una democracia intercultural a partir de exacerbar negativamente las diferencias étnicas o raciales y territoriales, porque operaron con el claro fin de proyectar al Estado como aquél que desplaza a la libertad y la dignidad del ser humano a planos secundarios. En la Asamblea Constituyente se confrontaron propuestas emergentes de vocaciones democráticas con otras propias de afanes autoritarios a partir de la construcción de falsas mayorías aplastantes, de lógicas plebiscitarias y pretensiones instrumentalizadoras del ser humano. ¿Cuáles fueron las propuestas que finalmente se plasmaron en el texto constitucional vigente? Buena parte de la respuesta se va develando diariamente; otra, menor, la explico en el presente texto.

Por ello cuestiono a quienes se esforzaron por mostrar los conflictos y las tensiones presentes en Bolivia, durante el desarrollo de la Asamblea, a través de una especie de fotografía retocada al estilo de aquellas que se preparan para que llamen la atención del turista gringo o del europeo, con fines eminentemente comerciales, es decir, para que se las compren por exóticas o pintorescas... y, créanme, ¡hubo quienes las compraron! Diversos cooperantes internacionales financiaron una serie de actividades y acciones contrarias a su función básica de apoyo al desarrollo del sistema democrático⁴.

Construcciones discursivas que operaron como pretexto para sustentar la falsa imagen de Bolivia caracterizada como un país con una sociedad fracturada, al borde de su destrucción o desaparición, con én-

4 Ver <http://www.whrw.org/es/news/2011/01/21/informe-mundial.los-gobiernos-tratan-con-guantes-de-seda-los-abusadores> donde se señala, entre otros elementos, que “Demasiados gobiernos aceptan las racionalizaciones y excusas de gobiernos represivos, sustituyendo la presión para promover el respeto a los derechos humanos con métodos más suaves como ‘diálogo’ privado y la ‘cooperación’, señaló Human Rights Watch hoy durante la publicación de su Informe Mundial 2011[...]”.

fasis en las diferencias étnicas o raciales, que determinaban como urgente la adopción de un modelo de gobierno de corte consociacional⁵. Al final, de ese modelo quedó algo, pero no se aplicó el remedio para atacar la enfermedad terminal diagnosticada. Crítica que mantengo invariable desde el inicio del trabajo en la Asamblea hasta el presente, porque considero que las bolivianas y los bolivianos tenemos diferencias, que indudablemente generan tensiones, pero nunca en grado tal que puedan derivar en afirmar la existencia de una sociedad fracturada; sostengo la existencia de una sólida base de valores que comparten las bolivianas y los bolivianos a partir de los cuales se puede avanzar en unidad en un escenario democrático donde, por cierto, la libertad y la dignidad del ser humano se encuentran culturalmente afianzadas. Base a partir de la cual los derechos humanos acogidos en los principales instrumentos normativos internacionales operan como factor unificador y en base a los cuales, por ejemplo, es positivo el reconocimiento de potestades de generación normativa (en sentido amplio) y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Este criterio se ve respaldado por la coincidencia en las demandas a los gobernantes, por parte de la población en general, sobre observancia y respeto del sistema democrático y, con especial énfasis, en la urgencia de detener la sistemática violación de los derechos humanos⁶ de la cual son víctimas quienes habitan el territorio boliviano.

-
- 5 Gustavo Bonifaz resalta como características principales del modelo consociativo los siguientes: “la proporcionalidad étnico-lingüística en la conformación de gabinetes ministeriales así como en los órganos legislativo, ejecutivo, judicial y en la administración pública; la autonomía territorial y funcional para las minorías de este tipo y su derecho de veto en las decisiones colectivas que afectan a su comunidad serían las innovaciones institucionales destinadas a garantizar el ejercicio del *poder compartido* en condiciones de igualdad entre colectivos y, por sobre todo, de estabilidad política” (Bonifaz, 2008: 114; también, visitar <http://diccionario.inep.org/D/DEMOCRACIA.html>).
- 6 Con gran acierto el sociólogo internacionalista Edson Vélez, de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sostuvo que: “Quizá el Estado bo-

(continúa en la siguiente página)

Por lo tanto la adopción de un modelo de gobierno de corte consociativo en el que se requieren altos niveles de consenso, termina por ser positivo si es correctamente aplicado, con la ventaja que da la existencia de valores comunes entre quienes integran Bolivia. Pero para ello es imperioso abandonar lógicas que favorecen afanes autoritarios sustentados, paradójicamente, en el argumento de que es la mayoría la que manda.

Pero la existencia de plurales visiones al interior de la Asamblea sobre los temas sometidos a debates, derivó en un accionar diferenciado de los constituyentes que integraron la bancada de la primera mayoría (MAS) y los de la segunda mayoría (PODEMOS). Los del oficialismo esgrimían el discurso de un país al borde de fracturarse y alegaban que su accionar se limitaba a cumplir con un mandato dado por sus organizaciones sociales de tal forma que su rol se reducía a ser simples instrumentos transmisores de lo ya definido sin mayor margen para el debate, la negociación, la discusión, la construcción colectiva o la cimentación de consensos; mandato que a título de emerger de las mayorías debían ser impuestos a todo aquel que no los aceptara. Lógica y dinámica opuesta a la de quienes, como yo, asumimos la representación democrática obtenida a través del voto que reflejaba la confianza depositada por las bolivianas y los bolivianos para lograr el mejor texto constitucional posible en la Asamblea a partir de ciertas premisas básicas, buscando que el producto final sea de todos y para todos, donde el margen para el debate, la discusión, la negociación, la construcción colectiva y la cimentación de consensos era bastante amplio aunque no ilimitado por estar sujeto a principios básicos fundamentales. Afirmaciones que además de ser el producto de un detenido análisis, encuentran una serie

liviano aún no esté proscrito, eso usualmente demanda de un cierto tiempo, como en el caso de Milosevic, pero lo cierto es que [Bolivia] ya es un Estado forajido que ha optado por violar abiertamente derecho protegidos internacionalmente y vivir como una isla al margen de la jurisprudencia convencional” (ver en <http://www.lostiempos.com>, edición impresa del 7 de febrero de 2011).

de hechos que así lo ponen en evidencia, además de recuerdos imborrables. Un ejemplo que ayuda a graficar la falacia de ciertos argumentos de fractura de la sociedad, fue ver correr lágrimas por las mejillas de algunas constituyentes del oficialismo que durante el trabajo en comisiones aprobaban la redacción de propuestas de artículos que se los habían proporcionado los dirigentes de su partido político (teóricamente reflejando el mandato del pueblo), pese a que las identificaban como contrarias a sus más íntimas convicciones tal como lo dejaban claramente establecido; justificaban su accionar esgrimiendo un discurso de valentía, sacrificio, consecuencia y obediencia al mandato al mismo tiempo que alertaban a otros sobre las sanciones de las que serían objeto si se traicionaba ese mandato modificando cualquier elemento de esas redacciones —y luego, los jefes del partido deshicieron esos mandatos inviolables para acomodar el resultado final a la conveniencia de su ubicación en espacios de poder político y económico—; es parte de lo anecdótico, aunque de la misma historia.

Desde mi punto de vista, la lógica del mandato fue un buen pretexto para que algunos de los constituyentes operaran funcionalmente a los intereses de un grupo de personas, levantando mecánicamente la mano en señal de aprobación de lo que se les ponía al frente sin espacio para analizar su contenido, opinar, cuestionar, proponer mejores alternativas o construir consensos.

Por ello resulta paradójico que —pese a ser incuestionable que una de las diferencias sustanciales entre el Congreso Constituyente de 1825-1826 y la Asamblea Constituyente instalada el 6 de agosto de 2006 fue que en esta nunca se planteó en su seno si Bolivia debía dejar de ser un Estado, desintegrarse para formar parte de otros o cosas por el estilo— en el extranjero se proceda a vender la imagen de estar inmersos en una revolución, de una refundación, donde lo indígena operaba como factor esencial en un marco de reivindicación histórica y cosas por el estilo, simplemente porque resultaba coyunturalmente funcional para los tiempos políticos que requerían concretar una reelección presidencial.

Así se impidió que, en el marco de un proceso natural de desarrollo de la Asamblea, se transite de escenarios de distanciamiento a otros de encuentro y concertación que permitan construir unidad con respecto de las identidades.

Debo resaltar, en todo caso, que en la Asamblea se lograron gestar niveles de acercamiento entre constituyentes del oficialismo y de la oposición, concretamente durante el trabajo en comisiones, donde las diferencias étnicas o raciales no operaron como barreras insuperables o determinantes. Al contrario, ese tipo de diferencias quedaba superada rápidamente al grado de permitir visualizar como posible el escenario de unidad; tampoco fueron determinantes las diferencias territoriales o lingüísticas.

A manera de ejemplo, será difícil olvidar que el sistema de traducción simultánea con el que contamos los constituyentes en el Teatro Gran Mariscal (sede de la Asamblea) cuando trabajamos en sesiones plenarias, estaba ausente en los espacios de trabajo, que se hacía en comisiones (que fue, por cierto, la mayor parte del tiempo), gestándose paulatinamente niveles de cercanía entre opositores y oficialistas que permitían visualizar como viable construir consensos sin que ese tipo de diferencias operen como barreras para los indígenas, los originarios o los campesinos de la bancada de oposición o los del oficialismo. Las votaciones en las sesiones plenarias, y en buena parte de las comisiones, se las realizaba utilizando unos aparatos electrónicos de origen chino que tenían tres botones: ‘yes’ para el sí, ‘no’ para el no, y ‘abstent’ para quien se abstenía (me disculpo por el desconocimiento de cómo se escribe ‘abstención’ en inglés). ¿Cuánto influyó en el distanciamiento el que en las votaciones —expresión particularmente importante de la toma de decisiones en un escenario como el de la Asamblea— se contara con equipos electrónicos de origen chino cuyos botones e instrucciones estaban en inglés, las explicaciones sobre su uso se brindaban en español y que requería la introducción de una tarjeta magnética cuya pérdida generaba la obligación del pago de 15 dólares de los Estados

Unidos de América? Es difícil decirlo, pero decididamente no fue un problema insalvable. La Asamblea Constituyente no fue, por este tipo de cosas y un sinnúmero de fundamentos, muy originaria que se diga (ni en el sentido técnico-jurídico ni en el técnico-político, como se la trata de vender al mundo), pero eso sí, ¡fue bastante original!

En síntesis sostengo que, por encima de las diferencias que se trataba de acentuar para generar confrontaciones, éstas operaron favorablemente al grado de permitir mantener nuestra unidad hasta el presente, en un marco que aspira a ser intercultural, tal como se lo identifica en las impetraciones de aplicación, respeto y observancia de los derechos humanos. Como expondré, estos últimos vienen a constituirse en el elemento que permite la existencia de un ordenamiento jurídico integrado por diversos subordenamientos de los cuales resaltan los de cada pueblo indígena, los de cada pueblo originario y los de cada pueblo campesino⁷.

7 POST SCRIPTUM: Durante el tiempo que tomó la impresión del presente documento, fue presentado un texto emergente de un estudio dirigido por Boaventura de Sousa Santos en el que, sobre este punto, precisa en un sentido coincidente como mi posición:

“La heterogeneidad interna del derecho se refiere a lo que antes denominé pluralismo jurídico interno. Es un tema complejo que no cabe tratar aquí. Sin embargo, hay que señalar que la heterogeneidad interna, que parece ser un problema grave del derecho ordinario, no constituye un problema para la justicia indígena, pues nunca tuvo la pretensión de constituirse como sistema unitario. La justicia indígena es internamente muy diversa como queda plenamente demostrado en los estudios de caso que forman parte de nuestra investigación. Son enormes las variaciones en el tipo de autoridades que administran la justicia, en la manera de aplicarla, en las orientaciones normativas que presiden la aplicación, en los tipos de litigios para cuya resolución se consideran competentes, en las sanciones que aplican con más frecuencia, en la relación entre oralidad y escritura, en la relativa distancia normativa e institucional en relación con la justicia ordinaria y en las formas de articulación y cooperación que mantienen con ella. Hay comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos relevantes en la comunidad. Hay otras que dialogan

Para finalizar, deo constancia de mi convencimiento sobre los beneficios que, para las bolivianas y los bolivianos, representa el poder desenvolverse en un Estado que tiene asumido un régimen democrático, tolerante ideológicamente y plural políticamente, en el que todo se pueda cuestionar y, con la misma apertura, todo se pueda defender; en el que no todas las formas de cuestionar o de defender son permitidas; y también en el que la construcción de consensos es fundamental para superar las dificultades presentes y evitar o atenuar otras que en el futuro pueden llegar a presentarse, más aun cuando se tiene asumido un imperfecto modelo de gobierno de corte consociacional.

Asimismo, desde mi punto de vista, la minoría más pequeña es cada uno de los seres humanos y todos son igualmente importantes, así como las mayorías son siempre cambiantes al articularse en función a necesidades coyunturales, lo que determina su composición heterogénea y etérea. Con igual énfasis deo constancia de mi profundo repudio a prácticas autoritarias en las que, por ejemplo, a título de mayorías, de mandatos inviolables o de la presentación del Estado como un fin en sí mismo, se amolda el sistema de administración de justicia penal para criminalizar al opositor, al crítico o al disconforme, al desatar en su contra una tenaz persecución para meterlo en la cárcel luego de mostrarlo ante la población, a través de los medios de comunicación, como gran delincuente (la tendencia de moda es calificar al sujeto como corrupto,

y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que, en su criterio, no son de su competencia o generan dificultades, y por tanto resulta mejor recurrir a la justicia ordinaria o estatal para fortalecer la comunidad. En síntesis, tenemos una diversidad tanto en los temas que resuelve la justicia indígena, como en las autoridades, los procedimientos, los casos, las sentencias y las sanciones.

Esta diversidad hace que sea más correcto hablar de justicia indígena plural, es decir, de *justicias indígenas* tal y como sugiere la expresión “normas y procedimientos propios”. Las justicias indígenas tienen en común el hecho de ser ejercidas en las comunidades por autoridades propias y reconocidas para ello.” (Sousa Santos, 2012: 19)

Esa diversidad, sin embargo, es la que oculta el texto constitucional boliviano; es la que se deja en la penumbra y el olvido.

así como en otros tiempos lo fue hacerlo como brujo, como traidor a la patria, etc.).

Son palabras que, con honestidad, dejo así establecidas al ingresar al estudio, desde la perspectiva constitucional, de una temática tan compleja como lo es la referente a las potestades de generación normativa (en sentido amplio) y de administración de justicia de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos.

2. Sobre la denominación ‘naciones y pueblos indígena originario campesinos’

La denominación ‘naciones y pueblos indígena originario campesinos’ se presenta como una de las novedades del texto constitucional vigente en comparación con las empleadas para los mismos sujetos en los textos de igual naturaleza que lo preceden en el tiempo⁸. El artículo 30.I del mismo instrumento normativo presenta la siguiente definición:

-
- 8 A manera de ejemplo, el texto constitucional de 1938 señala: “Artículo 165. El Estado reconoce y garantiza la existencia legal de las *comunidades indígenas*”; “Artículo 166. La legislación *indígena* y agraria se sancionará teniendo en cuenta las características de las diferentes regiones del país”, y “Artículo 167. El Estado fomentará la educación del *campesino*, mediante núcleos escolares indígenas que tengan carácter integral abarcando los aspectos económico, social y pedagógico”. Por su parte, el texto constitucional de 1994 señala: “Artículo 171 “Artículo 171. I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales *de los pueblos indígenas* que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las *comunidades indígenas y campesinas* y *de las asociaciones y sindicatos campesinos*. III. Las autoridades naturales de las *comunidades indígenas y campesinas* podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado” [Los resaltados son nuestros].

Artículo 30. 1.- 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 española⁹.

Definición compleja que guarda relación con lo previsto en el artículo 2, también del texto constitucional, donde se señala:

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 [...].

El nivel de complejidad que presenta esa definición, desde mi punto de vista, radica en la presencia de categorías conceptuales de orden antropológico-sociológico a las que se les pretenden atribuir efectos jurídico-políticos. Esta afirmación da lugar a tener que desagregar cada uno de los términos que integran la denominación que se plasmó en el texto constitucional y, sobre esa base, comentar la definición que presenta el artículo 30.1 citado.

El primer término a analizar es el de ‘nación’, cuyo nivel de dificultad en identificar el concepto que clarifique lo que es o lo que representa ha motivado la generación de una amplia bibliografía a lo largo del tiempo y desde diversos ámbitos de estudio, razón por la cual me remito a ella y me limito, en esta oportunidad, a explicar el sentido en el que corresponde entenderlo.

Así, no debe existir margen de duda en torno a que el término ‘nación’ empleado en la denominación de ‘naciones y pueblos indíge-

9 A lo largo del presente estudio se transcriben parcial o totalmente artículos de diversos instrumentos normativos (v. gr.: texto constitucional, tratados internacionales y leyes), entrecomilladas cuando están en medio del texto y en formato de cita cuando se las separa del mismo, y, en función al tema de análisis, resaltando en cursivas algunas de sus palabras.

na originario campesinos' se adecua a una acepción absolutamente diferente a lo que alegaban los asesores españoles contratados por el oficialismo para sus constituyentes en la Asamblea —que en términos sencillos pretendían atribuirle otra acepción favorable a la generación de una suerte de republiquetas independientes en el Estado, ya que creían haber encontrado un país que podía ser utilizado como ratón de laboratorio para experimentar la introducción de un término que acogía postulados cuyo rechazo fue incuestionable en otros países de la región donde habían trabajado años atrás, así como había acontecido décadas atrás en la reforma constitucional española de 1978—. Pero Bolivia no es un espacio para la búsqueda de revanchas o desquites de ese estilo, y así se lo hicieron conocer los propios representantes de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos, pues resultaba extraña para las bolivianas y los bolivianos que han gestado una cultura durante siglos, en unidad, cuyas raíces se presentan como comunes aunque temporalmente diferentes.

Íntimamente ligado con lo manifestado está el que en la denominación que se analiza el término nación no es el de 'nación política', es decir, de sujeto político en el que reside la soberanía constituyente de un Estado que es, por ejemplo, el sentido que se da en el artículo 3 del texto constitucional cuando se refiere a 'la nación boliviana':

Artículo 3.- *La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.*

En este sentido, el término nación empleado en la denominación de 'naciones y pueblos indígena originario campesinos' corresponde (o, si se prefiere, debe) ser entendido en el sentido de existir una comunidad humana con ciertas características culturales comunes como pueden ser la lengua, cosmovisiones o religiones, tradiciones, historia o el asentamiento en un ámbito territorial determinado no inmutable en el tiempo

pero que le brinda una particular identidad a los seres humanos que los integran o que se autoidentifican como pertenecientes a aquellos.

Base sobre la que corresponde alertar que no es conducente derivar de ese término la generación de una unión político-administrativa ligada al concepto de ‘nación política’ que, reitero e insisto, no es el que se acoge en la denominación acogida en el texto constitucional que comento.

Por ello, el correcto entendimiento del término ‘nación’ empleada en el artículo 30.I o 2 del texto constitucional dista de ser aquel en base al cual se puedan esgrimir postulados habilitantes de privilegios o preferencias para unos en detrimento de otros seres humanos, de niveles de jerarquía donde unos que terminan en un nivel superior y otros en un nivel inferior, ni de mayor importancia de unos frente a las de otros.

En lo que corresponde al término ‘pueblo’, a partir de amplios debates en el escenario de gestación de varios instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos que versan sobre la temática indígena, alcanza mayores niveles de precisión que ha motivado, por ejemplo, sea el aplicado en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes o en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰.

Es un término cuya acepción encierra una forma de organización de los seres humanos en la que es relevante, para su configuración, la existencia de una sociedad organizada (y no simple agrupación de individuos que compartan características raciales o culturales) en la que está presente la conciencia de los individuos que la integran sobre una identidad común y compartida ligada a la voluntad de pertenecer a ese sujeto colectivo específico sin afectar a otro mayor o menor. Por ello en el citado artículo 3 del texto constitucional se apuntala la existencia de una nación boliviana —en un sentido jurídico político— cuya composición presenta la existencia de diversos pueblos desde tiempos que

10 Ver Aguilar Cavallo, 2011: 38-39.

antecedentes a los de la colonia y la fundación de la República en un ámbito territorial, que viene a hacer parte de un pueblo mayor: el pueblo boliviano.

Por tanto, no es determinante aunque sí importante, la coincidencia de factores o continuidad histórica así como la presencia territorial ancestral para estar frente a la presencia de un pueblo.

Aproximaciones conceptuales que permiten avanzar, ahora, precisando que el uso del término 'indígena'. Éste viene a ser aquél por el cual manifiestan su preferencia los pueblos de las denominadas tierras bajas de Bolivia y que, a su vez, se ha adoptado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan la materia. Se lo emplea en un sentido íntimamente ligado a la idea de ocupante primario de un territorio específico. Es una denominación que presenta la dificultad, como lo sugiere Stavenhagen¹¹, de ser irrefutable que no es posible llegar a grados de certeza sobre quiénes fueron los primeros habitantes de un territorio o ser posible atribuir a un grupo de seres humanos niveles de purzas étnicas.

Por otra parte, el término de 'originario' es el adoptado por una parte de los pueblos de las denominadas tierras altas con el que se intenta resaltar la presencia primaria de ciertos seres humanos en un ámbito territorial específico y que permite, al mismo tiempo, distanciarse de la carga negativa que se identifica en la denominación de indio.

Finalmente, se encuentra el término 'campesino' que es empleado por otra parte de los pueblos del occidente boliviano con el que se pretende acentuar el vínculo entre cierto territorio y el ser humano, pero sin la posibilidad de alegar su presencia primaria en determinado ámbito territorial toda vez que se encuentran en éste como consecuencia de guerras, de masivos traslados forzosos o de migraciones voluntarias. Los colonizadores también manifiestan su preferencia por este término, es decir, aquellos grupos de personas que migraron de un ám-

11 Stavenhagen, 1992.

bito territorial a otro como parte de programas gubernamentales orientados a generar núcleos de desarrollo económico o a sentar presencia demográfica boliviana en particulares ámbitos del territorio boliviano, donde se desarrollaron comunidades con particularidades importantes pero sin poder alegar propiamente una ligazón territorial precolonial.

Son denominaciones que, como puede advertirse, encierran una base de sustento importante y respetable desde todo punto de vista al ser expresión de los derechos a la autodeterminación¹² y a la autodenominación, pero que presentan marcadas diferencias y develan cosmovisiones heterogéneas en base a las cuales se sustentan.

Sobre la base de lo manifestado, me detengo un momento para manifestar mi crítica a Xavier Albó¹³ cuando éste, con tono sarcástico señala que:

Otro ejercicio es la exégesis intercultural de una larga frase que —como un anticucho o *pacumutu*— reaparece una y otra y cien veces en el texto constitucional: Las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Constitucionalistas sofisticados habrían preferido un concepto único más genérico, quizás pueblos indígenas. Tras largos debates tal vez habrían aceptado la posibilidad de que esos pueblos fueran reconocidos como nacionalidades o —más difícil— como naciones y enseguida habrían normado los requisitos para lograrlo.

Jurídicamente perfecto. Pero no es necesariamente lo más didáctico y cercano a la población involucrada. La Ley de Participación Popular de 1994 inventó otro término impeca-

12 La Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012, de 23 de julio de 2012, precisa este elemento luego de analizar el derecho a la autodeterminación, sosteniendo como conclusión que: “las comunidades indígenas ostentan un derecho a: i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”.

13 Xavier Albó, en *La Razón*, La Paz, Bolivia, edición del 16 de noviembre de 2008: 5.

ble: ‘organizaciones territoriales de base’ (OTB). Pero ello causó de inmediato muchas reacciones negativas en quienes temían que se les impondría desde arriba una nueva organización, como ocurrió en 1952 cuando las comunidades originarias y ayllus tuvieron que encajarse en el nuevo molde ‘sindical’. Fue precisa una segunda ley interpretativa para aclarar que ser OTB no sustituía tantas otras formas organizativas muy vigentes: desde ayllu, tenta o cabildo hasta sindicato y junta vecinal.

Ahora los asambleístas, muchos de ellos de extracción popular y de toda profesión y pelaje, han optado por la solución salomónica de dejar satisfechos a todos acuñando esa larga expresión con cinco dedos —naciones— pueblos indígena originario campesinos (con solo una ‘s’ final de cierre)— y otras parecidas. Lo clave y re-fundacional, expresado en el artículo 2, es que la frase se refiera a los grupos descendientes de quienes ya estaban aquí desde antes de la Colonia. Pero con sus cinco dedos respeta a quienes prefieren llamarse indígenas, como en las tierras bajas; u originarios, como muchos andinos; o campesinos, como trató de rebautizarlos la Revolución del 52, vivan o no en y del campo. Al ser un concepto único, tampoco distingue si algunos son nación o solo pueblo ni entra en conflicto con el hecho de que todos ellos, junto con todos los demás bolivianos, formamos la nación boliviana¹⁴.

Lamentablemente Albó parte de un escenario imaginario que lo combina con aspiraciones de orden personal ligadas a un coyuntural escenario político que le impiden distanciarse del discurso político oficialista. Así se explica, por ejemplo, que atribuya a los constituyentes la construcción de una solución salomónica cuando, en realidad,

14 Con menos adjetivos, Albó ha reiterado sus palabras en diversos textos, por ejemplo, en *Autonomías Indígenas en la realidad boliviana y su nueva Constitución*, 2009: 4.

lo contenido en el texto constitucional vigente es el producto de una negociación política en el Congreso Nacional donde intervinimos pocos constituyentes, varios parlamentarios y algunos líderes políticos del partido oficialista y de la oposición. El afán defensivo del discurso oficialista (“el pueblo constituyente” era el eslogan del oficialismo) no guarda relación con lo que aconteció, el trabajo de los constituyentes en las 21 comisiones que se crearon al interior de la Asamblea fue dejado de lado, ignorado o, si se prefiere, desechado por el oficialismo a partir de la presentación, como base para la negociación indicada, de un texto elaborado esencialmente por sus asesores españoles que terminó por ser sustancialmente modificado, reitero, en el Poder Legislativo o, si se prefiere, en el Congreso Nacional.

Pero por encima del sarcasmo de Albó, que en realidad denota soberbia, lo evidente es que la precisión técnica que exigimos los constitucionalistas se orienta a evitar conflictos derivados del uso irresponsable de términos acuñados, por ejemplo, por antropólogos o sociólogos, cuando pretenden ser irresponsablemente introducidos en los textos constitucionales olvidando que no son tratados de antropología ni de sociología, que su esencia es jurídico-política no antropológica ni sociológica, y consecuentemente, sus efectos también son esencialmente jurídico-políticos.

Así, del discurso se pasa a los hechos: es un funcionario o servidor público que a título de Estado *reconoce* cuál es o no *pueblo o nación* para catalogarlo, posteriormente, como indígena, originario o campesino, porque así lo determinó el oficialismo y reforzó su posición, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley N° 031, de 19 de julio de 2010, denominada Ley Marco de Autonomías y Descentralización donde se establece que ese reconocimiento lo lleva a cabo el Ministerio de Autonomías a través de una de sus oficinas, es decir, una instancia de la burocracia gubernamental que se impone a la preexistencia de una nación o pueblo... ¡Interesante!

Al mismo tiempo, el apego a categorías antropológicas o sociológicas deriva en que Albó asuma que todos, excepto los constituciona-

listas, quedaron satisfechos con esa denominación, cuando en realidad los niveles de desencanto e insatisfacción son mayores al grado de poder ser válidamente acusado de invisibilizador, algo que él criticó a lo largo de muchos años¹⁵.

El derecho a la libre determinación conlleva, desde mi punto de vista, el derecho a la auto denominación en base al cual se tiene que en Bolivia existen diversos pueblos como lo son, por ejemplo, aquellos que con nombre e identidad propia quedaron comprendidos bajo la denominación de Aymaras, aquellos que con nombre e identidad propia quedaron comprendidos bajo la denominación de Quechuas, el Guaraní, el Izoceño, el Ava, el Simba, el Chiquitano, el Bésiro, el Napeca, el Paunaca, el Moncoca, el Arona, el Ayoreo, el Baure, el Canichana, el Cavineño, el Cayubaba, el Chácobo, el Chimán, el Tsimane, el Esse eija, el Chama, el Guarasug'we, el Guarayo, el Itonama, el Joaquiniano, el Leco, el Machineri, el Moré, el Masetén, el Movima, el Moxeño, el Trinitario, el Javeriano, el Loretano, el Ignaciano, el Pacahuara, el Reyesano, el Maropa, el Sirionó, el Tacana, el Tapieté, los Urus (uru-chipaya, uru-ito, murato), el Weenhayek, el Mataco, el Yaminawa, el Yuqui y el Yuracaré entre muchos otros.¹⁶ ¿Por qué invisibilizarlos? Pregunta cuya respuesta la resumo en que imperaron afanes de instrumentalización en función a coyunturales cálculos político partidarios electoralistas, que no han cesado¹⁷.

15 Ver Albó y Molina, 2006: 19-25.

16 Instituto Nacional de Estadísticas, 2003.

17 Prueba de que no han cesado ese perverso proceso, fue la pregunta N° 29 de la boleta censal aplicada en el Censo Nacional de Población y Vivienda 2012, concretado el 21 de noviembre de 2012, donde se preguntó: “Como boliviana o boliviano ¿pertenece a alguna nación o pueblo indígena originario campesino o afroboliviano?”; para la respuesta afirmativa se estable una pregunta adicional: “¿A cuál?, con un espacio a ser llenado, una instrucción para el empadronador o empadronadora (“No lea las opciones de la respuesta”), y un recuadro que contiene las siguientes opciones: “Afroboliviano, Araona, Aymara, Ayoreo, Baure, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chipaya, Chiquitano, Esse Eija, Guaraní, Guarasugwe, Guarayo, Itonama, Joaquiniano, Kallawayá, Leco,

Pero retomando el análisis de lo contenido en el artículo 30.I del texto constitucional, corresponde avanzar ahora sobre la afirmación de que es acción 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.” Conjunto de elementos que por la forma en la que se presentan, derivan en que la ausencia de cualquiera de ello derive en la pérdida de la calidad y condición de nación y pueblo indígena originario campesino’.

Machinerí, Maropa, Mojeño, Moré, Masetén, Movima, Murato, Pacahuara, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Tsimane/Chiman, Urus, Weenayek, Yaminagua, Yampara, Yuki, Yuracaré, Yuracaré-Mojeño”. (Ver http://www.ine.gob.bo/pdf/publicaciones/PUB_2012_250.pdf)

Listado discriminatorio desde mi punto de vista y que derivará en que sus resultados agudicen la negación de identidades. Con gran claridad, días antes de llevarse a cabo ese Censo, el Consejo Nacional de Ayllus y Marcas del Qullasuyu (CONAMAQ), interpuso una acción de amparo constitucional del cual transcribo una parte por su claridad y coincidencia con lo que planteo:

“El artículo 5 de la Constitución Política del Estado enuncia y enumera un conjunto de idiomas de las naciones originarias y pueblos indígenas, sin embargo no detalla cada una de las naciones originarias y pueblos indígenas. A partir de esta referencia constitucional, la construcción de la pregunta 29 es incompleta, porque a partir de los idiomas pretende levantar la información censal sobre pertenencia étnica.

Como el Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyo ha insistido e insiste una vez más, la pregunta 29 de la boleta censal ignora, excluye y discrimina al conjunto de las Naciones Originarias (Suyus) de Tierras Altas.

No existe la posibilidad que un miembro de cualquiera de nuestras 16 Naciones Originarias sea debidamente registrado como parte de un Suyu, porque sólo se le registrará como quechua o aymara.

En el diseño de la pregunta 29 de la Boleta Censal persiste la visión colonial al asimilar de manera equivocada los idiomas a nuestra pertenencia étnica. Erróneamente se asume que el idioma es sinónimo de nación originaria, cuando en realidad existe una rica diversidad étnica y cultural a partir de una comunidad idiomática, es decir diferentes naciones originarias que en su diversidad cultural sólo comparten un idioma común.

(continúa en la siguiente página)

Es, por ello, un concepto contradictorio con el contenido en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT donde se señala que:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

[...]

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habita-

Así como el bésiro es el idioma del Pueblo Chiquitano y por ello mismo la Boleta Censal ha debido corregir este hecho, esta enmienda no se ha realizado respecto de las Naciones Originarias que tenemos como idioma materno el quechua o el aymara.

Si bien el quechua es el idioma de nuestras Naciones Originarias Charka, Qhara Qhara, Suras, Chuwis, Larecaja, Chichas, Yampara y Qhana, debe respetarse nuestra diversidad cultural. Cuando los Órganos del Estado Plurinacional se refieran a nuestras Naciones Originarias no deberán hacerlo como Nación Quechua, porque ésta no existe como tal, en tanto sólo el quechua es un idioma y un vehículo de comunicación compartido por un conjunto de Naciones Originarias que han tenido procesos de diferenciación histórica, política, social, económica, cultural y territorial, de manera que tienen como resultado la construcción de nuestras identidades como Naciones Originarias Charka, Qhara Qhara, Suras, Chuwis, Larecaja, Chichas, Yampara y Qhana.

En situación similar se encuentran nuestras Naciones Originarias Jach`a Karangas y Jacha Pakajaqi Aransaya – Urinsaya Qhapac Omasuyu y Qollas que tienen como idioma materno el aymara, o la Nación Jatun Killaka Asanajaqi que comparte el quechua y el aymara, o los Urus que hablan el Puquina y que no por ello son Puquina sino Urus, o en el caso de la Nación Kallawayaya que es trilingüe porque se comunica en quechua, aymara y puquina. Si sólo se considera el idioma materno, desaparecerá nuestra diversidad cultural y nuestra identidad política, cultural, social, espiritual y territorial.

En este contexto lo que se está generando es un etnocidio censal, porque cuando se aplique la Boleta Censal y se llegue a la pregunta 29, nuestras Naciones Originarias y el conjunto de sus miembros, seremos borrados de toda referencia estadística porque sólo tendremos la opción de elegir alguno de los idiomas que se encuentran detallados en la parte inferior de la pregunta de referencia, más no la pertenencia étnica a nuestra Naciones Originarias que simplemente han sido borradas por una decisión burocrática que no ha respetado el mandato legal contenido en el Considerando Cuarto del D.S. N° 1305.” (Ver <http://www.coordinadoracaoi.org/portal/?q=content/bolivia-conamaq-presenta-acci%C3%B3n-de-amparo-sobre-boleta-censal>)

ban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o *pate de ellas.*”

Las palabras resaltadas son las ausentes en el texto constitucional boliviano que no exigen grandes niveles de análisis para concluir que de la comparación de ambas redacciones, la contenida en el texto constitucional boliviano resulta ser altamente restrictiva lo que, por cierto, irradia complejos efectos en lo que a reconocimiento de derechos a esos sujetos se refiere¹⁸. ¿Podía desarrollarse el texto constitucional sin la necesidad de incorporar esa definición? Sí, tal como se lo hizo con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Mi respuesta coincide con la posición esgrimida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando abordando el tema de la definición de pueblo indígena señala:

“25. No existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos [se cita: OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.]. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. El derecho internacional sí proporciona algunos criterios útiles para

18 Ver Stavenhagen, 1992: 123-143.

determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”. Esta determinación es de importancia crítica para el derecho internacional.

26. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos, ni la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección, han determinado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, se han consagrado criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y otros [se cita: Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Febrero 2008, pág. 8 y ss. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf] [...].¹⁹

Y, en todo caso, frente a la inexplicable urgencia por incorporar una definición, bueno hubiera sido elaborarla teniendo presente el contexto y realidad boliviana que difiere sustancialmente de aquella que caracteriza, y se presenta, por ejemplo, en otros continentes como el africano al que se adecuan mejor ciertos componentes introducidos en el artículo 30.I del texto constitucional boliviano²⁰.

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/ser.l/v/ii.doc. 56/09, 30 diciembre 2009, original: español, 2010, <http://www.cidh.org>

20 El texto constitucional mexicano señala:

“Artículo 2

La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

(continúa en la siguiente página)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, con relación al derecho de acceso a las garantías judiciales y a la protección judicial, en el caso de la Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay, que: “en lo que respecta a los pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”²¹. Por lo tanto, esa protección conlleva a desplegar acciones que cuando lo aconseja el caso, se aparten de definiciones mal elaboradas en el propio texto constitucional o sobre unidades conceptuales que deriven en vulneración a los derechos de esos pueblos.

Particularmente complejo, desde mi punto de vista, es emplear la temporalidad de la presencia territorial de un pueblo como factor excluyente y determinante de una condición y consecuentes derechos. Recuérdense que el artículo 30.I.1 del texto constitucional introduce como parte de la conceptualización de nación y pueblo indígena originario campesino ese criterio cuando solo pueden serlo aquellos “*cuya existencia es anterior a la invasión colonial española*”; y, en el artículo 2 cuando se establece una suerte de condición previa para que opere la garantía a la libre determinación: “*Dada la existencia pre colonial de las*

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...]

(<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/vigente.html>)

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, par.63.

naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios [...]”.

Solo a manera de ejemplo, para comprender la preocupación que manifiesto, cabe tomar en cuenta que buena parte de los pueblos que ahora habitan el occidente boliviano son el producto de procesos migratorios desarrollados durante por los representantes de lo que se denominaban “las Españas”, lo que en cierta medida permite identificar uno de los fundamentos por los que estos pueblos no acogen con beneplácito la denominación de originarios... existen unos pueblos que terminan por ser más originarios que otros por el simple hecho de que estuvieron en ese espacio territorial desde tiempos anteriores al de otros sujetos. Otro ejemplo al que acudo para sustentar mi preocupación es el caso de los colonizadores, porque el espacio físico que ocupan no es aquél que sus antecesores poseían sino el de otros pueblos que lo hacían desde tiempos anteriores a los de la llegada de los europeos al continente americano en los mil quinientos aproximadamente o a los de la fundación de la República lo cual podría derivar en que estos últimos cuestionen a los primeros el reconocimiento de derechos a partir de su incorporación en un colectivo en base a un endoso que desconoce ese criterio de temporalidad en la presencia territorial²². Panorama aun más complejo si se toman en cuenta las palabras de Dick E. Ibarra Grasso cuando sostiene que:

[...] los quichuas y aymaras no son razas sino grupos lingüísticos; pueblos incluso de origen muy distinto hoy hablan esas lenguas, y acaso la mayoría lo hacen porque las han aprendido en época reciente, incluso durante la Colonia para muchos de

22 A manera de ejemplo, ver la edición digital del matutino Los Tiempos del viernes 25 de marzo de 2011, en <http://www.lostiempos.com>, donde se alerta sobre el conflicto existente entre los comunarios del municipio del Santuario de Quillacas (Oruro) y los comunarios de Coroma (Potosí). O, tomar en cuenta, el estado de tensión permanente entre los Ayllus Laime, Jucumanis, Larecaja, Quaquachaca y Norte Condo.

los núcleos hablantes de la lengua quichua [...]. En segundo lugar, en Bolivia no existen pueblos originariamente de 'raza' quichua; los que hoy hablan esa lengua la hablan porque les fueron impuesta, primero por la conquista Incaica y luego por la dominación española, que tuvo interés en difundir esa lengua como medio de comunicación general, ante la imposibilidad de enseñar el español [...]. Existen sin duda alguna, en Bolivia, numerosos individuos descendientes de los quichua peruanos (mejor diremos Chinchas), tanto cuzqueños como provenientes de *mitimaes* incaicos, y también de las mitas españolas, pero los verdaderos quichuas originarios son del Perú, y allí eran los Chinchas, los Huancas y los Chancas quienes hablaban originariamente esa lengua; en el mismo Cuzco se hablaba originariamente la lengua aymara, y el uso del quichua fue impuesto por voluntad del Inca Huaricocha [...]. Algo semejante sin duda ha ocurrido con la lengua aymara. Algunos siglos antes de la expansión Incaica se desarrolló la civilización de Tiahuanacu, y ella tuvo también su momento de expansión, por cierto más duradera que la Incaica si juzgamos por el número de los restos arqueológicos que nos han dejado unos y otros. Junto con esa expansión se difundió la lengua aymara, como posteriormente la quichua, e indudablemente muchos pueblos que originariamente hablaban otras lenguas fueron entonces aymarizados²³.

Lamentablemente, la ausencia de debates en la Asamblea Constituyente impidió que ese tipo de temas sean abordados y desarrollados como correspondía, una oportunidad perdida en ese sentido.

Sin embargo, esa preocupación que manifiesto en torno a identificar una presencia tempo-territorial como factor determinante para la determinación de la condición de indígena, de originario o de campesino no implica desconocer ni restarle importancia, al contrario, es verdadera-

23 Ibarra Grasso, 1997: 27-29.

mente relevante pero, insisto, en tanto no se lo aplique como factor excluyente o aislado de otros elementos de orden subjetivos. Desde mi punto de vista debería diferenciarse la importancia del territorio para la vida de esos pueblos de su uso para atribuir o no esa condición a ciertos sujetos.

Cabe, en todo caso traer a colación la Sentencia Constitucional N° 2003/2010²⁴, de 25 de octubre de 2010, del Tribunal Constitucional cuyos integrantes fueron nombrados mediante Decreto Supremo por el presidente Morales, porque en la revisión de un amparo constitucional se introdujo como uno de los fundamentos jurídicos del fallo, el punto “III.4.1 El territorio como uno de los criterios para la definición de pueblo indígena” donde se señala, luego del análisis del contenido en los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que:

[...] las organizaciones internacionales y expertos han establecido criterios para la definición de los pueblos indígenas,

24 Sentencia Constitucional N° 2003/2010-R, de 25 de octubre 2010; Magistrado Relator: Dr. Marco Antonio Baldovino Jinés. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia N°0300/2012, de 18 de junio de 2012, bajo el subtítulo “III.3. El territorio como uno de los criterios para la definición de pueblo indígena”, cita el contenido de la SC 2003/2010-R de 25 de octubre en la que se aborda el tema del territorio como elemento vinculado a la caracterización de los pueblos indígenas y plantea acertadamente que: “En conclusión, el derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica, es decir, este derecho implica la obligación del propio Estado a respetar tales territorios al grado de que si existe la necesidad de explotación de un recurso natural no renovable o la realización de un proyecto, o mega proyecto, de necesidad general, como la construcción de una hidroeléctrica o una carretera, dentro de territorios pertenecientes a un determinado pueblo indígena, o a varios pueblos originarios, el Estado está obligado a efectuar una consulta de carácter previo a la realización del proyecto, y naturalmente, al comienzo de las obras dentro del territorio indígena, el no hacerlo de esa manera genera una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas al derecho de la consulta, tal y como se verá en el siguiente fundamento jurídico” (ver http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/modules/ver_resolucion/indexnew.php?id=124345). Preciso, en todo caso, que el territorio es un criterio que no puede operar como único o determinante, sino que existen otros que pueden operar válidamente frente a su ausencia, dado el caso.

que han sido resumidos por Irene A. Daes: a) Prioridad en el tiempo con relación a la ocupación y el uso de un determinado territorio; b) la voluntaria distinción cultural y la necesidad de que la misma se perpetúe (lenguaje, organización social, religión, valores, modos de producción, normas e instituciones); c) Autoidentificación y el reconocimiento de esa identidad propia por parte de las autoridades y de otros grupos; y, d) Experiencia de marginación, exclusión o discriminación, persistan o no dichas condiciones (United Nations Economic and Social Council, *Standard-Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People*, United Nations, 1996: 22). En Bolivia, inicialmente, en la reforma constitucional de 1994, se utilizaron los términos de pueblos indígenas y comunidades indígenas y campesinas. Actualmente, la Constitución vigente utiliza los siguientes términos como una unidad: “Naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Lo que el Tribunal Constitucional de Morales no hizo fue tomar en cuenta que el documento de Irene A. Daes recoge diversos criterios sin que de ellos se extraiga la existencia de uno de éstos como excluyente de otros. La deficiencia cualitativa de esta forma de encarar el tema llevando a cabo amoldamientos forzados para justificar algo que no quedo bien, no es sana ni aporta a solucionar los problemas que encierra el texto constitucional. Cabe, por ello y solo a manera de ejemplo, tener en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos informa que:

29. En la Guía de Aplicación del Convenio No. 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y especí-

ficas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena [se cita: Según se establece en el artículo 1.2 del Convenio 169, el elemento subjetivo es un criterio fundamental para la clasificación de un grupo como indígena. El Convenio combina ambos grupos de elementos para llegar a una determinación en casos concretos. OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009: 9].

30. Otras instancias internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de ‘indígena’ incluyen: (i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. *Estos factores, advierte el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva o comprehensiva; son, más bien, factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo cual pueden proveer guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica* [se cita: ONU – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the

Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “*indigenous people*””. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70.]. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a su vez, opta por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.”²⁵

Esa advertencia, resaltada en cursivas, es la que olvidó tomar en cuenta el Tribunal Constitucional de Morales en la misma sentencia citada, en la que también sobre la base de la cita que se realiza de Daes, ingresa al análisis del artículo 30 del texto constitucional y del preámbulo del mismo señalándose que:

El art. 30 de la Constitución, otorga una definición sobre Nación y pueblo indígena originario campesino, como “[...] toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”.

Como se puede apreciar, en Bolivia se han unificado varios términos (Nación y pueblo indígena originario campesino) que unidos tienen un significado similar al que internacionalmente se le ha dado al término pueblos indígenas, pues contiene la mayoría de los criterios internacionales para su definición. Así, respecto a la prioridad en el tiempo con relación a la ocupación y el uso de un determinado territorio señala que la existencia de la colectividad humana debe ser anterior a la invasión española; con relación a la distinción cultural, se establece que dicha colectividad debe compartir identidad cul-

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, *op. cit.* (n. a.: las cursivas son nuestras).

tural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión; respecto a la experiencia de marginación, exclusión, si bien el art. 30 comentado no hace expresa mención a este elemento, el mismo se encuentra implícito en el preámbulo de la Constitución Política del Estado, en el que se puede leer: “En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que los sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia [...]”.

Entonces, uno de los elementos que caracterizan a la nación y pueblo indígena originario campesino es la territorialidad, y de ahí que las normas internacionales y la propia Constitución Política del Estado, incidan en el reconocimiento de los derechos sobre los territorios que ancestralmente ocupan.

La lectura detenida de lo expresado por el Tribunal Constitucional de Morales termina por apuntalar lo que sostengo, al afirmarse que lo que quedó contenido en el texto constitucional como definición de “naciones y pueblos indígena originario campesinos” es un ejercicio de acumulación de buena parte de los criterios internacionales (no de todos, no de los más adecuados no de la mejor forma); un ejercicio imperfecto traducido en definición. ¡Interesante!

También, que en buen romance como comúnmente se dice, ese Tribunal desarrolló en su sentencia una habilidad discursiva interesante para reducir lo de “nación y pueblo indígena originario y campesinos” a, simplemente, “pueblos indígenas” en el sentido que es empleado por la OIT en el Convenio 169 dejando de lado otro tipo de consideraciones... lo positivo: resalta la diversidad de pueblos bolivianos. Al mismo tiempo, realiza una conexión entre un criterio de clasificación (de los mu-

chos que se han desarrollado) con contenidos aislados del entramado constitucional a fin de justificar el que sea un criterio de temporalidad el que opere para el reconocimiento de un derecho, pero es uno de varios al grado de ser una expresión opuesta al sentido mismo de la caracterización del Estado como plurinacional, por una parte y, por otra parte, a la búsqueda de superación de procesos de homogenización gestada a lo largo de décadas por los pueblos indígenas, por los pueblos originarios y por los pueblos campesinos. También devela una no muy casual coincidencia con el discurso oficialista al esgrimir valoraciones genéricas de orden político antes que jurídico en torno a elementos de orden complejo.

Es por demás pintoresco que el preámbulo del texto constitucional se lo vincule con las ‘naciones y pueblos indígena originario campesinos’, olvidando que el término ‘nuestros’ que consta, valga la redundancia, en ese preámbulo, no es el ‘nuestros de unos cuantos’ sino el ‘nuestros’ de todas las bolivianas y de todos los bolivianos independientemente de que pertenezcan o no a un pueblo indígena, a un pueblo originario o a un pueblo campesino. Es un exceso incluir el término naciones ahí donde no consta²⁶.

Viene en respaldo de mi afirmación y sustento de mi crítica a ese Tribunal y la Sentencia Constitucional que comento, el segundo párrafo (además del resto) del preámbulo del texto constitucional en el que se señala: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profun-

26 El primer preámbulo del texto constitucional inicia señalando:

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia [...]”.

dad de la historia [...]”. En términos sencillos, la lectura correcta, a partir de haber sido partícipe de la elaboración de ese texto constitucional tanto en la Asamblea Constituyente como en el Congreso Nacional, pese a las barreras que se nos intentó imponer a quienes integramos la oposición, es que ese ‘nuestros’ comprende a todo el pueblo boliviano comprendiendo dentro de éste último a quienes se auto identifican con algún pueblo indígena, con algún pueblo originario o con algún pueblo campesino; a quienes se auto identifican como bolivianos o como bolivianas independientemente de otras identidades que se puedan tener asumidas.

Por ello, nuevamente resalto la fragilidad conceptual en la que se asienta la identificación de lo indígena, de lo originario y de lo campesino en un criterio de presencia tempo-territorial, además, con carácter excluyente de otros elementos relevantes.

Además, el problema de la denominación por la que se optó en el texto constitucional no radica en simpatías o antipatías, gustos o preferencias individuales porque si bien es cierto que esos textos pueden generar cambios muy importantes, no son aquellos que eliminan las reglas de la gramática como lo pretende hacer creer el Tribunal Constitucional del presidente Morales y diversos actores que en el marco de un discurso político-partidario intentan gestar una masa ahí donde no corresponde porque es un escenario en el que corresponde respetar y visibilizar cada una de las plurales identidades existentes. Otro de los problemas radica en la complejidad de estructurar un orden jurídico donde los derechos que van ligados a una categoría específica de sujetos colectivos puede derivar, cuando están mal plateados, en escenarios de conflicto o confrontación como los que se presentan actualmente, por ejemplo, en el Chapare²⁷ o entre cooperativistas mineros y campesinos²⁸.

27 A manera de ejemplo ver la edición digital del matutino “La Prensa”, en su edición del miércoles 29 de junio de 2011, donde bajo el titular de “Tengo pruebas de invasión al TIPNIS” se detalla que: “La senadora beniana opositora Janine Añez

Así lo había enseñado el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001 (CNPB 2001) donde, bajo la denominación de “pueblos indígenas y pueblos originarios”, se extrajo como conclusión que de los 8.274.325 habitantes existentes en ese momento en Bolivia, 4.133.138 de personas mayores de 15 años se auto reconocían como pertenecientes a algún “pueblo originario-indígena”²⁹, no campesino.

De nada sirvieron las aclaraciones posteriores esgrimidas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) que fue el encargado de desarrollar ese proceso cuando señaló que en dicho CNPB 2001

*se incorporó la pregunta relativa a la auto identificación de la población con pueblos originarios o indígenas de Bolivia, información que permite conocer el vínculo o asociación que mantiene la población de 15 años o más de edad con las etnias o pueblos originarios del país, debido a este hecho, esta información, por sí sola, no muestra la situación de los pueblos indígenas del país; no obstante su interrelación con otras variables (área de residencia, idioma, etc.) puede en cierto modo presentar un panorama acerca de la situación social, económica y cultural de la población indígena del país*³⁰.

Problemas que también pone en evidencia Rafael Loayza cuando afirma que el sentirse indígena cultural o racialmente “tiene más que

afirmó ayer que tiene pruebas de los constantes avasallamientos que sufren más de 40 comunidades originarias asentadas en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) por parte de colonos cocaleros procedentes del trópico del departamento de Cochabamba”.

28 Un ejemplo, de los muchos hechos de igual naturaleza que se vienen presentando, ver la edición digital del Matutino “La Razón”, del 28 de junio de 2011, donde bajo el titular “Conflicto entre Ayllus por una mina de estaño deja un muerto. Pelea por una Mina de Estaño deja un muerto”, se explica el resultado de un conflicto en el sentido de lo que advierto; ó, la edición digital del mismo matutino del 13 de julio de 2011 donde bajo el titular “Enfrentamiento en Mina Sayaquira deja un muerto y la tensión aumenta”, que demuestra que no se trata de hechos aislados o que vayan a cesar en el corto tiempo.

29 Ver Instituto Nacional de Estadísticas, 2003: 167.

30 Ibíden: 157 [n. a.: las cursivas son nuestras].

ver con la visión del ‘clasificador’ que con la identidad propia del colectivo”, por lo que, a tiempo de criticar el trabajo desarrollado por el INE, sostiene la necesidad de diferenciar entre dos tipos de auto identificación: la étnica, por un lado, y la racial, por el otro. “La diferencia en la percepción de ambas se torna crucial para entender el comportamiento social del problema indígena. Primero; el CNPB 2001 indagó sobre el origen étnico de los encuestados sin proponer una alternativa al mestizaje, obligando a los encuestados a inscribirse en una de las fórmulas enlistadas (aymara, quechua o guaraní). Segundo, siendo que lo étnico tiene un significado fuertemente cultural antes que racial, el resultado de la consulta indagó sobre el ascendiente de los ciudadanos antes que sobre su identidad cultural o racial”³¹.

Pero para terminar de configurar el complejo escenario en el que nos desenvolvemos, resulta ineludible acudir a las palabras de Carlos Toranzo Roca quien con la claridad, precisión y solvencia que lo caracterizan, pone en evidencia como las categorías empleadas en aquel CNPB 2001, y buena parte del producto constitucional hoy vigente, terminan por invisibilizar a la mayor parte de la población boliviana: la mestiza³².

En definitiva, no cabe duda que el debate en ámbitos académicos sobre la denominación acogida en el texto constitucional se prolongará en el tiempo, pero dejo sentada mi posición en el sentido de que el incorporado en el texto constitucional genera una sistemática invisibilización y, al mismo tiempo, negación de derechos a partir de ser un criterio de presencia temporal-territorial con proyecciones excluyentes al momento de determinar quiénes pueden o no asumir una determinada identidad.

También sostengo que de esa forma se eliminan identidades a partir de presentar lo “indígena originario y campesino” como una unidad, monolítica; es, desde mi punto de vista, una categoría excluyente,

31 Loayza, 2004: 149.

32 Ver Toranzo Roca, 2009.

hermética y estática por lo que traigo a colación las palabras de Cabedo Mallol cuando señala que:

El problema que se plantea cuando existen diversos grupos étnicos y culturales es que uno de ellos —el hegemónico, que no siempre tiene porque constituir la mayoría, aunque sea quien ostenta el poder— intenta a menudo construir una ‘cultura nacional’ en términos de su identidad cultural, provocando a la larga la destrucción de las otras culturas. Desgraciadamente esto es lo que se ha venido produciendo en toda América durante siglos, de manera que nos hallamos legitimados para hablar del etnocidio o, incluso, de ‘genocidio cultural’ de los pueblos indígenas³³.

Palabras que si bien se orientan a presentar como víctimas de esa destrucción a los ahora denominados pueblos indígenas, originarios y campesinos por parte del Estado-nación, hoy terminan por ser igualmente aplicables al interior de cada uno de esos pueblos donde se sustituye la ‘cultura nacional’ por otra igualmente destructiva desde ese punto de vista, dadas las historias de conquistas y sometimiento de unos pueblos sobre otros que alcanzaron niveles de violencia extrema y que, además, no han cesado ni terminado³⁴. Con ello, se afecta negativamente al Estado boliviano en términos generales pero se lo hace con mayor intensidad a los pueblos que lo integran cuya presencia poblacional o territorial es menor o que tienen menor nivel de incidencia en esa supuesta unidad (especialmente en las cúpulas de toma de decisión de las entidades representativas que interactúan con los diversos niveles de gobierno); son varios de esos pueblos los que terminan por ser víctimas de prácticas etnicidas o genocidas culturales a partir de frágiles construcciones conceptuales o definiciones caprichosamente incorporados en instrumentos normativos.

33 Cabedo Mallol, 1998: 147.

34 Ver <http://www.cambio.bo/noticia.php?fecha=2011-03015&idn=40765>

No guarda coherencia que una persona, al autoreconocerse como perteneciente a un determinado pueblo originario, lo esté haciendo con otros pueblos indígenas o campesinos por el solo hecho de que así lo determina un instrumento normativo que pretende generar una masa ahí donde cabe ser respetuosos de la pluralidad y el pluralismo.

Capítulo 1

La jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico boliviano

1. Introducción

Entre los múltiples ámbitos de estudio que aborda el constitucionalismo³⁵ se encuentra el referente a la identificación de las funciones que le corresponden cumplir a los textos constitucionales en los Estados; escenario en el que se evidencia el tránsito de visiones limitadas a identificarlos como límite al ejercicio del poder público a otras más complejas. Comparto aquella que postula como función esencial de los textos constitucionales la de preservar y precautelar la dignidad y la libertad del ser humano en el Estado y frente a la Estado (o, con mayor precisión, frente a la administración pública en sentido amplio)³⁶.

35 Álvarez Conde (2003: 145) señala: “El constitucionalismo, como movimiento ideológico y político, aparece ligado a los procesos revolucionarios liberales y tiene su plasmación más explícita y contundente en el artículo 16 de la Declaración de Derechos Del Hombre y del Ciudadano de 1789: ‘Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución.’ Ahora bien, ello no quiere decir que el término ‘Constitución’ no fuese conocido en épocas anteriores. Incluso puede afirmarse que su propia conceptualización se produce a lo largo de todo un proceso histórico en el cual se pueden apreciar diferentes etapas”.

36 Ver Häberle 2003: 114-122.

Premisa a partir de la que se identifican otras funciones como las de establecimiento y conservación de la unidad política del Estado; la construcción de órganos que permitan el cumplimiento de diversos objetivos y la consecución de fines esenciales identificados como comunes por los habitantes de cada Estado; o, de establecer aquellos principios fundamentales del ordenamiento jurídico que impera en el ámbito territorial estatal³⁷.

Entendimientos que, sin estar libres de críticas, aportan en la construcción de coincidencias sobre la necesidad de que los textos constitucionales tengan reconocida una privilegiada ubicación jerárquica, con relación a otros instrumentos normativos en los ordenamientos jurídicos estatales, para que puedan cumplir efectivamente con esas y otras funciones.

Debate que adquiere particular importancia en Bolivia cuando se analiza la potestad de administración de justicia reconocida a los pueblos indígenas, a los pueblos originarios y a los pueblos campesinos toda vez que aquella se encuentra íntimamente ligada a la potestad de generación normativa (en sentido amplio abarcando la legislativa y la reglamentaria entre otras)... carecería de sentido el ejercicio de la primera si esos pueblos no tuvieran reconocida la segunda y viceversa.

Más aun, como expongo a lo largo del presente capítulo, cuando la jerarquía normativa que caracteriza al ordenamiento jurídico boliviano presenta, desde febrero de 2009, interesantes variaciones en comparación a lo que se tenía diseñado bajo el marco del texto constitucional de 1967 y sus reformas de 1994, 2004 y 2005. Por ello, su *privilegiada* ubicación jerárquica en ese ordenamiento requiere, para determinarla con precisión, tomar en cuenta el que ocupan los instrumentos normativos supranacionales e internacionales, especialmente los que versan sobre derechos humanos, así como el proceso de evolución del derecho internacional. No menos relevante, para la adecuada comprensión

37 Ver Hesse, 1996; también Rubio Llorente, 1993.

del tema, es el proceso de formación del texto constitucional vigente cuyo análisis permite dimensionar correctamente las derivaciones del reconocimiento de las potestades de generación normativa y de administración de justicia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

2. Privilegiada ubicación jerárquica del texto constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano

Una de las características que permite diferenciar al Estado de otras formas de organización desarrolladas por los seres humanos a lo largo de la historia es la presencia de un orden jurídico que, al ser inteligible, permite a sus integrantes gozar de certidumbre sobre las reglas que deben observar o aplicar y de predictibilidad sobre las consecuencias de sus actos.

Es un orden que se va construyendo y ajustando constantemente en el afán de alcanzar valores como el de justicia, entre otros, que en el marco de un Estado Constitucional parte de tenerse asumido que la libertad y la dignidad del ser humano operan como premisa fundamental. Valores en función a los cuales se irradian diversos principios cuyos contenidos posibilitan la gestación de una amplia gama de reglas.

Su dinamismo va aparejado por el establecimiento de una jerarquía normativa que ordena los instrumentos y contenidos normativos que prescriben los criterios para su vigencia, validez, eficacia, efectividad y aplicabilidad además de precisión, obviamente, de cuáles deben ser aquellos que operen como fuente para el desarrollo de otros. Se prescriben, además, las formas o procedimientos que deben observarse para ese fin sin que se admita ámbitos de excepción o de exclusión. Es un escenario que se contrapone al caracterizado por el imperio del capricho. la pura discrecionalidad de coyunturales gobernantes, el atropello de mayorías aplastantes o el de grupos monopolizadores del poder público.

Los textos constitucionales tienen, en ese contexto, gran importancia, razón por la cual adopto las palabras de Häberle cuando sostiene que en la actualidad el concepto de Constitución influye en la concepción del Estado al señalar que “se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales”³⁸. Es decir, la Constitución no es únicamente un límite al ejercicio del poder, sino que: “quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no solo es el Estado el constituido (La Constitución no es solo Constitución ‘del Estado’). Este concepto amplio comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural”³⁹.

Aproximación conceptual a la que con fines didácticos y por mi total coincidencia, agrego las palabras de Rodríguez-Zapata cuando sostiene que para que un texto constitucional pueda ser considerado como tal, debe reunir tres rasgos esenciales: “[...] formación democrática, carácter solemne y finalidad de ser tutela efectiva y real de la libertad [...]. Si a un texto constitucional le falta alguna de estas características no se está ante una Constitución real, sino ante una Constitución de fachada o ante un gobierno constitucional pervertido”⁴⁰.

Criterios que resultan importantes en el caso boliviano donde se necesita transitar de un escenario en el que se resalta al texto constitucional vigente desde febrero de 2009 como expresión de un cambio (algo que considero legítimo y propio del escenario político partidario y democrático), a otro en el que se ingrese al análisis de los contenidos de ese alegado cambio (algo también legítimo, democrático y propio de un escenario lógico, racional) para poder extraer fundamentadas conclusiones.

38 Häberle, 2003: 3.

39 *Ibíd.*

40 Rodríguez-Zapata, 1996: 109.

También, porque para arribar a ese puerto se requiere clarificar los elementos que informan la jerarquía normativa por la que se optó en Bolivia así como los efectos que se irradian tanto en lo referente a formas o procedimientos como en lo concerniente a contenidos sustanciales al desarrollar, incorporar, modificar o excluir instrumentos normativos; esa misma jerarquía normativa también condiciona los actos que se gestan en el Estado y desde la administración pública (en sentido amplio, incluyendo lo concerniente a la administración de justicia). Jerarquía normativa que sustentará, por ejemplo, consecuencias diversas la nulidad o anulación de esos actos o el freno a los efectos de éstos cuando resulten negativos, en ambos casos, de violaciones o vulneraciones de contenidos sustanciales o formas y procedimientos exigidos en los instrumentos normativos que les sirven de fuente y fundamento.

Afirmo, en ese sentido, que el texto constitucional boliviano tiene por finalidad el ser tutela efectiva y real de la libertad razón por la cual le corresponde cumplir con la función esencial de respetar, proteger, preservar y precautelar la libertad y la dignidad del ser humano en el Estado y frente al Estado (la administración pública en sentido amplio). Si se aleja de aquella finalidad o no cumple con esa función, su existencia carece de todo sentido. Más aun, cuando tomando en cuenta las características específicas de Bolivia, esa función implica tener que operar ineludiblemente como instrumento para conducir la heterogeneidad a unidad con absoluto respeto de las identidades, en un marco intercultural y de estricto apego a los fundamentos de un sistema democrático⁴¹. Pero al mismo tiempo, con igual convicción, sostengo que el texto constitucional boliviano no puede ser identificado como un fin en sí mismo;

41 Coincidiendo con Luigi Ferrajoli (2008: 79) cabe tomar en cuenta la diferencia entre la que denomina ‘democracia mayoritaria o plebiscitaria’ y la ‘democracia constitucional’. Así, la democracia mayoritaria o plebiscitaria (que es la aplicada en la actualidad en Bolivia) se encuentra caracterizada como aquella que “consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la

un razonamiento en contrario derivaría en instrumentalizar al ser humano al grado de reducirlo a objeto prescindible, descartable y sacrificable.

Por ello, opera favorablemente el reconocimiento del texto constitucional como instrumento normativo que goza de una *privilegiada* ubicación en la jerarquía normativa que caracteriza al ordenamiento jurídico boliviano, lo que le permite desplegar su fuerza normativa y, con ello, cumplir con las principales funciones que le corresponden; esa ubicación es resultado de amplios esfuerzos desarrollados a lo largo del siglo XX, especialmente durante su segunda mitad, entre los que se inscribe la jurisprudencia gestada por el Tribunal Constitucional boliviano que desarrolló su actividad jurisdiccional desde fines de la década de los años noventa del siglo pasado (bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 —objeto de reformas en 1994, 2004 y 2005— hasta fines del 2008) al generar una línea jurisprudencial dentro de la que se encuentra

soberanía popular. De esta premisa [señala Ferrajoli] se siguen una serie de corolarios: la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye”. En cambio (p. 27), “La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado ‘democracia constitucional’, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia— que toda mayoría está obligada a satisfacer”. Ver, también, Sartori, 2003: 171-198.

42 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14058.html>, magistrada relatora doctora Elizabeth Iñiguez de Salinas.

la Sentencia Constitucional 0031/2006 de 10 de mayo de 2006⁴², entre otras, en la que se señaló:

El principio de supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución Política del Estado que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico, la Constitución Política del Estado ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella. Lógicamente, la propia Constitución Política del Estado debe prever mecanismos e instituciones que garanticen su cumplimiento, sino su primacía quedaría como una declaración formal, porque siempre podría existir una autoridad u órgano de poder que incumpla sus preceptos [...].

También se inscriben en esos esfuerzos los aportes que realizaron destacados constitucionalistas bolivianos como Ciro Félix Trigo⁴³, Alipio Valencia Vega⁴⁴ o Pablo Dermizaki⁴⁵ entre otros que, desde el

43 “[...] la Constitución es la ley fundamental o superley conforme a la cual se organizan los poderes públicos, se regulan los derechos y libertades individuales y se limita la acción del poder público; es la expresión jurídica del régimen del Estado, sujeto a limitaciones en el ejercicio de sus poderes y se la concibe como el mejor sistema de garantías contra la arbitrariedad y el despotismo de gobernantes” (n. a. las cursivas son nuestras). (Trigo, 2003: 63.)

44 “[...] la Constitución es la norma o conjunto de preceptos fundamentales de una sociedad jurídica y políticamente organizada. La ‘constitución’ es ley fundamental, porque ella establece primariamente la formación y el desarrollo del Estado y es de la Constitución de la que deriva por grados, todo el resto del orden normativo o jurídico del Estado” (n. a. las cursivas son nuestras). (Alipio Valencia Vega, 197: 47.)

45 “Una constitución es el Código, norma o ley fundamental de un país que determina la estructura jurídico-política del Estado, la forma o sistema de su gobierno y los derechos y deberes de la población” (n. a. las cursivas son

ámbito académico, postularon la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico local tal como se lo puede apreciar en los conceptos de Constitución que nos brindaron y que, por cierto, influyeron notablemente en la formación de varias generaciones de juristas bolivianos.

No menos relevantes son los antecedentes normativo-positivos que expresamente señalaban la supremacía constitucional⁴⁶, por

nuestras). (Dermizaky Peredo, 2002: 47). Corresponde resaltar las palabras de Jorge Asbún (*op. cit.*: 65) cuando califica las normas de la Constitución como “generadoras y legitimadoras del resto de la producción normativa”, aclarando en nota al pie N° 13 el errado uso como sinónimos de Constitución los términos *Carta Magna*, *Ley de Leyes*, *Ley Suprema*, *Ley Fundamental* y *Carta Fundamental* destacando, con relación a los tres últimos, que quienes lo emplean lo hacen con el fin de resaltar, precisamente, su supremacía. Ver, también, García Pelayo, 1984:100-101.

- 46 Es oportuno la precisión que efectúa Jorge Asbún: “Si bien dicha supremacía estuvo presente desde los albores mismos del Estado liberal-democrático, ya que todos los teóricos de éste así lo señalaron, solo décadas después se incorporarían en las constituciones artículos que en forma expresa lo concretarían” (Asbún, 2004: 71). A ello se agrega lo sostenido por Willman Durán Rivera cuando, con relación a los antecedentes históricos del principio de supremacía constitucional, señala: “[...] fue plasmado por primera vez en la Constitución Federal de 1787 de Estados Unidos, que en el artículo VI.2 determinaba que: ‘Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado’” (Durán, 2005: 93). Esta posición coincide con la de Humberto Nogueira Alcalá cuando señala: “En la realidad, serán los padres del constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII, entre ellos fundamentalmente Hamilton y Madison, los que precisarán el principio de Constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, de lo que quedará constancia en los *Federalist Papers* [...]”; (Nogueira Alcalá, 2005: 14). Desde mi punto de vista, las tres citas permiten una mejor aproximación al antecedente constitucional a partir del cual se irradió el postulado de supremacía constitucional en Latinoamérica y, en especial, en Bolivia.

ejemplo, en el texto constitucional de 2 de febrero de 1967⁴⁷ donde su Parte Cuarta llevaba como *nomen iuris* el de “Primacía y Reforma de la Constitución”, integrante del Título Primero denominado “Primacía de la Constitución”, donde se preveía en su artículo 228 que:

La Constitución Política del Estado es la *ley suprema del ordenamiento jurídico nacional*⁴⁸. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualquier otra resolución.

Previsión que tuvo varias décadas de vigencia sin ser objeto de mayores modificaciones pese a las reformas constitucionales operadas en 1993-1994, 2002-2004 y 2005⁴⁹, reflejando a su vez la estrecha relación que guardaba con el constitucionalismo en la región⁵⁰ y permitiendo la creciente asimilación de la importancia de reconocer una privilegiada ubicación al texto constitucional en el ordenamiento jurídico para el desarrollo de un sistema democrático recuperado en 1982.

47 Un antecedente importante es la redacción del artículo 82 del texto constitucional boliviano de 1851 donde se señalaba que: “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones”. En el transcurso de las reformas que le sucedieron se fue ampliando el ámbito explícito de sometimiento a lo previsto en el texto constitucional hasta llegar a la redacción señalada del artículo 228 de la Constitución de 1967.

48 En todas las citas de las diferentes constituciones, las cursivas son del autor.

49 Ver Galindo De Ugarte, 1991: 633 y 634. También Trigo, 2003: 778 y ss.

50 Es importante tener presentes las palabras de Nogueira Alcalá cuando, al referirse a este tema en el ámbito indo iberoamericano, señala que: “Las Constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX se han transformado en *norma jurídica de aplicación directa e inmediata*, dotando a la Carta Fundamental de auténtica *fuerza normativa* sobre gobernantes y gobernados, lo que si bien es una novedad para algunos países europeos, ello constituía una regla vigente en Norteamérica y en algunos países de América Latina como Colombia y Venezuela durante el siglo XIX, en estos el juez se entendía más fuertemente vinculado a la Constitución que a la ley, por lo que consideraban inaplicable o nula la ley que contradecía la Carta Fundamental” (Nogueira Alcalá, op. cit.: 15).

Esos antecedentes normativos positivos, jurisprudenciales y la doctrina local e internacional postularon que el texto constitucional debía ubicarse en la más alta posición del ordenamiento jurídico boliviano y, con ello, operar como fuente y fundamento de otros instrumentos normativos locales⁵¹. Esfuerzos desplegados a lo largo de varias décadas que influyeron en la redacción final del texto constitucional vigente como se lo puede apreciar en la redacción del artículo 410, que integra la Parte Quinta “Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución” como parte del Título Único denominado “Primacía y Reforma de la Constitución”, que señala:

Artículo 410.- I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1.- Constitución Política del Estado.

2.- Los tratados internacionales.

3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

51 Esta afirmación no ignora, oculta u olvida que esa búsqueda de reconocimiento y acogimiento de la supremacía del texto constitucional se desarrolló en un escenario donde su desconocimiento no solo fue un potencial riesgo sino algo más, a partir de la presencia de afanes autoritarios persistentes. Ver Goitia Caballero, 2008: 117-154.

Esos antecedentes también explican, en alto grado, la persistencia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos bolivianos en que las respuestas fundamentales a sus demandas se vean reflejadas en el texto constitucional y no solamente en otros instrumentos normativos de menor jerarquía en el ordenamiento jurídico boliviano.

Demandas que alcanzaron respuesta positiva, por ejemplo, en la década de los años noventa del siglo pasado cuando se reconoció el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia a esos pueblos en la reforma constitucional de 1994, marcándose así una clara diferencia con lo que se tenía previsto en el texto constitucional de 1967, al incorporarse en el artículo 1 que Bolivia era un Estado “pluriétnico y multicultural” y, a partir de ello, el reconocimiento de potestades de generación normativa y de administración de justicia a los pueblos indígenas; así, el artículo 171.III señalaba que:

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

Avance que, desde un punto de vista estrictamente académico, considero que lamentablemente no logró ser comprendido en su real dimensión al perderse de vista que es reconocimiento implicaba que lo indígena, en tanto parte integrante de un conjunto de elementos mayor, era también relevante al grado de ser un componente de lo que en conjunto debía operar como fuente y fundamento para el desarrollo del resto ordenamiento jurídico local. No todos los que tenían la obligación de así entenderlo lo hicieron y, al mismo tiempo, sus beneficiarios tampoco llegaron a valorar su potencialidad en niveles adecuados.

En todo caso, esa reforma es un hito importante en el proceso de evolución del constitucionalismo boliviano, ya que sin ser perfecta

ni en todo positiva, incidió en lo que al final quedó plasmado en el texto constitucional de 2009 con el que guardan igual esencia, aunque con modificaciones importantes en otros niveles.

Así, además de la caracterización del Estado boliviano como “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”, el artículo 1 del texto constitucional vigente resalta el hecho de que “[...] se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”⁵². Contexto en el que conforme a lo previsto en el artículo 158.I.3 del texto

52 La caracterización de Bolivia en los términos del artículo 1 del texto constitucional es defendida por el oficialismo la generación de una unidad que ha generado un nuevo concepto, por ello debe leerse como una sola palabra, dicen: “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”; pero ignoran que ‘agua’ y ‘aceite’ son dos cosas diferentes, aun cuando se escriba ‘agua aceite’, sin comas, y que aun cuando así se lo haga no deriva en algo novedoso. También, que se está ante la presencia de subunidades territoriales que responden, en su conformación, a haberse privilegiado patrones étnicos que no guardan correlación con la otra parte del mismo discurso que atribuye la cualidad de ser mayorías a los pueblos indígenas, originarios o campesinos. Ello deriva en dos potenciales conflictos: a) el de búsqueda de independencia, especialmente ahí donde no se es minoría (v. gr.: poblaciones fronterizas que así lo han manifestado en diverso tiempo) sin mayor nivel de respeto o consideración a las minorías ahí existentes, y, b) el de desaparición de verdaderas minorías indígenas, originarias o campesinas por la demanda de quienes alegan que su condición étnica les permite conformar subunidades territoriales sobrepuestas o avasallando a las primeras. Un ejemplo de este segundo escenario se presenta en la reserva forestal Choré, en el Departamento de Santa Cruz, donde se enfrentan cocaleros (por cierto, auto identificados como quechuas, aymaras e interculturales según la coyuntura) y el pueblo Yuracaré que ha derivado, incluso, en la pérdida de vidas humanas bajo la impávida mirada del gobierno pese a las alertas existentes del Defensor del Pueblo (Ver la Revista Domingo, del matutino La Prensa, en su edición del 8 de noviembre de 2009, en el artículo titulado *Reserva en emergencia. El Choré presionada por los cocaleros y la política*, http://www.laprensa.com.bo/domingo/08-11-09/08_11_09_edicion4.php. También, el Informe del Defensor del Pueblo titulado *Estado de Situación del pueblo Yuqui*, en el que se concluye: “Es posible la desaparición física del conjunto del pueblo Yuqui o por lo menos

constitucional corresponde a la Asamblea Legislativa ejercer la atribución de “Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”; al Órgano Ejecutivo a partir del Presidente, conforme lo prevé el artículo 172 en sus numerales 1, 7 y 8, las atribuciones de “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, “promulgar las leyes sancionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional”, y “Dictar decretos supremos y resoluciones”; y, al Órgano Judicial, la tarea de administrar justicia tal como lo prevé el artículo 179. I: “La función judicial es única. La jurisdic-

de una disminución tan significativa de su población que resulte improbable su reproducción [...]. Es posible que el pueblo Yuqui desaparezca como cultura y se produzca la incorporación de sus miembros en la sociedad dominante como ciudadanos de tercera [...]. Lo que en el fondo se presenta como las dos caras de una misma moneda, en tanto nos enfrenta en unos casos por acción y en otros por omisión, con la posibilidad de un etnocidio, un genocidio o un genocidio cultural, que en cualquiera de las posibilidades implica la desaparición en algunos años del pueblo Mbya [...].”

También cabe recordar que durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente y el proceso de construcción de consensos en el Congreso Nacional, toda propuesta de tránsito de Estado unitario a Estado federal era calificada como separatista y consecuentemente rechazada. Pasado un tiempo, pese a las advertencias que públicamente realicé en sentido de estar iniciando el tránsito de Bolivia a un Estado federal por un sendero equivocado, resulta ser que termina por develarse la verdadera esencia de lo que encierra el texto constitucional y que se negó sistemáticamente por el oficialismo. No se trata, en lo personal, de un rechazo al federalismo en sí sino de la forma en la que se pretende transitar al mismo. Reprocho el cálculo político partidario, coyuntural y mezquino del oficialismo, que ocultó la información a la población para no perder el apoyo a la aprobación del texto constitucional en el referéndum de enero de 2009 que terminó convertido, en alto porcentaje, en un plebiscito sobre Morales. Pero son inevitables los efectos que se derivan de lo que quedó escrito en el texto constitucional tal como lo dejó ver el Ministro de Autonomías cuando con relación a éste expresó, el 23 de octubre de 2009, que: “es un diseño que nos permite transitar al federalismo”, (Ver La Razón, 23/10/2009, en http://www.la-razon.com/versiones/20091023%5F006889/nota_247_899062.htm). Es paradójico que pese a la importancia del tema, en la Asamblea Constituyente no se hubiera generado el espacio democrático para que los constituyentes debatieran el tema, y es lamentable que la ausencia de ese debate hubiera aportado a que la población tome decisiones sin información oportuna, clara y transparente.

ción 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 ley”.

Marco general que viene ligado a la adopción de un modelo de gobierno de corte consociativo o consociacional y de un régimen de organización territorial y administrativa autonómica y, con relación a ésta, con la peculiaridad de presentarse como aquella en la que cada nivel subnacional de gobierno tiene reconocida la potestad de generación normativa (en sentido amplio, incluyendo dentro de ésta la legislativa y reglamentaria), ejecutivas y, en el caso de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, incluida la de administración de justicia⁵³.

En este sentido resulta incuestionable que las potestades de generación normativa y de administración de justicia reconocidas a cada uno de esos pueblos y los derechos que les asisten a cada ser humano que los integran, terminan por ser parte del contenido del texto constitucional con los efectos que se derivan de tener reconocido a éste ins-

53 “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”.

El ejercicio de esas potestades no es irrestricta, entre otros aspectos, porque cada régimen autonómico está sujeto a lo establecido en la denominada Ley Marco de Autonomía y Descentralización que de forma imperfecta y errática desarrolla las cláusulas constitucionales correspondientes que prevé el artículo 271.

“Artículo 271. I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional [...]”.

trumento normativo un nivel jerárquico *privilegiado* en el ordenamiento jurídico boliviano.

Criterio que difiere, por ejemplo, con el sostenido por Ariza cuando afirma que: “El pluralismo [jurídico, que reconoce la capacidad de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos] es el reconocido por el Estado en la Constitución, pero el Estado se reserva la facultad, unilateralmente, de determinar la legitimidad y el ámbito de los demás derechos reconocidos”⁵⁴.

Crítica que desde mi punto de vista parte de presentar a los pueblos indígenas, originarios y campesinos como entes extraños al Estado; de también, ligado a ello, parte de otro planeamiento de base errada como es la existencia de un antagonismo fáctico e irreductible entre esos pueblos y el Estado con un grado de unilateralidad y discrecionalidad a favor exclusiva de éste último en la toma de decisiones; y, de una concepción restringida de las funciones que le corresponde cumplir a los textos constitucionales en el Estado lo que deriva en la desvalorización de su cualidad de instrumento idóneo para el reconocimiento de derechos a esos pueblos.

Pero el Estado es una forma de organización desarrollada por los seres humanos que, en la actualidad, no niega ni anula la existencia de otras que se hubieran gestado en el pasado y que se han mantenido hasta el presente con mayores o menores modificaciones o, incluso, de otras que puedan gestarse en el futuro, en tanto no se presenten como antagónicas a aquél. Un claro ejemplo de mi afirmación es, precisamente, el caso boliviano, donde cada uno de los pueblos existentes son, en sí mismos, formas de organización que presentan características propias pero que no resultan contrapuestas con la existencia del Estado. Hoy en día resulta difícil identificar un Estado que no presente, a su interior, otras formas de organización también desarrolladas por los seres humanos⁵⁵.

54 Ariza Santamaría, 2008: 14.

55 Ver De Vergottini, 2005: 67.

Al mismo tiempo, todo Estado “comprende necesariamente a la población establecida sobre cierto territorio”⁵⁶ entre otros elementos y características, de tal forma que quienes lo habitan, independientemente de su pertenencia o no a uno u otro pueblo o a cualquier otro colectivo (v. gr.: migrantes, desplazados, etc.) forman parte de esa forma de organización, donde cada ser humano es tan importante como el propio conjunto o colectivo al que pertenezcan o con el que se auto identifiquen, lo que determina que la primera premisa de la crítica de Ariza sea errada como lo es presumir que en un marco democrático e intercultural, los habitantes de un Estado, no serán partícipes de la toma de las decisiones políticas que se dan a través de la administración pública (en un sentido amplio); consecuentemente, cada pueblo indígena, originario y campesinos así como cada una de las personas que los integran son parte del Estado y pueden ser partícipes de los procesos de tomas de decisiones como los de elaboración de un texto constitucional. Tema diverso es el grado de efectividad y eficiencia del sistema democrático desarrollado en cada Estado para que sus mecanismos institucionales potencien y fortalezcan esa participación democrática⁵⁷.

En éste sentido lo discrecional, unilateral y antidemocrático vienen a ser, por ejemplo, afanes autoritarios que desconocen la finalidad de un texto constitucional de ser tutela efectiva y real de la libertad impidiendo así el desarrollo de la vida en comunidad, en un marco de orden, donde sea posible gozar de seguridad jurídica o que el ejercicio de la potestad de generación normativa y de administración de justicia en el Estado se desarrolle sin estricto respeto y protección a la libertad y la dignidad del ser humano o a los principios que a partir de estas se desarrollan.

56 *Ibíd.*

57 Ver Sagüés, 2010: 97-108, donde señala, por ejemplo, que: “La cultura constitucional se vincula con el grado de desarrollo político y jurídico de una comunidad. Al igual que en la economía, en el derecho y en la política hay diferentes cuotas de desarrollo (y de subdesarrollo). Por ejemplo, para Finer, existen cinco tipos de sociedades, en función de su nivel político-cultural: madura, desarrollada, baja, mínima y de cultura *antediluviana*”.

Es diferente alegar que el reconocimiento de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, con el grado de evolución alcanzado por la humanidad, no pueden ser entendidos como graciosas concesiones o quedar a merced de la discrecional toma de decisiones del gobernante de turno, tampoco de aparentes mayorías aplastantes, de lógicas plebiscitarias u otras figuras que actúan contraviniendo la sujeción a los valores y los principios que dan razón de ser a la existencia de un Estado... se estaría ante un régimen de gobierno no democrático, de un gobierno constitucional pervertido o ante una constitución de fachada.

Por lo tanto, a diferencia de Ariza, sostengo que si el reconocimiento de las potestades de generación normativa y de administración de justicia a cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos no se hubiese concretado en el texto constitucional tal como estos buscaron y alcanzaron en Bolivia a mediados de la década de los años noventa del siglo pasado, los que se verían afectados negativamente serían todos los bolivianos y las bolivianas quedando comprendidos así, obviamente, cada uno de los seres humanos que integran esos pueblos, al grado de gestar un escenario donde uno de los ámbitos (el constitucionalmente reconocido) es válido, en tanto que el otro (aquél no reconocido en el texto constitucional) termina por carecer de validez o desenvolverse en medio de la clandestinidad.

Al mismo tiempo, sostener que el ejercicio de las potestades de generación normativa o de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos deberían estar excluidos del texto constitucional o exentos de la obligación de respetar los derechos humanos, implica negar la pluralidad y el pluralismo jurídico en el Estado y de éste en si mismo, al gestarse compartimentos estancos en los que en el mejor de los escenarios se estaría ante la presencia de una confederación de Estados o, simplemente, Estados independientes⁵⁸.

58 Ver Bobbio, 2005: 8-13.

Son elementos que permiten comprender la importancia de reconocer una privilegiada ubicación al texto constitucional dentro del ordenamiento jurídico boliviano, pero sin que de ello se derive como admisible el sostener irreflexivamente su supremacía, menos alegando la sola referencia a la evolución del constitucionalismo local en torno a este tema, brevemente resaltada en los párrafos precedentes, o la lectura aislada del artículo 410 del texto constitucional vigente⁵⁹.

Hacerlo así, además, implicaría negar derechos humanos a las bolivianas y los bolivianos en general y, en particular, de las mujeres y los hombres que integran los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos.

Por ello, adquiere importancia el peculiar proceso de gestación del texto constitucional vigente, recordando que la Asamblea Constituyente de 2006 culminó sus actividades sin brindar el único producto para el cual se la había convocado: un proyecto de texto constitucional.

No debe olvidarse que esa Asamblea terminó clausurada, o para ser preciso, fácticamente cerrada, por el apuro del oficialismo que no buscó unidad ni consensos para superar problemas propios del trabajo de ese tipo de entes al ver comprometidos los tiempos políticos que tenían diseñados para un proceso de reelección presidencial. Así quedó en evidencia cuando, entre otros hechos, llevó a cabo una reunión de los constituyentes oficialistas y sus funcionales aliados en el cuartel militar de la Glorieta (a título de sesión de la Asamblea) para aprobar, teóricamente, un proyecto de texto constitucional en grande; y, posteriormente, convocar a otra reunión con la participación de casi los mis-

59 Como sostiene Horacio Andaluz, hacerlo “[...] es incurrir en un razonamiento circular: es afirmar que la Constitución es suprema porque ella dice que lo es” (Andaluz, 2010: 23).

mos actores en las instalaciones de la Universidad Técnica de Oruro en diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro, cercada con el fin de impedir el ingreso de los constituyentes de la oposición en el que tristemente se vio el vergonzoso ejercicio de los oficialistas que levantaban la mano mecánicamente en señal de aprobación de aparentes artículos de un texto que no conocían ni entendían pero que se encontraban contenidos en los papeles que les habían distribuido minutos antes.

De esta última reunión emergió un documento que el oficialismo se esforzó por presentarlo ante el país, con un gran despliegue mediático, como proyecto de texto constitucional. Pero ese afán de imposición así como el contenido indigerible terminaron por generar un escenario de confrontación entre bolivianos como muy pocas veces registra la historia nacional. Las gestiones desarrolladas por quienes integramos la oposición permitieron crear un espacio de búsqueda de consensos, bajo la vigilancia de veedores internacionales, en un esfuerzo por recuperar un escenario democrático para la construcción de un proyecto de texto constitucional que pueda ser sometido a referéndum nacional. Ello se alcanzó con un pacto entre las diversas fuerzas políticas en el Congreso Nacional a mediados de octubre de 2008 de donde emergió el proyecto de texto constitucional que lograría un respaldo mayoritario en el referéndum nacional concretado el mes de enero de 2009.

En ese complejo escenario, una de las redacciones que experimentó mayores modificaciones, sin debates de por medio en el ámbito de la Asamblea, fue precisamente la del artículo referente a la jerarquía normativa que debía ordenar la aplicación de los instrumentos normativos y, como parte de ello, la ubicación específica del texto constitucional como se lo puede apreciar en el siguiente cuadro:

UNO DE LOS DOS TEXTOS TEÓRICAMENTE APROBADOS EN GRANDE EN LA REUNIÓN DEL CUARTEL DE LA GLORIETA ⁶⁰	TEXTO DEL MOVIMIENTO AL SOCIALISMO	TEXTO CORREGIDO Y CONSENSUADO ENTRE LAS DIVERSAS FUERZAS POLÍTICAS
<p>Artículo 406 I. Todas las ciudadanas y ciudadanos, así como los poderes públicos, se encuentran sometidos a la presente Constitución. Las disposiciones establecidas en esta Constitución son de aplicación directa, sin necesidad de ley que las desarrolle. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.</p> <p>Artículo 407 La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1° La Constitución. 2° Las leyes y los tratados internacionales. 3° Los decretos supremos y los decretos reglamentarios. 4° Las disposiciones departamentales, regionales y municipales. 5° Las normas de carácter administrativo. 	<p>Artículo 410. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1° La Constitución. 2° Las leyes y los tratados internacionales. 3° Los decretos supremos. 4° Las normas departamentales, regionales y municipales. 5° Normas de carácter administrativo. 	<p>Artículo 410. I. <i>Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.</i> II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. <i>El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país.</i> La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Constitución Política del Estado. 2.- Los tratados internacionales 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

60 Al día siguiente a la reunión de los constituyentes oficialistas y algunos funcionales aliados en el cuartel militar de La Glorieta, desconocían cuál texto habían aprobado, teóricamente, en grande, tristemente quedó en evidencia que el ejercicio de levantar la mano en señal de aprobación lo habían realizado sin haber leído como correspondía los papeles que tenían en mano.

Tres redacciones sustancialmente diferentes. Pero es oportuno resaltar que el elemento coincidente entre las dos principales fuerzas políticas presentes en la Asamblea Constituyente era que el texto constitucional debía gozar de un nivel *privilegiado* en la jerarquía normativa boliviana. El distanciamiento, entre esas dos fuerzas, radicaba en diversos factores de los cuales resalto, en este punto, los siguientes:

a) El expreso rechazo del oficialismo a la autonomía demandada en los niveles de gobierno departamental, municipal e indígena, originario y campesino que derivó en planteamientos pintorescos como los de asignar una jerarquía normativa superior a los decretos supremos emanados del Órgano Ejecutivo nacional, por ejemplo, al correspondiente a los estatutos autonómicos departamentales o las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos;

b) El rechazo de la oposición a que se atribuya al Ejecutivo una cualidad de supremo intérprete del texto constitucional a título de ser el símbolo de un teórico proceso de cambio al cual debían someterse irreflexivamente las bolivianas y los bolivianos, convirtiendo ese texto en una suerte de fin en si mismo con la consecuente instrumentalización de los seres humanos. Paradójicamente, bajo ese discurso, todavía hoy se busca legitimar acciones y prácticas que, opino, llegan a ser objetivamente inconstitucionales, autoritarias, bajo el pretexto de ser un parte de un cambio revolucionario, descolonizador, incomparable e inconmensurable entre otras calificaciones igualmente pintorescas que diariamente se emplean; y,

c) La posición asumida por quienes integramos la oposición en el sentido de tener que tomarse en cuenta, al tiempo de determinar esa jerarquía normativa, la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del derecho comunitario que demandaba asumir la responsabilidad histórica de responder positivamente a un escenario diferente a aquél presente durante el siglo pasado, especialmente en lo referente al deber de respeto de los derechos humanos.

Fueron factores de distanciamiento que, al final, incidieron en el contenido final del texto constitucional donde los propios antecedentes de su elaboración explican cómo es que los planteamientos de afianzamiento de la supremacía constitucional cedieron ante los de apertura a un nuevo escenario de respeto, protección y promoción de los derechos humanos, pero reconociendo que ese texto requiere ocupar un lugar *privilegiado* en la estructura del ordenamiento jurídico, superior en todo caso, al que les corresponde a otros instrumentos normativos locales como son, por ejemplo, las leyes nacionales, los estatutos, los decretos supremos o los desarrollados por los pueblos indígenas, los pueblos originarios o los pueblos campesinos en el ejercicio de su potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria). Jerarquía normativa que, también, debía tomar en cuenta ámbitos de competencia de cada nivel de gobierno.

Lo manifestado hasta el momento me permite afirmar que al ser en el texto constitucional donde se encuentran reconocidas las potestades de generación normativa y de administración de justicia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, son parte de un conjunto que deben operar como fuente y fundamento del desarrollo de otros instrumentos normativos. Y, con igual importancia, que el ejercicio de las potestades de generación normativa reconocida a cada uno de esos pueblos deben aportar a que el texto constitucional cumpla con las funciones que le corresponden en el Estado de proteger y preservar la libertad y la dignidad del ser humano, es decir, sin que se pueda desconocer su *privilegiada* ubicación.

3. Ubicación jerárquica de los instrumentos normativos internacionales en general, de los de derechos humanos en particular y de las normas del derecho comunitario en el ordenamiento jurídico.

La *privilegiada* ubicación del texto constitucional en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano es el resultado de un largo proce-

so de evolución que abarcó varias décadas y que, en la actualidad, se encuentra consustancialmente impregnado por el desarrollo del derecho internacional en general y, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos así como del derecho internacional humanitario. Éstos han incidido en la configuración de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano⁶¹. Es un nuevo escenario en el que, precisamente, se cuestionan los tradicionales postulados de supremacía constitucional donde únicamente se tomaba en cuenta su relación con otros instrumentos normativos gestados por los órganos legislativos, ejecutivos o judiciales locales. Esos cuestionamientos son, por cierto, los que estuvieron presentes en la redacción del texto constitucional vigente.

En la actualidad el escenario viene caracterizado por la convergencia de dos procesos que aparentemente se desplegaban por canales diferentes al grado de haber motivado, por ejemplo, acalorados debates entre quienes postulaban teorías monistas, dualistas y eclécticas para dar respuesta a la aparente duda sobre si el derecho internacional y el derecho interno eran órdenes jurídicos distintos o uno solo⁶². Teorías que parecían no incidir en el escenario local donde, por ejemplo, hasta fines de la década de los años noventa del siglo pasado, la demanda a jueces o fiscales de observancia o aplicación del contenido del Pacto de San José de Costa Rica encontrara como respuesta que al encontrarnos en Bolivia, y no en Costa Rica, su contenido carecía de todo valor jurídico... ¡vaya a litigar a Costa Rica!, decían.

Hoy, las respuestas son menos categóricas y persiste la sistemática violación de los derechos humanos a partir de posiciones que deve-

61 Los antecedentes sobre los postulados de reconocimiento de la supremacía constitucional en Bolivia cobran fuerza en los años cincuenta del siglo pasado, es decir, casi al mismo tiempo en el que el reconocimiento y protección de los derechos humanos a escala universal encontraba un importante impulso con la adopción, en junio de 1945 de la Carta de las Naciones Unidas, pero el desarrollo de éste segundo ámbito resultó ser mucho más lento por diverso factores. Ver Bonet Pérez, 2008: 33-72.

62 Ver Garrón Bozo, 2005: 20 y ss.; también, Manilli, 2003: 77.

lan ignorancia y soberbia a través de la reticencia a aplicar esos instrumentos normativos internacionales⁶³. Pero indudablemente es mayor el nivel de asimilación del hecho de que Bolivia es parte de la comunidad internacional⁶⁴ ante la que tiene asumidos diversos compromisos que no puede ignorar ni de los cuales puede renegar sin tomar en cuenta los efectos negativos que de ello se derivan.

Por lo tanto resulta fundamental identificar la ubicación de esos instrumentos jurídicos internacionales en el ordenamiento jurídico boliviano, porque clarifica el que le corresponde al texto constitucional, especialmente cuando se aborda un tema como el que se desarrolla en el presente estudio. Pero para proceder en ese sentido se requiere tener presente que la doctrina identificó cuatro posibles posiciones, a saber: 1) supra constitucionalidad, donde se les asigna un rango superior al texto constitucional; 2) constitucional, según la cual se les asigna un rango igual al del texto constitucional; 3) supra legalidad, con un rango inferior al texto constitucional local pero superior a las leyes; y, 4) legal, en el que estos instrumentos internacionales tienen un rango igual al de las leyes y consecuentemente, inferior al de los textos constitucionales. También corresponde diferenciar el tratamiento que reciben los instrumentos normativos internacionales en general del que se da a los de derechos humanos en particular.

Así, ingreso al análisis de la jerarquía normativa que tienen los *tratados internacionales en general* en el ordenamiento jurídico boliviano tomando como concepto base lo previsto en el artículo 2º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada en Viena

63 Debe tenerse presente que tal como lo grafican Castro y Gonzáles, “[...] vivimos una época de globalización en la que cada vez más los fenómenos de un país están relacionados con los de otros países, las decisiones de un país están condicionadas por decisiones externas, y los retos que se plantean a la humanidad no tienen solución en el marco de un solo Estado, sino en el seno de las organizaciones internacionales en las que los Estados estén representados” (Castro y Gonzáles, 1995: 95).

64 Ver, por ejemplo, Gialdino, 2008; Rey Cantor, 2008; Sagüés, 2009.

el 23 de mayo de 1969, donde se sostiene que “Tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular”.

En este marco cabe recordar que el texto constitucional de 1967 (y sus reformas de 1994, 2004 y 2005) reflejaba el apego a la idea de primacía del derecho interno sobre el derecho internacional toda vez que consagraba el principio de soberanía en los artículos 1⁶⁵, 2⁶⁶ y 4⁶⁷ y la supremacía constitucional en el artículo 228⁶⁸, de donde se desprendía que los tratados y convenios internacionales eran Ley de la República y, consecuentemente, gozaban de un rango legal en la jerarquía normativa. Ese texto constitucional no contenía normas expresas sobre adaptación del ordenamiento interno al derecho internacional general o consuetudinario, sino un régimen para introducir el derecho convencional enmarcado en el artículo 59.12 referente a las atribuciones del Poder Legislativo que disponía: “Aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales”, y el artículo 96.2 referente a las atribuciones del Presidente de la República que señalaba la de: “Negociar y concluir tratados con naciones extrajeras; canjearlos, previa ratificación del

65 “Artículo 1. Bolivia, libre independiente y soberana, constituida en República unitaria; adopta para su gobierno la forma democrática representativa”.

66 “Artículo 2. La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos Poderes es la base del gobierno. Los funcionarios del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano”.

67 “Artículo 4. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley”.
Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo, comete delito de sedición”.

68 “Artículo 228. La constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

Congreso”. El procedimiento de adaptación del derecho internacional particular o convencional boliviano era, por tanto, el de reenvío, donde el Presidente de la República negociaba y concluía los tratados y el Congreso Nacional los ratificaba a través de una ley, lo que significaba que la aprobación del instrumento convencional en su integridad asignándole una fecha y número de ley. En ese sentido, si el tratado internacional no estaba ratificado por el Estado boliviano o no se culminaba ese procedimiento, difícilmente podía ser considerado como parte integrante del ordenamiento jurídico local⁶⁹, al menos, desde la perspectiva interna.

En el texto constitucional vigente se aprecian modificaciones sustanciales toda vez que, en términos generales, el nivel jerárquico reconocido a los tratados internacionales en general se presenta como supralegal en los ámbitos de competencia de los niveles de gobierno sub nacionales (Departamental, Municipal, Indígena, Originario y Campesino) tal como se lo aprecia en el artículo 410.II.2 al establecerse que la aplicación de esos instrumentos normativos internacionales es preferente a las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas el resto de la legislación departamental, municipal e indígena y otros instrumentos normativos locales pero no a la del texto constitucional.

69 Cabe, en todo caso, tener en cuenta que la firma de un tratado internacional conlleva diversas responsabilidades y efectos jurídicos. A manera de ejemplo, se tiene que el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que:

“18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte del tratado; o
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente”.

Pero en un sentido apuesto, ejemplo de las múltiples antinomias existentes a su interior se tiene que el artículo 257.I señala algo diferente, haciendo abstracción de la referencia competencial, en los siguientes términos:

Artículo 257. I.- Los tratados internacionales ratificados forma parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

Antinomia constitucional compleja sobre la que, sin detenerme en mayores argumentaciones, sostengo que se esclarece a partir de dos elementos fundamentales.

El primero es el carácter imperativo de la aplicación preferente, de los tratados internacionales al de las leyes nacionales y otros instrumentos normativos, dirigido a todos aquellos que ejercen la potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria), la ejecutiva y la de administración de justicia en cualquiera de los diversos niveles de gobierno previstos en el texto constitucional. Por lo tanto y a manera de ejemplo cabe señalar que la Asamblea Legislativa Plurinacional o los entes legislativos de los niveles de gobierno autónomo departamental, municipal o indígena, originario o campesino no pueden dejar de aplicar los tratados internacionales al elaborar leyes (independientemente de su denominación) en el ejercicio de la potestad legislativa, así como tampoco pueden anular; o modificar el contenido de esos instrumentos normativos internacionales; y, además, toda persona podrá demandar se respeten los derechos amparados en esos instrumentos normativos internacionales.

El segundo radica en la seriedad, responsabilidad y credibilidad con la que el Estado boliviano se presenta ante la comunidad internacional al asumir compromisos de diversa naturaleza. Resultaría incoherente que luego de participar en la gestación e ingreso en vigencia de un instrumento normativo internacional bilateral o multilateral observando las exigencias formales, velando por su contenido sustancial y cumpliendo los requerimientos procedimentales correspondientes, uno de sus órga-

nos (el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial o el Electoral) lo desconozca o que se lo haga en cualquier nivel de gobierno sub nacional autónomo, más aun cuando no se optó por ser un Estado Federal. Adicionalmente a la serie de valores y principios implícitos en los dos elementos que resalto, existen procedimientos específicos para que el Estado se desligue de las obligaciones que esos tratados conllevan cuando así se lo estima conveniente⁷⁰ que no van, precisamente, por dejar de aplicarlos o aplicar preferentemente una ley nacional. Consecuentemente, *en principio*, los tratados internacionales se presentan con una jerarquía normativa supra legal en base a fundamentos emergentes de un ejercicio de ponderación elemental.

En principio, porque en éste tema no basta la lectura de uno o varios artículos del texto constitucional al tener que tomarse en cuenta los argumentos provenientes del desarrollo del derecho internacional que, en términos generales, cuestionan precisamente redacciones como las del artículo 257.I o del 410.II.2 del texto constitucional.

Son argumentos y fundamentos que terminan por atribuir, en términos sencillos, primacía a los instrumentos normativos internacionales con relación a otros instrumentos normativos que se desarrollen localmente, incluido dentro de estos últimos el texto constitucional, como consecuencia de exigencias de cooperación, coordinación, armonización e integración internacionales entre otros aspectos, que resulta complejo negar y que a su vez previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos ante la comunidad internacional.

70 “Artículo 260. I. La denuncia de los tratados internacionales seguirá los procedimientos establecidos en el propio tratado internacional, las normas generales del derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley para su ratificación.

II. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la Presidenta o Presidente de Estado.

III. Los tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la Presidenta o Presidente del Estado”.

Por ello coincido con el profesor Zelada cuando al referirse a la posición jerárquica de las normas del derecho internacional en general frente a las normas de los ordenamientos jurídicos estatales o internos, en cuanto se refiere a la regulación de las relaciones internacionales, manifiesta que la práctica en el derecho internacional muestra una clara posición de preeminencia del orden internacional en relación o con referencia a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, encontrándose ejemplos de ello en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional y la Corte Permanente de Justicia Internacional, entre otras, siendo relevante el desarrollo resaltado por el citado profesor a nivel jurisprudencial⁷¹. También considero oportuno tener presentes las palabras del mismo profesor Zelada cuando sostiene que:

El derecho y la jurisprudencia internacionales que consagran la preeminencia del ordenamiento jurídico internacional sobre los ordenamientos jurídicos internos de los estados, lo hacen en el sentido de que la misma se aplica en el ámbito internacional. Por consiguiente, no se pronuncian sobre la jerarquía normativa en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos en razón de que la determinación de esta es un asunto reservado a la competencia de los sistemas jurídicos nacionales [...]. Tampoco el derecho y la jurisprudencia internacionales fijan reglas o se pronuncian sobre las condiciones de aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico de los estados, ni sobre los requisitos y procedimientos de adaptación del derecho nacional al Derecho Internacional. Estas materias corresponden, de igual manera, a la competencia de los órdenes jurídicos estatales⁷².

También resultan valiosas las palabras de Manili cuando, luego del análisis de las posturas dualistas, monistas y eclécticas y la recepción del Derecho internacional general por el Derecho interno en la práctica in-

71 Zelada Castedo, 1997: 13-97.

72 Ibid.

ternacional y constitucional, llega a diversas conclusiones de las cuales rescato la siguiente por ser aplicable al caso boliviano:

- a) [...] El derecho internacional consuetudinario se ha consagrado el principio de primacía sobre el derecho interno, apoyado sobre cuatro patas que constituyen las cuatro patas de una mesa que lo sustenta: i) Cada Estado recepta al derecho internacional del modo en que su normativa interna lo establezca, ya que aquél impone obligaciones *de resultado*, mientras que los medios para cumplirlas serán arbitrados por el derecho interno de cada uno⁷³; ii) Un Estado no puede invocar su derecho interno para incumplir una obligación internacional; iii) El derecho interno tiene la relevancia de un simple hecho

73 Esa forma, en el caso boliviano, viene dada por lo previsto en el artículo 255 donde se señala que:

“Artículo 255. I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo.

II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 1. Independencia e igualdad entre los estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos. 2. Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo. 3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación. 4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos. 5. Cooperación y solidaridad entre los estados y los pueblos. 6. Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado. 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva. 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente. 9. Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo. 10. Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos. 11. Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado”.

(continúa en la siguiente página)

para el derecho internacional; iv) Los estados deben adecuar su legislación interna para cumplir sus compromisos internacionales [...] ⁷⁴.

De lo manifestado no queda duda que la posición plasmada en el texto constitucional, en sentido de otorgar primacía al texto constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano con relación a los tratados internacionales, asignándoles en algunos de sus artículos un nivel legal y consecuentemente infra constitucional, debe contrastarse con un escenario mayor, altamente complejo, en el que son relevantes la influencia del principio *pacta sunt servanda*, la previsión del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ⁷⁵ y el artículo 103

También, lo previsto en el artículo 258 que precisa que “los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley” y el artículo 259: “Artículo 259. I Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado.

II El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado”.

74 Manili, *op. cit.*: 104.

75 “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”;

“46. Disposiciones sobre derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente por cualquier Estado que procede en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945)⁷⁶ entre otros.

En todo caso, asumiendo que es un debate cuyo desarrollo en el escenario local tomará algún tiempo y en el marco de los objetivos preestablecidos para el desarrollo del presente trabajo, sostengo que los tratados internacionales en general (bilaterales o multilaterales) tienen una jerarquía en el ordenamiento jurídico boliviano superior al de las leyes nacionales (supralegal), a los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena, originaria o campesina. Consecuentemente, cuando corresponde, los instrumentos normativos provenientes del derecho internacional en general operan directamente en lo que a contenido sustancial y procedimientos o formas a seguir se refiere de instrumentos normativos desarrollados localmente. Así, a manera de ejemplo, el tratado de paz firmado entre Bolivia y Brasil el 17 de noviembre de 1903, por el cual Bolivia cedió una superficie aproximada de 191.000 kilómetros cuadrados a cambio de diversas compensaciones o, el tratado de Roboré también suscrito con Brasil (que aborda temas de negocios de petróleo, comercio, cooperación económica y técnica, libre tránsito, límites, vínculos ferroviarios e intercambio fronterizo), no pueden ser ignorados al momento de elaborar y poner en vigencia leyes nacionales o la legislación departamental, municipal, indígena, originaria o campesina. El mismo razonamiento es aplicable en lo que a administración de justicia se refiere porque, en general, los jueces y tribunales y las autoridades indígenas, originarias y campesinas que administran justicia deben aplicar, cuando la materia indica que corresponde al caso concreto, ese tipo de instrumentos normativos internacionales⁷⁷.

76 “Artículo 103. En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

77 Ver Bazán, 2009: 639-687.

Finalmente corresponde resaltar que conforme a lo previsto en el artículo 255.II.4 del texto constitucional la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se rige, entre otros principios, por el de “Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios y campesinos”. Por lo tanto un instrumento normativo internacional del cual es parte el Estado boliviano (no denunciado, no renegociado o que se suscriba en el futuro) supone que, oportunamente, se han satisfecho las exigencias derivadas de ese y otros principio y que, consecuentemente, toda la administración pública (en sentido amplio) tienen el deber de aplicarlo sin que constituyan excepción a esa regla la generación normativa (legislativa o reglamentaria) o la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

En lo que corresponde a *los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos* es necesario desarrollar un análisis específico que permita identificar su ubicación jerárquica en el ordenamiento jurídico boliviano atendiendo al tratamiento diferenciado que recibe. Para ello, como primer paso, tomo las palabras de Carlos Ayala⁷⁸ cuando, luego de un minucioso análisis sobre el tema, precisa que son tratados internacionales de Derechos Humanos:

[...] *los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos*. Tal es el caso de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como el Sistema Interamericano (OEA). Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los dere-

78 Ayala Corao, *Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los tratados relativos a derechos humanos*, en www.internationaljusticeproject.org [n. a.: las cursivas son nuestras].

chos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

También, que la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su preámbulo que:

[...] Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, *en la dignidad y el valor de la persona humana* y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un más concepto amplio de libertad; [...]

Aproximación conceptual a partir de la cual corresponde resaltar que en el texto constitucional de 1967 (y sus reformas) no se diferenciaba expresamente a los instrumentos normativos internacionales en general de los de derechos humanos en particular, quedando ambos sujetos a un tratamiento y aplicación aparente igual, descrito precedentemente. Pero el Tribunal Constitucional boliviano que desarrollo sus actividades jurisdiccionales hasta el 2008 aplicando el texto constitucional de 1967 reformado en 1994, 2004 y 2005, a través de diversas sentencias constitucionales como la N° 95/2001 de 21 de diciembre de 2001, la N° 1662⁷⁹/2003, la N° 102/2003 de 4 de noviembre de 2003⁸⁰ o la N° 45/2006

79 “...realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda...”. Magistrada Relatora Dra. Martha Rojas Álvarez. (<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14197.html>).

80 “Que, conforme ha establecido este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico

del 2 de junio de 2006”⁸¹, precisó o, si se prefiere, puso en evidencia la existencia de un “bloque de constitucionalidad”⁸² en el ordenamiento

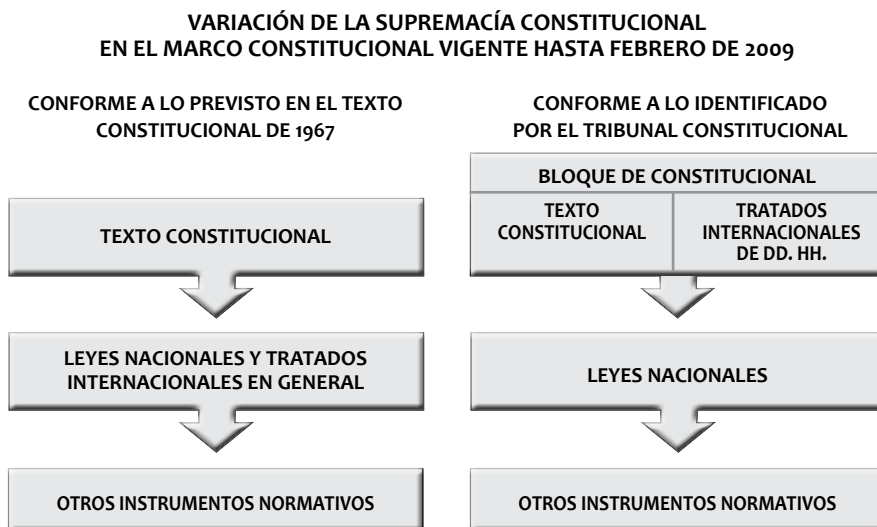
del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas; en ese marco se pasa a someter a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales esgrimidas con las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales invocados, como lesionados, por los solicitantes que se promueva el recurso”. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14197.html>, Magistrada Relatora Dra. Martha Rojas Álvarez.

- 81 “De la jurisdicción glosada, se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la constitución, los tratados y las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados; de lo expuesto queda claro que no todo tratado, declaración convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos referidos a los derechos humanos; dicha comprensión es posible, como lo explica la jurisprudencia glosada, por la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la CPE, ya que tal como la doctrina de otros países de la región concibe, solo es posible aceptar a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad, cuando existe una permisión expresa en la Constitución”. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14197.html>, Magistrada Relatora Dra. Silvia Salame Farjat. También las Sentencias Constitucionales N° 1662/2003 de 17 de noviembre de 2003; 1420/2004 de 6 de septiembre de 2004; 790/2006 de 15 de agosto de 2006; 1494/2003 de 22 de octubre de 2003 y 1662 de 17 de noviembre de 2003.
- 82 Pablo Luis Manilli aclara el concepto de bloque de constitucionalidad, analizando el caso argentino, señalando que: “se trata de una denominación creada en Francia a partir de una decisión adoptada por el Consejo Constitucional en 1970 y tomada luego por el Tribunal Constitucional Español en 1982, y por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en 1990. De allí, el término fue tomado e introducido en la doctrina nacional [refiriéndose a la argentina] por Bidart Campos en 1995 y luego seguida por diversos autores. En esos países se considera dentro de ese bloque a ciertas normas que están fuera de la constitución, pero que comparten con esta su posición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico. La diferencia aparece en el tipo de normas que incorporan al bloque: en esos tres países ingresan al bloque distintas normas de derecho interno, mientras que en Argentina ingresan al bloque ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir: esas normas no provienen de nuestro derecho, sino de una fuente exterior como es el derecho internacional” (*op. cit.*: 186-187.)

jurídico boliviano donde los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos ocupaban un nivel jerárquico que no era el de legalidad. Esa línea jurisprudencial se desarrolló a partir de lo previsto en el artículo 35 de ese texto constitucional donde se señalaba que:

Artículo 35. Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Significativo aporte para el fortalecimiento de los derechos humanos en Bolivia que puso en evidencia una jerarquía normativa en la que el nivel superior correspondía tanto al texto constitucional como a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. Con fines didácticos, la configuración jerárquica del ordenamiento jurídico boliviano a partir de esas Sentencias podría graficarse así:



Esa línea jurisprudencial influyó notablemente en el contenido final del texto constitucional vigente, no solo porque los tratados internacionales de derechos humanos tienen un tratamiento diferenciado del que reciben los tratados internacionales en general, sino porque también jugaron un particular rol durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente.

Factores que terminan por alertar sobre el riesgo de sacar conclusiones apresuradas en torno a su ubicación jerárquica ya que no basta, por ejemplo, sostener que la jerarquía normativa de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos es legal alegando que la ratificación de los tratados de esa materia se la realiza mediante ley o que integran el derecho internacional en general resultando aplicable únicamente lo previsto en el artículo 257.I antes citado. De igual forma la lectura aislada de éste artículo, como tengo explicado, no es determinante ni siquiera para los tratados internacionales en general y, pretender aplicarlo a los tratados internacionales de derechos humanos implicaría ignorar groseramente que el texto constitucional diferencia expresamente su tratamiento del correspondiente a los instrumentos normativos internacionales en general.

Tampoco pueden sacarse conclusiones acertadas aplicando un razonamiento similar al anterior a partir de descuartizar forzosamente lo previsto en el artículo 410 del texto constitucional en sus párrafos I (“Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”) y dos partes del párrafo II (“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa [...]” y “La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1.- Constitución Política del Estado. 2.- *Los tratados internacionales*. 3.- Las leyes nacionales [...]”).

Nuevamente se estaría frente a un grosero afán por negar el tratamiento diferenciado que le brinda el texto constitucional a los trata-

dos internacionales de derechos humanos con relación a los del derecho internacional en general pero, además, develando una suerte de absurda ceguera aun cuando se intente alegar, como respaldo adicional, lo previsto en los párrafos I y III del artículo 14 del texto constitucional en los que se señala, respectivamente, que: “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”, y, “El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”.

Erradas posiciones que derivarían, en el primer caso, en sostener una jerarquía legal y, en el segundo, infra constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos que podría ser graficado, a fines didácticos, de la siguiente forma:



No menos errado resulta sostener que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía constitucional, pese a que con ello se estaría reconociendo el tratamiento diferenciado que se le da en el texto constitucional a esos tratados con relación al que tienen los instrumentos normativos internacionales provenientes del derecho internacional en general a partir de tomar en cuenta únicamente lo previsto en:

- El párrafo IV del artículo 13 donde se señala que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. *Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*”; y,
- La segunda oración del párrafo II del artículo 410 en el que se señala: “*El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*”.

Ambos artículos permiten identificar con claridad que existe en Bolivia un bloque de constitucionalidad integrado por el texto constitucional de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados, de tal forma que todos esos instrumentos normativos gozarían de un igual nivel jerárquico al del texto constitucional tal como en su momento lo había establecido el Tribunal Constitucional boliviano. De ser así, vendrían aplicables las palabras de Manili cuando al analizar el caso argentino señala que:

Existen, por lo tanto, normas que están dentro y otras que están fuera de la constitución, pero todas ellas tienen la misma jerarquía normativa, y, en conjunto y armónicamente, sirven de parámetro para el control de constitucionalidad de las nor-

mas inferiores. Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se han incorporado al bloque permanecen afuera de la constitución, pero en el mismo rango jerárquico: no se incluyeron en la constitución misma, sino que en el bloque de constitucionalidad⁸³.

Escenario que podría graficarse de la siguiente forma:

BLOQUE DE CONSTITUCIONAL		
TEXTO CONSTITUCIONAL	TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO

Pero ese razonamiento no llega a revelar la verdadera jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano, porque se estaría ignorando lo previsto en el artículo 256 del texto constitucional vigente cuyo contenido es fundamental para este análisis. En él se señala que:

Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables.

Es decir, lo previsto en el párrafo IV del artículo 13, la segunda oración del párrafo II del artículo 410 y el artículo 256 del texto constitucional, determinan que los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos tienen un nivel jerárquico supra constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano. Por una parte, porque esos instrumentos son los que deben ser aplicados para interpretar el contenido

83 Manili, *op. cit.*: 337.

de los derechos y los deberes contenidos en el texto constitucional; y, por otra parte, porque su aplicación directa esta expresamente ordenada a través de un mandato imperativo que no reconoce ámbitos de excepción.

Corresponde alertar, además, que el contenido del bloque de constitucionalidad dista de ser uniforme en todas las legislaciones ya que incide, en alto grado, la forma y el sentido en el que termina configurado⁸⁴ y, por lo señalado, la particularidad que se da en el caso boliviano es la de tener incorporado en ese bloque a esos tratados con un carácter de aplicación preferente, ser fuente de su gestación y operar como base para interpretación de otros instrumentos normativos.

El énfasis que se hace en sentido de que solo los tratados internacionales de derechos humanos *ratificados* gozan de esa privilegiada posición en el ordenamiento jurídico boliviano no anula el hecho de que quede, como una exigencia interna, que no conlleva el hecho de que el Estado boliviano pueda negar o anular su deber de tomar en cuenta instituciones de gran trascendencia como el derecho consuetudinario⁸⁵ comprendiendo la práctica generalizada y la *opinio juris*, y el

84 Ejemplifican esta afirmación, entre otras, las Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos siguientes:

- Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 73; y,
- Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Excepciones preliminares, Serie C No. 13.

85 Ver Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2004: 67. En esta obra se sostiene:

“Dos elementos son imprescindibles para la formación de una norma de derecho consuetudinario, a saber: la práctica generalizada y la *opinio juris*. Si bien no existe una regla clara y categórica que permita determinar cuándo una práctica es generalizada, se reconocen algunas pautas. Por una parte, no es preciso que una norma sea aceptada unánimemente por la comunidad de naciones para adquirir obligatoriedad, y por otra, su aceptación por una simple mayoría

(continúa en la siguiente página)

*jus cogens*⁸⁶ en los que, valga la insistencia, queda en segundo plano si el Estado ratificó, o solo firmó o simplemente se adhirió a uno u otro tratado o instrumento normativo internacional de derechos humanos porque sin cumplirse ese procedimiento son varios los instrumentos normativos internacionales (v. gr.: tratados, convenios, declaraciones e incluso resoluciones⁸⁷) que llegan a integrar el bloque de constitucionalidad, incluso, aun cuando al momento de su elaboración carecían de carácter vinculante pero que lo adquirieron con el tiempo; ejemplo

no es suficiente. La representatividad de los Estados que aceptan una regla también es un factor importante, pues para formar parte del derecho internacional consuetudinario la norma debe recibir una acogida favorable, sino de parte de todos los países, al menos de países de todos los sistemas jurídicos y regiones geopolíticas”.

La aceptación de una regla en la práctica de un Estado puede manifestarse expresa o tácitamente, incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecte. En el ámbito de los derechos humanos, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un Estado ha violado una determinada norma, o lo invita a representarla, y el Estado no rechaza su obligatoriedad, éste acepta implícitamente la obligatoriedad de dicha norma. Asimismo, cada voto de un país a favor de una resolución o un informe que establece la violación de una norma perpetrada por algún país, o que invita a un país a respetar una determinada norma, también constituye un reconocimiento de la obligatoriedad de la misma. Hoy en día se reconoce que una norma puede adquirir obligatoriedad en un período de tiempo relativamente corto, quizás algunos pocos años, siempre que se compruebe su aceptación no solo en el plano retórico sino también en la práctica de los Estados”.

86 Sobre el tema la Corte Interamericana de Justicia ha sostenido:

“[...] En particular, es menester reconocer una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y sus obligaciones frente a otro Estado [...] Por su naturaleza las primeras interesan a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que trata, todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*.

En el derecho contemporáneo, tales obligaciones surgen de la prohibición de hechos de agresión y de genocidio, y también de los principios y las reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos corres-

(continúa en la siguiente página)

pondientes a protección forman parte del corpus del derecho internacional general; otros emanan de instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal.

Encontramos la definición de *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que señala:

53. Estos tratados están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Interamericana de Justicia ha señalado: “Los actos en cuestión no solamente deben constituir una práctica establecida, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. El Estado interesado debe sentir que cumple con lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente”, en CIJ asunto Plataforma del Mar del Norte, sentencia, ICJ Reports, 1969: 44, citado en E. Jiménez de Arechega, El derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1980: 30.

Ver Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004: 65-78. Carlos M. Ayala Corao, *Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos*, en www.internationaljusticeproject.org/

- 87 Ver “Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 18º Período de Sesiones, Documentos Oficiales del ECOSOC, 34 Período de Sesiones, Supl. Nº 8 (E/3616/Rev.1)” donde se señala: “La ‘declaración’ o ‘recomendación’ se aprueba mediante una resolución de un órgano de Naciones Unidas. Como tal no puede obligar a los Estados Miembros en la misma forma en que un tratado o convención puede obligar a las partes, simplemente por el hecho de que se emplee el término declaración en vez de recomendación. No obstante, puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los Miembros de la comunidad internacional habrán de respetarla. En consecuencia, en la medida en que esa esperanza se justifica gradualmente por la práctica de los Estados, la declaración puede llegar a ser reconocida, por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias de los Estados.

de ello es la Declaración Universal de Derechos Humanos emanada de la Organización de Naciones Unidas o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁸ emanada de la Organización de Estados Americanos, entre otras. Esa es una de las razones por las que vine empleando, a lo largo de las líneas precedentes, la denominación de instrumentos normativos internacionales y no solamente la de tratados o convenios internacionales.

También en esta línea de razonamiento se encuentra lo establecido, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al haber incorporado la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos”

5. En conclusión, puede decirse que en la práctica de las Naciones Unidas una declaración es un instrumento solemne que se utiliza solo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener la máxima observancia por parte del mayor número de Estados posibles”.

88 El texto emergente de la reunión de constituyentes del oficialismo en Oruro, en diciembre de 2007, sin la presencia de los Constituyentes de la oposición por las causas oportunamente anotadas, pretendía incorporar una previsión altamente nociva para el pueblo boliviano cuando señalaba como Disposición Transitoria Décima que: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. En el plazo de un año desde la elección de las nuevas autoridades, el Órgano Ejecutivo denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Sin embargo, con las modificaciones logradas por la oposición en el Congreso Nacional, se brindó un escenario de mayor certidumbre al haberse modificado esa redacción y quedar, como Disposición Transitoria Novena, que “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Esta precisión, por cierto, no altera lo manifestado con relación a los tratados internacionales de derechos humanos y su jerarquía porque, por encima de la cerrada posición del oficialismo a atribuir una jerarquía legal de los tratados internacionales en general, quienes integramos la oposición conseguimos la supra constitucionalidad expresa de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos.

a través de la Opinión Consultiva OC-16/1999⁸⁹ y, en el escenario local la Sentencia Constitucional 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004⁹⁰. Resalto, en este sentido, las palabras de Mathias Herdegen cuando sostiene que:

Las decisiones de las cortes de derechos humanos intervienen de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho nacional. Con fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que ciertas disposiciones constitucionales son violatorias de la Convención. Más aún, la Corte Interamericana ha declarado nulas sentencias de tribunales penales nacionales por violación a las normas del debido proceso y ha despojado ciertas leyes de su vigencia en el orden interno⁹¹.

O, pese a ser caótica y errática la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional del presidente Morales, en la Sentencia Constitucional N° 0008/2010 de 6 de abril de 2010 aplicó un instrumento normativo internacional que no fue ratificado por el país, señalando que:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento que forma parte del bloque de constitucionalidad, en su art. 8 establece el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo ante los tribunales competentes para resguardar sus derechos, criterio también recogido por el art. 25 de la

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 16, de fecha 1 de octubre de 1999 (OC –16/99), Serie A: Fallos y Opiniones. En esta se sostiene que “El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Cf. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004: 57 ss.

90 Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>

91 Herdegen, 2010: 71.

Convención Americana de Derechos Humanos. En el marco de estas declaraciones se determina que la acción de libertad reconocida por la constitución es un mecanismo breve y sumario destinado a resguardar tanto el derecho a la libertad como el derecho al debido proceso.

Por otra parte es importante precisar que el Estado no puede negar ni ignorar la incidencia de la *jurisprudencia* que se va generando en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos tal como lo dejó establecido el Tribunal Constitucional boliviano cuando bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 y sus reformas estableció, a través de la Sentencia Constitucional N° 0004/2003 de 20 de enero de 2003, a la que le siguieron otras, que aquella es vinculante para la jurisdicción interna; además de ser una referencia ineludible en el marco de la obligación estatal, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el suprimir obstáculos de derecho interno aun cuando no se fue parte del caso concreto del cual emerge.

Debo agregar y resaltar que como constituyente fui protagonista y testigo del desarrollo de todo el proceso de elaboración del texto constitucional hasta su ingreso en vigencia en febrero de 2009, por cierto, incluyendo el trabajo en la Asamblea Constituyente y las negociaciones desarrolladas en el Congreso Nacional; en todo momento y pese a la reticencia del oficialismo, terminó por ser incuestionable que la elaboración del texto constitucional debía ser consecuente con lo contenido en los más importantes instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, incluyendo por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos además de otros (declaraciones, tratados y resoluciones) de la Organización de Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos así como la jurisprudencia convencional.

El texto constitucional boliviano vigente, a diferencia del de 1967 reformado en 1994, no solo incorpora una cláusula constitucional de

apertura como era su artículo 35⁹² para impedir que se limiten las libertades y derechos de los seres humanos a los expresamente contenidos en éstos y que permita reconocer la existencia de otros como los contenidos en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos. La constitución vigente desarrolla con mayor detalle varios derechos; impide que pueda entenderse como limitativo el catálogo de derechos en ella contenidos cuando su artículo 13.II señala que “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”; y, en el segundo párrafo del artículo 13.III determina que “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. En términos sencillos, los derechos humanos se encuentran en la esencia misma del texto constitucional lo que deviene en obligación y deber de

los Órganos del Estado y de todo servidor público, de respetarlos y protegerlos porque los derechos contenidos en forma implícita, expresa o derivados son directamente exigibles, obligan y vinculan, y tienen aplicación directa y preferente salvo que en ese texto se encuentre alguno expresamente previsto cuyo contenido normativo resulte más favorables para el ser humano que al previsto en cualquier otro instrumento normativo internacional de derechos humanos, si se presenta algún nivel de duda, opera el principio *pro homine*.

Lo desarrollado hasta el momento resulta fundamental en el análisis de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, porque el reconocimiento de estas no solo se lo encuentra o limita a lo previsto en el texto constitucional sino que forma parte importante del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

92 “**Artículo 35.-** Las declaraciones, derechos garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciadas que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Consecuentemente, el deber estatal de respetar, proteger y promover los derechos de esos pueblos y de los seres humanos que los integran no es una concesión graciosa de los gobernantes de turno o de los de hace veinte, diez o cinco años atrás, ni lo es de los constituyentes o de quienes actualmente se desempeñan como servidores públicos; emerge de ser un compromiso con y ante la humanidad claramente reflejados a través de diversos instrumentos normativos donde la actuación del Estado boliviano fue, por cierto, consecuente, persistente y relevante⁹³ desde hace largo tiempo.

Estos instrumentos normativos internacionales son, al mismo tiempo, mínimos sustanciales a ser observados y barreras infranqueables para las actividades de generación normativa (constitucional, legislativa y reglamentaria), ejecutivas y de administración de justicia para las autoridades de cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y de cada uno de los pueblos campesinos sin margen para eludir o negar esa sujeción alegando, por ejemplo, que los derechos humanos colectivos anulan los individuales o cosas por el estilo. Así se lo aprecia en los puntos 2 y 3 del artículo 46 de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, por su importancia, lo transcribo:

Artículo 46.- 1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política

93 A manera de ejemplo resalto que la primera reunión de la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena de la Organización Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo creada en 1946, que daría lugar en el tiempo a que se lleguen a concretar el Convenio 107 y, en base a éste, el Convenio 169 de la OIT, se llevó a cabo en la ciudad de La Paz en 1951.

de Estados soberanos e independientes. 2. *En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.* 3. *Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.*

Sostengo, por ello, que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como los de conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales están contenidos en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos que gozan de un nivel jerárquico supra constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano.

Pero lamentablemente el nivel de instrumentalización de las legítimas demandas de esos pueblos termina por disminuir la eficacia y efectividad de los derechos de esos pueblos. Un ejemplo que respalda mi afirmación se lo encuentra en la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, denominada Ley del Órgano Judicial, donde el artículo 159 señala:

Artículo 159. (Naturaleza y fundamentación) I. La vigencia y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y de competencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se ejercen a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. *Se fundamenta en el carácter Plurinacional del Estado, en el derecho de las naciones y pueblos indígena originario cam-*

pesinos a su libre determinación, autonomía y autogobierno y en aquellos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el parágrafo II se plasma un demagógico discurso, contrario por cierto a lo previsto en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos y al propio texto constitucional, al sostenerse que: “[...] la vigencia y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y de competencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos [...] Se fundamenta en el carácter Plurinacional del Estado [...]”. Bueno sería comprender que las bolivianas y los bolivianos pueden mantener o modificar en su texto constitucional u optar por otra sin que ello derive en poder desconocer que esos pueblos gozan del derecho a la autodeterminación así como tienen reconocida la potestad de administrar justicia por encontrar su fundamento en elementos diferentes que son los que motivaron su acogimiento en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos cuya jerarquía, además, es superior a la del texto constitucional. Esa potestad, por cierto, se encontraba reconocida a esos pueblos en el texto constitucional de 1967 reformado en 1994 sin que en ese tiempo se hubiese adoptado la caracterización de Estado Plurinacional. Por lo tanto, condicionar de esa forma las potestades de generación normativa (en sentido amplio) y de administración de justicia de esos pueblos es, simplemente, desconocer su real dimensión y, reitero, parte de una demagogia apegada a un coyuntural discurso político-partidario que termina por condicionar, desvalorizar y subalternar los derechos de cada pueblo indígena, de cada pueblo originario y de cada pueblo campesino así como los de cada uno de los seres humanos que los integran⁹⁴. También apuntala lo manifestado el hecho de que la misma Ley y artículo 159 señala tardía y veladamente que esa

94 Iván Égido sostiene con acierto: “Aunque los movimientos indígenas en la región no surgieron precisamente con este ideal de pluralismo [en nota al pie precisa: Los movimientos indígenas surgieron, más bien, por la necesidad de

potestad, además del elemento señalado, se fundamenta “[...] en el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a su libre determinación, autonomía y autogobierno [...]”. Comentario adicional requiere tener en cuenta que la definición contenida en el artículo 30.I del texto constitucional de quién es ‘naciones y pueblos indígena originario campesinos’ dista de lo previsto en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT siendo éste último más amplio en cuanto a los sujetos que quedan comprendidos como tales.

Pero además se presenta otro error en el mismo artículo y párrafo de la citada ley porque introduce como fundamento para la vigencia y ejercicio de la potestad de administración de justicia de esos pueblos una lista cerrada de instrumentos normativos: “[...] aquellos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, negando la existencia de un conjunto mayor de instrumentos normativos internacionales de derechos humanos altamente relevantes para esos pueblos y para cada uno de los seres humanos que los integran y no solo en lo que a administración de justicia se refiere. La derivación es perversa porque al ignorarse el orden derivado de la jerarquía normati-

sobrevivir frente a las constantes violaciones a sus derechos fundamentales y su propia existencia. Donde además su condición étnica diferente a la dominante, profundizaba su vulnerabilidad, principalmente por su condición histórica de subalternidad y colonialidad], tuvieron la capacidad de avanzar pasando de un discurso eminentemente sectorial y particularista, hasta confluir en los debates sobre la reconfiguración de las estructuras de poder y de representación política. De esta manera, pasaron de ser una facción, a un movimiento con identidad política” (p. 259); y, posteriormente, en el marco de su análisis sobre el desarrollo normativo para la autonomía indígena, en lo que al marco constitucional se refiere, resalta que lo previsto en el párrafo IV del artículo 13 del texto constitucional señala: “Este apartado, reforzado con el artículo 256, es un avance fundamental en la articulación de la norma constitucional con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y favorece en mucho la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas que, en el debate internacional, gozan de una importante jurisprudencia” (p. 267).

va que caracteriza al ordenamiento jurídico boliviano desde febrero de 2009 y presentar una lista cerrada de instrumentos normativos internacionales de derechos humanos se restringen odiosamente derechos a esos pueblos, se conculcan otros a las mujeres y a los hombres que los integran y se limita a la incidencia de la jurisprudencia proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que favorece a esos sujetos. Téngase presente lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

6. Durante los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo [OIT] [se cita: Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991, de conformidad con su artículo 38.], de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [se cita: Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61° período de sesiones (13 de septiembre de 2007).], del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.⁹⁵

95 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales...*, op cit. (n. a.: las cursivas son nuestras).

Es, por lo tanto, una demagógica y errada concepción y redacción la contenida en el artículo 159 de la Ley N° 025 que, además, difiere sustancialmente con lo previsto en el párrafo I del artículo 21 de la Ley N° 073 de 29 de diciembre de 2010, denominada “Ley de Deslinde Jurisdiccional”, en el que se señala:

Artículo 21. (Marco constitucional).-I. 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.

II. La presente ley se fundamenta en la Constitución Política del Estado, la Ley N° 1257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley N° 3897 de 26 de junio de 2008, que eleva a rango de Ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y *demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables*.

Ya no es, como se puede apreciar, la caracterización del Estado como plurinacional la que fundamenta la potestad de administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Éste artículo se adecua, de mejor forma, a lo previsto en los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos aplicables en la materia.

Pero en el párrafo II del artículo 21 transcrito se genera un nuevo error toda vez que la Ley de Deslinde Jurisdiccional es requerida, únicamente, por el texto constitucional ya que la revisión de las leyes N° 1257 y N° 3897 pone en evidencia que no existe tal exigencia⁹⁶ como tampoco se la encuentra en la convención y declaración mencionadas.

96 La Ley N° 1257 cuenta con un solo artículo: “Artículo Único. De conformidad con el artículo 59°, atribución 12ª de la Constitución Política del Estado, se aprueba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo,

Igualmente delicado resulta ser que dicho artículo no incorpore a las normas del derecho comunitario aunque, en lo positivo, además del alejamiento de la errada visión de que lo plurinacional es el sustento del reconocimiento de los derechos de autonomía, del autogobierno, de la cultura, del reconocimiento de instituciones y de la consolidación de entidades territoriales de esos pueblos.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en la Ley N° 025, en la Ley N° 073 son dos leyes de ratificación (la N° 1257 y la N° 3897) las que se citan y no propiamente los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos pero, paradójicamente, abre el escenario a otros sin que requieran haber sido ratificados; así, señala: “[...] demás instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables [...]”.

No es casual ni accidental que se confunda el instrumento de ratificación local con el contenido del instrumento normativo internacional; es la expresión de una tramoya que tiene como fin alejarse del reconocimiento y del respeto a los derechos humanos a partir de apego a pintorescos, inconsistentes e incongruentes argumentos⁹⁷ en sentido de que los derechos colectivos priman sobre los derechos individuales⁹⁸,

realizada el 27 de junio de 1989” y, la Ley N° 3897 cuenta, también con un artículo que señala: “Artículo 1. Modifícase el Artículo Único de la Ley N° 3760 de 7 de noviembre de 2007, con el siguiente texto: ‘De conformidad al artículo 59, atribución 12ª de la Constitución Política del Estado, se elevan a rango de Ley los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 61º Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007’. Por cierto, la Ley N° 3760 señalaba: “Artículo Único.- De conformidad con el artículo 59, atribución 12ª, de la Constitución Política del Estado, se elevan a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, aprobada en la 62ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007”.

97 Como acertadamente advierte Jaume Saura Estapà al analizar la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural, “A menudo, el relativismo cultural lleva implícita un acusación a los países occidentales de actuar de manera imperialista, haciendo pasar por universal valores meramente propios.

donde el sujeto al que se debe proteger por encima de todo es el Estado o que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la expresión del capitalismo, del colonialismo y otras pintorescas expresiones de ese estilo. Por cierto, son planteamientos que se los expuso sin éxito por algunos actores oficialistas (y sus asesores españoles) en el ámbito de la Asamblea Constituyente y las negociaciones en el Congreso cuando se elaboraba el texto constitucional; hoy, en la Asamblea Legislativa Plurinacional, se retoman esos planteamientos con nuevo impulso.

Por otra parte resulta interesante observar que el texto constitucional vigente hace una constante referencia a que tanto la creación de normas (legislación y reglamentación) por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como la aplicación de estas en la administración de justicia por parte de sus autoridades, tienen como límites no solo al propio texto constitucional sino también a los tratados internacionales de derechos humanos, aquellos que, como lo resalté, los excluye.

Complejo tejido resultante de una variación en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano que motiva citar a título ejemplificativo y no limitativo algunos de los más relevantes instrumentos normativos internacionales que tienen un nivel jerárquico superior al del texto constitucional:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;⁹⁹

Lo cierto, sin embargo, es que la función de los derechos humanos ha sido capital para impedir la extensión de algunos ‘valores occidentales’ como por ejemplo el racismo, el sexismo, el antisemitismo, la colonización o la esclavitud. *Y también lo es que a menudo la verdad última de algunas reivindicaciones de relativismo cultural ha sido mantener prácticas o regímenes absolutamente incompatibles con cualquier noción de dignidad humana*” Saura Estapà: 132. (n. a. las cursivas son nuestras).

98 Ver Cabedo Mallol, 1998: 147, donde califica a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966 como expresiones de una ‘visión individualista’.

99 La cual descansa sobre el fundamento de igualdad entre todos los seres humanos y el de la no discriminación donde los pueblos indígenas “encuentran en la Declaración Universal un instrumento de defensa y de lucha, que pueden

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de Naciones Unidas que entró en vigor el 23 de marzo de 1976;
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Organización de Naciones Unidas¹⁰⁰.
- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobada por la Organización de Naciones Unidas, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977 y la Convención sobre la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes Internacionales;
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Naciones Unidas en 1998;
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial aprobada por la Organización de Naciones Unidas que entró en vigor en 1969 y fue precedida por la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas

enarbolar el hacer patentes sus demandas y reivindicaciones frente a los Estados que han sido cómplices por comisión u omisión de las violaciones a sus derechos humanos” (Stavenhagen, *op. cit.*: 125); Cabe resaltar que antes de llegar a esa conclusión recuerda que “La DU pretende romper con la visión jerárquica y excluyente de las sociedades humanas y proclama *ubi et orbi* que todos los seres humanos son iguales y tienen los mismos derechos, los cuales, los Estados —cualquiera que sea su régimen político o ideológico— están obligados a respetar. Se reconoció, sin embargo, que esto era mas una aspiración a futuro que una realidad existente, ya que hace medio siglo en muchas partes no se respetaban esos derechos, como no se respetan universalmente en la actualidad. En la lucha por sus derechos humanos los pueblos indígenas, como todos los demás pueblos del mundo, pueden apelar a la DU, aunque en algunos países todavía son sujetos de estatutos especiales en los que se les trata como menores de edad y no como ciudadanos plenos” (*Ibid.*:124).

¹⁰⁰ Acudiendo nuevamente a Stavenhagen, éste como el anterior Pacto “prohíben la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento. Por consiguiente, los indígenas que son víctimas de actos discriminatorios encuentran en los pactos elementos para su reivindicación, siempre y cuando estos actos sean imputables a una autoridad gubernamental y no meramente hechos particulares” (*Ibid.*:126-127).

la formas de discriminación racial del 20 de noviembre de 1962; instrumentos en los que resulta inequívoca la condena a las prácticas de discriminación por motivos raciales donde a partir del artículo 14 de la Convención se creó y fue ganando presencia el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con competencia reconocida para casos individuales y grupales alcanzando sus informes un nivel de presencia que puede ser equiparado al que tiene la jurisprudencia de un tribunal internacional.

- La Declaración de los Derechos de los Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas aprobada por la Organización de Naciones Unidas;
- La Declaración sobre los Derechos del niño y la Convención sobre los Derechos de la Niñez de la Organización de Naciones Unidas;
- La Convención sobre la Diversidad Biológica de la Organización de Naciones Unidas;
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979;
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969;
- El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996 (Protocolo de San Salvador), aprobado por la Organización de Estados Americanos;
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la Organización de Estados Americanos;
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, realizada el 27 de junio de 1989; y,
- La Carta Democrática Interamericana.

A estos instrumentos normativos internacionales se suman otros cuya enumeración reservo para otro momento, pero cabe insistir en que la jurisprudencia emanada desde diversos órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional entre otros ámbitos de administración de justicia y órganos específicamente creados para velar por la vigencia y supervisar el cumplimiento de obligaciones estatales sobre derechos humanos¹⁰¹. Son, por tanto, elementos que operan como fuente y fundamento para el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico boliviano tanto en lo que corresponde a las normas de la justicia ordinaria como de la justicia indígena, de la originaria y de la campesina¹⁰².

Sostengo firmemente que si los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos (incluyendo tratados y declaraciones entre otros), la jurisprudencia emergente de entes como la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otras, las opiniones de los diversos Comités de la Organización de las Naciones Unidas y la práctica internacional fueron tomadas en cuenta como referente fundamental para los contenidos del texto constitucional, resultaría un absurdo y carente de toda lógica que en cualquier nivel de gobierno (nacional, departamental, municipal o indígena, originario o campesino) los servidores públicos competentes para ejercer potestad legislativa, ejecutiva o de administración de justicia opten por ignorar esas fuentes y funda-

101 Como señala Aguilar Cavallo, 2010: 73) “Hoy en día, siete tratados internacionales de derechos humanos que tienen órganos de control (comités) han entrado en vigor y regulan un amplio espectro de derechos humanos, saber, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, la discriminación racial, la tortura, la discriminación contra la mujer, los derechos del niño y los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. A pesar de la falta de referencia a los indígenas en estos instrumentos convencionales, la mayoría de los órganos de vigilancia de estos tratados han abordado la cuestión indígena en el desarrollo de su mandato respectivo, lo que ha permitido determinar el contenido de una serie de derechos indígenas y su alcance en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

102 Giralдино, 2006: 679-720.

mentos al desarrollar instrumentos normativos (v. gr.: leyes y reglamentos), ejercitar tareas ejecutivas o al administrar justicia.

En síntesis, Bolivia se caracteriza ahora por la presencia de una jerarquía normativa en la que los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos gozan de primacía con relación al texto constitucional.

Pero esa jerarquía normativa exige especial comentario el tenerse incorporado, en el “Bloque de Constitucionalidad”, a *las normas del derecho comunitario* tal como lo expresa el artículo 410 del texto constitucional.

Por ello, como constituyente, dejo constancia de que tanto en la Asamblea Constituyente como en el Congreso Nacional nunca se cuestionó el hecho de Bolivia debía caracterizarse por mantener firme su vocación de integración, vale decir, respetar y tomar en cuenta *el contenido normativo de los instrumentos normativos del derecho comunitario* y la jurisprudencia que se gesta en los órganos que administran justicia en ese ámbito supranacional, al mismo tiempo, de no afectar las normas supranacionales comunitarias. En otras palabras, el texto constitucional vigente también encontró como fuente y fundamento para su elaboración el contenido de esos instrumentos normativos (a regañadientes de los oficialistas) a partir de un abierto respeto que traía como derivación el evitar que estos sean contradichos en la redacción del que vendría a ser el texto constitucional boliviano.

Escenario en el que la diferencia entre derecho comunitario originario y el derivado viene a atenuarse, especialmente, cuando no se tienen previstos con relación a los segundos exigencias de previa ratificación legislativa o mecanismos similares específicos para su aplicación o ingreso en vigencia. Consecuentemente, las normas de derecho comunitario originario o derivado son, en términos generales, de cumplimiento directo por parte de los Estados miembros lo que para el caso boliviano deriva en que esos instrumentos normativos gocen de una jerarquía supra constitucional en tanto más beneficiosa para la libertad y la dignidad del ser humano, salvo disposición expresa en sentido contrario contenida en aquellos.

Por lo tanto toda persona que integre cualquiera de los órganos de poder público bolivianos en el que se ejerza potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria) tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario, en el marco de su competencia y atribuciones, especialmente en aquello que versa sobre derechos humanos, salvo, y esta es la variante más importante, que el texto constitucional boliviano resulte más favorable a los derechos humanos.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Andino de Justicia, por ejemplo, es amplia sobre el tema y vienen a ser oportunas las palabras de Garrón cuando, en torno al “principio de primacía del derecho comunitario”, señala que: “En el caso de la CAN, el TJC reforzó este principio a través de la S. *Volvo* N° 1-IP-87, al indicar que ‘el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista’, asimismo, a través de la S. *Stauffer Chemical Company* No. 1-IP-88, se consolidó el efecto directo de la normativa comunitaria andina”^{103,104}.

Esa exigencia de aplicación directa es aun más intensa para quienes administran justicia ya que si en el caso concreto deviene aplicable el contenido de un instrumento normativo de derecho comunitario, la autoridad jurisdiccional local actuará por regla general como juez comunitario. Criterios que son, insisto, plenamente aplicables en el marco de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

De la Comunidad Andina, de la cual Bolivia es país miembro, resalto la atención que se le brindó a los contenidos normativos de la Carta Andina de Derechos Humanos (o, con mayor propiedad, Carta Andina

103 Garrón Bozo, *op. cit.*: 32.

104 Un ejemplo de cómo se desconocen las normas del Derecho Comunitario en el escenario local desconociendo el contenido constitucional, se puede apreciar en la Resolución de Recurso Jerárquico STG-RJ/0009/2007, de 5 de enero de 2007, que se puede obtener de la página web: www.ait.gob.bo

para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, dada y firmada en Guayaquil el 26 de julio de 2002) de la cual son muy importantes varios de sus artículos (especialmente desde el artículo 32 al 41)¹⁰⁵ para el análisis del tema central que se aborda en este documento; los derechos reconocidos a los pueblos indígenas no pueden ser restringidos o suprimidos en los países miembros de la CAN a título de no condecir con su legislación interna (incluidos sus textos constitucionales).

105 *Artículo 32.* Afirman que los Países Miembros de la Comunidad Andina son multiétnicos y pluriculturales. “La diversidad de sus sociedades es uno de sus fundamentos, riqueza y características básicas; en consecuencia, reafirman el derecho de todos los pueblos y comunidades de los países andinos a la preservación y desarrollo de sus identidades propias y a la consolidación de la unidad nacional de cada país sobre la base de la diversidad de sus sociedades”.

Artículo 33. Se comprometen de manera especial a promover programas a favor de la interculturalidad, entendida esta como la preservación y desarrollo de las identidades ancestrales de pueblos indígenas y comunidades de afro descendientes a través del fomento de espacios sociales para el contacto, el diálogo y la interacción entre tales pueblos y comunidades y el resto de las sociedades de los países andinos, sobre la base de la reafirmación y vigencia de sus propias identidades y culturas.

Artículo 34. Adoptarán medidas efectivas para que los sistemas educativos, en todos sus niveles y modalidades, reflejen los valores propios de la diversidad cultural y étnica de los países andinos e incorporen en los programas de estudio contenidos y prácticas que fomenten una actitud de respeto a la diversidad y alienten los propósitos de la interculturalidad.

Artículo 35. Alentarán que los sistemas educativos difundan la interculturalidad a través del desarrollo de programas específicos para los pueblos indígenas -como por medio de la educación intercultural bilingüe- y que promuevan el establecimiento de programas de estudio sobre las culturas indígenas y afro descendientes.

Artículo 36. Reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y los de las comunidades de afro descendientes, en particular el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (número 169) de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo 37. Reconocen que los pueblos indígenas y comunidades de afro descendientes, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciu-

(continúa en la siguiente página)

dadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la preservación de su identidad y su desarrollo futuro.

Artículo 38. Reconocen, igualmente, que los pueblos indígenas y comunidades de afro descendientes, dentro del marco de las legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos, tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la propiedad y posesión de las tierras o territorios que tradicionalmente ocupan; a no ser desplazados de ellos y a retornar en caso de serlo; a conservar sus propias formas de organización social, ejercicio de la autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible; y a la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y al ejercicio de sus prácticas tradicionales.

Artículo 39. Reconocen, asimismo, el derecho de los pueblos indígenas y comunidades de afro descendientes, dentro del marco de los ordenamientos constitucionales y legislaciones nacionales y de la normativa internacional sobre derechos humanos, a conservar y promover sus prácticas tradicionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; a participar en el uso, administración y usufructo sostenibles de los recursos naturales que se ubican en sus tierras o territorios; a ser consultados en las decisiones que se tomen sobre la explotación de los recursos naturales no renovables que se hallan en sus tierras o territorios y sobre toda actividad que afecte al medio ambiente y formas de vida; de aquellos a participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten actividades de manejo de recursos naturales en sus tierras y territorios; a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades; a ser consultados y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo que les concierna; y a formular sus propios planes de desarrollo sostenible y gestionar de los Estados los recursos para su financiamiento y la cooperación internacional.

Artículo 40. Se comprometen con la adopción de la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas que se encuentra en preparación en el marco de las Naciones Unidas y de la Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se encuentra en proceso de elaboración en la OEA, y expresan su respaldo a la gestión del Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de la ONU.

Artículo 41. Recordando que la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (Durban, Sudáfrica, 2001) señaló que los pueblos indígenas y comunidades de afro descendientes han sido víctimas de discriminación, esclavitud y pobreza, expresan su compromiso de diseñar, promover y aplicar en el plano nacional, regional e internacional estrategias, programas y políticas para fomentar un desarrollo social equitativo y el ejercicio pleno de sus derechos humanos.

Lamentablemente el accionar del Tribunal Constitucional del presidente Morales asumió diversos criterios en torno a la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, según sus miembros, al amparo del texto constitucional, la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010 y la Ley N° 003 de 13 de febrero de 2010 denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público.

A manera de ejemplo la Sentencia Constitucional N° 0001/2010 de 25 de marzo de 2010 señalaba que *“Las disposiciones de la Constitución Política del Estado, al ser la norma fundamental y fundamentadora de un Estado, son vinculantes para la conformación del sistema jurídico del país; en consecuencia, todas las normas inferiores deben adecuarse a lo prescrito por ella [...]”*, base sobre la que se alega: *“De acuerdo a las consideraciones efectuadas, y conforme al mandato consagrado por el art. 410 de la CPE, al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, toda actuación de este Tribunal, a objeto de cumplir el mandato constitucional y las funciones establecidas en los arts. 1 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) y 4 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, debe ser acorde al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. El referido entendimiento está acorde a lo previsto por el art. 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, que dispone que en la labor de resolución y liquidación de causas ingresadas hasta el 6 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la primacía de la Constitución Política del Estado vigente.*

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, y conforme al mandato consagrado por el art. 410 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, toda actuación de este

Tribunal a objeto de cumplir el mandato constitucional y las funciones establecidas por los arts. 1 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) y 4 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, *debe ser acorde al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. El referido entendimiento está acorde a lo previsto por el art. 6 de la Ley 003, que dispone que en la labor de resolución y liquidación de causas ingresadas hasta el 6 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la primacía de la Constitución Política del Estado vigente.*

Así se identificó al artículo 410 como aquél que consagraba la supremacía constitucional aunque, a vuelta de hoja como comúnmente se dice, esbozaba el reconocimiento de la existencia de un bloque de constitucionalidad del cual excluye a las normas del derecho comunitario... ¿ni las menciona! Y así, negaba a los pueblos indígenas, originarios y campesinos los derechos contenidos en ese tipo de instrumentos normativos supranacionales.

Pero por otra parte el mismo Tribunal, esta vez en la Sentencia Constitucional N° 0004/2010 de 6 de abril de 2010, varía su posición y señaló que:

[...] considerando que existen causas pendientes de resolución, las mismas que fueron iniciadas con la Constitución abrogada y que deberán ser resueltas al abrigo del nuevo orden constitucional vigente y en el marco de los lineamientos normativos establecidos en los arts. 4 y 6 de la Ley 003, utilizando un criterio de interpretación ‘integrador’ de todo el sistema jurídico, es necesario aplicar en este proceso de transición constitucional, *la doctrina del “bloque de constitucionalidad”, conformado como unidad sistémica por tres compartimentos*

conexos entre sí: La Constitución vigente, los tratados internacionales referentes a derechos humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante SC 1662/2003-R de 17 de noviembre, estableció los alcances del bloque de constitucionalidad, incorporando al rango constitucional a todos los Tratados Internacionales ratificados por Bolivia que versen sobre derechos humanos. *Esta jurisprudencia, desde la concepción del nuevo modelo constitucional vigente necesita ser ampliada integrando también en el último compartimento a los principios y valores de rango constitucional.*

La aplicación del bloque de constitucionalidad a este régimen de transición constitucional, hace que el sistema jurídico se armonice y que las causas iniciadas con el régimen anterior sean resueltas bajo el régimen actual sin vulnerar el principio de irretroactividad, ya que el efecto de irradiación de la Constitución hace que esta se aplique a situaciones pendientes de resolución, además, *los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, estuvieron en plena vigencia en el momento de iniciarse las causas pendientes de resolución y siguen vigentes en la etapa de transición constitucional, tópico que refuerza la legitimidad de esta doctrina, asimismo, en caso de existir aspectos más beneficiosos reconocidos por la Constitución abrogada, utilizando el criterio de interpretación de ‘favorabilidad para los derechos humanos’, sin que estos signifiquen contradicción con el nuevo orden, podrán ser introducidos al bloque de constitucionalidad como valores y reglas constitucionales, aplicables a casos concretos.*

En consecuencia, en la especie, *corresponde aplicar el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional en caso de ser necesario, de acuerdo a los criterios de interpretación constitucional pertinentes.*

Nuevamente se aprecia como erradamente limitó su análisis a un artículo del texto constitucional, el 410, para afirmar que en Bolivia impera la supremacía constitucional sin tomar en cuenta a los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos ni a las normas del derecho comunitario. Pero lo pintoresco es que el fundamento esgrimido para hacerlo, en esa sentencia, fue que así se lo determinaba una Ley N° 003, a la cual se sometían y en la que encontraban el sustento para no sentirse obligados a dar cumplimiento a lo previsto en el texto constitucional. ¡Sip!, tal como se lee, resultaba ser una ley la que se aplicaba por encima de lo previsto en el texto constitucional y, también, para restar importancia y vigencia a los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos y a las normas del derecho comunitario, paradójico, pero cierto¹⁰⁶.

Pero, si algo podía rescatarse de la posición asumida por ese Tribunal era que reconocieron (ya sea por confusión u oportuno error en la redacción) que *los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional preceden en su aplicación a lo previsto en el texto constitucional* al cual, como señalé, le sirvieron de fuente y fundamento.

Tan errática fue la actuación de ese Tribunal que, a través de la Sentencia Constitucional 0110/20120-R sostuvo que:

“...se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por

106 La ley N° 003 del 13 Febrero 2010, denominada “Ley de necesidad de transición a los nuevos entes del Órgano Judicial y Ministerio Público”, señala: “Artículo 6. (Primacía de la Constitución y vigencia de leyes). Las competencias y funciones de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Constitucional, del Consejo de la Judicatura, del Tribunal Agrario Nacional y del Ministerio Público se regirán por la Constitución Política del Estado y por las leyes respectivas hasta que entren en vigencia las leyes a las que hace referencia la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política del Estado”. Por cierto, la Disposición Transitoria Segunda no se refiere a temas de jerarquía normativa o de exclusión de contenidos normativos.

debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno...”.

Con sus imperfecciones, ésta Sentencia se distanció de las que había emitido antes, pero sin abandonar la miope del texto constitucional al reducir su análisis a los contenidos del artículo 410 del texto constitucional.

En todo caso, resulta comprensible esa variación que termina por adecuar criterios a casos dado que la designación de personas por el Presidente del Ejecutivo para que integren el Tribunal Constitucional, o aquellos con abierto apego y agradecimiento al partido oficialista que los impulsó para acceder a esas funciones, termina incidiendo en su posición frente a leyes nacionales, decretos supremos u otros instrumentos normativos impulsados desde el Ejecutivo que pese a ser abiertamente contrarios al texto constitucional y a los contenidos de instrumentos normativos internacionales de derechos humanos (v. gr.: declaraciones y tratados) así como a la jurisprudencia convencional terminan validados. Veladamente se termina restringiendo el ejercicio de derechos humanos a las bolivianas y a los bolivianos, incluidos los pueblos indígenas, originarios y campesinos a través de la negación de la integración de las normas del derecho comunitario al bloque de constitucionalidad. Corresponde, por tanto, preguntarse: ¿Tiene algún sustento afirmar que un juez actuó correctamente aplicando lo contenido en el texto constitucional o en una ley cuando hacerlo genera una abierta violación de derechos humanos? O, en otros términos, ¿Puede justificarse la violación de derechos humanos bajo el argumento de que se ello es irrelevante porque lo importante es dar preferente aplicación a lo contenido en un instrumento normativo boliviano antes que a un instru-

mento normativo internacional o comunitario de derechos humanos? Claramente, no¹⁰⁷.

107 POST SCRIPTUM: Durante el tiempo que demoró la impresión de éste documento, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012, en la que luego de desarrollar un análisis similar al descrito y citando varias de las Sentencias Constitucionales que cité, adopta un criterio apegado a mi planteamiento. Resalto, de esa Sentencia una de sus partes, particularmente importante ya que frente a las diversas posiciones sobre el tema que describe de forma cercana a la que realizo en éste documento, concluye:

“En todo caso el juez o tribunal, incluido claro está este Tribunal, debe elegir entre el estándar normativo o jurisprudencial más alto, así el art. 256 de la CPE, establece que: [...]

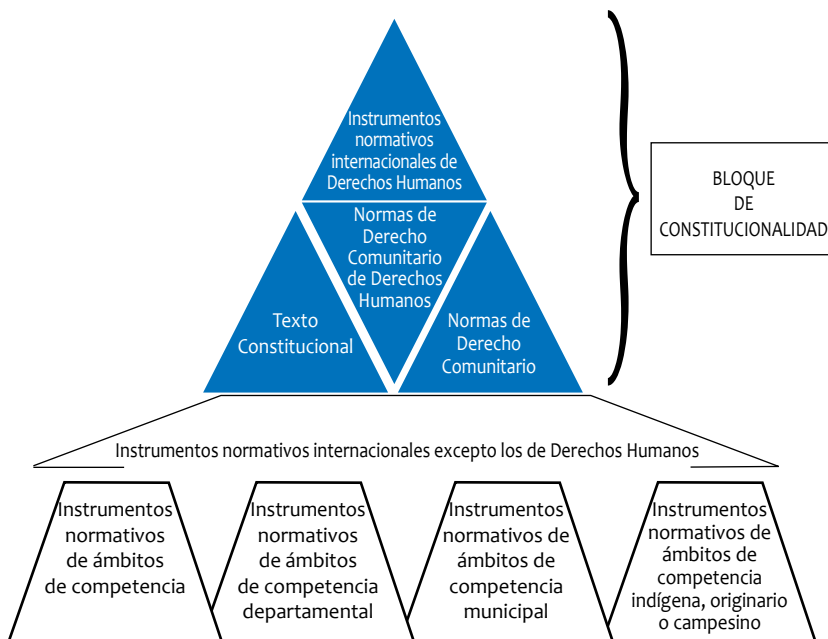
En sentido de la justicia interna, el actual Derecho Constitucional boliviano, incluye como derecho al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (con mucho sentido ius naturalista), al Derecho de la Paz y por tanto Derecho Humanitario, el Derecho de Integración (Comunitario) y otros como parte de las comprensiones y sentidos del Derecho Constitucional boliviano. También incorpora a los Tratados Internacionales, como fuente subsidiaria, sea que a veces se los asuma como leyes (de sentido positivo) o en otras ocasiones como tratados-fuente del derecho interno, según la jerarquía enunciada en el art. 410 de la CPE.

Por otra parte, cabe señalar que la jurisprudencia de Cortes internacionales, emergentes de Convenios o Pactos Internacionales suscritos por el Estado boliviano, toman fuerza dentro del ordenamiento jurídico interno, a través del reconocimiento del bloque de constitucionalidad, preceptuado en el referido art. 410.II del texto constitucional, así, la existencia de Tribunales Internacionales de Justicia en el sentido técnico del término, ha sido un ideal largamente acariciado por muchos internacionalistas que han podido alcanzar su cúspide en el progreso -del Derecho de Gentes. En particular, los publicistas ingleses han sido los más ardientes partidarios de esta concepción.

Los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia adquieren derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental del Derecho Internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto al haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En referencia a los Tribunales y Cortes Internacionales de los cuales forma parte Bolivia, podemos señalar que el Estado Plurinacional de Bolivia es parte de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Penal Internacional, la Corte Per-

Pero independientemente de la crítica a los coyunturales integrantes del Tribunal Constitucional Plurinacional, sostengo que las implicancias de la estructura jerárquica normativa que caracteriza al ordenamiento jurídico boliviano tal como lo tengo identificado y fundamentado, incide en el desarrollo de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos tanto en lo que a fuente de reconocimiento de sus derechos se refiere como a los límites de su accionar cotidiano. Podría, por tanto, con fines estrictamente pedagógicos, graficarse la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano de la siguiente forma



manente de Arbitraje Internacional de la Haya, y en el Ámbito comunitario del Tribunal Andino de Justicia, por tiempo determinado.

Un ejemplo claro de las instituciones o Cortes Internacionales a las cuales el Estado Boliviano se suscribió y por consiguiente adquirió derechos y obligaciones, es con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos fallos tienen

(continúa en la siguiente página)

En síntesis, de lo manifestado hasta el momento se tiene que el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y cada uno de los pueblos campesinos bolivianos encuentran su reconocimiento en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos cuya jerarquía en el ordenamiento jurídico es supra constitucional, convirtiéndose de esa forma en fuente y fundamento para el desarrollo del ordenamiento jurídico considerado en su integridad con igual intensidad en la que estos operan como límites y barreras para su ejercicio. Con igual nivel de incidencia, operan las normas de derecho comunitario a partir de la presencia del principio de primacía del derecho comunitario, especialmente de aquellas que versan sobre derechos humanos.

De igual forma, ningún ser humano, pertenezca o no a un pueblo indígena, originario o campesino, puede verse privado de los derechos humanos que se encuentran reconocidos en esos instrumentos internacionales o en el derecho comunitario.

También, que es evidente que el texto constitucional no diferencia si las normas del derecho comunitario versan sobre derechos humanos o no, porque conforme a lo previsto en el citado artículo 410 pasan a integrar directamente el bloque de constitucionalidad. Algo particularmente complejo cuando se toma en cuenta que esas normas del Derecho Comunitario versan sobre diversos temas como los de integración aduanera, comercio exterior, medio ambiente o recursos naturales que, en tanto parte del citado bloque, condiciona directamente el ejer-

un carácter vinculante, así lo señaló la SC 0430/2005-R de 27 de abril, al indicar que la: "... Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que 'toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial'". (<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resoluciontcp125150.html>. Magistrada Relatora: Soraida Rosario Cháñez Shine.

cicio de las potestades de autodeterminación de los pueblos indígenas, en un sentido contrario al de, por ejemplo, la obligación del derecho a la consulta que tienen estos pueblos en temas de esa naturaleza no porque el texto constitucional lo prevea, sino porque esa es una obligación del Estado a partir de lo previsto, por ejemplo, en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano deriva en que los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos y, al menos, las normas del Derecho Comunitario de Derechos Humanos gocen de un nivel supra constitucional; que los instrumentos normativos internacionales, sean bilaterales o multilaterales, se encuentren ubicados en un nivel inmediato inferior al del texto constitucional pero superior al de cualquier otro instrumento normativo y que el texto constitucional se encuentra jerárquicamente ubicado en un nivel superior al de otros instrumentos normativos que se gesten en el Estado en cualquiera de sus niveles de gobierno. Criterio que no se ve alterado, por cierto, por lo previsto en la Disposición Transitoria Novena que señala: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Por una parte, porque como tengo precisado, la normativa internacional de derechos humanos operó como fuente del texto constitucional vigente y, por otra, porque los procedimientos de denuncia o renegociación de esos instrumentos no derivan en que estos dejen de tener vigencia o aplicación en tanto ese procedimiento no concluyan ni puede atribuirse efectos retroactivos a la culminación de las mismas. Adicionalmente debe tomarse en cuenta que esta disposición transitoria del texto constitucional no incluye al derecho comunitario, lo cual reafirma mi posición en torno al tema.

Adicionalmente cabe tener en mente que negar la supremacía de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos con

relación al texto constitucional vigente implica anular perversamente el deber del Estado boliviano de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos a sus habitantes en general y, en particular, los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos consagrados en aquellos instrumentos normativos internacionales y supranacionales así como de la obligación de ofrecer formas de reparación cuando estos han sido violados.

Así como el Estado boliviano no puede negar el cumplimiento de los compromisos asumidos, por ejemplo, ante la Organización de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o la Comunidad Andina sin que ello importe diversas consecuencias negativas, tampoco puede hacerlo ningún boliviano o boliviana en su individualidad o como parte de un colectivo determinado o el colectivo en si mismo incluidos los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

4. Ubicación jerárquica de otros instrumentos normativos locales en el ordenamiento jurídico boliviano

A partir de la descripción de la jerarquía que tienen reconocida, en el ordenamiento jurídico boliviano, los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, los del derecho comunitario, el texto constitucional y los tratados internacionales en general, corresponde abordar el análisis de otros instrumentos normativos locales que lo integran y se ubican en niveles inferiores lo que no implica que tengan menor importancia.

Para ello, tomo como base el orden previsto en el numeral tercero del segundo párrafo del artículo 410 del texto constitucional vigente, donde se precisa que a los anteriores instrumentos normativos les siguen, en un nivel inmediato inferior y conforme a un régimen de competencias constitucionalmente previstas, los siguientes: “3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena”.

4.1 Las leyes nacionales

Inicio el análisis de la ubicación jerárquica de las denominadas ‘leyes nacionales’ con las palabras de Rodríguez-Zapata cuando sostiene que:

La supremacía de la Constitución ha relegado la ley a un segundo plano. La aparición de una *forma constitucional* ha colocado a la Constitución en un escalón superior a la Ley y a las demás fuentes tradicionales. La Constitución especifica, especializa y acota el terreno de todas las fuentes del Derecho, debilitando así la posición de supremacía que antes poseía¹⁰⁸.

Palabras que requieren dos aclaraciones en el contexto boliviano; la primera, vinculada a la variación que tengo expuesta en torno a la ubicación jerárquica del texto constitucional en el ordenamiento jurídico; y, la segunda, emergente de períodos históricos en los que las leyes primaron sobre los textos constitucionales y otros instrumentos normativos bajo el apego a los postulados del pensamiento que inspiró las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, tal como lo precisa Blanco Valdés¹⁰⁹ y otros en los que gobiernos autoritarios que habían accedido al poder por vías democráticas terminaron por anular el efectivo e independiente trabajo del Órgano Legislativo de tal forma que la única voluntad imperante era la del Presidente del Ejecutivo, tal como acontece en la actualidad, generando que las leyes y los textos constitucionales se vean desplazados a niveles jerárquicos inferiores por la primacía de Decretos Supremos. Ese mismo fenómeno se lo experimentó cuando se instalaron gobiernos que, usurpando el poder (v. gr.: golpes de estado o cuartelazos), gobernaron en base a los denominados Decretos Leyes ante la anulación o sometimiento del Legislativo a la voluntad del coyuntural gobernante y relegando al olvido lo contenido en el texto constitucional vigente en ese tiempo.

108 Rodríguez Zapata, *op. cit.*: 132 (n. a: las cursivas son nuestras).

109 Ver Blanco Valdés, 1998: 272.

Cada uno de esos escenarios se presentó quebrando a otro, en diverso tiempo y de diversa forma, dejando huella de sus expresiones normativas por largos períodos, incluso por varias décadas.

Durante la segunda mitad del siglo pasado los aportes doctrinales, el contenido normativo positivo de los textos constitucionales bolivianos y la jurisprudencia nacional ayudaron notablemente a la revalorización del texto constitucional como tengo explicado, a partir de reconocerle a éste una privilegiada ubicación jerárquica en el ordenamiento jurídico local, superior al de las leyes y al de los decretos, que venían operando como fuente y fundamento del desarrollo del resto del ordenamiento y superando las visiones y planteamientos de una ya vieja concepción de que eran estas últimas las que reflejaban la máxima expresión de la soberanía popular al emerger de la máxima instancia legislativa nacional.

Pero son esos mismos antecedentes los que determinan la necesidad de atenuar el énfasis que Rodríguez-Zapata reconoce a los textos constitucionales, porque si bien este tipo de instrumentos tienen reconocido un protagonismo descollante con relación a otros en los ordenamientos jurídicos locales y su contenido goza de la condición de ser norma de aplicación directa, no es menos evidente que las leyes son instrumentos valiosos para el funcionamiento de un sistema democrático. Más aun cuando se está ante un texto constitucional como el vigente en Bolivia donde, además de varias antinomias, se puede identificar un número considerable de cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación que es un elemento por el cual, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes considera que:

[...] la ley sigue siendo, sobre todo en un Estado democrático, la expresión más ordinaria del Derecho (esto es, la decisión normadora producto, en cada momento, del juego legítimo del pluralismo político); que la Constitución ha dejado (en ma-

yor o menor grado, según la materia) un margen de discrecionalidad al legislador que los juristas (incluyendo los jueces, claro está) han de respetar [...]¹¹⁰.

Razonamiento que, desde mi punto de vista, guarda relación con lo contenido en la Sentencia N° 11/1981 del 8 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional español donde se afirma que: “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A ésta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el entendimiento de ese tipo de planteamientos en un contexto en el que los postulados del neoconstitucionalismo, dentro de los que se inscribe el texto constitucional boliviano, es patente la desconfianza en los legisladores dada su tendencia a aplicar dinámicas de mayoría sin participación de las minorías con lo que suelen alejarse del marco constitucional con derivaciones complejas como la violación de Derechos Humanos.

En ese contexto, el texto constitucional reconoce un alto valor a las leyes nacionales en el ordenamiento jurídico boliviano para el funcionamiento del sistema democrático como se lo puede colegir de lo previsto en el artículo 158.I.3 cuando le reconoce al Órgano Legislativo, que supone una composición —teóricamente— plural y expresión del pluralismo político imperante, la atribución de “Dictar leyes, interpretarlas,

110 Aragón Reyes, 1997: 37. Cabe precisar que ese margen de discrecionalidad que se deja al legislador, encuentra como límite infranqueable los principios constitucionales y, en especial, los valores de libertad y dignidad del ser humano; también, que los derechos fundamentales operan no solo como reglas, sino que también lo hacen como principios derivando. Ver Alexy, 2008: 63-214.

derogarlas, abrogarlas y modificarlas”. Pero cabe esa importancia se da siempre en un marco de ubicación jerárquica inferior al de otras normas que operan como su fuente y fundamento al tenerlas como referencia ineludible en cuanto a los procedimientos y a los contenidos sustanciales que deben observarse tal como describí en el punto anterior. Así se explica que el artículo 410 del texto constitucional señale, que en un marco de ejercicio de atribuciones en un marco competencial prefijado: “[...] *La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: [...] 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena [...]*”.

Es una redacción cuyo antecedente histórico descollante se lo encuentra en el condicionamiento irrenunciable de la oposición para que se preserve un sistema democrático donde la pluralidad y el pluralismo político se vea reflejado en los procesos de generación normativa en estricta observancia del principio de legalidad acompañado del de reserva de ley y, al mismo tiempo, se acoja un régimen de autonomías en la organización interna del Estado con ámbitos de competencia perfectamente delimitados. Ambas posiciones fueron tenazmente resistidas por diversos actores y solo al final, en las negociaciones desarrolladas en el Congreso Nacional con el acompañamiento de veedores de la Unión Europea y organismos internacionales, se logró vencer las barreras que oficialismo había creado en base a prácticas, por cierto, no democráticas. Logro que demanda verse acompañada por un accionar gubernamental democrático.

Es decir, no es suficiente su sola presencia en el texto constitucional, tal como se lo aprecia en la actualidad, porque la falta de trabajo independiente del Legislativo deriva en un discurso de apego a la supremacía constitucional para justificar, paradójicamente, una serie de acciones que son objetivamente inconstitucionales y violatorias de los derechos humanos tapadas por un mentiroso velo de legalidad generado en la Asamblea Legislativa.

Es oportuno tomar en cuenta que un escenario en el que existe una unidad y comunidad de valores, donde no hay una sociedad fractu-

rada, la coyuntural mayoría gobernante tomará sus decisiones sin que estas comprometan las bases comunes en las que se asienta ese colectivo en tanto observe ciertas reglas de participación de las minorías en el debate democrático y, en todo caso, será precisamente la cultura democrática la que permitirá que los principios y las reglas se desarrollen sin que sus variaciones alteren esos valores comunes y sin poner en riesgo la existencia del Estado, se preserve, en un sentido amplio, su unidad.

En cambio, un modelo plurinacional de corte consociativo que deviene coherente en Estados plurinacionales parte del supuesto de que el Estado se caracteriza por contener una sociedad fracturada (esencialmente, por marcadas identidades étnicas o raciales, lingüísticas, religiosas o territoriales, entre otras) donde la comunidad de los valores y principios es tan variada y compleja que la adopción de decisiones (la leyes nacionales son una de sus más importantes expresiones) por parte de las mayorías, sin la construcción de altos niveles de consenso, derivarían invariablemente en tensiones y conflictos que comprometerían la unidad del Estado y darían lugar a niveles de confrontación violentos. Por ello es que en ese modelo de gobierno se resalta como características fundamental que el gobierno deba ser expresión de una gran coalición, en la que se reconocen amplios espacios para la participación de las minorías y, también, con amplios espacios para la autonomía, en el que existe una compleja proporcionalidad en la representación del pluralismo existente y donde es saludable el veto de las minorías¹¹¹.

111 Ver Lipjhart, 1984. Señala, en el prefacio de su obra y en términos muy claros: “In this book, I use the term *consensus* rather than *consociational* not just because the former is shorter —and easier to pronounce— than the latter, but because there are crucial differences between their meanings. For one thing, my earlier writings took consociational democracy as their point of departure and contrasted it with majoritary rule; here I start out with an analysis of majoritarian model, from which I derive the consensus model as its logical opposite. Furthermore, the four characteristics of consociational democracy —grand coalition, segmental autonomy, proportionality, and minority veto— are clearly recognizable in, but not coincident with, the eight characteristics of consensus democracy describe in this book” (p. xiv).

Consecuentemente, aun cuando imperfecta la adopción de un modelo de gobierno de corte consociacional en el texto constitucional boliviano, se tiene como incuestionablemente que una de las más groseras formas de violentar el contenido constitucional sea la aprobación de leyes u otros instrumentos normativos o el desarrollo de actos de gobierno fundados únicamente en el hecho de ser voluntad de la mayoría que discursivamente se alega desde el oficialismo, especialmente, en el seno de la Asamblea Legislativa, sin margen para el debate, el veto de las minorías, la construcción de consensos o para llevar a cabo consultas previas a los pueblos indígenas, originarios o campesinos. Escenario agravado por la tenaz persecución penal a toda persona que esgrime posiciones críticas, cuestionamientos o desacuerdos (y no solo en el ámbito político-partidario, también en el académico)¹¹² a ese proceder ya sea en torno a los contenidos de esos instrumentos normativos, a la forma en la que se los elabora o a los fines que con ellos se persiguen.

Una clara expresión de vocación autoritaria es, desde mi punto de vista, el olvido de que la minoría más minoría es el ser humano, es decir, el elemento nuclear del Estado¹¹³, que cada persona es tan valiosa como

112 Ver Goitia, 2012: 65.

113 Como respaldo irrefutable de esta afirmación presento la siguiente nota de prensa: “Arce se jacta de mayoría del MAS y desprecia a oposición” (NAN). “Si no incluimos sus propuestas no se ofendan, para eso somos mayoría”, dijo en sesión pública el presidente de la Cámara de Diputados, Héctor Arce, ante los reclamos de la oposición que pedía incluir sus sugerencias en la Ley Educativa “Avelino Siñani-Elizardo Pérez” aprobada el viernes sin modificaciones en esa instancia legislativa. La oposición calificó de antidemocrática esa actitud. “Esta noche, aunque se rasguen las vestiduras, la Cámara de Diputados aprobará la Ley Educativa”, fue otra expresión de la máxima autoridad legislativa cuando ingresó a una polémica con la diputada Norma Piérola que cuestionó la falta de independencia en la que cayó la Asamblea Legislativa al aprobar un fardo cerrado todas las leyes enviadas por el Ejecutivo. Piérola denunció que durante la aprobación, el ministro de Educación, Roberto Aguilar, y su viceministro, al que no identificó, siguieron de cerca desde el despacho del presidente de diputados para que el pleno no modifique el texto original y

cualquier otra individual o colectivamente considerada y, con igual intensidad, cuando se desconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos a la consulta previa, es decir, antes de que se ejecuten actos que pueda afectarlos.

Pero en apego a lo establecido en ese texto constitucional, a más de la crítica esgrimida, simplemente sostengo que la potestad legislativa de la Asamblea Legislativa Plurinacional es la más intensa de las que constitucionalmente se tienen reconocidas, tanto por el ámbito de competencias para las cuales se la prevé como por los ámbitos territorial y personal que abarcan. En este sentido el artículo 145 del texto constitucional señala que: “la Asamblea Legislativa Plurinacional está compuesta por dos cámaras, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, y es la única con facultad de aprobar y sancionar leyes que rigen para todo el territorio boliviano”. Desde ese punto de vista, no se presenta mayor diferencia con lo que se tenía previsto en el texto constitucional de 1967, específicamente, en su artículo 228¹¹⁴. Las diferencias son considerables cuando se toman en cuenta el escenario de gestación normativa

para que Héctor Arce no se desvíe de la línea ideológica que traía la Ley Educativa. En su descargo, Arce reaccionó y replicó a Piérola aclarando que el ministro Aguilar no estuvo para controlar sino para construir un texto que eventualmente podía tener una modificación, emergente del debate. La legisladora lamentó la falta de vocación democrática desde el presidente hasta el último diputado del MAS.

ARCE ESTÁ NERVIOSO

La legisladora en declaraciones a la prensa, lamentó al notorio nerviosismo que el presidente de Diputados demuestra en cada sesión y atribuyó ese estado de ánimo a “la vergüenza que refleja por la falta de debate en cada artículo de la ley, no solamente la Educativa sino en todas por hacer un simple cumplido al Ejecutivo”.

La diputada Adriana Gil pidió el cierre de la Asamblea porque la mayoría de los diputados del MAS titulares o suplentes, no permiten introducir sugerencias, aclaraciones y prefieren sacar leyes ambiguas que pueden generar confusiones al momento de aplicarlas”. En <http://www.eldiario.net>

114 “Artículo 228. *La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”.

legislativa, insisto, en el marco de un modelo de corte consociativo imperfecto y estarse en un Estado plurinacional; la presencia de representación directa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en la Asamblea así como otras que responde a representación de identidades territoriales; y, la adopción de una nueva forma de organización territorial con el reconocimiento de niveles de gobiernos autónomos¹¹⁵ departamentales, municipales e indígenas originarios y campesinos también delineados por el texto constitucional.

Este escenario, al mismo tiempo, no debiera dar lugar a dudas en torno a que en la elaboración y aprobación de las leyes nacionales se exige la aceptación, en el marco del consenso, de diversos actores dentro de los que destacan los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos así como de quienes representan identidades

115 “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*”. Cabe precisar que el texto constitucional vigente señala en los artículos 277 al 288 como se conforman las autonomías departamentales, regionales y municipales, que en concordancia con el artículo 272 permiten comprender que se trata de una distribución de competencias en ‘algo más avanzado’ que la sola descentralización administrativa. Pero la autonomía ‘indígena originaria campesina’, específicamente en el artículo 289, resulta diferenciada de las anteriores al señalarse que “consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesino, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”. No es, por lo tanto, una simple distribución de competencias de orden administrativo, sino autogobierno y autodeterminación, donde la pertenencia a un Estado, a diferencia de las otras autonomías, radica en la voluntad de estos pueblos y así como hoy pueden inclinarse por ser bolivianos nada impide que pueda variar esa posición y asumir su independencia. Para quien no lo admita, tenga presente el desarrollo del proceso de independencia de Groenlandia. También, que existen otros países donde la plurinacionalidad esta ligada con altos niveles de tolerancia política al grado de no ser nada fuera de lo común los referéndums en los cuales la consulta versa sobre independencia de alguna de las naciones o entidades territoriales existentes.

territoriales, entre otras, porque de no ser así se fracturaría el Estado ya que quedaría abierta para optar por dejar de ser parte del país o, en un nivel menos intenso, se afectaría el ejercicio de sus potestades de generación normativa-legislativa y de administración de justicia que tienen reconocidas esos pueblos. Pero no es menos evidente que desde la vigencia del texto constitucional e integración de la Asamblea los problemas para concretar ese requerimiento se vio enturbiado por diversos hechos entre los que se encuentra el sometimiento de algunos representantes indígenas, originarios y campesinos a las órdenes del partido político en función de gobierno; el copamiento de las dirigencias de esos pueblos por el partido oficialista; y, por los cuestionamientos expresados por esos pueblos sobre la legitimidad de esa representación¹¹⁶ además del desconocimiento de las identidades territoriales, particularmente, las departamentales.

116 Buen ejemplo de esta afirmación se la encuentra en la nota de prensa del matutino La Razón, en su edición digital del martes 5 de Abril de 2011 en la que bajo el titular de “El MAS niega exclusión a diputados indígenas”, se precisa que: *Luego de que el diputado Pedro Nuni (MAS) denunciara que los asambleístas indígenas fueron excluidos de algunos beneficios en la Cámara de Diputados, miembros del partido oficialista negaron la separación de ese bloque y explicaron que fueron alejados de sus cargos porque existe una rotación en cada gestión legislativa.*

El subjefe de bancada del MAS en el Senado, Eugenio Rojas, señaló que el partido oficialista practica una rotación en las presidencias de las comisiones cada gestión. “Quizá se sientan marginados, pero no es así, ya que ellos tuvieron comisiones y comités el año pasado y ahora hay otros legisladores que tienen derecho a ocupar esos cargos”, aseguró Rojas.

Nuni denunció que los diputados indígenas no cuentan con una oficina en la Cámara Baja para atender a las personas que los buscan para gestionar la aprobación de proyectos u otro tipo de trámites. “Estamos pasando bastante desapercibidos”, dijo a Erbol.

El legislador indígena sospecha que el apoyo que dio la bancada indígena de tierras bajas a la marcha de la CIDOB el año pasado, provocó la “exclusión” de estos asambleístas de los proyectos oficialistas. “Lastimosamente tenemos que hacer caso, sí o sí, a las determinaciones del partido (MAS). Y si no lo hacemos, tenemos ciertas dificultades como las de ahora”, reclamó Nuni.

Por otra parte también corresponde alertar sobre posiciones que esgrimen una teórica jerarquía normativa entre leyes nacionales para ubicarlas, con ello, por encima de los Estatutos Autonómicos o las Cartas Orgánicas. Así, se alega que aquellas leyes nacionales que por mandato constitucional requieren un voto calificado en la Asamblea Legislativa para ser aprobadas (v. gr.: dos tercios de los asambleístas presentes o del total de los mismos), gozan de un nivel jerárquico superior al de otras leyes que requieren simple mayoría para su aprobación.

Pero es un razonamiento errado, porque son instrumentos normativos cuyo contenido agota el tratamiento de un tema específico sin tener habilitado el que se introduzcan o aborden otros; consecuentemente, no son ni superiores ni inferiores a otros instrumentos de igual naturaleza ya que únicamente responden a una lógica de ámbitos de competencia. Su propia razón impide que operen como fuente o fundamento de otras leyes nacionales. Su contenido no es, por tanto, el que caprichosamente pueda calificarse como más importante que el de otras leyes nacionales o que les brinde supremacía con relación a otras, y menos que en ellas se desarrolle un tema que acoja solo la visión o los planteamientos de la coyuntural mayoría gobernante; su contenido viene limitado, en forma o procedimiento y contenido por el texto constitucional y la exigencia del voto calificado responde a la exigencia de alcanzar los más altos niveles de consenso posibles si es que no de unanimidad.

Un ejemplo de la grosera forma de violar el contenido normativo del texto constitucional, en la lógica errada sobre la que alerto en las líneas precedentes se la encuentra en el Título IX de la Ley N° 031 Marco de Autonomía y Descentralización donde con cuatro artículos¹¹⁷ se introdujo un mecanismo de descabezamiento de autoridades electas en

117 TÍTULO IX: SUSPENSIÓN TEMPORAL Y DESTITUCIÓN DE AUTORIDADES ELECTAS DEPARTAMENTALES, REGIONALES Y MUNICIPALES

CAPÍTULO I: SUSPENSIÓN TEMPORAL

Artículo 144. (SUSPENSIÓN TEMPORAL) Gobernadoras, Gobernadores, Alcaldesas y Alcaldes, Máxima Autoridad Ejecutiva Regional, Asambleístas Depar-

(continúa en la siguiente página)

gubernaciones departamentales y gobiernos municipales que no sean oficialistas, contraviniendo así el contenido exigido por el artículo 271 del texto constitucional¹¹⁸.

tamentales y Regionales, Concejalas y Concejales de las entidades territoriales autónomas, podrán ser suspendidas y suspendidos de manera temporal en el ejercicio de su cargo cuando se dicte en su contra Acusación Formal.

Artículo 145. (PROCEDIMIENTO) Para proceder a la suspensión temporal de funciones prevista en el Artículo anterior necesariamente deberá seguirse el siguiente procedimiento:

1. Habiendo acusación formal, el fiscal comunicará la suspensión al órgano deliberativo de la entidad territorial autónoma respectiva, el cual dispondrá, de manera sumaria y sin mayor trámite, la suspensión temporal de la autoridad acusada designando, al mismo tiempo y en la misma resolución, a quien la reemplazará temporalmente durante su enjuiciamiento.
2. Cuando se trate de la Máxima Autoridad Ejecutiva, la autoridad interina será designada de entre las y los Asambleístas y/o Concejalas y Concejales.
3. Si se tratara de asambleístas departamentales y regionales, concejalas y concejales, la Asamblea Departamental, la Asamblea Regional o el Concejo Municipal respectivo designará a la suplente o el suplente respectivo que reemplazará temporalmente al titular durante su enjuiciamiento.

Artículo 146. (RESTITUCIÓN) Si concluido el juicio el juez determinare la inocencia de la autoridad procesada, en la misma sentencia dispondrá su restitución inmediata al cargo sin perjuicio de los recursos legales que la Constitución Política del Estado y las leyes franquean a las partes y al Ministerio Público.

Artículo 147. (INTERINATO) La Máxima Autoridad Ejecutiva Interina durará en sus funciones hasta la conclusión del juicio a la autoridad suspendida.

CAPÍTULO II: DESTITUCIÓN

Artículo 148. (SENTENCIA) Si la sentencia es condenatoria se mantendrá la suspensión hasta que la misma adquiera ejecutoria; ejecutoria que produce la destitución de la autoridad enjuiciada.

Artículo 149. (TITULARIDAD) I. Tratándose de gobernadoras, gobernadores, alcaldes y alcaldesas, si la destitución con motivo de la sentencia condenatoria ejecutoriada se produjere antes de la mitad del mandato respectivo, deberá convocarse a nuevas elecciones las mismas que se realizarán en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días.

Si la sentencia condenatoria ejecutoriada se dictase después de la mitad del mandato, la autoridad interina adquirirá titularidad hasta la conclusión del periodo.

- II. Tratándose de asambleístas departamentales y regionales, concejalas y concejales, si la destitución con motivo de la sentencia condenatoria ejecutoriada se produjere, la sustituta o sustituto suplente adquirirá titularidad hasta la conclusión del periodo.

(continúa en la siguiente página)

Por ello, cuando el texto constitucional establece un voto calificado, únicamente se orienta a preservar el acuerdo de voluntades políticas requerido para un tema específico en el marco de un ámbito competencial específico sin que de ello devenga mayor o menor jerarquía.

Otra búsqueda de jerarquía diferenciada entre leyes nacionales que algunos actores identifican erradamente, parte de un pintoresco análisis de la Disposición Transitoria Segunda del texto constitucional en el que se estableció un plazo máximo de 180 días computables desde la instalación de la Asamblea Legislativa (que vino a ser el 2010) para que ésta sancione cinco leyes nacionales: la del Órgano Electoral, del Régimen Electoral, del Órgano Judicial, del Tribunal Constitucional y de Autonomías y Descentralización.

Leyes nacionales que fueron sancionadas, promulgadas y publicadas en el tiempo previsto, pero que no por ello adquieren un rango jerárquico superior a otras en el ordenamiento jurídico boliviano ni llegan a tener un carácter orgánico del cual se derive mayor jerarquía (ese carácter orgánico no se lo otorga el texto constitucional, pero que a fuerza de la influencia del constitucionalismo español se insiste en atribuírselo a esas leyes en un afán de descontextualización poco santo). ¡La urgencia no imprime rango!

Consecuentemente, las únicas leyes nacionales que terminan por gozar de un nivel jerárquico diferenciado (no superior ni inferior) al de otras leyes, también nacionales, son las de ratificación de los tratados internacionales. Pero esa diferencia radica en el hecho de que la Asamblea Legislativa no actúa en una función legislativa propiamente dicha, sino en otra diferente que guarda relación con la labor de fisca-

118 “Artículo 271. I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

lización de los actos del Órgano Ejecutivo. Es, desde mi punto de vista, un convencionalismo el que ha derivado en que se mantenga la denominación de Ley para el instrumento normativo por el cual la Asamblea Legislativa adopta una posición política frente a un instrumento normativo internacional del cual será parte el Estado boliviano.¹¹⁹

En síntesis, las leyes nacionales son instrumentos normativos de singular importancia en el ordenamiento jurídico boliviano, con una jerarquía normativa inferior a la de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, a las normas del derecho comunitario, al texto constitucional y a los tratados internacionales en general; pero superior a la que le corresponden a otros instrumentos normativos emergentes del ejercicio de competencias calificadas como correspondientes al nivel nacional de gobierno por el propio texto constitucional. Serán, en ese sentido, superiores a los decretos supremos, las resoluciones ministeriales, los reglamentos y otro tipo de resoluciones y actos administrativos normativos emanados de los órganos legislativo, ejecutivo o judicial del nivel de gobierno nacional. También, que su relación con los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena (artículo 410.II.4) no es de jerarquía, sino esencialmente de ámbitos de competencia constitucionalmente definidos. Por ello, con relación a estos últimos instrumentos normativos, no guarda una relación de jerarquía ya que no son ni más ni menos, sino que comparte un mismo nivel jerárquico, y operan en función a ámbitos de competencia constitucionalmente previstos.

4.2 Los Estatutos autonómicos y las cartas orgánicas

El artículo 1 del texto constitucional establece que “Bolivia se constituye en un [...] Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con *autonomías*”, base sobre la que en su Tercera

119 Ver Andaluz, 2010: 35.

Parte “Estructura y Organización Territorial del Estado” desarrolla su tratamiento fundamental en lo que a competencias se refiere correspondientes a los diversos niveles de gobierno autónomos resultantes. Contexto en el que su artículo 269.1 señala que: “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos”.

Marco general que viene complementado por la numerosa y compleja gama de conceptos elaborados sobre “autonomía” que responden, en alto grado, a las variantes que se presentan en los diversos Estados; ingresar a detallar cada uno de ellos derivaría en alejarme de los objetivos que se tienen previamente establecidos para el presente trabajo. Pero los artículos resaltados del texto constitucional ponen acento en el hecho de que en Bolivia, el régimen de autonomía por el que se optó, combina criterios de pertenencia étnica o racial con otros de orden territorial para una mejor forma de desarrollo de la gestión pública.

Por esa razón me limito a sostener que la autonomía en Bolivia es una atribución, un derecho y una capacidad efectiva que puede ser entendida, en términos generales, como un estatus político-administrativo asumido por cada uno de los nueve Departamentos, por un alto porcentaje de municipios y algunos pueblos indígenas, algunos pueblos originarios y algunos pueblos campesinos al tener reconocida y ejercitar, dentro del marco constitucional, cualidad gubernativa en sus ámbitos de competencia¹²⁰.

120 También resulta interesante tener presentes las palabras de Juan Carlos Urenda cuando lleva a cabo una aproximación al concepto de Autonomía Regional (o Departamental) sosteniendo que es posible llevar cabo esa tarea “en base a los elementos básicos aceptados unánimemente por todos los tratadistas: las autonomías regionales (o departamentales) son una resultante de la descentralización administrativa territorial y la descentralización política (normativa) también territorial, restringida o limitada por normas de vigencia nacional, figura esta que es complementada necesariamente con una efectiva descentralización económica”. Concepto con el que, si bien guardo niveles de simpatía, no lo comparto en su integridad por diversos factores que se explican por sí solas en el desarrollo del tema objeto de análisis (Urenda, 2003: 150).

En lo que corresponde a la *autonomía departamental*, en esencia, esta responde a un criterio de orden territorial que se tradujo en el reconocimiento de que los Departamentos pueden regular, manejar, ordenar y gestionar un ámbito de competencias propio de los asuntos públicos, bajo su propia responsabilidad, en beneficio de sus habitantes y en ejercicio del derecho a la autodeterminación que les asiste a sus integrantes en un marco democrático así como la viabilización de su participación en los procesos de planificación o de toma de decisiones que puedan afectarlos.

La autonomía departamental supone la existencia de límites territoriales históricamente gestados que no se modificaron por el texto constitucional y que, al contrario, los preservó¹²¹, así como un orden jurídico en el país que diferencia un ámbito de competencias para la actuación del nivel central de gobierno de aquel correspondiente al del nivel de gobierno departamental, lo cual conlleva la necesidad de aportar a ese orden de tal forma que sea posible alcanzar objetivos superiores que vienen a estar constituidos por los valores comunes en el Estado y para lo cual se han precisado algunos principios en el texto constitucional:

Artículo 270.- Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad, solidaridad, equidad, bien común, autogobierno, igualdad, complementariedad, reciprocidad, equidad de género, subsidiariedad, gradualidad, coordinación y lealtad institucional, transparencia, participación y control social, provisión de recursos económicos y preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en los términos establecidos en esta Constitución.

Son principios que operan como fuente y fundamento de los instrumentos normativos que se desarrollen en el ámbito de la autonomía departamental así como lo hacen los instrumentos normativos interna-

121 Ver Costa Arduz, 2006.

cionales en general, los de derechos humanos en particular y las normas del derecho comunitario.

Esos estatutos autonómicos son, por lo tanto, aquellos en los que se identificará el régimen jurídico a ser aplicado en un ámbito territorial específico que no puede apartarse de la premisa antropológica cultural fundamental del propio texto constitucional y del Estado: la libertad y la dignidad del ser humano.

En este contexto corresponde acudir a lo previsto en el artículo 60.I de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización donde se señala que:

Artículo 60. I.- El estatuto autonómico es la norma institucional básica de las entidades territoriales autónomas, de naturaleza rígida, cumplimiento estricto y contenido pactado, reconocida y amparada por la Constitución Política del Estado como parte integrante del ordenamiento jurídico, que expresa la voluntad de sus habitantes, define sus derechos y deberes, establece las instituciones políticas de las entidades territoriales autónomas, sus competencias, la financiación de estas, los procedimientos a través de los cuales los órganos de la autonomía desarrollarán sus actividades y las relaciones con el Estado [...].

Conceptualización compleja que da lugar a múltiples críticas. ¿Cuál era la necesidad de que una ley nacional introduzca una definición o concepto de lo que por Estatuto Autonómico se entiende? Desde mi punto de vista, ninguno, porque incluso para fines pedagógicos existen otros espacios e instrumentos que pueden ser favorablemente explotados. Luego, ¿es la ley nacional la que debe determinar que todo Estatuto Autonómico tenga que ser *una norma institucional de naturaleza rígida, cumplimiento estricto y contenido pactado*? Objetivamente no; consecuentemente resulta ser que se está frente a un abuso o exceso legislativo, si vale la expresión, porque el artículo 270 del texto constitucional especifica los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas y, al mismo tiempo,

porque el artículo 271.I del texto constitucional es claro al señalar que a la Asamblea Legislativa Plurinacional solo era competente para regular, con esa Ley nacional, el procedimiento para la elaboración de esos estatutos, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas; el texto constitucional no habilita no habilitó a la Asamblea Legislativa Plurinacional a establecer conceptos no fijar el contenido de esos Estatutos... ¿un concepto es parte de un procedimiento? Claramente no.

Por otra parte, ¿Los estatutos autonómicos son una “[...] *norma institucional básica de las entidades territoriales autónomas* [...]”? La respuesta correcta parte por tener claridad sobre el hecho de que ese instrumento normativo desarrolla y complementa el contenido del texto constitucional, no de la ley nacional, es decir, opera una lógica diferente a la de presentar a esos estatutos como algo de menor importancia... los estatutos autonómicos no solo están reconocidos y amparados en el texto constitucional sino que el contenido de éste es complementado y desarrollado a través de aquellos instrumentos normativos.

No menos curioso resulta ser que se les atribuya una naturaleza rígida, por una parte, porque ni siquiera el propio texto constitucional tiene esa condición; y, por otra, porque optar por la rigidez, semirigidez u otra cualidad de esos instrumentos normativos es una expresión democrática de la autodeterminación que es lo que, en definitiva, se termina por afectar severamente por la indicada Ley dejando en el archivo a la expresión de la voluntad de sus habitantes, del ejercicio de su derecho a la autodeterminación. En cuanto a la exigencia de contenido pactado, evidentemente es parte del procedimiento para su elaboración que viene a ser una de las exigencias comprendidas en los principios a los que hice referencia así como a la observancia de los contenidos de diversos instrumentos normativos internacionales de derechos humanos. Ese pacto, en el marco del texto constitucional y la caracterización del Estado, supone altos niveles de consenso y no solo voto calificado, al

estar presente el presupuesto de una sociedad fracturada que es aquel que justificó la adopción de la plurinacionalidad y un modelo de gobierno de corte consociacional (independientemente de que se hubiese optado por uno bastante imperfecto).

Pero igualmente criticable es que dicha ley termine por ser expresión de un positivismo secante, propio de tiempos pasados, que contraviene toda la lógica que inspira al texto constitucional, al afirmar que en los estatutos se definen los derechos y deberes de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación personal, espacial y temporal.

En síntesis, el concepto plasmado en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización para los estatutos autonómicos viene a ser una trasnochada expresión de viejas concepciones estatutarias con la agravante de alejarse del ámbito fijado por el texto constitucional.

Pero por encima de esa vocación centralista-positivista, corresponde comprender que en la materia aplica un marco constitucional conforme al cual cada departamento autónomo tiene el derecho a poder definir el contenido de su estatuto, lo que motiva traer a colación las palabras de Enrique Álvarez Conde al encontrarlas aplicables al caso boliviano cuando, al abordar el tema del concepto y la naturaleza jurídica de los estatutos en el texto constitucional español, afirma que son normas de naturaleza mixta, en tanto norma estatal y norma regional¹²². Los Estatutos Autonómicos tienen igual jerarquía al de las leyes nacionales, incluida dentro de estas últimas, la citada ley marco.

Son instrumentos normativos que operarán como fuentes y fundamentos para los instrumentos normativos del ámbito de gobierno autónomo departamental que desarrolle sus contenidos conforme a los procedimientos previstos en aquél.

Hechas estas precisiones resulta ser que la conceptualización de estatutos contenida en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización termina por evidenciar la ausencia de una verdadera voluntad por reco-

122 Álvarez Conde, 2003, tomo II: 412-414.

nocer que Bolivia tiene acogido un régimen complejo de autonomías, contrario en todo caso al centralismo secante que aparece como tufo de autoritarismo al negarse a esos estatutos su condición de instrumentos normativos con igual nivel jerárquico al de las leyes nacionales en el ordenamiento jurídico boliviano¹²³.

Deficiencia que no queda superada con la previsión del parágrafo II del artículo 60 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización cuando señala que “El estatuto y la carta orgánica están subordinados a la Constitución Política del Estado y en relación a la legislación autónoma tienen preeminencia”, simplemente, porque no es esa ley nacional la que determina la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano. Anecdótico, si es que no patético, es que una ley anule la cualidad de fuente y fundamento para el desarrollo de los estatutos autonómicos a los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, entre otros, con particular incidencia negativa en lo que a los pueblos indígenas, originarios y campesinos se refiere como precisaré más adelante. No es casual ni accidental ese esfuerzo por negar que la estructura del orden jurídico boliviano se diferencia de la gráfica de una pirámide jurídica y rechazar que se ha transitado a otro esquema en el que se identifica un nivel superior copado por los tratados internacionales de derechos humanos, seguido por las normas del derecho comunitario y las del texto constitucional, en tanto que bajo esta se encuentra otro espacio que le corresponde a los tratados internacionales en general e, inmediatamente después, una suerte de pequeñas pirámides interconectadas unas con otras donde cada una responde a un ámbito de competencias diferenciadas y fijadas esencialmente por el texto constitucional; cada una de estas pequeñas pirámides presenta en su interior una jerarquía normativa propia en un marco de complejos grados de relación¹²⁴ en base a ámbitos de competencia diferenciados.

123 Clavero, 2010: 210.

124 Ver Asbun, *op. cit.*: 73.

Una de esas pirámides encuentra, en su nivel más elevado, al estatuto autonómico departamental que operará como continente en cuanto a formas y contenidos de otros instrumentos normativos propios de ese nivel de gobierno en su ámbito competencial. Por lo tanto un estatuto departamental no es jerárquicamente superior ni inferior a las leyes nacionales como no lo es con relación a las cartas orgánicas o a los estatutos indígenas, a los originarios o a los campesinos así como estos últimos no lo son con relación a las leyes nacionales, las leyes departamentales o las leyes municipales, por citar algunos instrumentos normativos de los múltiples existentes. Tampoco implica que el estatuto autonómico de un pueblo indígena sea superior o inferior al de otro pueblo indígena, o al de cualquier otro pueblo originario o al de uno u otro al de un pueblo campesino.

Tengo grabado el recuerdo de incansables discusiones en la Vicepresidencia de la República, durante las negociaciones para la elaboración del texto constitucional, , donde resaltaba el claro afán oficialista por impedir el reconocimiento de la autonomía en todas sus manifestaciones lo que derivó en atribuir a las leyes nacionales, a los Decretos Supremos e, incluso, a otras normas reglamentarias emanadas del Ejecutivo (como las Resoluciones Ministeriales y reglamentos) un nivel jerárquicamente superior a los instrumentos normativos autonómicos departamentales, municipales e indígenas, originarios y campesinos desconociendo la presencia de ámbitos de competencia que debían fijarse constitucionalmente. Era, en todo caso, el resultado de una negociación oficialista a los derechos de autodeterminación y autonomía que solo fue posible revertir con esfuerzo hasta alcanzar las bases esenciales para que aquellos puedan desarrollarse logrando el reconocimiento del ejercicio, en los niveles de gobierno subnacionales, de la potestad legislativa, por ejemplo.

Será difícil olvidar como se confundía a la población con el falso discurso de que existían planteamientos separatistas cuando se pedía autonomía o de que estos eran expresión de una vocación divisionista

y un sin fin de adjetivaciones sin sentido, pero también será difícil olvidar pero grato recordar cómo, al final, se impuso la verdad al ver como los coyunturales contendores políticos cedían a la fuerza de los argumentos y de la razón, gestándose así una base que, aunque imperfecta, resulta suficiente para el tránsito al reconocimiento de la existencia de estatutos autonómicos¹²⁵.

Fue en el Congreso Nacional donde, al final, se logró avanzar positivamente en éste tema y responder de buena forma ante la crítica generalizada sobre el monopolio estatal centralista en el ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria que por largo tiempo se mantuvo en Bolivia, y, por otra parte, reconocer efectivamente la existencia de un pluralismo jurídico y político con diversas manifestaciones en niveles de gobierno autónomos.

Lo manifestado hasta el momento viene a ser aplicable a las *cartas orgánicas*, teniendo presente que estas se convierten en los instrumentos normativos que se instalan en la máxima jerarquía normativa del nivel de gobierno municipal autónomo en su ámbito de competen-

125 Es importante recordar que el mes de julio de 2006, a tiempo de elegir a 255 Constituyentes, también se llevó a cabo un referéndum sobre el acceso a la autonomía que derivó en que pese a la campaña en contra desplegada por el gobierno, ganara el sí a la autonomía en Santa Cruz, Tarija, Beni y Pando; departamentos en los que, meses después, se llevaron a cabo referéndums para aprobar sus estatutos autonómicos los cuales fueron aprobados, nuevamente, pese a la campaña en contra del partido gobernante. Esos estatutos departamentales aprobados por la población departamental respetiva fueron reconocidos como válidos por el texto constitucional a través de la Disposición Transitoria Tercera donde se señala que:

“I. Los departamentos que optaron por las autonomías departamentales en el referendo del 2 de julio de 2006, accederán directamente al régimen de autonomías departamentales, de acuerdo con la Constitución.

II. los departamentos que optaron por la autonomía departamental en el referéndum del 2 de julio de 2006, deberán adecuar sus estatutos a esta Constitución y sujetarlos a control de constitucionalidad”.

Sin embargo, meses después se gestó una campaña gubernamental que se orienta a negarles su validez, negando con ello la voluntad popular democrática.

cia. Es, nuevamente, un criterio territorial el que opera como base para su configuración con la excepción de los pueblos indígenas, originarios y campesinos que decidan constituir un municipio basado en una cualidad étnica o racial¹²⁶.

4.2.3 Los instrumentos normativos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos

El ordenamiento jurídico boliviano es, como tengo precisado, una unidad pese a estar integrado por un amplio número de subordenamientos jurídicos se articula en torno a los contenidos fundamentales de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario, el texto constitucional y los tratados internacionales en general. Entendimiento a partir del cual puede ubicarse el nivel jerárquico que dentro de éste le corresponde a los instrumentos normativos de cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y de cada uno de los pueblos campesinos.

126 Entre la amplia bibliografía existente en torno a la autonomía departamental y municipal, considero orientadoras y de rápida lectura, las siguientes: José Blanes Jiménez, *De la ley de Descentralización a la Elección de Prefectos: El Camino de la Descentralización Bolivia*, en Opinión y Análisis N° 89 Las Prefecturas en el Nuevo Escenario: 11 y ss.; Henry Oporto Castro, *Regionalización de la Política y Regionalización del Poder. Los Nuevos Parámetros de la Política en las Regiones*, en Opinión y Análisis N° 89 Las Prefecturas en el Nuevo Escenario: 121 y ss.; Mauricio Ipiña Nagel, *Autonomías: Características y Principios Fundamentales*, en Opinión y Análisis N° 73 Debate Sobre las Autonomías Regionales: 11 y ss.; Ramiro Cavero Uriona, *Autonomías: el Gobierno Central y su situación Fiscal*, en Opinión y Análisis N° 73 Debate Sobre las Autonomías Regionales: 161 y ss.; Freddy Aliendre España, *¿Los Gobiernos Municipales Fueron Buenos Administradores de los Recursos Económicos Financieros Otorgados?*, en Opinión y Análisis N° 69 Balance y Perspectivas de la Descentralización Municipal: 73 y ss.; y, Roberto Barbery Anaya, *Aproximación a las Reformas Generales que Requiere un Régimen de Autonomías Departamentales en el Marco de la Actual Constitución*, en Opinión y Análisis N° 79, tomo II, Temas Para la Asamblea Constituyente: 7 y ss.

Pero corresponde, con carácter previo, coincidir en el hecho de que en el mundo existen tantos ordenamientos jurídicos como Estados se conocen, y que dentro de estos, en un mismo ámbito tempo-territorial, coexisten de diferente manera y con diverso grado de influencia o presencia varias fuentes de generación normativa. Al respecto Alessandro Pizzorusso precisa que para poder hablar de pluralismo jurídico, a nivel interno estatal o internacional, son necesarios tres elementos: la plurisubjetividad (de lo contrario se estaría ante normas que un individuo se impartiría a sí mismo), la normativa y la organización (que haga operantes esas reglas)¹²⁷; elementos que a su vez lo llevan a afirmar con acierto que: “ya que todos los ordenamientos jurídicos, incluidos los estatales, no son inmutables, nada excluye que se formen ordenamientos nuevos —estatales o no estatales—, aun en contraste con lo establecido por los ordenamientos existentes, dándose lugar a situaciones de recíproca incompatibilidad”. Consecuentemente, frente a ese tipo de fenómenos operaran procesos de reforma y, también desde mi punto de vista, es posible que ese pluralismo aporte a superar esas situaciones de recíproca incompatibilidad a partir del diseño constitucional y los mecanismos que se introduzcan para solucionar los conflictos constitucionales que en torno a ello se generen, en todo momento, sobre la base del respeto y protección de los derechos humanos. Afirmación que encuentra en la historia del Derecho su mejor sustento y en el boliviano, una muestra de su apego a la realidad. Sostiene Twining: “Como los juristas se han vuelto más conscientes del multiculturalismo, y como las sociedades se han vuelto más pluralistas, han reconocido mejor que todas las sociedades modernas tienen que luchar para que el Estado pueda reconocer, hacer concesiones o reforzar las normas en las diferentes religiones, culturas o tradiciones [...] Hoy el pluralismo jurídico de Estado se reconoce como un hecho en casi todos los países”¹²⁸.

127 Pizzorusso, 1987: 71.

128 Twining, 2003: 260. Ver Rodríguez Veltzé, 2009: 240.243. También Derpic, 2009: 486-489.

Por ello corresponde resaltar la concordancia entre los artículos 1 y 410 del texto constitucional vigente donde, como se tiene señalado, se ha establecido que Bolivia “se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Ahora, por pluralidad jurídica se entiende que en un determinado territorio se presentan dos o más variantes en la concepción de lo jurídico y consecuente construcción de orden de sus componentes e instrumentos a través de los cuales se va traduciendo, lo que deriva en poder diferenciarlos, sin que con ello se nieguen o anulen los valores que los hacen comunes. Esa pluralidad conlleva complejas derivaciones como las de poder calificar a algunos de esos órdenes jurídicos como más avanzados que otros o más completos que otros, según el punto de vista de aquél que lleva a cabo esa tarea, sin que por ello puedan alcanzar la condición de verdades absolutas. Pero también es posible identificar niveles de conexión inexcusables entre tipos diversos componentes de esa pluralidad, de tal forma que el ordenamiento jurídico requerido en el Estado encuentre en aquellos que lo alimentan y permiten identificar como componentes de algo único.

Esta pluralidad se la presenta como novedosa en el contexto boliviano a partir del ingreso en vigencia del texto constitucional de 2009 intentando, en el escenario local, vender el discurso de que tener proyección mundial a partir de la exaltación de lo indígena, de lo originario y de lo campesino, pero como sostiene Twining, debiera atemperarse, además, porque esa pluralidad se concretó en el contexto local con anterioridad, específicamente, en el marco de vigencia del texto constitucional de 1967 a través de la ratificación del Convenio N° 169 de la O.I.T. y en la reforma de 1994, razón por la cual, desde mi punto de vista, más que un novedoso reconocimiento es el producto de un largo y complejo proceso de adecuación estatal emergente de la debilidad de su sistema jurídico en lo que se refiere al reconocimiento a la existencia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos y su capacidad para ejercer, por ejemplo, potestades de generación normativa y de administración de justicia.

Desde mi punto de vista, todo ordenamiento jurídico debe ser objeto de ajustes o reformas en un incesante esfuerzo del ser humano por perfeccionarlo sin que ello impida lamentables retrocesos. Por ello, por encima de haber constitucionalizado una alternativa de solución, sostengo que la tarea pendiente para Bolivia es de vieja data: asimilar la existencia de derechos humanos, comunes en la humanidad que exigen el respeto y protección de la libertad y la dignidad del ser humano.. Desde esa perspectiva no cabe duda que al establecerse expresamente en el texto constitucional boliviano la existencia de un pluralismo jurídico no se limita al ejercicio de ciertas potestades legislativas a los pueblos indígenas, originarios o campesinos sino que comprende un espectro más amplio donde ingresa el derecho canónico, por ejemplo¹²⁹. Es necesario alertar, en todo caso, que es un reconocimiento amplio que no deriva en independencia¹³⁰.

Contexto en el que la ubicación del nivel jerárquico que le corresponde en el ordenamiento jurídico boliviano a los instrumentos normativos generados en cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y cada uno de los pueblos campesinos requiera, ineludiblemente, tener en cuenta los ámbitos de competencia a los cuales responden y que vienen delimitados por el texto constitucional.

Criterio que, advierto, difiere del esgrimido por Bartolomé Clavero sobre los estatutos autonómicos indígenas en el caso boliviano, cuando sostiene que “Por estar a su iniciativa con control de constitucionalidad y cobrar así un carácter bilateral, los Estatutos de Autonomía podrán situarse en una posición supralegal sin necesidad de que exista la categoría de legislación orgánica. Por ser expresión del derecho a la libre determinación que se ejerce mediante la autonomía, los Estatutos indígenas habrán de tener un rango, como mínimo, constitucional”¹³¹. Discrepo sin restar valor ni mérito a sus fundamentos, , por una parte, alegando lo

129 Ver Bobbio, 2005: 35-39.

130 Una posición crítica favorable a esa independencia es la de Boaventura de Souza Santos, 2002:172.

131 Clavero, 2010: 210.

manifestado con relación a la ubicación jerárquica de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos y las normas del derecho comunitario, y, por otra parte, porque el texto constitucional es aquel que opera como marco específico para el desarrollo de los estatutos y precisa los ámbitos de competencia que pueden ser desplegados a partir de éstos sin que ello derive en que adquieran un nivel supralegal, porque aun cuando son expresión del derecho a la libre determinación y pasen por el control constitucional correspondiente, fueron los propios pueblos indígenas, originarios y campesinos los que en ejercicio de ese su derecho a la autodeterminación aprobaron un texto constitucional en el que se fijó un nivel jerárquico para esos instrumentos y un ámbito competencial que no puede ignorarse al atribuirles cualidades que no las tienen. Cosa diferente es que se lleve a cabo un nuevo proceso de reforma constitucional en el que esos Estatutos operen como fuente y fundamento de otros instrumentos normativos (v. gr.: leyes nacionales, estatutos autonómicos departamentales o cartas orgánicas) o se les lleve a atribuir aplicación preferente al texto constitucional.

En definitiva, dentro del ámbito indígena, originario y del campesino como nivel de gobierno autónomo, tendrán como norma jerárquicamente superior en el ámbito de competencia que les corresponda a su estatuto autónomo (si se constituyen en autonomía indígena, originaria o campesina) o a la carta orgánica (si se constituyen en municipio indígena, originario o campesino) siendo aplicable lo que manifesté líneas arriba con relación a estos instrumentos normativos y su ubicación jerárquica.

Sobre el tema, volveré más adelante, toda vez que en este momento resulta necesario tomar en cuenta que el artículo 410.II del texto constitucional vigente señala que en atención a un criterio de competencia que se encuentra en un nivel jerárquico inferior al de las leyes nacionales, de los estatutos orgánicos y de las cartas orgánicas se encuentran: “4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”, entendiéndose, también los de

los órganos ejecutivos (independientemente de su denominación) de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad reglamentaria, como lo expresan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en un sentido también aplicable al caso boliviano, viene a ser aquel poder

“en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento [...] La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una ‘fuente’ de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario al legislativo, es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional. Las Constituciones escritas, como ha sido tradicional desde la construcción técnica de la monarquía parlamentaria en el siglo XIX, preverán, en efecto, la existencia de tal poder en el Ejecutivo; pero aun si la Constitución escrita nada precisase habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca”¹³².

Tanto la potestad legislativa como la reglamentaria ejercida en el nivel central de gobierno fueron, a lo largo de la historia boliviana, identificadas como las principales manifestaciones de la generación normativa, pero con el texto constitucional vigente se ha reforzado la exigencia al poder público central nacional de compatibilizar¹³³ esa potestad legislativa nacional con la de los pueblos indígenas, originarios y

132 García de Enterría y Fernández, 2005: 182-186.

133 Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “compatibilizar” viene de “compatible” y significa “hacer compatible”, término que a su vez proviene del latín *compatibilis*, y éste del latín *compãti*, compadecerse, que opera como adjetivo y significa: “Que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto”. Microsoft Encarta 2007. 1993-2006 Microsoft Corporation.

campesinos y ha introducido la necesidad de hacerlo en el ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria de tal forma que el Ejecutivo nacional, departamental y municipal asumen un desafío que desde mi punto de vista no deriva en la hibridación forzada del ordenamiento jurídico boliviano, donde no se respetan la identidades toda vez que los pueblos de menor población o menor presencia territorial son los que se verán severamente afectados, más aun, con la peculiar visión de que las mayorías mandan y las minorías se someten sin posibilidad de ejercer el derecho a opinar o reconocer a éstas derecho a veto so pena de ver a sus principales directivos o dirigentes perseguidos y encarcelados por una u otra causa (hoy esta de moda el calificarlos de corruptos separatistas, conspiradores o cosas por el estilo)¹³⁴.

134 Yo opino que es triste ver como un gobierno que accedió al poder a través del voto, termina por desplegar una persecución penal de todo aquel que es un potencial contendor, crítico a sus acciones o contrario a sus políticas; contra estas personas gesta un linchamiento mediático, presentando al sujeto como un gran corrupto o un gran delincuente, para luego privarlo de libertad con la complaciente acción de operadores de justicia, todo ello, opino, al amparo de un sistema de administración de justicia servil y actores serviles. En este orden, resulta importante mencionar que en declaración a la prensa boliviana el martes 16 de noviembre de 2010, la Alta Comisionada de las ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, además de resaltar diversos avances en el ámbito del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos en Bolivia, precisó: “Sin embargo, a pesar de las profundas reformas legales, políticas e institucionales dirigidas a reconocer los derechos originarios, la mayoría de los indígenas continúan sufriendo pobreza extrema y exclusión”; también, y en el ámbito específico del comentario que desarrollo, sostuvo que “[...] me preocupa la falta de acceso a la justicia, especialmente en las comunidades rurales, y la amplia impunidad que existe no solo en los casos de violaciones a los derechos humanos del pasado, sino también en casos recientes. En la lucha contra la impunidad en todos los crímenes, incluida la corrupción, la presunción de inocencia, el debido proceso y el juicio justo son principios cruciales que deben ser respetados [...]”. Es decir, en términos sencillos y dejando de lado la diplomacia que se percibe en el lenguaje que empleó la señora Pillay, lo que sostiene es que de los discursos gubernamentales a los hechos existe una gran distancia y, al mismo tiempo, que

El texto constitucional vigente ha mantenido, por tanto, los mismos problemas que se presentaban con el texto constitucional de 1967 y su reforma operada en 1994, toda vez que se hace un reconocimiento que peca por su indeterminación en la asimilación de la idea de ‘coexistencia’ en un ordenamiento jurídico de varios subordenamientos donde las leyes no son y no eran, precisamente, las llamadas a demarcar el escenario, valga la reiteración, de coexistencia de instrumentos normativos emergentes de los niveles de gobierno nacional y departamental fundamentalmente y los instrumentos normativos de los pueblos indígenas, pueblos originarios o pueblos campesinos.

Es un nuevo escenario, complejo y conflictivo que paradójicamente deriva en el debilitamiento del reconocimiento de derechos de esos pueblos.

A manera de ejemplo puede citarse el artículo 298.I del texto constitucional en el que se han establecido las competencias que son “privativas” del nivel central de tal forma que en el marco de lo establecido en el artículo 297.I.1 del mismo texto, vienen a ser competencias “[...] cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega [...]”. Ello implica que los pueblos indígenas, originarios y campesinos y otros niveles de gobierno están impedidos, prohibidos e imposibilitados de ejercer la facultad legislativa y la reglamentaria en las 22 competencias previstas en el artículo 228.I del texto constitucional. Pierde relevancia cómo es que eran normados esos temas por los pueblos indígenas, originarios o campesinos antes de la colonia, durante esta o en los cerca

la vulneración de derechos humanos en la administración de justicia emergentes de su falta de independencia del Ejecutivo son patentes, especialmente en lo vinculado al opositor calificado como gran corrupto delincuente porque se le impide ejercer una real defensa o que se respeten principios fundamentales que responden a la preservación de derechos humanos universalmente reconocidos y protegidos. (Ver <http://bolivia.ohchr.org>)

doscientos años de vida independiente del Estado boliviano o como, en el marco de su derecho a la autodeterminación, visualicen debiera ser¹³⁵.

Algo similar acontece con las competencias detalladas en el artículo 298.II¹³⁶ del texto constitucional que son consideradas ‘exclusivas’ del

135 “Artículo 298. I. Son competencias privativas del nivel central del Estado: 1) Sistema financiero. 2) Política monetaria, Banco Central, sistema monetario, y la política cambiaria. 3) Sistema de pesas y medidas, así como la determinación de la hora oficial. 4) Régimen aduanero. 5) Comercio exterior. 6) Seguridad del Estado, Defensa, Fuerzas Armadas y Policía boliviana. 7) Armas de fuego y explosivos. 8) Política exterior. 9) Nacionalidad, ciudadanía, extranjería, derecho de asilo y refugio. 10) Control de fronteras en relación a la seguridad del Estado. 11) Regulación y políticas migratorias. 12) Creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado. 13) Administración del patrimonio del Estado Plurinacional y de las entidades públicas del nivel central del Estado. 14) Control del espacio y tránsito aéreo, en todo el territorio nacional. Construcción, mantenimiento y administración de aeropuertos internacionales y de tráfico interdepartamental. 15) Registro Civil. 16) Censos oficiales. 17) Política general sobre tierras y territorio, y su titulación. 18) Hidrocarburos. 19) Creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario del nivel central del Estado. 20) Política General de Biodiversidad y Medio Ambiente. 21) Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral. 22) Política económica y planificación nacional [...]”.

136 “Artículo 298. II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado: 1) Régimen electoral nacional para la elección de autoridades nacionales y subnacionales, y consultas nacionales. 2) Régimen general de las comunicaciones y las telecomunicaciones. 3) Servicio postal. 4) Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos y biogenéticos y las fuentes de agua. 5) Régimen general de recursos hídricos y sus servicios. 6) Régimen general de biodiversidad y medio ambiente. 7) Política Forestal y régimen general de suelos, recursos forestales y bosques. 8) Política de generación, producción, control, transmisión y distribución de energía en el sistema interconectado. 9) Planificación, diseño, construcción, conservación y administración de carreteras de la Red Fundamental. 10) Construcción, mantenimiento y administración de líneas férreas y ferrocarriles de la Red Fundamental. 11) Obras públicas de infraestructura de interés del nivel central del Estado. 12) Elaboración y aprobación de planos y mapas cartográficos oficiales; geodesia. 13) Elaboración y aprobación de estadísticas oficiales. 14) Otorgación de perso-

nivel central de gobierno de tal forma que conforme a lo establecido en el artículo 297.I.2, vienen a ser “[...]aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativas, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas”. Es decir, son competencias sobre las cuales los pueblos indígenas, originarios y campesinos no pueden ejercer la potestad legislativa sino únicamente, cuando así lo determine una ley, la potestad reglamentaria y la facultad ejecutiva. Nuevamente, pierde relevancia cómo era que los pueblos indígenas, originarios o campesinos normaban esos ámbitos de competencia antes o durante la colonia española o durante el tiempo que lleva Bolivia como República independiente, libre y soberana. Simplemente, no pueden generar legislación en esos ámbitos.

nalidad jurídica a organizaciones sociales que desarrollen Actividades en más de un Departamento. 15) Otorgación y registro de personalidad jurídica de Organizaciones No Gubernamentales, Fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollen actividades en más de un Departamento. 16) Régimen de Seguridad Social. 17) Políticas del sistema de educación y salud. 18) Sistema de Derechos Reales en obligatoria coordinación con el registro técnico municipal. 19) Áreas protegidas bajo responsabilidad del nivel central del Estado. 20) Reservas fiscales respecto a recursos naturales. 21) Sanidad e inocuidad agropecuaria. 22) Control de la administración agraria y catastro rural. 23) Política fiscal. 24) Administración de justicia. 25) Promoción de la cultura y conservación del patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, científico, tangible e intangible de interés del nivel central del Estado. 26) Expropiación de inmuebles por razones de utilidad y necesidad pública, conforme al procedimiento establecido por Ley. 27) Centros de información y documentación, archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y otros de interés del nivel central del Estado. 28) Empresas públicas del nivel central del Estado. 29) Asentamientos humanos rurales. 30) Políticas de servicios básicos. 31) Políticas y régimen laborales. 32) Transporte, terrestre, aéreo, fluvial y otros cuando alcance a más de un departamento. 33) Políticas de planificación territorial y ordenamiento territorial. 34) Deuda pública interna y externa. 35) Políticas generales de desarrollo productivo. 36) Políticas generales de vivienda. 37) Políticas generales de turismo. 38) Régimen de la tierra. La Ley determinará las facultades a ser transferidas o delegadas a las autonomías”.

Con menor intensidad se presenta el escenario correspondiente a las competencias ‘concurrentes’ y ‘compartidas’ previstas para el nivel central, que conforme a lo establecido en el artículo 298.1.3 y 298.1.4, respectivamente, son “aquellas en las que la legislación corresponden al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva”, y, “aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a sus características y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas”.

Son, en definitiva, limitantes al ejercicio de la potestad legislativa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos donde es fuerte la tentación para introducirse en el análisis detallado de cada una de ellas, resaltando las diversas contradicciones que presenta el texto constitucional especialmente en función a los derechos que les corresponden a esos pueblos así como las limitantes mayores generadas por la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, pero excedería los objetivos que se tienen previamente establecidos para este trabajo. Pero es inevitable precisar que las contradicciones existentes en la distribución de competencias que realiza el texto constitucional, así como los alcances de las potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas, se traducen en un complejo ámbito de potenciales conflictos que repercuten negativamente en el conjunto de la población boliviana y, en especial, en el derecho de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que a administración de justicia se refiere. También, que las leyes nacionales de la República¹³⁷ adquieren una relevancia sustancial al momento de poder

137 “Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática 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. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

habilitar a los otros niveles de gobierno el ejercicio de su facultad legislativa y reglamentaria en los ámbitos de competencia correspondientes.

Nuevamente la coexistencia de varios subordenamientos jurídicos incluidos los correspondientes al de la denominada justicia ordinaria y al de la indígena, al de la originaria y al de la campesina queda supeditada a la actuación del legislativo central a través de las leyes nacionales. Elemento reafirmado por la previsión del artículo 30 que señala: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión [...] III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”. Previsión general cuyo nivel de precisión viene dado por el desarrollo de las competencias fijadas en el texto constitucional para cada nivel de gobierno.

En este contexto, el texto constitucional ha establecido que son competencias exclusivas (que importan facultad legislativa, reglamentaria y ejecutiva) de las autonomías indígenas, originarias y campesinas, de acuerdo al artículo 304.I, un total de 23, ameritando comentario especial algunas de ellas que, a manera de ejemplo, cito y comento a continuación.

La primera competencia exclusiva es la de “Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley”, que equivale a afirmar que es ese el marco jurídico al cual quedan sometidas las personas de un determinado pueblo indígena, originario o campesino en el ámbito territorial que corresponda tal como lo precisa el artículo 60 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Pero resulta paradójico que, por una parte, en la misma ley se señale en el

-
2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.
 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, conforme a Ley”.

artículo 48 que “Las facultades deliberativa, fiscalizadora, legislativa y ejecutiva, además del ejercicio de su facultad jurisdiccional, podrán expresarse de manera oral o escrita, teniendo el mismo valor bajo sus propias modalidades, con el único requisito de su registro, salvo en los casos en que la acreditación documentada de las actuaciones constituya un requisito indispensable”. Ello, cuando por otra parte, es ineludible que ese Estatuto sea escrito además de tener que ser elaborado bajo el tutelaje del Órgano Electoral Plurinacional y del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático tal como lo prevé el artículo 53 en sus numerales 3, 5 y 6 de la misma ley, algo que obviamente no guarda coherencia con el libre ejercicio del derecho de autodeterminación de esos pueblos o un discurso de descolonización como el que se pregona desde esferas oficialistas. A ello se suman las críticas que expuse sobre el concepto de estatuto que incorporó la misma ley.

Lógica que evidencia una clara desconfianza gubernamental oficialista con esos pueblos al fijar un contenido rígido de sus Estatutos mayor al que caracteriza, por ejemplo, al texto constitucional vigente y, además, un contenido mínimo que no responde al respeto al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. La ley citada se convierte en expresión del positivismo jurídico de corte occidental o continental europeo si se prefiere de principios del siglo pasado, contrario a lo que discursivamente se alega al exigirse la observancia de procedimientos para la elaboración que, al igual que el contenido sustantivo mínimo necesario, no se adecuan a las competencias y potestades que precisan el texto constitucional y otras leyes de la República¹³⁸ develando, nuevamente, un tutelaje de componentes

138 “Artículo 271. I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas. II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

intermedios de la administración pública sobre los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Es tentador extender el comentario en torno a este tema, exponiendo con detalle lo previsto desde el artículo 60 al 63 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, pero se excedería los objetivos previamente previstos para este estudio. Por ello, solo me limito a resaltar que el artículo 62, en sus parágrafos I y II, del indicado instrumento normativo le impone a los pueblos indígenas, originarios y campesino un contenido mínimo de sus estatutos que sumado a lo previsto en el artículo 62.II de la misma Ley terminan por denotar una postura paternalista y de hacer patente la visión de graciosa concesión de derechos para con esos pueblos de un coyuntural régimen de gobierno.

La segunda competencia exclusiva de la autonomía indígena, originaria y campesina establecida en el artículo 304.I del texto constitucional, es la de “Definición y gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblos”. Previsión que luego de una serie de otras generales en las que no falta la referencia a esos mismo pueblos culmina con la adopción de un sistema de economía centralmente planificada al precisar en otros artículos cuál es, en definitiva, la función del Estado en el desarrollo de toda actividad económica en y desde el territorio boliviano.¹³⁹

139 Específicamente el artículo 316 precisa esa función y esa característica al establecer lo siguiente:

Artículo 316. La función del Estado en la economía consiste en:

1. Conducir el proceso de planificación económica y social, con participación y consulta ciudadana. La Ley establecerá un sistema de planificación integral estatal, que incorporará a todas las entidades territoriales [entiéndase, los pueblos indígenas, originarios y campesinos].
2. Dirigir la economía y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios [principios que, por cierto, acentúan nuevamente la lógica de un sistema económico centralmente planificado].

(continúa en la siguiente página)

A ello se suma la previsión del artículo 317 que al emplear el término Estado lo hace en directa relación al nivel central de gobierno, reitero, en la lógica de un sistema de economía centralmente planificada:

Artículo 317. El Estado garantizará la creación, organización y funcionamiento de una entidad de planificación participativa que incluya a representantes de las instituciones públicas y de la sociedad civil organizada.

En este contexto, la potestad legislativa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que a la definición y gestión de formas

-
3. Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía [donde, si se toma en cuenta que la minería, los hidrocarburos y la producción agrícola son estratégicas en el desarrollo económico nacional y estos están ubicados en alto grado en lo que puede entenderse como territorio indígena, originario y campesino, se comprenderá que nuevamente es a nivel central que se toman las decisiones con el debilitamiento consecuente de los derechos de esos pueblos en esta materia].
 4. Participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, e impulsar el desarrollo, evitando el control oligopólico de la economía.
 5. Promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social.
 6. Promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del medio ambiente, para garantizar la generación de empleo y de insumos económicos y sociales para la población.
 7. Promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones.
 8. Determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.
 9. Formular periódicamente, con participación y consulta ciudadana, el plan general de desarrollo, cuya ejecución es obligatoria para todas las formas de organización económica.
 10. Gestionar recursos económicos para la investigación, la asistencia técnica y la transferencia de tecnologías para promover actividades productivas y de industrialización.
 11. Regular la actividad aeronáutica en el espacio aéreo del país.

propias de desarrollo económico se refiere, viene limitada por lo que se establezca en el nivel central de gobierno. Su expresión más sensible se presenta en el ámbito de la explotación de recursos naturales, tema sobre el que volveré más adelante. La situación no varía en los ámbitos social, político, organizativo y cultural donde las limitaciones constitucionales para el ejercicio de la facultad legislativa con relación a los ámbitos de competencias privativas, exclusivas y concurrentes a los otros niveles de gobierno, especialmente al central del Estado, restringen notablemente su desarrollo. Un ejemplo que lo evidencia, desde mi punto de vista, es la competencia privativa del nivel central en cuanto al sistema de pesos y medidas porque en ese ámbito no pueden ejercer la facultad legislativa ni la reglamentaria los pueblos indígenas, originarios y campesinos quedando en un plano relegado como es que ese tema se regulaba en cada uno de esos pueblos en tiempos anteriores a los de la Colonia española, durante esta, en el período republicano o como creen que deba serlo en el futuro.

La tercera competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas es la de “Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución”. Previsión constitucional que es concordante con lo establecido en el artículos 30.II.17 del mismo texto en el que se reconoce el derecho de los pueblos indígenas, originarios y campesinos “A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”. Sin embargo, además de la observancia a lo que determine la Ley Marco de Autonomías y Descentralización antes comentada, resulta ser que el sistema centralmente planificado adoptado por el Estado (artículos 316.6 y 317) limita el ejercicio de la facultad legislativa y de la reglamentaria de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, escenario agravado por lo establecido en los artículos 380 y 403 donde inequívocamente es, nuevamente, una Ley nacional (además de otras previsiones constitucionales), la que opera como marco ineludible para esos pueblos.

Artículo 380. I. Los recursos naturales renovables se aprovecharán de manera sustentable, respetando las características y el valor natural de cada ecosistema.

II. Para garantizar el equilibrio ecológico, los suelos deberán utilizarse conforme con su capacidad de uso mayor en el marco del proceso de organización del uso y ocupación del espacio, considerando sus características biofísicas, socioeconómicas, culturales y político institucionales. *La Ley regulará su aplicación.*

[...]

Artículo 403.- I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. *La Ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos.*

Es un escenario en el que por encima de las simpatías o antipatías que pueda generar el texto constitucional o lo que deseen unos u otros actores encontrar en el, se tiene que éste instrumento normativo y las leyes nacionales limitan el ejercicio de las facultades legislativa y reglamentaria de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que corresponde a la tercera competencia exclusiva de las autonomías de esos pueblos (artículo 304.I.3).

A manera de ejemplo en este tema puede tomarse la política forestal, porque al ser una competencia exclusiva del nivel central de gobierno impide que los pueblos indígenas, originarios o campesinos puedan ejercer facultades legislativas en ese tema. Consecuentemente los instrumentos normativos que esos pueblos tuvieran en la materia quedan atados a lo que se defina en el nivel central de gobierno. Criterio que encuentra, además, su ratificación con lo previsto en los incisos a) y b) del numeral 3, parágrafo IV del artículo 87 de la Ley Marco de Autonomías donde señala respectivamente que “De acuerdo a las competencias concurrentes de los Numerales 4 y 11 del parágrafo II del Artículo 299 de la Constitución Política del Estado se distribuyen las competencias de la siguiente manera [...] 3. Gobierno Indígena originario campesinos autónomos: a) Gestión y aprovechamiento sustentable de los recursos forestales, *en el marco de la política y régimen establecidos por el nivel central del Estado*, en concordancia con la competencia del Numeral 3 del Parágrafo III del Artículo 304 de la Constitución Política del Estado. [...] b) Implementar las acciones y mecanismos necesarios de acuerdo a sus normas y procedimientos propios para la ejecución de *la política general de suelos y cuencas*”. Extremo que no se atenúa por lo previsto en el parágrafo V del mismo artículo 87 cuando se señala que “De acuerdo a la competencia exclusiva del Numeral 21 del Parágrafo I del Artículo 304 de la Constitución Política del Estado los gobiernos indígena originario campesinos autónomos tienen la competencia exclusiva de participar y desarrollar los mecanismos necesarios de consulta previa sobre la explotación de recursos naturales, entre otros”. Es decir, en términos sencillos, estos pueblos pueden hacer todo aquello que les permita el nivel central de gobierno a través de una ley nacional en tanto y en cuanto no discrepen con estas. ¿Autonomía?¹⁴⁰ Así como éste, existen otros ejemplos no menos sensibles.

140 POST SCRIPTUM: Durante la preparación para la impresión del presente documento, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la Sentencia Constitucional N° 0300/2012, de 18 de junio de 2012, que aclaró a medias tintas, como comúnmente se dice, el derecho a la consulta que les asiste a esos pueblos.

La cuarta competencia exclusiva de las autonomías indígena, originaria y campesina fijada por el texto constitucional es la de “Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales y municipales”, donde no cabe hacer mayor comentario al quedar claro un ámbito secundario para el ejercicio de la potestad legislativa del nivel de gobierno indígena, originario o campesino.

Figura que se reitera en lo que corresponde a la séptima competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas que señala “Administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, en el marco de la política del Estado”. Ello porque si bien encuentra como limitante el ser competencia exclusiva del nivel central de gobierno (artículo 298.II. 19) las “Áreas protegidas bajo responsabilidad del nivel central del Estado” y (artículo 298.II. 20) las “Reservas fiscales respecto a recursos naturales”, entre otras, se prevé en el artículo 385 que las áreas protegidas “constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país [...]” y señala en su parágrafo II que “Donde exista sobre posición de áreas protegidas y territorios indígena originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas”. Cabe entonces la pregunta ¿Si sobre las áreas protegidas solo puede ejercer la facultad legislativa el nivel central de gobierno y no los pueblos indígenas, originarios y campesinos cómo es que en caso de sobre posición primen las normas y procedimientos de esos pueblos? En términos se presenta una pregunta sin respuesta, pero en este caso, la fuerza del nivel central de gobierno termina por imponerse.

Más aun cuando el artículo 346 señala que “El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La Ley establecerá los principios y deposiciones para su gestión”.

Solo a manera de ejemplo, de varios que pueden citarse como incontrastables durante el corto período de vigencia del texto constitucional, se tiene el impulso que desde el Ejecutivo se imprime a la construcción de una carretera entre el Departamento de Cochabamba y el de Beni que atenta directamente los derechos de varios pueblos indígenas así como a la preservación del medio ambiente¹⁴¹.

141 De inicio resalto que en este conflicto, la unidad conceptual de los “indígena originario campesino” quedó en el olvido, el Gobierno boliviano la desconoce abiertamente. El mismo gobierno que decidió llevar adelante la construcción de una carretera entre Villa Tunari (población ubicada en el Departamento de Cochabamba) y San Ignacio de Moxos (población ubicada en el Departamento de Beni) con total desconocimiento del derecho a la consulta previa, además de otros, que les asiste a los pueblos indígenas que habitan la zona. Diversos medios de comunicación recogieron la noticia y alertaron a la población, por ejemplo, cuando bajo el titular “Lo indígenas del TIPNIS temen que colonos invadan la reserva”, el matutino Página Siete señaló: “Los indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) no solo temen que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos ocasioné la deforestación de la reserva, sino que advierten que la vía permitirá la invasión de colonos y comerciantes en la zona ecológica. ‘Precisamente los colonos nos pueden saquear los recursos de nuestra zona, la madera en especial, los peces, las aves que hay en los montes que utilizamos. Aquí nosotros no sacamos nuestros recursos, sino más bien los cuidamos’, manifestó Simona Cueva, pobladora de la zona, a radio Erbol cuando fue consultada por las consecuencias de la construcción del tramo que uniría Cochabamba y Beni.

Por su parte, Adolfo Moye, presidente de los indígenas del TIPNIS, indicó que la instalación de una carretera que atravesase el parque ocasionará que otras vías se desprendan de la misma. ‘El objetivo de la carretera apunta más que todo a la explotación de hidrocarburos y al final se destrozará el TIPNIS, porque con la carretera se abrirán caminos ramales para la explotación de los recursos que hay en la zona’, explicó.

Por su parte, el matutino La Razón en su edición del 1 de julio del 2011 además de otros medios de comunicación, resaltó que: “El presidente Evo Morales advirtió hoy que la carretera Villa Tunari San Ignacio de Moxos se construirá ‘quieran o no quieran’ algunos sectores, entre ellos la Confederación de Pueblos Indígenas (CIDOB) que anunciaron una marcha en defensa del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS). ‘Tenemos los recursos

(continúa en la siguiente página)

económicos pero aparecen algunos supuesto defensores del medio ambiente mediante ONG (Organizaciones No Gubernamentales) que usan a nuestro hermanos para que no se construya este camino. Quieran o no quieran vamos construir este camino y lo vamos a entregar en esta gestión’, advirtió Morales [...] El fin de semana los representantes de los pueblos indígenas se reunieron en Trinidad y decidieron realizar una marcha en agosto desde Villa Tunari (Cochabamba) y que concluirá en La Paz. El presidente de la Cidob, Adolfo Chávez, informó de que en todo caso no se descarta el diálogo con el Ejecutivo.

Morales aseguró hoy que la construcción es aceptada por ‘los hermanos indígenas de bases de las comunidades del parque Isiboro Sécore pero son las ONGs y opositores políticos que usan el tema para oponerse a la integración de los departamentos de Cochabamba y Beni’.

Los originarios consideran que uno de los tramos afectará al medioambiente y que permitirá asentamientos y avasallamientos de las tierras por parte de colonos cocaleros.

‘¿Cómo es posible que se opongan a la construcción de este camino? cuando ya tenemos los recursos económicos garantizados, siempre a habrá gente que se opone a la integración de nuestros pueblos’, dijo”.

Adicionalmente, en la edición del 7 de julio del 2011, el matutino La Prensa, bajo el titular de “El TIPNIS debe ceder al progreso” resaltó que: “El jefe de bancada del Movimiento al Socialismo (MAS) en el Senado, Isaac Ávalos, afirmó ayer que los comunarios que viven en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) deberán ceder ante el progreso con la construcción de la carretera Villa Tunari- San Ignacio de Moxos.

‘Cuando se trata del avance, la ecología debe ceder. El presidente (Evo Morales) tiene el interés del progreso del país, frente a la actitud de los dirigentes indígenas que se cierran’, expresó después remarcar que en sendas ocasiones el mandatario de Estado y representantes del Gobierno central se reunió y trató el tema y sus impactos económicos y ambientales con los indígenas Yuracarés, Mojeños y Chimán, del área protegida. ‘Mienten si dicen lo contrario’.

ADMITE AFECTACIÓN. ‘Sí, la construcción los afectará, pero después se les dará dinero y se beneficiarán, no como otros gobiernos que no les daban nada’. Criticó la sugerencia del presidente de la Subcentral TIPNIS, Adolfo Moye, de querer desviar el rumbo de la carretera, en su tramo II, por el oeste de la zona que une Cochabamba y Beni. ‘Quieren que se invierta 25 millones más desviándola y ¡tampoco puede darse eso!’.

CONTRADICCIÓN. Ávalos dijo en principio que ‘los indígenas no producen obviamente’, pero que sí se benefician ‘en todo’ con la ruta interdepartamental porque ‘viven de la pesca, la ganadería y el chocolate. Tienen mazorca, todos son comerciantes, el chocolate está en el monte, de ahí lo lavan, secan y muelen.

En este mismo ámbito de competencia, teniendo presente que una autonomía indígena, originaria o campesina puede tener un ámbito territorial menor al de un municipio, cabe un cuestionamiento adicional cuando se ha establecido que es competencia exclusiva (donde la facultad legislativa solo le corresponde a este nivel con exclusión de los otros) de los gobiernos municipales, en el artículo 302.I.11, la de “Áreas protegidas municipales en conformidad con los parámetros y condiciones para los gobiernos municipales”.

En definitiva a la luz de lo que finalmente se concretó como texto constitucional, los únicos ámbitos de competencia en los que los pueblos indígenas, originarios y campesinos pueden verdaderamente ejercer la facultad legislativa son, conforme a lo establecido en el artículo 304.I del texto constitucional, las siguientes: (quinta) de “Electrificación en sistemas aislados dentro de su jurisdicción”; (sexta) “Mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales”; (novena) “Deporte, esparcimiento y recreación”; (décima primera) “Políticas de turismo”; (décima cuarta) “Elaborar, aprobar y ejecutar sus programas de operaciones y su presupuesto”; (décimo quinta) “Planificación y gestión de la ocupación territorial”; (décimo sexta) “Vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales en el ámbito de su jurisdicción”; (décimo octava) “Mantenimiento y administración de sus sistemas de micro riego”; (décimo novena) “Fomento y desarrollo de su vocación productiva”; (vigésima) “Construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura necesaria para el desarrollo de su jurisdicción”; y (vigésima segunda) “Preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, especiales e históricas”. Si la autonomía indígena se la adopta como municipio autónomo, se sumaran las previstas en el artículo 302 que, en cuanto a las exclusivas, llegan a un número de 43 sin que por ello resulten propiamente respetuosas del derecho de autodeterminación de esos pueblos.

Un análisis más detallado ameritará, en los siguientes capítulos del presente texto, la octava competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas prevista por el texto constitucional en el artículo 304.I.8 concerniente al “Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley” que guarda directa relación con la competencia “privativa” del nivel central del Estado referente a la “Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral” (artículo 298.I.21).

Finalmente corresponde efectuar dos precisiones. La primera, es que las normas de estos pueblos (sea en ejercicio de la facultad legislativa o de la reglamentaria) no requieren un idéntico procedimiento para su formación al que corresponde a las leyes nacionales, en un sentido formal o al de las leyes departamentales o municipales. Claramente se optó por un reconocimiento genérico que abarca a las normas de esos pueblos que pueden o no estar escritas, ser las que se identifican como provenientes desde tiempos anteriores a los de la colonia española o las que se generen a futuro en el marco de lo señalado.

La segunda, es que la existencia de una jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico boliviano requiere de mecanismos que la hagan efectiva que es, precisamente, el tema que se aborda en los siguientes capítulos, más aun cuando existe una serie de escenarios de conflicto que se generan desde el propio texto constitucional.

Por otra parte, la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano viene caracterizado por la presencia, en un mismo nivel al de las leyes nacionales y los estatutos autonómicos, a las cartas orgánicas cuya “naturaleza jurídica” es definida por el artículo 60 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización así como su sujeción en cuanto contenidos mínimos y procedimientos aplicables para su aprobación en los artículos 61 y 62 de la misma Ley y su procedimiento de reforma en el artículo 63.

En síntesis, lo expuesto en el presente capítulo permite sostener que el ejercicio de la potestad de generación normativa (v. gr.: legislativa, reglamentaria), íntimamente ligadas al ejercicio de la potestad de administración de justicia, forma parte de un ordenamiento jurídico caracterizado por acoger la existencia de una pluralidad y pluralismo jurídico que terminan por presentarlo como caracterizado por la presencia de varios subordenamientos jurídicos dentro de los que destacan los de cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y de cada uno los pueblos campesinos. Su reconocimiento no se limita a lo previsto en el texto constitucional sino que también se encuentra así afianzado en instrumentos normativos internacionales de derechos humanos que gozan de la condición de supremacía con relación a aquél, operando como fuente y fundamento para el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico nacional.

Lo preocupante, es la tendencia a negar los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos al limitarlos a través de instrumentos normativos de jerarquía infra constitucional así como las limitaciones en la concepción del ejercicio de su derecho a la autodeterminación con la imposición de formas y procedimientos contrarios a los que tienen o deseen aplicar.

Capítulo 2

El control de constitucionalidad y el control de legalidad en Bolivia

1. Introducción

El ingreso en vigencia del texto constitucional aprobado mediante referéndum el mes de enero de 2009 plantea el desafío de incorporar una amplia gama de instrumentos normativos que desarrollen su contenido y ajustar otros que se gestaron durante varias décadas bajo un marco diferente.

No es, por su naturaleza, una tarea sencilla. Pero el grado de dificultad es mayor cuando las primeras leyes nacionales emanadas de la Asamblea Legislativa Plurinacional, varios decretos del Ejecutivo y un alto número de sentencias del accidental Tribunal Constitucional Plurinacional de Morales evidencian un complejo alejamiento del contenido del texto constitucional. También, porque no se han logrado superar niveles de pasión que llevan a presentar como fundamento de un accionar anticonstitucional a la urgencia de impulsar la reconstrucción de imaginarios escenarios de hace más de quinientos años atrás, de procesos de cambio abstractos, de procesos de descolonización o de procesos de venganza histórica contra nadie sebe quienes entre muchos otros argumentos inconsistentes.

Apremia comprender que el primer decenio del siglo que inicia se caracterizó, entre otros aspectos, por escenarios rápidamente cambiantes y crecientes demandas individuales y colectivas que se potenciaron gracias a diversos factores como el desarrollo tecnológico que

se vienen intensificando... concentrarse en el pasado es, simplemente, condenarse a perder de vista el futuro.

Son pautas de escenarios futuros que pueden visualizarse y en los que será muy importante, para evitar conflictos de magnitudes indescriptibles, haber construido un orden jurídico coherente y cohesionado en el que los instrumentos normativos que lo integren presenten contenidos dinámicos, integradores y acogedores de la demanda de potenciamiento del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Es igualmente importante reconocer que la privilegiada ubicación jerárquica del texto constitucional en el ordenamiento jurídico favorece la conducción a unidad de la heterogeneidad existente con respeto de las identidades en tanto se tenga asumido que ello es posible a partir de tenerse garantizadas la preservación y la protección de la libertad y de la dignidad de todo ser humano tal como lo establecen los principales instrumentos normativos internacionales de derechos humanos.

Los pueblos indígenas, originarios y campesinos bolivianos no son ajenos a lo manifestado, es más, se constituyen en actores relevantes por los aportes que puedan concretar a través de los productos del ejercicio de sus potestades de generación legislativa, reglamentaria y de administración de justicia. Mayor protagonismo adquieren estos cuando se tiene presente que Bolivia cuenta con un ordenamiento jurídico integrado por varios subordenamientos que resultan ser, en su conjunto, expresión de la pluralidad y del pluralismo jurídico.¹⁴²

142 Bidart Campos (1987: 263) señala que “En la teoría del sistema (o orden) jurídico, uno de los problemas a resolver es el de su ‘identidad’ o ‘unidad’, y consiste en buscar un criterio que permita ‘identificar’ o ‘unificar’ a una serie de normas como formando parte de un mismo sistema (u orden) jurídico, o como siendo miembros de un sistema que es ‘uno’ y ‘el mismo’. La ‘membreía’ o pertenencia (o el de ser miembros o partes) que identifica o unifica a las normas de un sistema jurídico requiere como criterio de identidad, según Tamayo y Salmorán, que todas las normas tengan, por lo menos, una norma común, y esa norma común es posible descubrirla en la

Contexto en el que resalto mi convicción sobre el hecho de que la diversidad no es, por sí misma, un factor de confrontación o de violencia ni justificación para la desunión, al contrario, correctamente asumida, permite la construcción de elevados y sólidos niveles de unidad en base al consenso con los beneficios que de ello se derivan para todas y cada una de las personas que integran el Estado. Por ello traigo a colación las palabras de María Luisa Balaguer Callejón cuando sostiene que:

[...] el sustrato pluralista del Estado constitucional de Derecho conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, que impide considerar al ordenamiento mismo como algo preestablecido. Por el contrario, es la Constitución ahora la que debe reducir a unidad esa pluralidad. Es la Constitución, en definitiva la que permite reconstruir el ordenamiento. De ahí la trascendencia que adquiere, en esta nueva situación, la interpretación constitucional. En efecto, esa *función unificadora* se verá facilitada u obstaculizada (incluso impedida) dependiendo de la existencia de reglas de interpretación que hagan posible la integración del pluralismo, no solo en los procesos de producción de normas sino también en los procesos de aplicación del Derecho¹⁴³.

Criterio que asentado en el análisis del constitucionalismo español difiere, para el caso boliviano, en la ubicación jerárquica del texto

constitución como conjunto normativo proveniente del primer acto creador del sistema. De esa forma, las llamadas ‘cadenas de validez’ (Raz) o ‘cadenas normativas’ (Tamayo y Salmorán) tienen su punto de comienzo o arranque en la constitución, que contiene las normas conforme a las cuales son creadas, directa o indirectamente, todas las otras normas del mismo sistema jurídico: la constitución viene a ser la norma común a todas las cadenas normativas derivadas”. En el caso boliviano, ese elemento aglutinador son los derechos humanos que operaron como fuente y fundamento para la elaboración del texto constitucional vigente, como tengo precisado en el capítulo precedente.

143 Balaguer Callejón, 1997: 24.

constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano toda vez que, como precisé en el capítulo anterior, éste se encuentra en un nivel privilegiado pero inferior a la de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, por ejemplo. Pero estas especificidades locales no desvirtúan que a aquél texto le corresponde cumplir con la función, en el Estado, de proteger la libertad y la dignidad del ser humano.

Consecuentemente, como lo expresa Balaguer Callejón, no basta con reconocer la existencia de una jerarquía normativa sino que se requiere el desarrollo de mecanismos efectivos que aseguren la construcción de unidad, para lo cual resultan determinantes los sistemas de control de constitucionalidad y de control de legalidad.

Motivaciones que derivan en necesario analizar el contenido del Título III denominado “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional” del texto constitucional, además de otros artículos e instrumentos normativos, precisando las fortalezas y la debilidades que se presentan en torno al control de constitucionalidad y al control de legalidad, porque aun cuando se ha mantenido invariable buena parte de lo que ya se tenía establecido en el texto constitucional de 1967 y sus reformas, especialmente las concretadas en 1994 y 2004, destacan ciertas novedades por su directa incidencia en el ejercicio de las potestades de generación legislativa y reglamentaria y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Al efecto en las siguientes líneas describo brevemente la evolución del sistema de control de constitucionalidad en Bolivia así como las condiciones que operan en la tipificación de un sistema de control de esa naturaleza como completo (o pleno) por su incidencia, reitero, en el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Desarrollo similar análisis sobre el control de legalidad que, se entiende, presenta características propias que lo diferencian del anterior pero es igualmente relevante para el tema central de estudio.

De esta forma, a partir de la adecuada comprensión de las diferencias sustanciales existentes entre el control de constitucionalidad

y el control de legalidad, se clarifica cuál es el que, en definitiva, debe operar con relación al ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos conforme a lo previsto en los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos, los del derecho comunitario y el propio texto constitucional.

Debe tenerse presente, en todo momento, que pese a la existencia de un amplio número de subordinamientos jurídicos existentes en Bolivia, todos forman parte de un ordenamiento jurídico: *el boliviano*.

2. El sistema de control de constitucionalidad boliviano

Las reformas constitucionales operadas en 1994¹⁴⁴ al texto constitucional de 1967 presentaron, entre otras, dos novedades que inciden en el desarrollo del tema central que se aborda en el presente estudio. Por una parte se encuentra el establecimiento de un Tribunal Constitucional¹⁴⁵, como parte del Poder Judicial¹⁴⁶, encargado de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia; y, por otra, el reconocimiento a los pue-

144 Mediante Ley N° 1473 de 1 de abril de 1993 se declaró la necesidad de la Reforma de la Constitución Política del Estado de 1967 en 37 artículos; posteriormente, se promulgó la Ley N° 1585 de 12 de agosto de 1994, de Reforma de la Constitución Política del Estado.

145 “Artículo 116. I. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito [...]”. “Artículo 116.IV. El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”.

146 Esta incorporación no fue alterada por la reforma a la Constitución iniciada con la Ley N° 2410, Ley de Necesidad de Reformas a la Constitución Política del Estado, promulgada en agosto de 2002, a la que le siguieron, primero, la Ley N° 2631 de 20 de febrero de 2004 que modificó e incorporó varios artículos en la Constitución (15 en total) y, luego, la Ley N° 3089 de 6 de julio de 2005 que modificó el artículo 93.III de la Constitución y se rechazaron las reformas contenidas en la Ley N° 2410 que no habían sido incluidas anteriormente por la Ley N° 2631.

blos indígenas, originarios y campesinos de las potestades de generación normativa y de administración de justicia.

En ambos casos se atribuyó al Legislativo la tarea de elaborar las leyes que desarrollen el contenido constitucional correspondiente. En lo referente a las potestades de generación normativa y de administración de justicia de esos pueblos, la Ley requerida, no llegó a emerger o incorporarse al ordenamiento jurídico local. En cambio, aunque con bastante lentitud, se logró aprobar la Ley N° 1836 el 1 de abril de 1998, denominada “Ley del Tribunal Constitucional”, cuyas previsiones posibilitaron posteriormente la designación de los primeros Magistrados y, luego, el inicio de sus actividades jurisdiccionales¹⁴⁷; proceso que derivó en la paulatina asimilación de la urgencia por transitar de una concepción del texto constitucional como importante en el ordenamiento jurídico a otra ligada al concepto de Estado constitucional¹⁴⁸ incluyendo, en ese ámbito, lo concerniente a los derechos y a las potestades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

El accionar de ese Tribunal evidenció un adecuado grado de flexibilidad en sus decisiones que no anularon la vida del texto constitucional ni llevaron a experimentar mutaciones que alteraran sus contenidos normativos, es decir preservó la estabilidad que ese texto requería para su efectiva vigencia¹⁴⁹ como se evidencia cuando se tiene presente que bajo las directrices contenidas en ese instrumento normativo se encau-

147 El 13 de diciembre de 2007 se concretó el accionar gubernamental orientado a descabezar al Tribunal Constitucional de Bolivia al precipitar renuncias de los Magistrados, lo cual dejó sin quórum legal a éste órgano para poder ejercer su labor de control de constitucionalidad y resolver, en revisión, los recursos de hábeas corpus o amparo constitucional, entre otros. Ver Boletín Informativo del Tribunal Constitucional, año 9, N° 22, diciembre de 2007, Sucre, Bolivia.

148 Sobre la evolución del constitucionalismo en el siglo XIX, referencia ineludible para la comprensión de la evolución del Estado constitucional en Latinoamérica, puede acudir a Gros Espiel, 2002: 143-163. Sobre el Estado constitucional es ilustrativo acudir a Cea Egaña, 2005: 43-56.

149 Ver Goitia Caballero, 2003: 861-862.

só la formación de una Asamblea Constituyente o que sus contenidos operaron como regla básica del trabajo desplegado en la Asamblea Constituyente de 2006 y el Congreso Nacional hasta el referéndum de enero de 2009; también, por la ultra actividad de varios de sus contenidos que se proyectan hasta el presente.

Son elementos que permiten comprender por qué en el texto constitucional vigente se mantuvo un órgano de control de constitucionalidad específico (ahora denominado Tribunal Constitucional Plurinacional) así como el haberse mantenido invariables las principales atribuciones previstas en la reforma de 1994. Las reformas, en algunos casos sustanciales, responden a otros factores, por ejemplo, las de su denominación ligadas a la adopción de un modelo de corte consociacional imperfecto o la forma de organización territorial ligada a la adopción de un régimen de autonomías regionales, departamentales, municipales e indígenas, entre otros aspectos. En este sentido corresponde resaltar los siguientes artículos:

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.

III. *La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.*

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

[...]

Artículo 196.- I. *El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.*

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Conjunto de artículos que lamentablemente ponen en evidencia cómo es que, pese a los esfuerzos desplegados, no se alcanzaron los niveles de precisión técnica que beneficie a las bolivianas y a los bolivianos, en altísimo grado por la falta de coincidencia entre los tiempos políticos del oficialismo para la reelección presidencial y los emergentes de un proceso de elaboración de un texto constitucional que sea expresión de consensos democráticamente gestados.

Pero independientemente de esa crítica genérica, que con seguridad encontrará quienes la desarrollen con la amplitud que amerita, en esta oportunidad me limito a resaltar que en términos sencillos el texto constitucional vigente diferencia la administración de justicia constitucional de otras.

2.1 Breve referencia histórica del control de constitucionalidad en Bolivia

Tomando las palabras de Rivera Santibáñez¹⁵⁰, los modelos de control constitucional adoptados en Bolivia pueden ser agrupados, por razones metodológicas, en tres etapas:

En la primera (1826-1861), bajo la influencia del liberalismo francés, adoptó el modelo político de control de constitucionalidad. En la segunda etapa (1861-1994)¹⁵¹, se adoptó el modelo americano, es decir, el sistema jurisdiccional difuso de con-

150 Rivera Santibáñez, *Supremacía Constitucional...*: 54.

151 Rivera señala en nota al pie: “Se toma en cuenta este año por la reforma constitucional en la que fue creado el Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de constitucionalidad, aunque dicho Tribunal recién inició oficialmente su labor jurisdiccional el 1º de junio de 1999”.

trol de constitucionalidad¹⁵². Finalmente en la tercera etapa (1994 en adelante), adoptó el control jurisdiccional mixto con presencia de los elementos del modelo americano o control difuso y el modelo europeo o control concentrado.

Esa tercera etapa se presentó como verdaderamente novedosa en el contexto local¹⁵³ al grado de haber requerido el despliegue de una serie de esfuerzos orientados a superar desconfianzas, recelos y temores. Algo natural si se toma en cuenta que ese tipo de cambios generan incertidumbre al modificarse reglas a las cuales se estaba acostumbrado, así como representan un desafío al tener que asimilarse una nueva concepción de los principios desprendidos de valores que por largo tiempo habían permanecido como elementos abstractos y carentes de efectos jurídicos en la resolución de conflictos constitucionales. Si bien los resultados fueron altamente favorables no es menos cierto que se generaron diversos debates en torno a varios temas que no alcanzaron

152 Rivera señala en nota al pie: “Cabe aclarar que en el texto constitucional aprobado en la reforma del año 1861, paralelamente al control jurisdiccional de constitucionalidad que se introdujo en la reforma, se mantuvo el modelo político de control de constitucionalidad encomendado al Consejo de Estado, el mismo que fue suprimido en la reforma constitucional de 1868, para luego ser restituido en la reforma constitucional de 1871, hasta que en la reforma constitucional de 1878 se suprimió definitivamente el Consejo de Estado y solo se mantuvo modelo de control jurisdiccional difuso”.

153 Para contextualizar estas palabras en el escenario latinoamericano, vienen a ser relevantes las palabras de César Landa cuando señala que: “[...] desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina se ha instalado en la forma de tribunales o cortes constitucionales (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala y República Dominicana), así también como una nueva competencia de la Cortes Supremas (Brasil, México, Argentina) o de una sala especializada de estas (Costa Rica, Venezuela). Ello pone en evidencia dos cosas: una jurídica, que el Estado de derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales y, otra política, que dada la experiencia autoritaria en la región —militar o civil—, no puede haber justicia constitucional, ni Derecho sin democracia, como tampoco democracia sin Derecho ni justicia constitucional” (Landa, 2010: 30).

a traducirse en niveles de consenso y, uno de ellos, fue el que versó sobre si Bolivia se había dotado de un sistema de control constitucional concentrado o mixto¹⁵⁴.

El problema radicaba, esencialmente, en que la reforma constitucional de 1994 había mantenido en el texto constitucional dos previsiones que respondían a lógicas diferentes: a) el artículo 116.IV donde señalaba que “El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”, dando lugar a sostener que se tenía un sistema de control de constitucionalidad concentrado; y, b) el artículo 228 que señalaba “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. *Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”, es decir, una previsión cuya segunda oración presentaba un contenido que resulta propio de un sistema de control de constitucionalidad difuso.

Era un tema complejo cuya importancia se apreciaba en las derivaciones prácticas que se producían al adoptar una u otra posición al momento de dar solución a problemas constitucionales concretos, por cierto, íntimamente ligados con la posición jerárquica del texto constitucional en el ordenamiento jurídico.

La solución se fue gestando lentamente hasta ser acogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y consistía en que los jueces o los servidores públicos responsables de administrar justicia en procesos judiciales o administrativos debían activar de oficio o a instancia de

154 Francisco Fernández Segado, al referirse al proceso de aprobación de la Ley N° 1836 de 1 de abril de 1998 del Tribunal Constitucional que siguió a la reforma constitucional de 1994, señalaba: “Tres años harían falta para que la norma referente al Tribunal Constitucional fuese una realidad. Ello debido a la oposición más o menos soterrada de ciertos sectores del Poder Judicial, la incomprensión del auténtico rol y significado de un Tribunal Constitucional y el no excesivo entusiasmo de los poderes públicos frente a la institucionalización de un órgano de control encaminado a hacer primar la Constitución frente a cualquier acto de poder [...]” (1998: 79).

parte el control constitucional correctivo por la vía incidental cuando era posible que en el caso concreto se aplique, en la resolución final, un instrumento normativo cuyo proceso de formación o contenido parcial o total era percibido como contrario a lo previsto en el texto constitucional; la resolución final del caso concreto quedaba en suspenso en tanto no se tenga la respuesta del Tribunal Constitucional, lo cual resultaba absolutamente coherente con los valores y principios reflejados en el marco normativo vigente en ese tiempo. De esa forma el Tribunal Constitucional mantenía la exclusividad en el ejercicio del control constitucional toda vez que solo éste podía declarar inconstitucional una ley, un decreto u otras resoluciones; o, en otros términos, permitió despejar dudas al grado de ser incuestionable que los servidores públicos (incluidos jueces y tribunales) no podían determinar válidamente la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del contenido de un instrumento normativo (v. gr.: leyes o decretos supremos) por considerarla inconstitucional al ser esa una atribución exclusiva del órgano de control constitucional denominado Tribunal Constitucional.

Pero esa práctica y línea jurisprudencial no anulaban la existencia de una antinomia constitucional que generaba roces de variada intensidad entre los diversos espacios en los que se ejercía poder público o en la administración de justicia ordinaria, y, tampoco, atenuaron las disputas entre particulares al tiempo de demandar el respeto a los contenidos del texto constitucional vigente en ese tiempo.

Por ello se atesoraba que la Asamblea Constituyente, tomando en cuenta la experiencia acumulada y la línea jurisprudencial gestada, introduzca las correcciones en el proyecto de texto constitucional que debía elaborar para que con claridad y coherencia se superen esas dificultades. Pero los resultados no fueron los esperados pese a los esfuerzos que desplegamos desde la oposición para alcanzar los niveles de precisión técnica que se esperararía de una verdadera tarea constituyente en los tiempos actuales.

Por ello, nuevamente, la lectura detenida del texto constitucional presenta previsiones en las que parece incuestionable que el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio del control constitucional pero, al mismo tiempo, se identifican otras que podrían dar lugar a malinterpretaciones en sentido de que ese control puede ser aplicado directamente por jueces o servidores públicos que administran justicia en sede jurisdiccional o administrativa.

Escenario que se agravó “a vuelta de página”, como se dice vulgarmente, cuando las primeras leyes que emergieron de la Asamblea Legislativa Plurinacional terminaron por agregar nuevos y mayores niveles de incertidumbre a partir de su alejamiento del contenido del texto constitucional. Ténganse presentes las palabras del profesor Nestor Pedro Sagüés cuando sostiene, con total acierto, que “[...] una lectura rápida del texto constitucional puede conducir a la tesis de que no hay allí control difuso, sino más bien concentrado de constitucionalidad, a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional[...]”, citando al efecto los artículos 196, 202.1, 202.8, 209.9 y 202.10. Sin embargo, el profesor Sagüés identifica en el artículo 101.1 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, “una ventana para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas”. A ello agrega que el mayor problema radica en la Ley del Órgano Judicial; al respecto señala que:

Una segunda ventana, por cierto potencialmente más amplia, es el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial, que dispone que dicho órgano (compuesto por la justicia ordinaria y la de los pueblos indígenas) ‘sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, las leyes y reglamentos, respetando la jerarquía normativa y la distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria[...]’ Tal regla, de factura su constitucional, autorizaría expresamente el control difuso de constitucionalidad. Ahora bien: ¿cómo se compatibiliza lo dispuesto por dicho

art. 15 de la Ley del órgano judicial, que como vemos permite el control difuso, debiendo aplicar (él mismo) la constitución, con el art. 109 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que según citamos, solamente habilita al juez común, de oficio, o a instancia de parte, a 'promover' la acción de inconstitucionalidad concreta, remitiendo el expediente al Tribunal Constitucional para que decida al respecto?

Es de lamentar que esa incoherencia normativa entre las dos leyes no haya sido resuelta por el mismo legislador [...]

En el caso boliviano, la nueva constitución 2008/9 parece inclinarse hacia un sistema de control concentrado, es decir, no difuso, monopolizado por el Tribunal Constitucional. No obstante, existen algunos párrafos constitucionales, y el art. 15 de la ley del Órgano Judicial, que abonan la posibilidad de un cierto control difuso o desconcentrado. El tema es complejo y opinable, y será bueno que resulte definido prontamente por el Tribunal Constitucional Plurinacional.¹⁵⁵

Frente a este tipo de críticas se esgrimen justificaciones de lo más pintorescas que no logran ocultar el evidente error en el que incurrió la Asamblea Legislativa Plurinacional al incorporar en la Ley del Órgano Judicial una previsión que termina por ser, simplemente, inconstitucional. Además, evidencia una realidad: muchos legisladores ignoran el contenido del texto constitucional, lo cual es entendible y no podría exigirse a quienes asumen esa función que sean todos consumados constitucionalistas, pero sí es altamente negativo y de alto riesgo que esos actores opten por levantar la mano para aprobar lo que se les presenta sin buscar asesoramiento o escudarse en esa limitación para ocultar un accionar que responde a coyunturales cálculos político partidarios de corte autoritario en el que actos abiertamente inconstitucionales terminan camuflados por un velo de legalidad formal gestado en el

155 Sagüés, *Justicia Constitucional Difusa...*, 2010: 59-61 (n. a.: las cursivas y resaltado es nuestro).

Legislativo, usualmente acompañado de un despliegue de acciones manipulativas de jueces y fiscales que terminan silenciando al que critica o al que cuestiona sometiéndolo a la tenaz persecución penal por supuestos delitos (calificar al opositor o disidente como corrupto o sedicioso esta de moda).

Pero independientemente de esa opinión, con la que se podrá coincidir o no, lo evidente es que el texto constitucional boliviano plantea un sistema de control constitucional con complejidades que ya las tenía identificadas desde la reforma de 1994 al texto constitucional de 1967 sin que se las lograra superar en las reformas de 2004 y 2005.

Existe una antinomia constitucional cuya solución se la encuentra a partir de lo que informa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Comunitario y el constitucionalismo local. Ámbitos que derivan en diferenciar el instrumento normativo que se debe aplicar en el caso concreto y, al mismo tiempo, la calidad en la que actúa quien administra justicia o genera un instrumento normativo. En ambos casos opera, como elemento ordenador, el deber y la obligación primordial que tiene el Estado (entiéndase la administración pública en sentido amplio, abarcando en ella a los órganos judicial, legislativo y electoral así como sus equivalentes en los diversos niveles de gobierno sub nacional) de respetar y proteger la libertad y la dignidad de todo ser humano, además de ser estas reconocidas como inviolables:

- a) En la generación normativa boliviana (legislativa o reglamentaria) y la administración de justicia en casos concretos, los servidores públicos (de todos los niveles de gobierno, incluidos, por cierto, jueces, fiscales y otros) deben aplicar directamente el contenido de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contenidos en otros instrumentos normativos (incluyendo en estos últimos al propio texto constitucional y las norma del derecho Comunitario) sin necesidad de tener que acudir al Tribunal Constitucional u otro órgano local. Por cierto, en caso de duda, opera el principio *pro homine* como re-

gla de creación normativa, interpretación y aplicación tal como precisa el profesor Sergio García Ramírez¹⁵⁶. Téngase presente que, a manera de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁵⁷.

156 García Ramírez, 2008: 363 donde señala: “30. Ha existido un debate, que persiste y probablemente persistirá, a propósito de la jerarquía de los órdenes nacional (constitucional, primordialmente) e internacional (tanto en general, como a propósito, específicamente, de los derechos humanos o del régimen internacional humanitario). Difícilmente se alcanzará un criterio unánime en torno a esta cuestión.

31. Sin embargo, el reconocimiento de la dignidad humana como preocupación y eje de la sociedad democrática y la vigencia efectiva de los derechos humanos ganarían un espacio decisivo si quedase claramente establecido que siempre se optará por la norma que brinde mayor protección al ser humano (principio de la norma más favorable: reconocimiento expreso de *pro homine* como regla de creación normativa, interpretación y aplicación). Esto permite superar las tensiones y contradicciones que han existido en este ámbito”.

157 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, § 124.

- a) En la generación normativa (legislativa o reglamentaria) y la administración de justicia en casos concretos los servidores públicos (incluyendo a jueces, fiscales y otros de todos los niveles de gobierno) deben aplicar directamente el contenido de las normas del derecho comunitario que versen sobre derechos humanos cuando declaren derechos más favorables a los contenidos en otros instrumentos normativos (incluyendo en estos últimos al propio texto constitucional u otros instrumentos normativos internacionales), también, sin necesidad de tener que acudir al Tribunal Constitucional u otro órgano local. Únicamente cabe tomar en cuenta si existen mecanismos comunitarios de consulta previa, como acontece en el ámbito de la Comunidad Andina, para ciertos casos de duda. Contexto en el que son relevantes las palabras del profesor Luis Carlos SÁCHICA cuando sostiene que:

No basta, para la vigencia plena de un orden jurídico, que los jueces comunitarios retiren del mismo y las hagan inaplicables declarando su invalidez las normas secundarias contrarias a su basamento normativo, ni que sancionen el incumplimiento de cualquiera de sus leyes. Es necesario, además, en un ordenamiento comunitario, como el andino, que los jueces nacionales den aplicación directa y prevalente sobre los de su País a las normas del proceso de integración, y que esa aplicación sea uniforme en los cinco Países Miembros. Esto es, que el derecho andino sea realmente común, unívoco, general. De esta manera se produce, paralelamente a la integración económica, la necesaria integración jurídica [...] La interpretación prejudicial es una articulación entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los jueces nacionales para fijar el sentido en que debe ser aplicado el derecho andino¹⁵⁸.

- b) Cuando se esta frente a un instrumento normativo boliviano (v. gr.: leyes nacionales, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decre-

158 SÁCHICA, 1985: 150.

- tos u otros instrumentos normativos gestados en cualquiera de los niveles de gobierno bolivianos) que estando vigente encuentra cuestionamientos sobre su constitucionalidad (ya sea en torno a sus proceso de aprobación o contenido sustancial) aunque no con el de instrumentos normativos internacionales de derechos humanos o las normas del derecho comunitario, no vinculado a un caso concreto, corresponde que se active el control correctivo o posterior de constitucionalidad a través del procedimiento previsto al efecto ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. Consecuentemente, no es potestad ni competencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Presidente del Ejecutivo, de los jueces ordinarios, de fiscales o las autoridades de los pueblos indígenas, originarios o campesinos u otros servidores públicos declarar la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad del contenido de todo o parte de un instrumento normativo (sea una ley, decreto u otra resolución).
- c) Cuando se esta frente a un instrumento normativo boliviano (v. gr.: leyes nacionales, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos u otros instrumentos normativos gestados en cualquiera de los niveles de gobierno) que estando vigente encuentra cuestionamientos sobre su constitucionalidad (ya sea en torno a sus proceso de aprobación o contenido sustancial) aunque no con el de instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos o las normas del Derecho Comunitario, y está vinculado a un caso concreto, en sede jurisdiccional o en sede administrativa, corresponderá al juez o servidor público elevar la consulta (de oficio o a petición de parte) sobre la constitucionalidad de la norma al Tribunal Constitucional Plurinacional de la misma forma en la que se operaba bajo la vigencia de la Ley N° 1836, pero ahora, en atención a lo previsto en el artículo 202.1 y el Código Procesal Constitucional. En este supuesto opera lo previsto en el artículo 3 (Principios procesales de la justicia constitucional) de ese Código donde se señala: “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional así como

las Juezas, los Jueces y Tribunales, a tiempo de impartir justicia constitucional, se regirán por los siguientes principios: 1. Conservación de la Norma). En los casos en los que una ley admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en todo momento optará por la interpretación que sea compatible con el texto constitucional. [...]”¹⁵⁹. Nótese que no se ha incluido en la redacción de este artículo a los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario o los Tratados Internacionales en general.

- d) Para los casos en los que existe una duda sobre la constitucionalidad (en torno al procedimiento de aprobación o contenido sustancial) de un instrumento normativo local que no ha culminado su proceso de formación cabe aplicar el control constitucional preventivo o a priori.

Esta diferenciación en la aplicación y forma de proceder responde, por tanto, a lo previsto en el ordenamiento jurídico boliviano y reafirma mi posición en sentido de ser lamentable que a través de las leyes N° 025 del Órgano Judicial y la N°027 del Tribunal Constitucional (en el

159 El artículo 5 de la Ley N° 027, del Tribunal Constitucional, señalaba bajo el nomen iuris de “Presunción de Constitucionalidad” que: “Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad”. Dejaba, para el artículo 3, los principios que rigen la justicia constitucional. Es decir, esa presunción de constitucionalidad operaba como una regla, en tanto que en el Código lo hace como un principio, lo que trae o apareja una compleja gama de variantes en el desarrollo de esa actividad jurisdiccional que ameritaría un desarrollo amplio, pero que, sin ingresar a el, lo dejo planteado como provocación para el debate. Particularmente relevante tener en mente es que la Disposición Final Tercera del Código Procesal Constitucional señala: “A partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, queda derogada la parte segunda de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 6 de julio de 2010”. Es decir, dejó vigentes (aunque con algunas modificaciones), los artículos de la parte primera de la Ley N° 027 que van del 1 al 38.

caso de ésta, sin que se hubiese introducido corrección alguna con el Código Procesal Constitucional), entre otras, se vulnere el contenido del texto constitucional y se habiliten escenarios favorables para la vulneración de los Derechos Humanos.

Es importante precisar, para finalizar, que los criterios esgrimidos son plenamente aplicables en el ámbito del ejercicio de las potestades de generación normativa (legislativa y reglamentaria) y de administración de justicia en los pueblos indígenas, originarios o campesinos. No son sus autoridades las que pueden determinar si una ley nacional, un estatuto autonómico departamental o una carta orgánica es, por su proceso de formación, o alguno de sus contenidos, inconstitucional y por tanto dejar de aplicarlo. En el mismo sentido, no son los servidores públicos (en sentido amplio incluidos jueces y fiscales) nacionales, departamentales o municipales los que puedan ignorar, obviar o eludir dar aplicación a los contenidos de instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, de las normas de Derecho Comunitario, de tratados internacionales en general o las normas de los pueblos indígenas, originarios o campesinos.

2.2 Requisitos o condiciones para la existencia del control de constitucionalidad

Teniendo presente la existencia de una diversa configuración de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano con relación a la que presentan otros Estados, cabe analizar algunos aspectos relevantes del sistema de control constitucional vigente para lo cual son de gran valor las categorías que aplica el profesor Sagüés¹⁶⁰ para poder tipificar un sistema de control de constitucionalidad como “completo (o pleno)”; así, tenemos: “a) constitución total o parcialmente rígida; b) órgano de control independiente del órgano controlado; c) facultades decisorias

160 Sagüés, 2001b: 431.

del órgano de control; d) posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos la norma o acto inconstitucional; y, e) sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad”.

Tomando como base estos cinco factores, corresponde determinar si es posible sostener que en el ordenamiento jurídico boliviano existe un sistema de control de constitucionalidad completo (o pleno).

a) *Constitución total o parcialmente rígida*¹⁶¹: en principio es necesario recordar que el procedimiento previsto por el texto constitucional vigente hasta antes de febrero de 2009 habilitaba dos vías para su reforma, una parcial y otra total (artículos 230¹⁶², 231¹⁶³ y 232¹⁶⁴), variando el procedimiento en uno y otro caso¹⁶⁵ pero, en ambos, objetivamente diferentes a aquel aplicable para la reforma legislativa ordinaria. Por su parte, el tex-

161 *Op. cit.*: 434, donde se señala que “[...] existencia (es decir, la vigencia real) de uno o más tramos rígidos en la constitución. Dichos sectores (o la totalidad de la constitución) no modificables por procedimiento legisferante ordinario, tienen *supremacía constitucional* y *justifican*, en principio, invalidar al derecho infra constitucional que se les oponga”.

162 “Artículo 230. I. Esta Constitución puede ser parcialmente reformada, previa declaración de la necesidad de la reforma, la que se determinará con precisión en una ley ordinaria aprobada por dos tercios de los miembros presentes en cada una de las Cámaras.

II. Esta ley puede ser iniciada en cualquiera de las Cámaras, en la forma establecida por esta Constitución.

III. La ley declaratoria de la reforma será enviada al Ejecutivo para su promulgación, sin que éste pueda vetarla”.

163 “Artículo 231. I. En el nuevo período constitucional, se considerará el asunto por la Cámara que proyectó la Reforma y, si fuera aprobada por dos tercios de votos, se pasará a la otra para su revisión, la que también requerirá dos tercios.

II. Los demás trámites serán los mismos que la Constitución señala para las relaciones entre las dos Cámaras.

III. Las Cámaras deliberarán y votarán las reformas ajustándolas a las disposiciones que determinen la Ley de Declaratoria de aquella.

IV. La Reforma sancionada pasará al Ejecutivo para su promulgación, sin que el Presidente de la República pueda observarla.

to constitucional vigente también ha establecido dos procedimientos para su reforma, uno para la reforma parcial y otro para la total (artículo 412)¹⁶⁶, en ambos casos, diferentes a los previstos para la reforma legislativa ordinaria.

V. Cuando la enmienda sea relativa al periodo constitucional del Presidente o Vicepresidente de la República, entrará en vigencia solo en el siguiente período constitucional”.

164 “Artículo 232. La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de Convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República”.

165 La Ley N° 3346 “Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente” señalaba en su artículo 26, bajo el *nomen iuris* de “referéndum constituyente”, que: “Concluida la misión de la Asamblea Constituyente, el Poder Ejecutivo convocará a Referéndum Constituyente, en un plazo no mayor a ciento veinte días a partir de la convocatoria. En dicho Referéndum, el pueblo boliviano refrendará, por mayoría absoluta de votos, el proyecto de la nueva Constitución en su totalidad, propuesto por la Asamblea Constituyente”. Por su parte, el artículo 27 de la misma ley señalaba que “En caso de no reunirse la mayoría absoluta, continuará en vigencia la Constitución ordenada mediante Ley N° 2650, de fecha 13 de abril de 2004 y Ley 3089 del 6 de julio del 2005”.

166 “I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se auto regulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

Podría sostenerse, por tanto, que Bolivia cuenta con un texto constitucional cuya reforma es parcialmente rígida y, en todo caso, diferente al de otros instrumentos normativos locales. Pero limitarse a ello para extraer conclusiones implicaría actuar precipitadamente porque tal como advierte el profesor Sagüés, para calificar la rigidez o flexibilidad del texto constitucional no basta con restringirse al contenido escrito de su articulado sino que deben tomarse en cuenta otros factores: “[...] el conjunto de hábitos jurídicos y de las mutaciones constitucionales operadas por la vía del derecho judicial, del derecho consuetudinario o de la misma normatividad infra constitucional”¹⁶⁷.

El resultado, aplicando este criterio, es otro; pone en evidencia el complejo debilitamiento de esa semi rigidez constitucional. Sería larguísimo enumerar los ejemplos que sustentan esta afirmación, por ello, además de otros mencionados en líneas precedentes, tomo dos particularmente claros. El primero se lo encuentra en el propio proceso de elaboración del texto constitucional vigente donde fue patente el sistemático alejamiento de las reglas básicas que se tenían previstas para el trabajo de la Asamblea Constituyente, sin margen a dudas en torno a la debilidad de la rigidez de la reforma constitucional¹⁶⁸. Sustenta esta afirmación, entre otros argumentos igualmente sólidos, que el texto constitucional de 1967 reformado establecía en su artículo 232 que “La reforma total de la Constitución es *potestad privativa de la Asamblea Constituyente* [...]”, elemento reafirmado en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente; pero el texto constitucional vigente emergió de un proceso de aprobación operado en el Congreso Nacional el 20 de octubre de 2008 y no, propiamente, en la Asamblea Constituyente... ¿*potestad privativa*? ;Solo para el anecdotario!

Otro ejemplo es el Decreto Supremo N° 29691 de 29 de agosto de 2008 a través del cual el presidente Morales convocó inconstitucionalmente a un referéndum en su afán de imponer el texto masista emer-

167 Sagüés, *op. cit.*: 433.

168 Serham Jaldin, *op. cit.*: 35-68.

gente de la reunión de los constituyentes del oficialismo en la ciudad de Oruro en diciembre de 2007 pese a ser indigerible para la población y generador de confrontación en Bolivia, con absoluto desapego al sistema democrático y consecuente desconocimiento de la semi rigidez constitucional aludida¹⁶⁹.

También podría efectuarse una larga lista de cómo la ausencia de una cultura democrática y constitucional ha alterado el contenido del texto constitucional casi desde el momento de su vigencia así como la inflación de tipos (penales) que experimentamos desde febrero de 2009; las modificaciones al procedimiento penal que desconocen los valores y principios básicos que encierra el texto constitucional; o, la servil actuación de operadores de justicia que anteponen a la observancia del texto constitucional y de la ley pervirtiendo el sistema de justicia al grado de generar sentencias que pone de manifiesto groseras mutaciones constitucionales. En Bolivia la exigencia de manifestación explícita de voluntad en un documento escrito termina por ser identificada al estar implícitamente contenida en ese documento; en Bolivia una garantía constitucional termina por operar contra el sujeto al cual beneficia; en Bolivia se detiene para investigar; en Bolivia es el imputado en el proceso penal aquel que debe demostrar su inocencia; etc.

169 Cabe precisar que dicho Decreto Supremo motivó el rechazo y desconocimiento por parte de la Corte Nacional Electoral que exigió, como correspondía, un instrumento normativo que responda a la exigencia constitucional, es decir, que sea una Ley de la República la que ordene ese referéndum. Otro ejemplo es el Decreto Supremo No 138, de 20 de mayo de 2009, a través del cual, en franco desconocimiento de principios básicos del Derecho Penal constitucionalmente acogidos, se establece un procedimiento para determinar la jurisdicción, la aplicación de medidas cautelares sobre el patrimonio, medios e instrumentos que hubieran sido utilizados o estuviesen comprometidos, en la comisión de los delitos de terrorismo, sedición o alzamientos armados contra la seguridad y soberanía del país. No menos inconstitucional resulta el contenido de las Leyes N° 004 y N° 007 que a título de lucha contra la corrupción y la delincuencia terminan por desconocer derechos humanos que colocan al imputado en una antesala de condena sin posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, a que se presuma su inocencia, a no ser condenado ni sancionado por una ley anterior al hecho, etc.

Es, consecuentemente, imposible ocultar que las mutaciones del contenido del texto constitucional vigente se dan con una espantosa regularidad en grado tal que terminan por sustentar la afirmación de que Bolivia no cuenta con un texto constitucional parcialmente rígido o, al menos y para los que pretenden brindar un margen de duda a cierto accionar, que su semi rigidez es altamente cuestionable.

Tema sensible toda vez que esas mutaciones fruto de la instrumentalización de la temática indígena, originaria y campesina termina por proyectar esas mutaciones en lo que derechos constitucionalmente reconocidos a esos pueblos. Paradójico, pero real, especialmente cuando se tiene en mente que teóricamente Bolivia es un Estado plurinacional comunitario y tiene adoptado un modelo de gobierno de corte consociacional aunque imperfecto.

b) *Órgano de control independiente del órgano controlado*¹⁷⁰.-El segundo factor resaltado por Sagüés aplicado al caso boliviano requiere tomar en cuenta, con carácter previo, que la reforma constitucional de 1994 estableció en el artículo 116.I que el Tribunal Constitucional era parte del Poder Judicial y, en el artículo 119.I que éste Tribunal era “*independiente y está sometido solo a la Constitución [...]*.”¹⁷¹. En el texto constitucional vigente se ha mantenido la ubicación del órgano de control constitucional en el seno del (ahora) denominado Órgano Judicial tal

170 *Ibíd.*, donde se señala que “[...] el órgano de control no solo tiene que resultar distinto del órgano controlado, sino que además debe ser autónomo de éste, y no depender de él”.

171 Ver la edición del matutino *Correo del Sur* de 27 de noviembre de 2001, Sucre, Bolivia, donde se recoge la noticia sobre la aprobación por el Senado de la República de un proyecto de ley que pretendía establecer la incompetencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones judiciales de cosa juzgada; también se reflejan las opiniones de algunos actores políticos. Es oportuno señalar que dicho proyecto de ley no llegó a convertirse en Ley de la República. Ver Goitia Caballero, *op. cit.*: 821 y ss. También, *El Aporte del Tribunal Constitucional al Fortalecimiento del Estado de Derecho y a la Democracia*, Tribunal Constitucional de Bolivia, editorial Kipus, Sucre, Bolivia, 2005.

como lo establece el artículo 179¹⁷² al incorporarlo en el marco del Título III “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”.

Contexto que permiten recoger y aplicar el razonamiento del profesor Fernández Segado¹⁷³ cuando, durante el proceso de reforma al texto constitucional de 1967 en 1994, respondía a las críticas que se realizaban en torno a que el Tribunal Constitucional terminaría convertido en un cuarto poder al incorporárselo en la estructura institucional como un órgano extra ejecutivo, legislativo o judicial, señalaba que:

La independencia no se predica, pues frente a los demás poderes del Estado, pues la inclusión del Tribunal dentro del Poder Judicial convertiría en palmariamente incongruente tal determinación. Y sin embargo, donde esa independencia cobra su pleno significado es precisamente en la relación del Tribunal con los restantes poderes del Estado, pues, de otro modo, le sería bien dificultoso cumplir con rectitud sus funciones, que en gran medida entrañan la resolución de conflictos de intereses y atribuciones entre esos mismos poderes estatales.

La modificación introducida por la Ley núm. 1585¹⁷⁴ no es nada afortunada y, aparte ya de las presiones antes referidas que

172 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.

III. *La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.*

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

173 Fernández Segado, *op. cit.*: 81.

174 N. a.: Fernández Segado, refiriéndose al cambio del artículo 121 declarado como necesaria modificación a la Constitución de 1967 por la Ley N° 1473 de 1 de abril de 1993 de Necesidad de Reforma Constitucional, producido por la Ley N° 1585 de 12 de agosto 1994 de Reforma de la Constitución Política del Estado.

están en la base misma, es también tributaria de una concepción un tanto caduca y trasnochada de la división de poderes, que en buena medida ignora que uno de los más relevantes criterios de distribución del poder es el de la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos, división cuya efectividad no se limita al momento de la elaboración de la Constitución, sino que ha de manifestarse a lo largo de toda su vigencia, siendo función del Tribunal Constitucional garantizar que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del constituyente [...].

Crítica que termina por ser aplicable al marco previsto para el Tribunal Constitucional Plurinacional en el texto constitucional vigente cuyo artículo 178.I señala que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en el principio de independencia y, en el artículo 178.II, que “Constituyen garantías de la independencia judicial[...] 2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales”.

En este contexto cabe traer a colación que la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, denominada “Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional”, presenta dos artículos bastante interesantes. El artículo 3 en el que se señala:

Artículo 3. (PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL).

Los principios que rigen la justicia constitucional son los siguientes: [...]

3.- Independencia. Explica que la justicia constitucional no está sometida a ningún órgano del poder público.

Interesante, sostengo, porque termina por ser discursivamente agradable al oído o a la vista de quien realiza una lectura apresurada, pero imperfecto e irreal cuando se toma en cuenta el contexto normativo positivo y la práctica en el que se inserta o cuando se lleva a cabo una lectura detenida del mismo.

A manera de ejemplo, es interesante que se sostenga a los cuatro vientos y a voz en cuello que la justicia constitucional no está sometida a ningún órgano del poder público, pero ese ímpetu legislativo termina

por ser un espejismo que oculta la imperfección de la fórmula aplicada cuando se toma en cuenta que habilitado por la Ley N° 003 el Presidente del Ejecutivo designó directamente, mediante Decreto Supremo, a las máximas autoridades del Órgano Judicial y del Ministerio Público... ¿independientes? También, cuando se tiene presente que la justicia constitucional no es independiente de los órganos del poder público, primero, porque es administrada a través de uno de los órganos de poder público acogido en el diseño constitucional boliviano: el judicial; y desde uno de los entes que integran ese órgano es el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Luego, porque el principio de independencia “no explica” nada, como no lo hacen otros principios, sino que en tanto manifestaciones específicas de valores en los que encuentran su razón de ser, generan deberes ineludibles para quienes desarrollan actividades como las de administrar justicia o las de desarrollo legislativo o reglamentario así como derechos directamente exigibles por las bolivianas y los bolivianos. No corresponde en este punto ingresar en un mayor desarrollo, pero sí dejar sentada la posición de que la justicia constitucional no puede ser el resultado de los afanes políticos o intereses coyunturales de actores políticos de los órganos de poder público y que quienes asumen la responsabilidad de conocer y resolver conflictos constitucionales al integrar el órgano de control constitucional deben actuar con independencia de esos y otros factores nocivos.

Otro artículo que califiqué como interesante, sin ocultar el sarcasmo, es el artículo 10 de la citada Ley en el que se señala:

Artículo 10. (INDEPENDENCIA ECONÓMICA). El Tribunal Constitucional Plurinacional goza de independencia económica y presupuestaria.

Interesante, como el anterior, por ser absolutamente inconsistente en el contexto normativo en el que opera. El artículo 37 de la Ley N° 025 señala que “El presupuesto del Tribunal Constitucional Plurinacional

será aprobado en Sala Plena y ejecutado por la Dirección Administrativa; provendrá del Tesoro General del Estado y otras fuentes”. Sin embargo, el tránsito que sigue ese presupuesto requiere, ineludiblemente, llegar a ser incorporado en el Proyecto de Ley Financiera para lo cual, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá enviar su presupuesto a la presidencia del Órgano Judicial, negociando con los otros que integran éste a fin de que se envíe uno consolidado al Ejecutivo. Luego, los representantes del Órgano Judicial lo negocian con el Ministro de Economía al ser el único que puede remitir el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Asamblea Legislativa Plurinacional; lo que se presenta al Legislativo es el resultado de las negociaciones entre los funcionarios de ese ministerio y los representantes de toda la administración pública incluida, como parte de aquella, a las entidades que integran el Órgano Judicial¹⁷⁵.

De esa forma la independencia que discursivamente se alega deja de ser tal por las limitaciones en el ámbito económico que se le imponen al órgano de control constitucional, generándose en el escenario real un nivel de dependencia y creciente debilidad económica¹⁷⁶. Los

175 El artículo 321.III del texto constitucional señala: “El Órgano Ejecutivo presentará a la Asamblea Legislativa Plurinacional, al menos dos meses antes de la finalización de cada año fiscal, el proyecto de ley del Presupuesto General para la siguiente gestión anual, *que incluirá a todas las entidades del sector público*”.

Pero, además, debe tenerse presente que el artículo 158.I.11 del texto constitucional señala que:

“Artículo 158. I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley: [...] 11. Aprobar el Presupuesto General del Estado presentado por el Órgano Ejecutivo. Recibido el proyecto de ley, éste deberá ser considerado en la Asamblea Legislativa Plurinacional *dentro del término de sesenta días. En caso de no ser aprobado en ese plazo, el proyecto se dará por aprobado*”.

176 Ejemplo de la ausencia de independencia con la que se concibió al Tribunal Constitucional Plurinacional es el antecedente que se encuentra en el texto aprobado por los constituyentes del oficialismo el mes de diciembre de 2007,

Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional pueden aprobar el presupuesto que estimen conveniente, pero si no es del agrado del Ministro de Economía será recortado, remendado o simplemente rechazado. ¿Operará esa decisión del Ministro de turno en la atención a las pretensiones del coyuntural gobernante en los procesos que lleguen a conocimiento del Tribunal cuando se perciben, además, vocaciones autoritarias?

Los Magistrados pueden establecer la escala salarial que estimen conveniente para los servidores públicos que trabajan en el Tribunal, pero resulta ser que ningún salario deberá ser superior al del Presidente del Ejecutivo porque así lo establece un Decreto Supremo, y, además, si a éste último sujeto se le ocurre reducirse el salario en un 50 %, esa reducción debe ser aplicable a todos los funcionarios o servidores públicos, incluidos dentro de éstos las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional, porque así lo dispone, reitero, ¡un Decreto Supremo! ¿Es posible alegar independencia en esas condiciones? Desde mi punto de vista, claramente no. Esa debilidad abre las puertas para que por su dependencia económica, especialmente en determinados temas, terminen por generar fundadas dudas sobre el nivel de incidencia del Ejecutivo en el resultado final del control constitucional. Algo favorable, como en todo Estado, para que prosperen afanes autoritarios en los

sin la presencia de la oposición, en el cual se preveía un órgano denominado “control social” que, conforme lo estipulaba el artículo 242.II de ese texto, ejercía “el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado y en las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales o presten servicios públicos”, que, como se puede colegir, incluía al Tribunal Constitucional Plurinacional. Para despejar cualquier margen de duda sobre esta afirmación, el artículo 243 establecía que “La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución y la Ley: [...] 4. Desarrollar el control social en todos los niveles del Estado, que incluye el control sobre las instancias autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas”, es decir, incluido el Tribunal.

que se busca el copamiento político partidario de la administración de justicia¹⁷⁷.

También en este ámbito de análisis, de la independencia del órgano de control con relación a los órganos controlados, corresponde abordar el tema de la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. Así, en el texto constitucional de 1967 y sus reformas se acogió el denominado principio de “soberanía popular”¹⁷⁸ en virtud del cual los magistrados eran electos por el Congreso Nacional¹⁷⁹ y ejercían sus funciones por un período de 10 años¹⁸⁰, con un procedimiento de juzgamiento diferenciado ante el Congreso Nacional¹⁸¹. En el texto constitucional vigente se ha reducido el tiempo de funciones a 6 años¹⁸², se ha mantenido un procedimiento de juzgamiento diferenciado¹⁸³ y se introdujeron cambios en cuanto al procedimiento para la elección de los Magistrados.

177 A manera de ejemplo, además de lo que al momento de escribir estas letras se percibe en el proceso de selección de los postulantes al Tribunal Constitucional Plurinacional, al Tribunal Supremo de Justicia y al Consejo de la Magistratura, también ilustra lo sostenido que el 20 de enero de 2011, el matutino la prensa, además de otros, bajo el titular de “Defensor dice que desconocía los antecedentes de su asesor”, se detalla como funcionarios del Ejecutivo pretendieron incidir en el nombramiento de personal de la Defensoría del Pueblo.

178 Ver Durán, 2004: 31-32.

179 “Artículo 119. II. Está integrado [el Tribunal Constitucional] por cinco magistrados que conforman una sola sala y son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de los miembros presentes”.

180 “Artículo 119. V. Desempeñan [los Magistrados del Tribunal Constitucional] sus funciones por un período personal de diez años improrrogables y pueden ser reelectos pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato”.

181 “Artículo 119. VI. El enjuiciamiento penal de los Magistrados del Tribunal Constitucional por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, se rige por las normas establecidas para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia”.

182 “Artículo 200. El tiempo de ejercicio, la permanencia y la cesación en el cargo establecidos para las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será de aplicación a los miembros del Tribunal Constitucional

Con relación a éste último punto se ha establecido una preselección de los postulantes a Magistrados que debe ser llevada a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobando por dos tercios de votos de los miembros presentes a quienes pueden optar a ser electos por voto popular¹⁸⁴. Conforme lo establece la Ley N° 027 en el artículo 13, el

Plurinacional”; con lo cual resulta aplicable el artículo 183.I, donde se señala. “Las Magistradas y los Magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años”.

II. “Las Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley”.

183 “Artículo 159. Son atribuciones de la Cámara de Diputados, además de las que determina esta Constitución y la ley: 11. Acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”.

184 “Artículo 197. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”, con lo cual resulta aplicable el siguiente:

“Artículo 182. I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas.

V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos [...]”.

“Artículo 199. I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso

(continúa en la siguiente página)

Tribunal estará integrado por “siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes”, y que, “Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal”.

Pero aquello previsto en el texto constitucional queda para el anecdotario cuando inconstitucionalmente termina integrado por personas directamente designadas por el Presidente del Ejecutivo luego de una inconstitucional cesión o, con mayor propiedad, delegación de atribuciones del órgano Legislativo a aquél para que proceda en ese sentido; también, cuando el voto popular debe llevarse a cabo sin acceso a la información y en medio de un sistemático proceso de censura a los medios de comunicación. Estas afirmaciones encuentran como prueba irrefutable al contenido de la Ley N° 003, de 13 de febrero 2010, base sobre la que se emitió el Decreto Supremo N° 432, de 17 de febrero del mismo año, instrumentos normativos en base a los que el Presidente del Ejecutivo designó a un grupo de personas de su simpatía y predilección, sin ningún nivel de consulta o construcción de consenso, como Magistrados interinos del Tribunal Constitucional y Ministros de la Corte Suprema de Justicia, entre otras. Debe tenerse presente, para quien pretenda sostener una posición diferente a la que expongo, que conforme a lo previsto en el artículo 158.I.5 del texto constitucional corresponde a la Asamblea Legislativa la labor de “preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional [...]”; que, al Órgano Electoral es el encargado de llevar a cabo el proceso electoral de estas autoridades; que, el artículo 12.III es

al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

absolutamente claro cuando señala que “Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano no son delegables entre sí”; y, que el Órgano Ejecutivo no tiene ninguna atribución que le permita designar a funcionarios o servidores públicos en otros órganos del Estado.

También sustenta mi crítica la primera convocatoria para elección de Magistrados del TCP por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional, en la que se incorporaron criterios de selección distantes de los que se derivan de haberse optado por caracterizar al Estado como plurinacional y la conformación de ese ente en un imperfecto diseño de modelo consociacional o consociativo. Resalto tres, de muchos existentes. El primero versa sobre la instrumentalización de lo indígena, lo originario y lo campesino toda vez que esos “al menos dos” Magistrados a los que se refiere el artículo 13.II, terminan por ser cualquiera por el gatopardismo que devela la ausencia de consecuencia e imperfección en la adopción de un sistema consociativo en el texto constitucional. El segundo, por el hecho de que se establezca en el artículo 18.II como causales de inelegibilidad para el ejercicio de la justicia constitucional a quienes tengan militancia en alguna organización política, al momento de su postulación porque los pueblos indígenas, originarios y campesino también pueden ejercer de forma natural la condición de ser una forma de organización política, lo que derivaría en estricto derecho, en impedir que cualquiera de sus miembros logren integrar ese Tribunal. Y, el tercero, que no se preserven los criterios de género en la integración del Tribunal toda vez que conforme a lo previsto en el artículo 17.II “Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia”... y las mujeres no son, propiamente, quienes pueden ejercer esa calidad en un alto número de pueblos indígenas, originarios y campesinos de Bolivia.

También apuntalan la crítica, la ausencia de transparencia que develan las normas de convocatoria para la elección de las autoridades del Órgano Judicial sumado a un procedimiento de preselección obscuro...

al final, las bolivianas y los bolivianos acudieron a emitir su voto sin tener la información básica que les permita saber quién o quiénes son, en realidad, los candidatos o candidatas y por qué uno u otro, o una u otra, merecían el voto. Por otra parte también llama la atención que en la preselección que lleva a cabo la Asamblea Legislativa Plurinacional no se tome en cuenta el criterio relativo a la pertenencia territorial de los postulantes a uno u otro Departamento de la República¹⁸⁵ pese a ser una de las identidades que incidió en la caracterización del Estado boliviano como plurinacional con un modelo consociativo, aunque imperfecto. Dificultades que quedaron en evidencia durante el desarrollo de la primera elección¹⁸⁶.

En síntesis, a más de la instrumentalización de lo indígena, originario y campesino el novedoso principio plurinacional queda en discurso e impide que el Tribunal cuente con presencia real de magistrados o magistradas que sean independientes para el desarrollo de sus funciones autónomamente de que sean o se autoidentifiquen como integrantes de cualquier pueblo indígena, cualquier pueblo originario, cualquier pueblo campesino o, simplemente, como bolivianas o bolivianos o de otra forma¹⁸⁷.

Finalmente no queda al margen de éste análisis el criterio de Ayo, con el que coincido, en el sentido de haberse adoptado un modelo “más

185 “Artículo 182. II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes *por cada departamento* y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral”.

186 Con relación a éstas elección, en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Actividad de su oficina en Bolivia, se resalta la necesidad de hacer ajustes al a proceso pero, además, se advierte sobre el estancamiento del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. (visitar <http://bolivia.ohchr.org/docs/Informe%20Anual%202011.pdf>)

187 “Artículo 197. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”.

consociativo”¹⁸⁸ en el que la lógica de basar la elección en la pertenencia regional o la pertenencia étnica deriva en un potencial riesgo de favorecer a los “representados” por una u otra condición de pertenencia (a los afines) por encima del efectivo control de constitucionalidad, lo cual atenta, nuevamente, contra esa independencia requerida para contar con un sistema de control constitucional completo (o pleno). Cabe preguntarse cuán sostenible es pensar que un órgano colegiado protegerán los derechos de las minorías cuando se trata de un Tribunal Constitucional Plurinacional integrado por quienes terminan electos por una dinámica de mayorías y presencia de mandatos inviolables. Paradójico, en el marco de lo plasmado en el texto constitucional, es que ese Tribunal termine integrado por quienes, en la lógica de elección popular vinculada a la lógica de mayorías, ingresen aquellos a quienes no alcanzaron satisfacer ese requerimiento.

c) *Facultades decisorias del órgano de control*¹⁸⁹.- El texto constitucional de 1967 reformado en 1994 terminó por establecer en el artículo 121.I que “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno” y en el párrafo II del mismo artículo que: “La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar

188 Ayo Saucedo, “¿De la democracia del rodillo partidario a la democracia del rodillo [...] indígena?”, en Bonifaz y Ayo, 2008: 98. Realizó el comentario en el marco del análisis del texto aprobado por los constituyentes del oficialismo en la reunión de la Asamblea Constituyente en la ciudad de Oruro el mes de diciembre de 2007, documento que no incorporaba la representación departamental que se la realizó en el marco del consenso alcanzado entre las fuerzas políticas de oposición y del oficialismo en el Congreso Nacional. En todo caso, lo departamental, antes que desvirtuar el carácter consociativo, lo fortalece.

189 *Ibíd.*, donde se señala que “Un programa pleno y completo de control de constitucionalidad debe cubrir al conjunto de las normas infra constitucionales. Toda norma, por cierto, tiene que estar sometida a la constitución, como cualquier tipo de acto u omisión proveniente de la autoridad pública”.

su inaplicabilidad al caso concreto”. Criterio que se mantuvo en el texto constitucional vigente, salvo la última parte, donde el artículo 133 señala que “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos” y el artículo 203 que establece: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”. Idéntica redacción presenta el artículo 8 de la Ley N° 027, pero varía sustancialmente lo previsto en el Código Procesal Constitucional cuyo artículo 15 (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias) señala, en sus dos párrafos:

I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recursos contra tributos que tienen efecto general.

II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.”

Pero abstrayéndome de las críticas que amerita ese distanciamiento entre lo previsto en el texto constitucional, la citada ley y el Código se tiene que el Tribunal tiene, si vale la expresión, la última palabra en los que a control de constitucionalidad se refiere al tener reconocida sus carácter definitivo e irrevisable sus decisiones, además de vinculante y obligatorio¹⁹⁰.

190 Una de las modificaciones más importantes introducidas con el acuerdo político alcanzado el 20 de octubre de 2008 en el Congreso Nacional al texto masista de diciembre de 2007, fue la limitación a la actuación de un denominado “órgano de control social” que, conforme a lo que se tenía previsto en los artículos 242 y 243, sometía las decisiones del Tribunal Constitucional, que dejaba de constituirse en el máximo responsable del control de constitucionalidad.

A ello debe sumarse lo previsto en el artículo 153 del Código Penal boliviano donde se señala:

Artículo 153.- (RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES). La servidora o el servidor público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes, o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

La misma pena, será aplicada cuando la resolución sea emitida por un fiscal.

Si el delito ocasionare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio.

Por una parte, porque en el marco de alcanzar el reconocimiento de supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano al texto constitucional, durante el siglo pasado, se incorporó en la legislación penal la calificación de delictiva a la conducta de dictar resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución en la legislación penal boliviana como expresión de un sistema de control difuso propio del marco anterior a 1994. Pero el escenario es diferente en la actualidad porque el único que puede declarar la inconstitucionalidad del contenido de un instrumento normativo o del procedimiento desarrollado para su formación es el Tribunal Constitucional Plurinacional. Entonces, ante las preguntas ¿Quién determina si una resolución es contraria a la Constitución? ¿Un juez penal? ¿Un tribunal penal? ¿Un fiscal? La respuesta es clara, porque si se admite que un fiscal pueda iniciar de oficio una investigación sobre ese tema o que sea un juez o tribunal penal el que dicte una sentencia en ese sentido, se termina por admitir que el Tribunal Constitucional Plurinacional no es el único órgano que ejerce control de constitucionalidad en Bolivia y consecuentemente que cualquier persona puede asumirlo. Ese mismo razonamiento termina por ser aplicable en el ámbito de ser una resolución u orden contraria a la ley, porque implica la desnaturalización del sistema de control de legalidad diseñado constitucional-

mente. Es, por lo tanto, un tipo penal que no guarda coherencia con lo previsto en el texto constitucional en lo que a su aplicación práctica se refiere y observa cotidianamente, pero la ignorancia que impera en algunos operadores de justicia y algunas Ministras u Ministros de Estado determina que hoy existan personas perseguidas penalmente, e incluso condenadas, porque a estos servidores públicos nunca les informaron y estos no se molestaron en leer, que ese tipo penal carece de adecuación a lo previsto en el texto constitucional (por cierto, también con lo que se tenía previsto en el texto constitucional vigente desde 1994 al 2009).

Es un tipo que además de ser expresión de una vocación inflacionaria del sistema penal boliviano, devela el desprecio por los Derechos Humanos y genera una sistemática violación de estos.

Pero al mismo tiempo, esa ignorancia puede derivar en sostener que toda declaración de inconstitucionalidad deber dar lugar a una persecución penal, con lo que el absurdo termina por configurarse, más aun cuando cotidianamente se observa que no se toma en cuenta que antes de iniciar la persecución penal, éste tipo como otros, tienen elementos objetivos y subjetivos que deben ser aquellos que se apliquen en el proceso de subsunción de la conducta correspondiente.

En síntesis, el único que puede declarar una ley o resolución como “contraria a la Constitución” o, con mayor precisión, su inconstitucionalidad, es el Tribunal Constitucional Plurinacional conforme a lo previsto en el texto constitucional, al grado de que si por ejemplo un fiscal pretendiera llevar a cabo una persecución penal sin contar con una Sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de una, estaría actuando contraviniendo lo previsto por el propio texto constitucional, el artículo 5 de la Ley N° 027 y el artículo 4 del Código Procesal Constitucional y, así, encuadrando su conducta en lo previsto, precisamente, en el mismo artículo 153 del Código Penal. En el supuesto de ser órdenes las que se dicten, entendiéndose las mismas contrarias a lo previsto en el texto constitucional o las leyes, habrá que diferenciar si las mismas son o no actos administrativos lo que derivaría en reducir

aquellos que no lo son a verdaderas excepciones; por lo tanto, en tanto actos administrativos, dichas órdenes solo podrán dar lugar a una persecución penal cuando sean calificadas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Plurinacional e ilegales por el Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional. El dictado de resoluciones u órdenes contrarios a las leyes también exige que ese carácter sea así declarado por los órganos encargados de ejercer el control de legalidad tal como desarrollo más adelante en el presente capítulo.

Insisto en que sostener que un juez penal o un fiscal no pueden determinar si una resolución o una orden es contraria a lo previsto en la Constitución, porque hacerlo daría cabida a un control difuso de constitucionalidad que es contrario a lo previsto en el texto constitucional vigente. Igual conclusión se deriva en lo que corresponde a las resoluciones u órdenes contrarias a la Ley, porque existe en el sistema de control de legalidad previsto en el texto constitucional mecanismos específicos para determinar esa cualidad que no pasan porque sea un juez penal o un fiscal quienes lleven adelante esa labor a través de un proceso penal; el tipo exige una declaración previa de ilegalidad, pero no cualquiera, sino la de una autoridad con competencia específica para ello: el Tribunal Supremo de Justicia.

La importancia de lo manifestado es central en torno al accionar de las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos cuyo nivel de exposición a acciones penales en el sentido descrito es verdaderamente alto.

En síntesis, las facultades decisorias del órgano de control constitucional en Bolivia determinan que el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentran claramente previstas en el texto constitucional boliviano de tal forma que éste es el único que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma y no otro órgano del Estado o servidor público (sea juez, fiscal o autoridad indígena, originaria o campesina) y, al mismo tiempo, en el caso de estos últimos, que quedan obligados a aplicar aquello que establezca ese Tribunal.

Queda por alertar, en todo caso, lo que tengo manifestado con relación a los instrumentos normativos internacionales, en general y los de Derechos Humanos en particular, porque los instrumentos normativos internacionales no son objeto de control de constitucionalidad posterior o correctivo tal como lo establece el texto constitucional. Lamentablemente, prácticas configuradoras de una sistemática violación de Derechos Humanos modifican ese escenario en un sentido opuesto.

d) *Posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos la norma o acto inconstitucional*¹⁹¹.- El texto constitucional de 1967 reformado señalaba en el artículo 120 como atribución del Tribunal Constitucional la de conocer y resolver: “1ª. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto y remedial, solo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo”. Sobre esa base, la Ley N° 1836 de 1998 preveía dos recursos centrales de inconstitucionalidad:

i) El directo o abstracto de inconstitucionalidad que podía ser activado en función a la percepción y valoración *a priori* de la existencia de una discrepancia abstracta entre una Ley, Decreto o cualquier género de resolución no judicial con el texto constitucional, sin estar vinculada o condicionada a la existencia de un caso concreto. Como señalan

191 *Op. cit.*: 437 donde se señala que “[...] si el derecho vigente impide al agraviado particular cuestionar la constitucionalidad de una norma, no existirá allí un adecuado engranaje completo de control”. José Antonio Rivera Santivañez señala: “un requisito inherente a la naturaleza misma del control de constitucionalidad es el referido a la legitimación activa reconocida a los ciudadanos como un derecho de acceso al control. Esto implica que la legislación que regula la organización y funcionamiento del órgano encargado del control así como los procedimientos para la realización del control, reconozcan el derecho de los ciudadano a solicitar el control de constitucionalidad en defensa de la Constitución y los derechos y garantías que esta proclama” (en Castañeda, coord., 2001: 30).

Caamaño Domínguez, Gómez Montoro y otros, en su obra *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, citados por José Antonio Rivera, “la legitimación activa se atribuye exclusivamente a órganos o fracciones de órganos, en razón de su status constitucional y, por tanto, al margen de cualquier pretensión subjetiva o interés propio”¹⁹².

ii) El indirecto o incidental de inconstitucionalidad que se desprende del carácter condicionante establecido en el artículo que se comenta, dado que si la acción es de carácter abstracto, también debía haber otra de carácter concreto. Esta acción, a diferencia de la anterior, presentaba la existencia de un caso concreto en el que la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma surtía efectos directos en la resolución final que tenga que dictarse. Por ello y conforme a la previsión establecida en el artículo 59 de la Ley N° 1836 de 1998, quien se encontraba legitimado para interponer el recurso era el juez, tribunal o autoridad administrativa ante la que se sustanciaba el proceso judicial o administrativo, y no la persona (natural o jurídica) contra la cual se pretendía aplicar una norma que se entendía inconstitucional. A esta última le correspondía, únicamente, promover el incidente¹⁹³.

Siendo los dos recursos las principales vías (no únicas) para que se active el control correctivo de constitucionalidad, existían las condiciones necesarias para afirmar, no sin niveles de interesantes cuestionamiento, que bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 reformado no se tenía una restricción para que los particulares interesados puedan impugnar, directamente y por sí mismos, una norma o acto inconstitucional.

192 *Op. cit.*: 234.

193 Durán Ribera, *op. cit.*: 37, señalaba que esta acción: “Concretiza el principio de supremacía constitucional, entre otros, los artículos 120 y 121 de nuestra ley fundamental, al dotar a los ciudadanos de un órgano jurisdiccional encargado de manera exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad y derivado de ello, de garantizar la supremacía de la Constitución [...] del principio de supremacía constitucional, nacen los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución, principio de jerarquía normativa y unidad del ordenamiento (subprincipios en sentido estricto)”.

En el texto constitucional vigente se modificó ese escenario (aunque mantuvo ambas acciones, es decir la abstracta y la indirecta de inconstitucionalidad¹⁹⁴) a través lo previsto en su artículo 134 donde precisa la existencia de una “acción de inconstitucionalidad” que no fue objeto de desarrollo en la Ley N° 027 denominada Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y, tampoco, en el Código Procesal Constitucional. Téngase presente que con relación a la acción abstracta el artículo 202 del texto constitucional establece como primera atribución del Tribunal la de conocer y resolver: “En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas”. Previsión que al igual que en el texto constitucional de 1967 reformado en 1994, permite identificar que una acción es la que tiene carácter abstracto pero que, a diferencia de ésta, se amplió la legitimación activa

194 El artículo tal como lo señala el artículo 73 del Código Procesal Constitucional señala:

“Artículo 73. (Tipos de acción de inconstitucionalidad). Las Acciones de Inconstitucionalidad podrán ser:

- 1.- Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.
- 2.- Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones judiciales.”

Se modificó así, lo previsto en la Ley N° 027 de 2010 que señalaba:

“Artículo 101. (PROCEDENCIA). Las acciones de inconstitucionalidad proceden como:

- 1.- Acción de Inconstitucionalidad de carácter Abstracto.
- 2.- Acción de Inconstitucionalidad de carácter Concreto vinculada a un proceso judicial o administrativo”.

como lógica derivación de la adopción de un sistema de descentralización y autonomía a nivel departamental, indígena, originario, campesino y municipal¹⁹⁵; y, otra acción, por deducción, que tiene carácter concreto e incidental cuyo desarrollo se lo lleva a cabo a través de una Ley, específicamente, el Código Procesal Constitucional manteniendo la lógica de legitimación activa para el juez o la jueza, tribunal o autoridad administrativa que, de oficio o a instancia de partes, entienda que la evolución de proceso judicial o administrativo depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción, lo que también deriva en que queden comprendidas dentro de ese control los contenidos de cualquier la ley nacional, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas, los decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos así como los efectos de la decisión.

Pero ninguna de estas dos acciones responde al desarrollo que requiere el artículo 132 del texto constitucional toda vez que sus presupuestos son diferentes a los que se desarrollaron en el artículo 101.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y, que tampoco se encuentra entre las desarrolladas por el Código Procesal Constitucional.

Para explicar este criterio cabe puntualizar que el Título IV “Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa” del texto constitucional incluyó un Capítulo Segundo denominado “Acciones de Defensa”, cuya Sección IV lleva el *nomen iuris* de “Acción de Inconstitucionalidad”, al artículo 132 donde se señala que:

Artículo 132. Toda persona individual o colectiva *afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución* tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley.

195 Lamentablemente el Código Procesal Constitucional introduce una compleja mutación en lo que a legitimación se refiere para la acción abstracta, lo que motivará, en el capítulo cuarto, un comentario especial.

En este contexto corresponde precisar que a la luz de lo previsto en este artículo: a) la exigencia de una afectación para la legitimación activa no es ideal o potencial sino concreta y real... *'afectada'*, es el término que se establece en el texto constitucional, es decir, en ejecución o ya finalizada o producida. Cuando se analizan las acciones de control constitucional correctivo o posterior ya sea abstracto o vinculado a un caso concreto, esa exigencia y condicionante no existe. Consecuentemente, no puede ser asimilada a alguna de estas y termina por estar ausente o, mejor dicho, ser carente de desarrollo en la el Código Procesal Constitucional como no lo fue en la Ley N° 027; y, b) al exigir que esa afectación sea un hecho dado, no potencial, resultado o consecuencia de “[...]una norma jurídica contraria a la Constitución[...]”, implica que alguien así lo ha declarado o establecido previamente, lo cual termina por ser contradictorio con la presunción de constitucionalidad de toda norma en tanto no se declare su inconstitucionalidades, en pocas palabras, una fórmula incoherente cuyo efecto es la generación de una acción restrictiva del acceso de las personas a la jurisdicción constitucional¹⁹⁶.

Cabe recordar que el discurso del partido oficialista antes y durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente radicaba en que era

196 Ver <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion11547.html>; Magistrada Relatora Silvia Salame Farjat. Sentencia en la que acertadamente se sostiene que: “El objeto del recurso de inconstitucionalidad, por cualquiera de las dos vías reconocidas, es el examen de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, lo que supone que el órgano encargado del control procede a examinar las normas cuestionadas para contrastarlas con las normas previstas en la Constitución. De manera que los recursos de inconstitucionalidad, directo o abstracto o indirecto incidental, no tienen por objeto la verificación de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiesen generar la disposición legal sometida a control, lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, su labor se concentra en el estudio y decisión de objetivos acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad [...]”.

imprescindible anular las limitaciones de acceso a la justicia constitucional y, por lo tanto, permitir que cualquier persona pueda interponer una acción de inconstitucionalidad para el control correctivo posterior abstracto sin mayores requisitos así como el no tener que ser necesario que tenga que estar inmersa en un proceso judicial o administrativo, solo respondiendo a la obligación general de velar porque impere la supremacía constitucional. Pero ese discurso, que encontraba lógica y aceptación por parte de la oposición y que personalmente sustenté aunque con fundamento diferente, quedó en el archivo de los recuerdos al no ser conveniente para una coyuntural mayoría.

Contra mi críticas y observaciones algunos actores alegan, por ejemplo, que la afectación puede ser potencial y no necesariamente haberse concretado, o que el artículo 132 es solo una suerte de paraguas que acoge a todas las acciones de control constitucional posterior abstracto o concreto. Frente a ello sostengo que, de ser así, cabe preguntarse ¿por qué solo son algunas autoridades las legitimadas para interponer la denominada acción de inconstitucionalidad abstracta desarrollada en los artículos 103 a 108 de la Ley N° 027, cuando existe un ‘potencial’ caso concreto? y, como estas, otras preguntas más terminan, por si queda margen de duda, por mostrar la inconsistencia de la defensa de una ley mal hecha y un texto constitucional con un artículo mal redactado. Simplemente el artículo 132 del texto constitucional es solo una suerte de paraguas que acoge a todas las acciones de control de constitucional posterior abstracto o concreto. Frente a ello sostengo que, de ser así, cabe preguntarse ¿Por qué solo algunas autoridades pueden interponer la denominada acción de inconstitucionalidad abstracta desarrollada en los artículos 74 y siguientes del Código Procesal Constitucional (antes, en el artículo 103 a 108 de la Ley N° 027), cuando existe un “potencial” caso concreto? La ausencia de respuestas coherentes terminan por mostrar la inconsistencia de la defensa de una Ley mal hecha, un Código que mantiene lo malo de ésta o, en el mejor de los casos, un texto constitucional con un artículo (de varios, por cier-

to) mal redactado. Simplemente se tiene que el artículo 132 del texto constitucional expresamente señala que “toda persona tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad”, lo que desde la lógica de los oficialistas implica que “no toda persona” puede hacerlo... sino únicamente el Presidente o los Asambleístas o el Defensor del Pueblo o algunas otras autoridades más. Siguiendo con ese ejercicio, frente al intento de alegar que para esos supuestos de “potencial afectación” (que insisto, ya implica alejarse de lo que se prevé en el texto constitucional) se tiene prevista la denominada acción de inconstitucionalidad concreta cuyo desarrollo se lo encuentra, esencialmente, en los artículos 179 y siguientes del Código Procesal Constitucional donde cabe la pregunta ¿Por qué se condiciona esa potencial afectación a la existencia de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad o no de una ley? ¿Toda persona puede llegar a entenderse como solo algunas personas? La respuesta a estas preguntas, al final, termina por develar que no puede ocultarse una perversa mutación constitucional gestada a través de instrumentos normativos de menor jerarquía al del texto constitucional¹⁹⁷.

El artículo 132 del texto constitucional prevé que cualquier persona puede activar el control constitucional cuando fue afectada por una norma que la entiende contraria al contenido del texto constitucional y que, esa acción, no fue desarrollada por la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional y, modificada ésta, el Código Procesal Constitucional tampoco la desarrolló. Desde mi punto de vista es esta acción la más conveniente para los pueblos indígenas, para los pueblos originarios y para los pueblos campesinos.

Esa peligrosa omisión legislativa afecta la posibilidad de que los particulares puedan contar con amplias posibilidades para impugnar

197 El Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de diversas Sentencias, presenta a este artículo como una suerte de paraguas en el que tienen cabida las acciones de inconstitucionalidad, alejándose del contenido del mismo. Pero no por ello, se trata de una acción sin desarrollo normativo.

por sí mismos aquellas normas o actos que consideren inconstitucionales en el marco de lo previsto por el texto constitucional. Tema que adquiere particular nivel de sensibilidad cuando se analiza el ejercicio de la potestad legislativa y de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos como precisaré más adelante.

Por el momento, cabe concluir el análisis de este punto sosteniendo dentro del diseño constitucional se prevé la posibilidad para que los particulares interesados en impugnar una norma o, si se prefiere, en activar una acción de inconstitucionalidad, puedan hacerlo por sí mismos aun cuando la ley de desarrollo correspondiente presente una peligrosa omisión.

e) *Sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad*¹⁹⁸.- De lo manifestado puede llegar a presumirse que lo previsto en el texto constitucional vigente, al igual que en el de 1967 reformado, deriva en que todo el aparato normativo esté sujeto a control constitucional.

Pero esa afirmación se derrumba cuando se toma en cuenta, por ejemplo, que la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional incorporó dos groseras previsiones normativas contrarias a lo previsto en el texto constitucional. La primera es la contenida en el artículo 4.III de la citada Ley donde se señala que:

El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental *sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular.*

Artículo que evidencia una lógica diferente a la contenida en el texto constitucional al grado de volver a éste secundario e intrascen-

198 *Op. cit.*: 436, donde se señala que “[...] consiste en que el órgano de control pueda *decidir en definitiva sobre la conformidad (o no) de una norma con la constitución, disponiendo lo pertinente con imperium*”.

dente la calificación de Ley Fundamental que emplea. Téngase presente que uno de los elementos que derivó en que la mayor jerarquía real en el ordenamiento jurídico local corresponda a las leyes de la República, durante largos años, fue el apego a los postulados que alimentaron identificar en el Legislativo aquél ámbito en el que se encontraba depositada la soberanía popular y que era expresión suprema de aquella su principal producto normativo, la ley. Criterios que derivaron en sostener que ese instrumento normativo estaba por encima de cualquier otro incluido el propio texto constitucional. Aquello que se criticó termina por verse recogido en una ley (sin haberse corregido a través del Código Procesal Constitucional) que difiere de lo previsto en el artículo 7 del texto constitucional en el que se sostiene que “la soberanía del pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación [no depósito ni cosa por el estilo], las funciones y atribuciones de los órganos de poder público [no únicamente el legislativo]; es inalienable e imprescriptible”.

El artículo 158 del texto constitucional establece como una de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional la de “Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”, es decir, en el mejor de los casos, esa Asamblea puede interpretar otras leyes nacionales que es algo sustancialmente diferente a la de asumir un control de intérprete supremo del texto constitucional.

A ello se suma que una de las bondades del texto constitucional es el de reconocer que el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce una función interpretativa claramente fijada en el artículo 196.II, como lo expresa Vergara con quien coincido en el sentido de que si algo novedoso trajo el texto constitucional en torno al sistema de control constitucional es el reconocimiento de la función de intérprete del texto constitucional que le corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional; transcribo sus palabras cuando dentro de tres elementos, plantea como el segundo de ellos lo siguiente: “En este sentido, el Título III, Capítulo Sexto, de la Constitución de 2009, que regula al Tribunal Constitucional

Plurinacional y garantiza una justicia constitucional concentrada que resulta profundamente transformadora en comparación con la creada en 1994 [...] se le reconoce la función de intérprete de la Constitución que era inexistente en el anterior texto constitucional”¹⁹⁹; el mismo Vergara, en la misma ponencia señalaba que:

Ciertamente, en el Estado Social y Democrático de Derecho debe existir una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, de modo que la Constitución permeabiliza toda la vida social y, por eso mismo, el legislativo, el ejecutivo, el ciudadano que defiende sus derechos y garantías constitucionales, las fuerzas sociales o medio de opinión que debaten la constitucionalidad de una determinada ley, son, en cierto sentido, intérpretes de la Constitución, pero el máximo y último intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional.

Lo anterior no siempre fue entendido así en la realidad boliviana, donde primó la noción de soberanía del parlamento, en consideración a que el Órgano Legislativo era considerado intérprete supremo de la Constitución, y ello debido a que la Constitución de 1967 disponía en el artículo 233 que: ‘Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. *Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República*’. Asimismo, debemos señalar que además del legislador, el artículo 228 de la Constitución de 1967, disponía que ‘*La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualquiera otras resoluciones*’, con lo que queda claro que también eran intérpretes de la Constitución los tribunales, jueces y autoridades, en este último caso se entiende el ejecutivo.

Las referidas disposiciones constitucionales, fueron eliminadas por la Constitución de 2009, con lo que el Órgano Legislativo

199 Vergara, 2010: 449.

*Plurinacional, si bien debe interpretar la Constitución por estar sometido a ella, sobre todo al momento de crear, modificar o suprimir leyes, ya no debe ser considerado como intérprete supremo de la Constitución, más aún cuando dicha función está claramente atribuida al Tribunal Constitucional Plurinacional por mandato expreso del artículo 196-II de la Constitución de 2009*²⁰⁰.

Trascripción extensa, pero necesaria, porque las palabras de Vergara aportan a clarificar el sentido de la crítica que esgrimo y aportan a sostener la inconstitucionalidad de lo que, de contrabando, se incorporó en la Ley del Tribunal Constitucional. Y me permito un comentario adicional: si la crítica al texto constitucional de 1967 reformado radicaba en contener una previsión contraria al sistema de control constitucional adoptado en 1994, seguramente, con mayor intensidad se puede esgrimir el reproche al trabajo de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuando no solamente repite lo malo en una ley, generando una perversa mutación constitucional, pero esta vez, reforzando el error.

Difícilmente podrán esgrimirse argumentos que den algo de sustento a esa inconstitucional previsión, pero objetivamente, ninguna de ellas podrá ocultar la finalidad político-coyuntural a la que responde y se dirige²⁰¹.

La segunda grosería es el intento de excluir algunas normas del control de constitucionalidad a través de una incompleta identificación en los artículos 72, 74 y 79 del Código Procesal Constitucional. Sobre el tema volveré más adelante.

200 *Op. cit.*: 461.

201 Para aquel que desconfíe de lo afirmado, o los más escépticos y solo a manera de ejemplo, acudo como respaldo a la Agencia de Noticias Fides cuando reflejaba la siguiente noticia: “La Paz, 17 ENE. (ANF).- El Contralor General del Estado a.i. Gabriel Herbas, señaló este lunes que desde su cartera se prepara una ley explicativa para dilucidar dos artículos contradictorios que la Constitución Política del Estado tiene y que señala la designación del Contralor, desde dos parámetros lo que causa controversia para la designación de un titular”. “Tenemos una ley de la Contraloría pero hay algunos inconvenientes respecto a la propia Constitución en un par de artículos contradictorios, sin embargo la contraloría trabaja en un proyecto de ley que hasta mediados de febrero vamos a estar entregando al parlamento para que este proyecto sea viable”, dijo Herbas [...].”
Ver <http://www.noticiasfides.com/politica/contraloria-prepara-ley-para-regular-su-interinatos/>

En todo caso, ambas groserías, pueden ser enmendadas por el propio Tribunal Constitucional Plurinacional en tanto cumpla con sus atribuciones constitucionales y, por sobre todo, su rol histórico. Porque lo previsto en dicha Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional puede ser declarada inconstitucional así como toda Ley interpretativa emergente de la Asamblea, por el momento, podrá ser objeto de control de constitucionalidad.

Por lo tanto, luego de aplicar al caso boliviano los cinco factores identificados por el profesor Sagüés para poder tipificarse un sistema de control de constitucionalidad como “completo (o pleno)”, además de las conclusiones parciales que fui exponiendo, corresponde agregar una final: Bolivia tiene un sistema incompleto y defectuoso de control de constitucionalidad por las causas precisadas y con clara tendencia a acentuar sus debilidades en el tiempo lo que puede derivar en carcomer los cimientos de un régimen democrático dando cabida a lógicas y dinámicas autoritarias o, si se prefiere, acentuar perversos cesarismos para la aspiración democrática de toda la nación boliviana.

2.3 El actual sistema de control de constitucionalidad en Bolivia

El artículo 196 del texto constitucional vigente asigna al denominado Tribunal Constitucional Plurinacional la tarea de “velar por la supremacía de la constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”, detallando en los doce incisos del artículo 202 las atribuciones que le corresponden las que pueden ser agrupadas en tres grandes grupos como detallo en el siguiente cuadro²⁰²:

Estas atribuciones debieran dar lugar a sostener que no existe en el ordenamiento jurídico boliviano otra autoridad judicial o administra-

202 La clasificación fue empleada por José Antonio Rivera Santibáñez, 2001: 131, en el marco de la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas, pero que resulta plenamente aplicable a lo previsto en el texto constitucional vigente con las incorporaciones correspondientes. No se ha incluido, en este caso, la acción de inconstitucionalidad derivada de lo previsto en el artículo 132 del texto constitucional y no desarrollada en la Ley N° 027 comentada anteriormente.

Control constitucional normativo ²⁰³	<ol style="list-style-type: none"> 1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. si la acción es de carácter abstracto, solo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, senadoras y senadores, diputadas y diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas (Cabe recordar lo manifestado con relación al artículo 132, que habla de una acción de inconstitucional restrictiva cuando se la compara con la acción de inconstitucionalidad no abstracta que se colige de la redacción del inciso 1 del artículo 202 de la Constitución). 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución. 7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio. 9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales. 10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.
Control del ejercicio del poder político ²⁰⁴	<ol style="list-style-type: none"> 2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas. 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria. 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. 12. Los recursos directos de nulidad.
Control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales ²⁰⁵	<ol style="list-style-type: none"> 5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas. 6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

203 “En el que el Tribunal Constitucional ejercita un control sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas, sean estas leyes, decretos o resoluciones, declarando, si corresponde, su inconstitucionalidad con carácter general o ‘erga omnes’ y los efectos derogatorios o abrogatorios, a través del sistema de control de normatividad previo o a priori y el correctivo o a posteriori”.

204 “Que tiene por objeto establecer un equilibrio en el ejercicio del poder político, resolviendo los conflictos constitucionales referidos al ámbito de las competencias asignadas por la Constitución”.

205 “Que tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales como límites del poder del Estado”.

tiva con competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley u otro tipo de resolución no judicial y que en tanto no sea declarada inconstitucional, deberá presumirse que es constitucional tal como lo prevé el artículo 5 de la Ley N° 027 y el numeral 1 del artículo 3 del Código Procesal Constitucional (en la misma forma en que lo hacía la Ley N° 1836 de 1998 bajo el anterior marco constitucional), salvo que resulte contraria al contenido normativo de instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos o al de las normas del Derecho Comunitario. Criterios en torno a los cuales podría sostenerse que Bolivia adoptó un sistema concentrado de control de constitucionalidad (teniendo presente, en todo caso, lo advertido en torno a los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos y las normas de Derechos Humanos del Derecho Comunitario que exigen su aplicación directa incluso por encima de lo que se prevé en el texto constitucional). También cabe, al efectuar esa afirmación, tener cautela al evidenciar que el texto constitucional ha mantenido resabios de un sistema de control constitucional difuso tal como aconteció con la reforma constitucional de 1994, pero esta vez, con la agravante de haberse agudizados el conflicto por la falta de consistencia en de sus leyes de desarrollo: Las leyes N° 016, 025, 045, 027 y el Código Procesal Constitucional, entre otras.

También es importante tomar en cuenta que la emergencia de órganos especializados de control constitucional diferenciados de los que corresponden a la jurisdicción ordinaria se sustentó, entre otros elementos, en la de poder contar con los mecanismos que sobre la base de la privilegiada ubicación del contenido de los textos constitucionales en los ordenamientos jurídicos, permitan dar solución a conflictos entre instituciones del Estado. Fue, en un segundo momento, que a esos órganos se les asignó otras atribuciones como las de amparo de libertades de los seres humanos que eran tradicionalmente parte de las atribuciones de la jurisdicción ordinaria²⁰⁶.

Escenario general que en el caso boliviano encuentra una dinámica particular toda vez que la labor de control constitucional en el marco

206 Ver Clavero, 2010: 194.

de un sistema difuso desarrollado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria fue, por mucho tiempo, simplemente caótico si es que no nulo e inoperante, adjetivos también aplicables al resultado del trabajo desarrollado por la misma jurisdicción en torno a las atribuciones de amparo de libertades de los seres humanos con nefastas consecuencias para las bolivianas y los bolivianos. En ese escenario, la reforma constitucional concretada en 1994 encontró un espacio adecuado para lograr que la jurisdicción constitucional sea introducida abarcando ambos ámbitos, aunque su mayor aceptación y legitimidad se gestó en torno al amparo de las libertades de los seres humanos, aspecto que se acentuó durante la vigencia de la Ley del Tribunal Constitucional y el desarrollo de las actividades jurisdiccionales de ese órgano de control hasta el 2008. En términos sencillos y luego de varios años de trabajo con diversas organizaciones de la sociedad civil sobre temas de justicia, resultó ser que la percepción ciudadana sobre el Tribunal Constitucional que recogí a lo largo y ancho del territorio nacional era una mezcla entre una entidad donde los políticos se peleaban sobre el contenido de algunas leyes, algo consecuentemente distante del desarrollo de las actividades cotidianas de los ciudadanos en general, salvo en aquellos casos que las peleas versaban sobre iniciativas de orden económico o derechos fundamentales que podían afectar directamente su estabilidad económica; pero, por otra parte, identificaban al Tribunal como aquel espacio en el que existía una esperanza de justicia en lo que a protección de los Derechos Humanos se refería. Esta segunda percepción era la que en realidad derivaba en valoraciones positivas sobre la existencia de ese Tribunal porque, en términos sencillos, expresaban, que era ahí donde se podría encontrar justicia imparcial y transparente.

Percepciones que también se reflejaron en el desarrollo de la Asamblea Constituyente donde el mayor nivel de atención en torno a las atribuciones sobre los conflictos entre instituciones del Estado provenía de los actores políticos (v. gr.: partidos políticos, agrupaciones ciudadanas, pueblos indígenas) y sectores jurídico-académicos, en tanto que el

de amparo a las libertades y Derechos Humanos motivó una preocupación mayor del ciudadano de a pie, si es que vale la expresión, además de los sectores jurídico-académicos. Desde mi punto de vista, ese interés constituía una incuestionable expresión, no solo de la legítima preocupación de todo ser humano porque se fortalezcan los mecanismos que garanticen el ejercicio de los Derechos Humanos, sino que traslucía una creciente preocupación por las acciones de corte autoritario que se empezaban a visualizar y que en el tiempo se acentuaron con cómplice acompañamiento de teóricos activistas locales en la materia, la pasiva mirada de varias de las representaciones diplomáticas acreditadas en Bolivia y de algunas agencias de cooperación internacional.

Al mismo tiempo, son elementos que ponen de relieve la legitimidad que alcanzó el Tribunal Constitucional en el desarrollo actividades jurisdiccionales hasta el 2008, pese a que las tareas de amparo de los derechos fundamentales no era propiamente la que correspondía en esencia a éste órgano, pero que válidamente se las podía concebir como efectivas o legítimamente asignadas a otros órganos jurisdiccionales en ese tiempo.

En todo caso el monopolio del control de constitucionalidad no se ve afectado por la previsión del artículo 158.I del texto constitucional en el que se aborda las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional donde se ha incorporado, como inciso 3, la de “Dictar leyes, *interpretarlas*, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”, ello porque se debe entender que esa ‘interpretación’ se limita a establecer el sentido y/o alcance de leyes ya gestadas por ese órgano u otras normas que corresponden a la labor legislativa equivalente a la interpretación que desarrolla un juez para dictar una sentencia en un caso concreto, pero en ningún caso suplantando, anulando o asumiendo la labor del órgano de control constitucional o actuando como intérprete del texto constitucional al estar esta atribución reservada al Tribunal Constitucional. No son los jueces ni los asambleístas los que llevan a cabo una labor de interpretación equivalente o igual a la del Tribunal Constitucional

Plurinacional, ni siquiera, en el marco de la aplicación del artículo 4.III de la Ley N° 027 antes comentado. Adicionalmente, cabe tener presente que la interpretación que realice la Asamblea y se traduzca en una denominada “ley interpretativa”, no adquiere ni tiene una jerarquía superior a cualquier otra ley nacional. También, que no puede abarcar un ámbito de competencia diverso al que constitucionalmente se tiene establecido, de tal forma que, a manera de ejemplo, no puede invadir el ámbito de competencias de las leyes departamentales o el producto del ejercicio de la potestad legislativa en los gobiernos autónomos indígenas, en los gobiernos autónomos originarios o en los gobiernos autónomos campesinos. Tampoco corresponde que a título de ejercicio de interpretar las leyes, la Asamblea Legislativa Plurinacional lo haga con los estatutos, leyes u otros instrumentos normativos gestados por los órganos correspondientes de los gobiernos autónomos en los niveles sub nacionales..

En la Asamblea Constituyente y el Congreso Nacional, durante la gestación del texto constitucional ahora vigente, no tuvieron acogida los afanes de imposición de algunos de los constituyentes del oficialismo que pretendían asignar a esas leyes interpretativas jerarquía constitucional a tiempo de negar al Tribunal Constitucional el poder ejercer sobre estas el control constitucional²⁰⁷ sobre éstas. Pero frente a ese fracaso, en la actualidad se aprecia una arremetida sin que la oposición se percate de ello toda vez que, esos mismos criterios, se plasmaron sin

207 Es importante recordar que en la Constitución de 1967 y sus reformas, pese a la creación del Tribunal Constitucional, se habían mantenido dos previsiones propias de un sistema de control constitucional difuso. Estas eran:

“Artículo 228°. La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. *Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”.

“Artículo 233°. *Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República*”.

mayor nivel de debate o cuestionamiento a lo previsto en el artículo 4.III de la Ley N° 027.

Para comprender esta grosera vulneración del texto constitucional cabe tomar en cuenta, además, dos factores:

1. Si existe alguna duda en torno a la constitucionalidad de un Proyecto de Ley en el seno de la Asamblea, lo que corresponde es que esta active el control previo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual en el marco de la atribución prevista en el artículo 202.7 del texto constitucional, la absuelva²⁰⁸.
2. La Asamblea Legislativa no es, propiamente, aquella que tenga como principal atribución la de administrar justicia o ejercitar la potestad reglamentaria sino únicamente en casos excepcionales constitucionalmente previsto (aunque de dudosa legiti-

Ambas previsiones derivaron en un amplio debate sobre el sistema concentrado o mixto del control de constitucionalidad desarrollado en Bolivia, por lo cual se recomienda ver: José Ángel Marín, 1998: 79 y Nogueira Alcalá, *op. cit.*

208 Bajo la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas, se implementó en Bolivia la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional, de 1 de abril de 1998, en la que se estableció como artículo 2 que: “Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad”, precisando en el artículo 3 que “La Constitución se tendrá por infringida cuando el texto de una ley, decreto, resolución o actos emanados de autoridad pública o de persona particular, natural o jurídica, sus efectos o su interpretación en relación a un caso concreto, sean contrarios a las normas o principios de aquella”.

Bajo el nuevo marco constitucional cabe tener presentes las palabras de Tomás y Valiente, citado por Nogueira Alcalá, cuando precisa: “la ‘mayor garantía de que la Constitución no es una mera declaración programática, sino una que obliga a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, es la existencia de un órgano jurisdiccional que solo habla cuando se le pregunta y cuando le pregunta quién puede hacerlo y cuya respuesta consiste en interpretar la Constitución. Y en decir si la norma impugnada es o no conforme a ella’”, a lo que Nogueira agrega: “El desarrollo de la jurisdicción constitucional otorga plena fuerza normativa a la Constitución, además de transformar, como dice García Pelayo, el Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho”; Nogueira Alcalá, *op. cit.*: 21.

midad), razón por la cual, su actuación no varía con relación a la de los jueces o la administración pública. En ese sentido, no cabe que sea ese Órgano el que despliegue interpretaciones de las leyes en un sentido equiparable al del órgano de control de constitucionalidad o de legalidad sino que remita, de oficio o a instancia de parte, la consulta al Tribunal si es que no como promotora de la acción de inconstitucionalidad.

¿Qué sentido tendría la legitimación activa de la Asamblea para la consulta previa de constitucionalidad si esta emite leyes interpretativas del contenido normativo constitucional en un sentido equiparable a la atribución central del Tribunal Constitucional Plurinacional? En el mismo sentido, ¿qué sentido tendría la legitimación activa de la Asamblea para la acción abstracta de inconstitucionalidad? Simplemente, ninguno. ¿Es admisible que la Asamblea Legislativa Plurinacional, a título de interpretación del contenido constitucional, afecte la vigencia, validez o aplicabilidad del contenido normativo de un instrumento normativo gestado en cualquiera de los pueblos originarios, de cualquiera de los pueblos indígenas o de cualquiera de los pueblos campesinos? Objetivamente, no.

Precisiones que se vuelven relevantes en el marco del presente estudio porque durante el proceso de elaboración del texto constitucional vigente uno de los temas más sensibles era, precisamente, el alcance del control constitucional con relación a las normas de esos pueblos. El texto elaborado por los constituyentes del oficialismo en diciembre de 2007 establecía, por una parte, tres artículos que asignaban a las normas de estos pueblos y a las decisiones de sus autoridades un ámbito de exclusión del control constitucional, pero por otra parte, paradójicamente, plasmaba el sometimiento de esos pueblos al ejercicio de la potestad legislativa desplegada por la Asamblea Legislativa Plurinacional y de la potestad reglamentaria a la del Órgano Ejecutivo. Específicamente el artículo 410 del texto masista, no se incorporaba en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico boliviano a las normas de estos pueblos estableciendo simplemente que:

Artículo 410. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:

1° La Constitución.

2° Las leyes y los tratados internacionales.

3° Los decretos supremos.

4° Las normas departamentales, regionales y municipales.

5° Normas de carácter administrativo.

A ello se sumaba la previsión del artículo 191 en el que se establecía que:

Artículo 191.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesino ejercerán sus funciones jurisdiccional y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución.

Nótese que, esa redacción difiere a la del artículo 410 del texto constitucional vigente que emergió del Congreso Nacional en la que desde la oposición, logramos la incorporación de un término que cambia sustancialmente el sentido de esa aplicación.

Pero al mismo tiempo, también corresponde resaltar que el texto masista sumaba la previsión de un artículo 191 en el que se establecía que:

“Artículo 191.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesino ejercerán sus funciones jurisdiccional y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución”.

Situación agravada por la previsión del artículo 192 que señalaba:

Artículo 192. La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos

que vulneren bienes jurídicos realizados dentro del ámbito territorial indígena originario campesino. La jurisdicción indígena originario campesina, decidirá en forma definitiva. Sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria no por la agroambiental y ejecutará sus resoluciones de forma directa.

En términos sencillos ese planteamiento derivaba en que las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos terminen cuasi excluidas del control constitucional, pero sometidas a lo que mediante leyes nacionales, decretos supremos o resoluciones ministeriales se les imponían, con el consecuente debilitamiento de la privilegiada ubicación del texto constitucional en el ordenamiento jurídico boliviano y el desconocimiento del derecho a la autodeterminación, entre otros, de esos pueblos; las implicaciones y derivaciones de ese tipo de previsión acarrea, como se puede colegir con facilidad, la ineficacia de un sistema de control de constitucional real aparejado por otro tipo de debilidades de la autonomía indígena; para mayor claridad vienen aplicables las palabras de Nogueira Alcalá cuando sostiene que:

La supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existieran garantías que la efectivicen frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política. La jurisdicción constitucional contribuye a la resolución pacífica de los conflictos dentro del marco constitucional. Esta garantía está dada por la existencia de diversos sistemas de control de constitucionalidad. La instauración de un sistema de jurisdicción constitucional y su eficacia frente a órganos estatales y a particulares determinan la fuerza normativa de la Constitución, lo que es una de las columnas básicas del Estado constitucional contemporáneo²⁰⁹.

Asumir un ámbito de exclusión del producto del ejercicio de la potestad normativa (abarcando dentro de ésta la legislativa y la reglamentaria) por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos del

209 Nogueira Alcalá, *op. cit.*: 22.

control constitucional implicaba que en los casos de conflicto entre los instrumentos normativos de estos con lo previsto en el texto constitucional terminaba encontrando solución a partir del uso de la fuerza, en medio de la confrontación, con particular perjuicio para aquellos pueblos con menor extensión territorial o inferior presencia poblacional. Por ello, el acuerdo político gestado en el Congreso que dio lugar al texto constitucional vigente evitó, tomando las palabras de Bobbio²¹⁰, que ese ámbito de exclusión del control constitucional condicione la validez del propio Estado y permitió que las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesino puedan ser sometidas a ese control, reconociendo efectivamente su derecho a la autodeterminación entre otros, a partir de su incorporación en el artículo 410 en los siguientes términos:

Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- 1.- Constitución Política del Estado.
- 2.- Los tratados internacionales
- 3.- *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena*
- 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes²¹¹.

210 Norberto Bobbio, 2005: 37.

211 Como en todas las demás citas de las diferentes constituciones, las cursivas son del autor.

A esta modificación se sumó la incorporación de un nuevo artículo que delimita la justicia indígena, originaria y campesina:

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: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrente o recurrido.

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

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.

De esta forma, en el marco de lo previsto en los artículos 133, 191, 196, 202 y 410 del texto constitucional, quedó absolutamente claro que el control constitucional abarca a los productos del ejercicio de la potestad de generación de instrumentos normativos (legislativa y reglamentaria, si se prefiere) de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos a través de las acciones abstractas de inconstitucionalidad y la acción concreta de constitucionalidad, además de la acción de constitucionalidad prevista en el artículo 132 antes mencionada aun cuando su desarrollo fue omitido en la Ley N° 027 y en el Código Procesal Constitucional.. De igual forma, las autoridades de estos pueblos están sometidas a los ámbitos de control normativo, de

ejercicio del poder político y de ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Prima, en este sentido, el artículo 133 del texto constitucional en el que se establece que “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial [incluidas las de los pueblos indígenas, originarios y campesinos], hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos”.

Por lo tanto se devolvió al control de constitucionalidad su condición de elemento esencial para que cumplan con su función de fuente y fundamento del ordenamiento jurídico los tratados internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario y el texto constitucional; también, para que ese control propicie la armonización de la heterogeneidad de un ordenamiento jurídico que presenta varios subordenamientos, conduciéndolos a unidad con respeto a las identidades, así como su perfeccionamiento constante siendo parte importante para este fin el aporte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos tanto en el ejercicio de la potestad normativa que tienen reconocida como en la de aplicación de sus normas en la solución de sus conflictos.

En definitiva corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional ejercer el control de constitucionalidad; que abarca los productos del ejercicio de la potestad normativa que se reconoce a los pueblos indígenas, originarios y campesinos en su manifestación legislativa y reglamentaria; que en tanto no se declare la inconstitucionalidad de cualquier norma de estos pueblos estas gozan de la presunción de constitucionalidad; y, que las vías para activar el control constitucional son las que el propio texto constitucional prevé.

3. Sistema de control de legalidad

El ímpetu con el que se alegó la supremacía constitucional en el proceso de adopción de un novedoso sistema de control de constitucionalidad en la reforma constitucional de 1991-1994, derivó en una especie de “inflación constitucional” identificándose al texto constitucional como aquél que concentraba todo el ordenamiento jurídico. Pero transcurrido el tiempo, no sin tropiezos ni retrocesos, se logró alcanzar adecuados niveles de claridad sobre la real dimensión de ese mecanismo de control así como de la importancia, trascendencia y necesidad de profundizar el desarrollo del principio de legalidad en un Estado constitucional con el consecuente apuntalamiento de un sistema de control de legalidad que, por cierto, presentaba antecedentes históricos de desarrollo temporalmente anteriores al del control de constitucionalidad.

Claro está que, entre la legalidad y la constitucionalidad no media una suerte de barrera fácilmente identificable, porque lo que existe es una especie de franja en la que el nexo entre ambas deriva en que se entremezclen los juicios de una y otra por parte de los órganos de control correspondientes.

Por ello debe reconocerse la importancia que tiene el control de legalidad porque en la actualidad las leyes son expresión relevante del grado de apego al sistema democrático en un país al permitir identificar cuando los productos derivados de la función legislativa cumplen o no con las formas, con los procedimientos diseñados para su gestación y se adecuaron a contenidos sustanciales; pero, los legisladores tienden a excederse en sus atribuciones, a generar mutaciones constitucionales a través de leyes, a distribuir privilegios alejándose del marco constitucional, etc. No sin razón, el neo constitucionalismo deja clara la desconfianza a lo que lleva a cabo el legislador.

Por lo tanto, una sólida presencia del principio de legalidad es fundamental para la pacífica vida en comunidad, razón por la cual acudo a

las palabras de Roberto Islas Montes, cuando resalta,, con relación a ese principio, que:

[...]para un acto establecido por la ley, el principio de legalidad es regla de competencia y regla de control, dice quién debe hacerlo y cómo debe hacerlo [...] la formulación del principio de legalidad [...] nos enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico, la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley.

También resalto las palabras de Islas Montes cuando, luego de diversas consideraciones, explica con magistral claridad la diferencia entre el principio de constitucionalidad y el de legalidad, sosteniendo que:

La diferencia entre la legalidad y la constitucionalidad es que aun las leyes como actos del Estado deben adecuarse al ordenamiento supremo; así, el principio de legalidad establece que todo acto emanado del Estado se adecua a las leyes y a la Constitución, y que aun aquellos actos no subordinados a ley alguna deben adecuarse a la Constitución.²¹²

212 Islas Montes, 2009: 102 donde cita a Rolando Tamayo y Salmorán, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México: UNAM, 2005, “Excursus II”: 214. Nogueira Alcalá, *op. cit.*: 22 señala que: [...] la jurisdicción constitucional se diferencia de la jurisdicción ordinaria, entre otros aspectos, por desarrollar a través de la interpretación constitucional una función normativa propia, al participar del proceso legislativo mediante consultas de los órganos colegisladores, por el control preventivo que se instituye facultativa o imperativamente de normas de rango legal en muchos casos, o a través de las sentencias en control represivo que crean normas con valor constitucional o de derecho constitucional material-jurisprudencial a través de las sentencias atípicas, las que se ha hecho necesarias para llenar vacíos, inconstitucionalidades por omisión o salvar inconstitucionalidades parciales de enunciados normativos [...].

Son palabras que permiten comprender con sencillez la diferencia entre el contenido del alcance del principio de legalidad y el de constitucionalidad así como la importancia del sistema de control que se requiere desarrollar para lograr que el adecuado funcionamiento de un sistema preserve los valores en los que se asienta el Estado.

Por ello, es incuestionable que el control de constitucionalidad y el control de legalidad guardan una estrecha relación y son igualmente importantes, uno no lo es más que otro, pero operan en ámbitos diferenciados aun cuando comparten la misma premisa fundamental: el respeto y la protección a la libertad y a la dignidad del ser humano.

Así, el control de legalidad deviene en pieza fundamental para la generación de un orden en el Estado, que en lo jurídico, deriva en que las actividades de los servidores públicos (en un sentido amplio que incluye a quienes administran justicia) desarrollen sus actividades dentro de un estricto sometimiento y respeto a los principios y las reglas que se despliegan desde los valores en los que se asienta la comunidad, donde existirán las vías de corrección para los supuestos en los que ello no ocurra y de extinción de los efectos negativos que de éstos puedan generarse.

Ese control de legalidad se orienta, a partir de su premisa fundamental de protección de la libertad y la dignidad del ser humano, a impedir que prosperen dinámicas autoritarias o lógicas de mayorías aplastantes entre otras cosas. Afirmación que guarda relación con las palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que me permito rescatar, cuando al referirse al surgimiento del régimen de Derecho Público a partir de los postulados de la Revolución Francesa y el cambio que se irradió a los sistemas jurídicos de los diversos Estados en el mundo, señalan que:

[...] la administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de su soberano y que actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no

un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos²¹³.

Al mismo tiempo, los mecanismos de control de legalidad desarrollados en los diversos Estados ponen en evidencia que por encima de sus características específicas, están ligados por una lógica común de respeto de los Derechos Humanos y de un sistema democrático que debe verse traducido en el accionar de la administración pública, toda vez que cumplen la tarea de reducir sistemáticamente la negativa presencia de la arbitrariedad tal como sostiene Tawil cuando señala que:

[...] los mandatos y órdenes en el Estado moderno no responden ya más a la voluntad omnímoda del gobernante sino a la normatividad previamente formulada, producto de la existencia de una autolimitación del poder de quien resulta a su vez creador de las normas de conducta. Al gobierno personal —el de los individuos que hacen la ley de su voluntad— lo ha sustituido, en principio, el gobierno impersonal del Derecho, es decir el de un orden jurídico objetivamente establecido sin que ello implique olvidar, obviamente, que es a los hombres a quienes corresponde aplicar las leyes. Es decir, a la estatalización del derecho se ha respondido con la juridización/jurisdicción del Estado.²¹⁴

El principio de legalidad es esencial, por tanto, cuando se hace referencia a la existencia de una administración pública (en sentido genérico, incluyendo a quienes ejercen funciones de legisladores y a quienes administran justicia), toda vez que es el Derecho el que condiciona y determina la acción de esta; no solamente son los habitantes del Estado

213 García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, 2005: 442.

214 Tawil, 1993: 34.

los obligados al cumplimiento estricto de las reglas contenidas en los ordenamientos jurídicos, sino que corresponde que lo haga, con especial énfasis, la propia administración pública (el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, las entidades autónomas, autárquicas, descentralizadas, etc.).

Contexto genérico en el que se identifica que desde el texto constitucional se ha diseñado y regulado un sistema articulado y completo de controles que parten, por ejemplo, de la identificación de cuatro Órganos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral) en el artículo 12.I; o, la adopción de mecanismos de control parlamentario, la creación de la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General, etc. En cada uno de ellos puede evidenciarse la búsqueda por alcanzar niveles de efectividad a partir de brindar al organismo controlante un grado de independencia o, si se prefiere, de no subordinación, para el ejercicio de sus funciones con relación a aquél a quien controla o debe controlar.

A nivel doctrinal se identifican diversas clasificaciones sobre los mecanismos de control de legalidad, por ejemplo, “controles preventivos y controles represivos” (los primeros son las normas y procedimientos que debe cumplir la actividad administrativa en tanto los segundos son aquellos que se realizan como concreción de poderes jerárquicos o de tutelas, ejercidos por la misma administración, y los que se realizan a través del ejercicio de la función jurisdiccional); “controles directos” (organización administrativa, regularidad, eficiencia, control jerárquico) y “controles indirectos” (recursos, acciones, etc.); “controles sociales, políticos y jurídicos”; etc.

Por ello, tomando en cuenta el tema central que se aborda en éste documento, opto por acoger la clasificación de “controles internos” (desarrollado por órganos de la propia administración controlada) y “controles externos” (desarrollado por otras instituciones como aquella que ejerce potestad jurisdiccional, incluyendo órganos de una administración distinta).²¹⁵

215 Sarría, 1981: 21 y ss.

En términos generales corresponde señalar con relación a los controles internos, además de la amplia gama de variantes que son posibles identificar en los Estados, que la intervención del ente que ejerce control, sin llegar a formar parte del aparato jurisdiccional, integra el propio órgano de control controlado, que actúa en ejercicio de atribuciones diferenciadas atendiendo a ámbitos de realización y garantía de derechos requeridos.

Con relación al control externo destaca el desarrollado por el Órgano Jurisdiccional, al ser competente conforme lo prevé el texto constitucional y donde, precisadas las atribuciones de entre los múltiples jueces o tribunales existentes, solo algunos intervendrán como tercero imparcial en la controversia existente entre uno o más ciudadanos con la administración pública o entre entes de la propia administración pública, en todos los casos, sobre la adecuación o no al marco legal correspondiente y la observancia, en esencia, de las exigencias del principio de legalidad. Por ello, existirán actuaciones de la administración pública en las que corresponderá a jueces o tribunales civiles, penales, militares u otros conocer y resolver las acciones que se interpongan contra ella por otros sujetos, en cambio cuando la administración pública (en sentido amplio) actúa en relaciones de Derecho Administrativo o cuando ejercita la potestad reglamentaria, quedará sujeta al control que corresponde a la Jurisdicción Administrativa (contencioso administrativo) a través de la aplicación del derecho (al decir, decidir y declarar el Derecho).

De esa forma, todos los actos de la administración (sean acciones u omisiones) que son objeto de conocimiento de ese mecanismo de control externo versará sobre ámbitos de oportunidad, conveniencia, eficacia, legalidad y legitimidad de tal forma que aquél que presente vicios en esos aspectos, ya sea en lo que a su proceso de formación o a su contenido sustancial se refiere (incluyendo los supuestos de emisión, ejecución u orden de ejecución del acto), deberá ser anulado, declarada su nulidad o modificado así como frenados o cancelados los efectos negativos que de aquél se generen o desprendan.

En todo caso corresponde advertir que cada Estado ha gestado mecanismos de control externo de legalidad encuentra una amplia gama de variantes aunque los elementos esenciales vienen delineados en los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos. También, que como regla general, tanto en el ámbito de los mecanismos de control interno como en los de control externo, el despliegue del control de legalidad responde a la exigencia de verdad material de tal forma que las decisiones que se adopten no resulten reducidas a un simple producto de subjetividades sino, en esencia, una derivación razonada del derecho vigente, del marco jurídico imperante, con relación a las circunstancias comprobadas en el caso concreto que fue objeto de un proceso o procedimiento previo. En ambos mecanismos de control resulta insostenible, o al menos debieran serlo, la expresión de razonamiento viciado o manifestación de la mala apreciación de los hechos o del material probatorio existente; o, defectuosas, desacertadas o intolerantes. Por cierto, para estos supuestos, también se identifica el desarrollo de variados mecanismos de corrección que impiden su consolidación o la de sus efectos.

En síntesis, el conjunto de elementos comentados brevemente permiten visualizar su importancia en cuanto al tema central que ocupa el presente texto, toda vez que el reconocimiento constitucional a las potestades de generación normativa (legislativa y reglamentaria) y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos no resultan extraños a esos controles y a los principios resaltados que operan en torno al principio de legalidad.

3.1 Antecedentes del control de legalidad en Bolivia

Bolivia emerge en el mundo como Estado libre, independiente y soberano en medio de una coyuntura en la que, con fuerza excluyente,

se presentaban como avanzados los planteamientos liberales²¹⁶ que, por cierto, habían inspirado los movimientos libertarios americanos. Consecuentemente, resulta lógico comprender por qué fueron estos planteamientos los que se acogieron en el contenido de su primer texto constitucional (el de 1826²¹⁷) en los que adquiere particular importancia la concepción de igualdad del ser humano²¹⁸.

-
- 216 Tomando en cuenta la actual coyuntura en la que se sataniza al neoliberalismo y, con el, al liberalismo, corresponde resaltar las palabras de Montenegro cuando diferencia con absoluta precisión al *liberalismo* del *liberalismo económico* lo que ayuda a comprender las bases de aquél texto constitucional, por ello transcribo sus palabras cuando sostiene que: En la terminología contemporánea hay dos ‘liberalismos’ que, no obstante su origen común, pueden representar posiciones antagónicas. El primero es el que designa una filosofía política de la libertad, del progreso intelectual y ruptura de las cadenas que inmovilizan el pensamiento. En este sentido, liberalismo significa actitud de renovación y avance. El segundo es, concretamente, el liberalismo económico nacido en el siglo XVIII (cuando daban sus pasos iniciales el industrialismo maquinista y el capitalismo), o sea la teoría de *laissez faire*, a la que dio su expresión clásica Adam Smith, como aplicación específica del liberalismo individualista al fenómeno económico [...]” (Montenegro, 1991: 30).
- 217 Ello se puede apreciar en el Mensaje del Libertado Simón Bolívar al Congreso Constituyente de Bolivia con motivo de la Presentación del Proyecto de Constitución Política en el que se señala: “Se han establecido las garantías más perfectas: la libertad civil es la verdadera libertad; las demás son nominales, o de poca influencia con respecto a los ciudadanos. Se ha garantizado la seguridad personal, que el fin de la sociedad, y de la cual emanan las demás. En cuanto a la propiedad, ella depende del código civil que vuestra sabiduría debiera componer luego, para la dicha de vuestros conocimientos. He conservado intacta la ley de las leyes – la igualdad: sin ella perecen todas las garantías, todos los derechos. A ella debemos hacer los sacrificios. A sus pies he puesto, cubierta de humillaciones, a la infame esclavitud”; texto recogido por Jordán de Albarracín, *op. cit.*: 41.
- 218 Cuando se lee en el preámbulo del texto constitucional boliviano, que fue con la colonización que se llegó a conocer el racismo y la discriminación no solo oculta una realidad histórica más compleja, precisamente, de presencia de esos males desde tiempos anteriores entre aquellos pueblos que habitaron el territorio de la que hoy es Bolivia, sino que también oculta los grandes avances gestados a partir de los planteamientos liberales que impulsaron el proceso libertario y que brindaron grandes motivos de orgullo para el pueblo boliviano.

También relevante fue, para ello, la vocación de tránsito de un escenario de dominación monárquica con una estructura administrativa y sistema de justicia propio, a otro caracterizado por la adopción de una visión liberal propia de un Estado republicano, de Derecho, impregnada por un sentimiento americanista y los ideales revolucionarios franceses para la construcción de un país.

Cambios que debían operarse en diversos órdenes como el político, el económico y el social, entre otros, pero limitados por un escenario en el que no correspondía ignorar realidades presentes. Un ejemplo que ayuda a graficar lo afirmado se lo tiene en la minería, que al tiempo de declararse la independencia del Estado se había mantenido como la principal actividad económica, ocupando por cierto gran parte de la mano de obra así como invariable su influencia en el desarrollo de centros urbanos en ámbitos territoriales cercanos a los de producción minera; realidad que no impidió el sistemático abandono de un sistema mercantilista, ejecutado a partir del reconocimiento del nuevo Estado por sus pares en el mundo, con una estructura institucional diferente a la monárquica y una población ya “boliviana”²¹⁹. No era, por tanto, una tarea sencilla.

En lo jurídico el escenario era similar, vale decir, un conjunto de reglas e instituciones que sistemáticamente fueron configurando un orden jurídico local que se diferenciaba de aquel imperante durante el período colonial pero que resultaba imposible anular de un momento a otro.²²⁰ Contexto en el que resalta la alteración de la sujeción a la mo-

219 Ver Condarco Morales, 1985: 51-61. La minería, en el 2010, se constituyó nuevamente en el principal actividad de exportación boliviana, seguida por los hidrocarburos y, bastante lejos de estos dos, otros productos.

220 Como sostiene Pastor Ortiz Mattos, “Reflejando la organización política de España durante el período colonial, el judicial no constituyó un órgano autónomo. El Rey, para este fin, delegó su autoridad a órganos diversos. Los virreyes tenían jurisdicción y competencia en materias civil y penal; en esta última gozaban del derecho de conceder indulto y sobreeser las causas criminales. Vigilaban la conducta de los oidores y gobernadores intendentales.

narquía española de todo servidor público a un nuevo Estado en el que la esencia de la labor que realizaban éstos se veía modificada dada una nueva exigencia y sujeción, apuntaladas en la de un novedoso diseño un sistema de control de legalidad. A título ilustrativo vienen a ser aplicables las palabras de Carlos Castro Rodríguez cuando rescata la labor desplegada por el Mariscal Antonio José de Sucre para el reemplazo de la Audiencia española, y comenta el Decreto de 27 de abril de 1825, en el que se señala:

[...] Siendo uno de los primeros deberes del Gobierno el establecimiento de los Tribunales de Justicia para que los ciudadanos encuentren en ella la exacta administración de las leyes; he venido en Decretar: _ _ _ _ _ Primero: Se establece en Chuquisaca la Corte Superior de Justicia de las provincias del Alto Perú que sustituye a la antigua Audiencia española. _ _ _ _ _ Segundo: Sus atribuciones y jurisdicción son las mismas que aquellos tenían, hasta la reforma que se hará por nuevos reglamentos, exceptuando desde ahora las que se opondan a las leyes, y al sistema de la independencia [...] [sic].²²¹

También ejemplifica ese contexto la configuración de un Legislativo, en el texto constitucional de 1826, con tres Cámaras de las cuales una era la de los Censores y que, en palabras de Simón Bolívar,

Las provincias estaban dirigidas por un Gobernador o Intendente. El Gobernador de provincia, donde funcionaba una Audiencia, era el Presidente de esta. El Virrey, Presidente o Gobernador tenía un asesor letrado para los casos de Derecho.

Dentro de esta estructura las Reales Audiencias, que también cumplían funciones de fiscalización de los actos del Virrey o Gobernador y asumían el gobierno frente la vacancia de éste, ejercían jurisdicción directamente delegada del Rey. Todas las audiencias eran igual en jerarquía. Conocían, en grado de apelación, de todas las causas [...] Jueces de primera instancia eran los asesores de los gobernadores y los alcaldes ordinarios en las capitales de provincia” (Ortiz Matos, 1997: 29-30).

²²¹ Castro Rodríguez, 1987: 60.

implicaba que “Los Censores ejercen una potestad política y moral que tiene alguna semejanza con la del Areópago de Atenas, y de los censores de Roma. Serán ellos los fiscales contra el Gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión. He puesto bajo su éjida el Juicio Nacional, que de decidir de la buena o mala administración del Ejecutivo”.

Es decir, desde un inicio, en Bolivia se fue gestando un sistema de control de legalidad cuyos niveles de complejidad avanzaron en el tiempo, pero del cual se desprendían dos claras vetas: la primera, en la que se le asignó al Poder Judicial el ejercicio del control externo de legalidad y, la segunda, que correspondía en principio a Censores como ente en el que se desarrollaría un control interno de legalidad en un escenario específicamente delimitado pero que no sería óbice para que otros, de igual naturaleza, sean implementados en el seno de la propia administración en formación.

Eran tiempos, como tengo señalado, en los que la Ley mantenía la característica de ser identificada como expresión del derecho²²² y el Legislativo estaba reconocido como aquél que congregaba la mayor expresión del poder: la soberanía popular. Sin embargo, también corresponde precisar que la inestabilidad política en la época derivó en que sean la fuerza y las armas las que determinen quienes, en diverso período, asumía el cargo de Presidente y que sea esa voluntad la que, al final de cuentas, determine al menos temporalmente cual era la Ley imperante.

No es sencillo describir los mecanismos a través de los cuales, esos regímenes autoritarios o dictatoriales gestaban escenarios de confrontación donde el contenido de los instrumentos legales perdía presencia y fortaleza. Pero, pese a ello, corresponde resaltar que una dinámica de sistemático progreso, eran tiempos en los que esa concepción de las leyes y del parlamento guardaba coherencia con uno de los más

222 Ver Bobbio, *op. cit.*: 30-33.

importantes antecedentes para el desarrollo del ordenamiento jurídico local, como lo es el artículo 3 del texto constitucional francés de 3 de septiembre de 1971, donde se indicaba:

No hay en Francia autoridad alguna superior a la de la Ley. El Rey no reina si no es por ella, y solo en nombre de la Ley se puede exigir obediencia.

O, los artículos 4, 5 y 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde se señalaba:

Art. 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley.

Art. 5.- La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que esta no ordene.

Art. 6.- La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Es decir, con las diferencias existentes en los fundamentos de los documentos citados, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las leyes operaban como límites para el accionar de los servidores públicos al ser las que apuntalaban la libertad y la igualdad de los ciudadanos así como establecían, esencialmente, lo que la administración pública (en sentido genérico) podía hacer más que aquello que le esta-

ba vedado. Son, en ese sentido, altamente ilustrativas las palabras del Libertador Simón Bolívar cuando señalaba en su mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia con motivo de la presentación del Proyecto de Constitución Política, que:

El Poder Judicial que propongo goza de una independencia absoluta: en ninguna parte tiene tanta. El pueblo presenta candidatos, y el legislativo acoge a los individuos que han de componer los Tribunales. Si el Poder Judicial no emana de este origen, es imposible que conserve en toda su pureza la salvaguardia de los derechos individuales. Estos derechos, legisladores, son los que constituyen la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías del orden social. La verdadera constitución liberal está en los códigos civiles y criminal; y la más terrible tiranía la ejercen los Tribunales por el tremendo instrumento de las leyes. De ordinario el Ejecutivo no es más que el depositario de la cosa pública; pero los Tribunales son los árbitros de las cosas propias —de las cosas de los individuos. El Poder Judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos; y si hay libertad, si hay justicia en la República, son distribuidas por este poder. Poco importa a veces la organización política, con tal que la civil sea perfecta; que las leyes se cumplan religiosamente, y se tenga por inexorables como el Destino.

También, cuando señala que:

La responsabilidad de los empleados se señala en la Constitución Boliviana del modo más efectivo a instar con encarecimiento a los legisladores, para que dicten leyes fuertes y terminantes sobre esta importante materia. Todos hablan de responsabilidad, pero ella se queda en los labios. No hay responsabilidad, legisladores, los magistrados, jueces y empleados abusan de sus facultades, porque no se contiene con rigor a los agentes de la administración; siendo entre tanto los ciudadanos víctimas de este abuso. Recomendará yo una

ley que prescribiera un método de responsabilidad anual para cada empleado”.²²³

En términos sencillos, el apego al principio de legalidad encontraba, reitero, dos mecanismos esenciales, uno externo a la administración pública (en esencia, al Ejecutivo y al Legislativo) a cargo del Poder Judicial a través de jueces y tribunales, y otro interno, es decir, dentro de la propia administración pública (en sentido amplio). Ambos mecanismos, en todo caso, se fueron consolidando a partir de leyes que los fueron haciendo operativos, sin que con ello se reste importancia a las demandas ciudadanas para transitar a esos escenarios tal como lo resalta la amplia literatura de la época.

En lo que corresponde al control externo de legalidad, se partía de la premisa de que no eran los jueces o los tribunales los que podían modificar o alterar el contenido de la ley. La expresión más destacada de esta forma de entender el escenario ante el cual se estaba se lo encuentra en el artículo 104 del texto constitucional de 1826, que integraba el Capítulo I del Título Séptimo denominado “Del Poder Judicial”, donde se señalaba: “Ni el Gobierno, ni los tribunales, podrán en ningún caso alterar ni dispensar los trámites y fórmulas que prescriben las leyes, en las diversas clases de juicios”. Previsión constitucional a partir de la cual se detallaban, en otros artículos e instrumentos normativos, las atribuciones de tribunales y jueces con sus respectivas atribuciones que, en síntesis, respondían a que sea la ley la que se aplique en la resolución de conflictos, incluidos aquellos en los que cualquier ente u organismo de la administración pública (en sentido genérico) era parte.

Lo previsto en el citado artículo 104 se mantuvo sin modificaciones sustanciales en los textos constitucionales de 1831 y de 1834, en tanto que en la de 1839 se estableció en el artículo 111 que: “Todos los tribunales y juzgados en sus sentencias están obligados a citar las leyes en que las funden”. Es decir, no solo se percibe la preocupación en sentido

223 Jordán de Albarracín, 1978: 39 y 41.

de que la administración pública (en sentido amplio con excepción de los jueces) tengan que adecuar su accionar a las exigencias derivadas del principio de legalidad, sino que también operaba esa exigencia para quienes ejercían la potestad jurisdiccional (es decir, jueces y tribunales).

El texto constitucional de 1843 no presenta similar previsión y el tratamiento que se brinda al Poder Judicial resulta escueto, pero en las leyes que abordaban la organización, atribuciones y responsabilidades de esos servidores públicos quedó claramente fijada su orientación en un sentido invariable al señalado. El texto constitucional de 1851 incorpora dos artículos altamente relevantes, por una parte el 91 donde se señala que “La publicidad en los juicios es una garantía esencial, a no ser que ella sea peligrosa para el orden y las costumbres [...] *Las sentencias deben ser motivadas; fundadas en ley expresa que ha de citarse, y a falta de ella en la equidad. Una ley especial arreglará la administración de justicia gratuita*”; y, el artículo 92: “*Solo la ley y ninguna autoridad puede alterar o dispensar las formas y procedimientos prescritos por las leyes, en las diferentes clases de juicios*”. Base normativa a partir de la cual, como es posible identificar, se gestó un importante desarrollo legislativo orientado a velar por asegurar los contenidos esenciales del principio de legalidad en el sentido que hoy lo entendemos.

Por otra parte, en el texto constitucional de 1861, como artículo 88, se incorporó que “La autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”, redacción que se mantuvo con variaciones menores así como de ubicación en los textos constitucionales de 1868, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994, 2004 y 2005. Su importancia, como oportunamente señalé en cuanto al control de constitucionalidad, fue mayor o, si se prefiere, más intenso, en lo que al control de legalidad se refiere, lo cual puede sustentarse a través de la doctrina gestada durante aquel tiempo así como por el desarrollo legislativo propio del control externo de legalidad.

A partir de ese tipo de cláusulas constitucionales se estableció un Poder Judicial sometido a las exigencias del principio de legalidad y jugó un rol protagónico en la labor de velar porque ese mismo principio se observara en el resto de la administración pública a través de dos o tres instancias, desarrollando diversos recursos como los de apelación, de nulidad o casación entre otros ya sea en la vía contenciosa administrativa u otras en un rol de tercero imparcial. Sin embargo, hasta el presente, no se alcanzó afianzar el reconocimiento de las personas como titulares de derechos que no pueden quedar relegados, a título de mayor importancia “del Estado” con relación al ser humano lo que se traduce en la crónica debilidad de la división de poderes (u órganos, si se prefiere) y la independencia de los jueces en la administración de justicia, así como la fragilidad extrema de la protección jurídica-judicial de las personas y la cuasi inexistencia de aceptación de la indemnización pública-jurídica.

Problemas que se presentan atenuados en lo que corresponde al derecho a la autoidentificación y autodeterminación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, lo que amerita una breve explicación.

Ello, porque con frecuencia se esgrimen críticas irreflexivas críticas a las decisiones tomadas en el momento en el que emergió Bolivia, olvidando que los primeros tiempos del nuevo Estado urgía consolidar la unidad territorial y poblacional, dinámica en la que a diferencia de los tiempos de sometimiento a los mandatos provenientes del viejo continente, resultaba ajena a la lógica fundante el reconocimiento de la potestad de generación normativa o de administración de justicia a otras formas de organización existentes. Téngase presente que en los tiempos precedentes se había gestado un cierto ámbito de segregación entre lo indígena y lo no indígena, como se evidencia en la Recopilación de Leyes de los Reyes de las Indias donde, además de establecer estamentos sociales diferenciados y autoridades indígenas no alteradas, también disponía que se guarden las leyes y las costumbres indígenas siempre y cuando no se opongan a la religión y a las leyes españolas (Ley

Tercera y Cuarta, Título I, Libro II)²²⁴. Criterio, por cierto, aplicable esencialmente a los pueblos de las denominadas “tierras altas” de Bolivia dada la “tardía” presencia de una cultura de corte occidental en las denominadas “tierras bajas”²²⁵.

Pero retomando el tema central de éste punto, corresponde tener en cuenta que el desarrollo del sistema de control externo de legalidad, durante buena parte de la historia de la República, resultó inexistente al ser los Presidentes del Ejecutivo aquellos que afectaban fáctica y severamente el ejercicio independiente de las atribuciones constitucionalmente reconocidas a jueces y tribunales. Los cuartelazos eran, como tengo señalado, por demás frecuentes durante los primeros años de vida independiente del Estado lo que incidía en la preeminencia de las decisiones de esos órganos frente a los contenidos de instrumentos normativos vigentes. En consecuencia, los inicios de ese control resultaron verdaderamente débiles en lo que al control externo de legalidad se refiere como también lo fue en otros momentos posteriores en los que el acceso al poder se realizó con el uso de las armas o cuando, casi como en la actualidad, los presidentes que accedían democráticamente optaron por convertirse en expresión del autoritarismo y, así, copar o someter a los jueces y tribunales responsables de administrar justicia.

224 Ver Recopilación de las Leyes de las Indias. Libro Segundo, Título Primero “De las leyes, Provisiones, Cédulas y Ordenanzas Reales”, Ley iiiii. “*Que le guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para Su gobierno, y las que hizieren de nuevo.* ORDENAMOS Y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que fueron Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y excusen, y siendo cecesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuereos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y á la conservación y policía Christiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando á lo que tienen hecho, ni á las buenas y justas costumbres y Estatutus suyos” [sic]. Ver <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>.

225 Ver Flores Gonzáles, 2003: 129.

Complejos escenarios que también permiten comprender por qué no se alcanzaron a desarrollar apropiadamente mecanismos de control internos de legalidad tanto en su manifestación vertical como horizontal. En contextos de rápido desplazo de la legalidad por la discrecionalidad donde esos mecanismos de control interno no lograron abarcar ámbitos como los de oportunidad, conveniencia, eficacia, legalidad y legitimidad de todo acto administrativo (incluyendo dentro del concepto de éstos a los de reglamentación) y menos en lo que a su proceso de formación o contenido sustancial se refería.

Pero corresponde reconocer la importancia de iniciativas interesantes como la creación de un “Consejo de Estado” en el texto constitucional de 1831 que tenía entre otras atribuciones la de “... 1° Dar precisamente los dictámenes al Poder Ejecutivo, sobre todos los asuntos que le pasare en consulta”, y “3° Velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones a ella”. Es decir, ser el vértice para la articulación de un sistema de control de legalidad y de constitucionalidad interno. En el mismo texto constitucional se preveía, en lo que concierne al control de legalidad externo, en el artículo 113, que correspondía a la Corte Suprema de Justicia la atribución de “3° Conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo”. Pero la innovación más destacada en este ámbito presente en ese texto constitucional, fue el expreso reconocimiento en el Título Último “De las Garantías”, Capítulo Único, a través del artículo 159 que “Todos los habitantes de la República tienen derecho para elevar sus quejas, y ser oídos por todas las autoridades”; es decir, una manifestación de control de legalidad interno que por mucho tiempo no se concretó en mecanismos operativos efectivos. En los textos constitucionales siguientes se introdujeron reformas (como la desaparición del Consejo de Estado) pero sin que con ello se altere el hecho de estar ausente un sólido sistema de control de legalidad interno dejando así en evidencia una de las mayores debilidades en el proceso de construcción de un Estado de Derecho: la ausencia de un sólido sistema de control de legalidad.

Con el tiempo, lentamente, fue asimilándose el hecho de que los seres humanos tienen derechos que podían ejercer ante la administración pública y ésta actuar respetando aquellos, lo que derivó en la creciente demanda de respeto a los contenidos del principio de legalidad, gestándose mecanismos de control interno que abarcaran, por ejemplo, los supuestos de emisión, ejecución u orden de ejecución de actos administrativos y que éstos sean anulados o modificados así como frenados o cancelados los efectos negativos cuando correspondía.

Por ello, los excepcionales casos de apuesta por la democracia desde los más altos niveles de ejercicio de poder público, permitieron avanzar en ese proceso de gestación de mecanismos de control de legalidad internos que se tradujeron en una amplia gama de procedimientos. Esa importancia la resaltó, por ejemplo, por ejemplo, el profesor Abraham Monasterios en la introducción de la primera edición de su texto “Procedimientos Especiales”, de 1970, señalando que:

Las relaciones de los sujetos de derecho con el Estado y sus organismos, adquieren cada vez mayor importancia, los procedimientos especiales, por sus propias finalidades, son las únicas vías posibles de entendimiento y solución. Por otra parte, el nivel y desarrollo de los pueblos se expresa mejor y más dinámicamente a través de los procedimientos especializados²²⁶.

Para graficar lo afirmado opera, por ejemplo, el ámbito correspondiente a la actividad minera en la que la fortaleza de los actores privados a principios y mediados del siglo XIX, motivaron el desarrollo de mecanismos de control de legalidad que resultaron ser más y mejor desarrollados cuando se los compara con los que abordaban la relación cotidianas de los ciudadanos con los municipios.

Esa fragilidad se mantuvo por largo tiempo. Pero un hito en el sistema democrático boliviano fue es la Ley N° 23412, de 23 de abril 2002, denominada Ley de Procedimiento Administrativo, que como Ministro

226 Monasterios, 1970: 8.

de Justicia y Derechos Humanos trabajé, impulsé y lograr su sanción, promulgación e ingreso en vigencia.

Corresponde recordar que el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a pedir, encontrar respuestas e impugnar los actos administrativos en el seno de la propia administración pública es el paso fundamental para el desarrollo real y efectivo de mecanismos de control interno de legalidad. Ese reconocimiento, permite que los vicios en la forma de emisión, de ejecución u orden de ejecución de los actos administrativos que vulneran el principio de legalidad se vean frenados así como sus efectos negativos.

En este sentido, desde el 2002 a la fecha se percibe la lenta dotación en la administración pública de mecanismos horizontales o verticales de control interno que operan de oficio o a instancia de parte que no terminen por anular el derecho de los ciudadanos o administrados aun contra la voluntad de coyunturales gobernantes.

Escenario que encuentra como punto de quiebre al texto constitucional de 1994, no cabía que el sistema de control de legalidad interno, ya sea vertical u horizontal, que tome en cuenta el accionar de los pueblos indígenas al carecer, como se tiene señalado, de reconocimiento a la potestad de generación normativa y de la de administración de justicia. Así se lo evidencia cuando se tiene presente que el notable desarrollo de cuerpos normativos (Códigos) en materia civil y penal, entre otras, donde no se contemplaban esas potestades de esos pueblos y menos aun en los innumerables instrumentos normativos que regulaban específicamente el accionar de la administración pública (en un sentido amplio).

Pero, por encima de las críticas que se pueden esgrimir desde la comodidad del presente, debe reconocerse la importancia en la búsqueda de someter la actuación del poder público al imperio de la Ley, se la encuentra en el texto constitucional de 1871 cuando, dentro de los artículos correspondientes a la Sección Segunda “De los Derechos y Garantías”, se estableció como artículo 33 que “Son nulos los actos de

los que usurpen funciones que no les competen: así como los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley”, previsión que se ha mantenido hasta el presente y que ha motivó la gestación de una de los mecanismos de control de legalidad externo más interesante en el marco del constitucionalismo boliviano: el Recurso Directo de Nulidad.

Con relación a este recurso y sobre sus antecedentes, en palabras de en palabras de Asbún, se tiene que fue creado mediante Ley de 18 de octubre de 1982 señalando al respecto que:

El artículo 822 del procedimiento compilado se interpreta así: El recurso de nulidad franqueado por el artículo 822 de la compilación, solo es procedente en resguardo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado, cuando los funcionarios usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Si bien efectivamente aquí hace referencia a una norma existente y que regulaba el Recurso de Nulidad o Casación, en realidad a través de la ley interpretativa se asignaba un nuevo sentido a dicha norma, pero para ello fue necesario que en la reforma constitucional de 1871 se incorporase el artículo 33 de la CPE [...] ²²⁷.

Por su parte, Carlos Morales Guillen en su Código de Procedimiento Civil concordado y anotado identifica como antecedente de este importante mecanismo de control de legalidad externo a la Ley de 24 de septiembre de 1851 cuyo artículo 11 señalaba: “Podrá interponerse el recurso de nulidad por falta de jurisdicción, de toda resolución definitiva o interlocutoria dada en juicio verbal o escrito cualquiera que haya sido el asunto contencioso sobre que hubiese recaído. Conocerán en este caso, los Tribunales o Jueces que tienen por ley la facultad de juzgar en primera instancia al funcionario público, que se hubiere abrogado (quie-

227 Asbún, 2003: 15-16.

re decir arrogado) la jurisdicción, y al declarar la nulidad, impondrán la responsabilidad de daños y perjuicios en favor de la parte ofendida, y una multa de diez a cien pesos para fondos de cárcel”²²⁸. A ello agrega, comentando ambas normas, que:

Adviértase, desde luego, que tanto la norma original, como la ley interpretativa, no obstante que esta la circunscribe a los fines de la observancia del precepto constitucional (art. 31) que declara nulos los actos de quienes usurpan funciones o ejercen jurisdicción que no emana de la ley, tienen carácter general; esto es, comprenden a todos los funcionarios públicos, entre los cuales están indudablemente comprendidos los jueces y magistrados, sea a tenor de la legislación abrogada (C. P. abrg. art. 343) o de la vigente (Const., arts. 43 a 45 y C. P. art. 165)[...]. Existe, por tanto, un debate apasionante en torno a los antecedentes del Recurso Directo de Nulidad, al cual no me introduzco en esta oportunidad para no alejarme de los objetivos que se tienen previamente fijados para este trabajo. Pero ello no implica restar trascendencia al hecho de que el Recurso Directo de Nulidad, tal vez mas hace algunas décadas atrás que en la actualidad, operó como un mecanismo de control de legalidad externo de gran valor al grado de habérselo mantenido, aunque con modificaciones, hasta el presente.

En términos sencillos, durante los primeros tiempos de la República de Bolivia la Ley no dejó de ser concebida como el mecanismo a través del cual se expresaba la voluntad soberana (y consecuentemente suprema) en el Estado, aun cuando el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo fue intensa, de forma tal que aún cuando se empezaba a identificar a estos como instrumentos normativos en los que se reconocían derechos a los habitantes del territorio boliviano, no se veían acompañados por un sistema de control de legalidad interno adecuado.

228 Morales Guillen, 1977: 943.

Podría afirmarse que durante el siglo XIX, aún cuando las leyes se habían constituido en el medio por el cual el monarca legislativo, ya expulsado de Bolivia, había abdicado ante el legislativo, éste aún no había encontrado su contrapeso adecuado. Téngase presente que al analizar la influencia renacentista de la cual Bolivia no fue una excepción, Miguel Ángel Russo señala que:

Con el Código Civil francés, en el cual con el principio de autosuficiencia, el Estado se reservaba no solo el monopolio de la fuerza pública, sino, fundamentalmente, el monopolio del Derecho, tanto para su creación cuanto para su aplicación. Esta ley, elevada al rango de única fuente, exclusiva y excluyente, pretendió englobar dentro de sí a todo el universo jurídico, levantando, al mismo tiempo, fronteras infranqueables respecto a la realidad social [...] Si 'todo' debía estar dentro de la ley, esta no podía limitarse a una serie de enunciaciones generales, sino que debía ser casuista, plagada de definiciones, ejemplos, reglas y excepciones, y, por lo tanto, sumamente extensa. Esto no era de por sí un inconveniente para una cultura que pretendía comenzar todo desde cero, modificando sistemas de medición y nomenclatura, al mismo tiempo que encaró la hercúlea tarea de recopilar todo el conocimiento en una enciclopedia. Detrás de esa cultura innovadora y totalizadora se escondía un nuevo valor, bandera de la burguesía en asenso: la seguridad. Un código así concebido buscaba también dicho valor, y la seguridad necesitaba proscribir la interpretación, los matices, las discusiones dialécticas y los discursos retóricos [...] ²²⁹.

Escenario que se comprende con mayor facilidad cuando se tiene en cuenta que la pluralidad sociocultural presente en Bolivia desde sus primeros años se proyectó hasta la actualidad como una característica importante y distintiva de sus similares que es resaltada por Herbert S. Klein en los siguientes términos:

229 Russo, 1997: 248-249.

[...] Bolivia no es simplemente una réplica colonial de su último conquistador, el español, sino una amalgama nueva y compleja de culturas y etnias, en la que coexisten elementos importantes de normas occidentales y no occidentales [...] ²³⁰.

Factor que también incidió en el desarrollo del tema que nos ocupa durante el siglo XX, en la cual el principio de legalidad adquirió una trascendencia creciente en la medida que se lo identificaba como la mejor forma de expresar la idea de que la ley era un acto normativo que tenía un carácter supremo con relación a otros como los instrumentos normativos emanados de la administración pública en general, lo que derivaba en su consecuente observancia obligatoria con la peculiaridad de no encontrar otra norma que se le oponga, al grado que los jueces no podían inaplicarla sino hasta bastante avanzado ese siglo.

Así se tiene que en Bolivia operó, por largo tiempo, la primacía de la ley formal confundida con la idea de ser constitutiva del Derecho, más aun, cuando los mecanismos de control de legalidad y de constitucionalidad se encontraban concentrados en los mismos actores, es decir, los jueces de instancia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Que bajo este sistema, el que primó fue el control de legalidad aplicando al control de constitucionalidad las categorías de interpretación de la ley ²³¹.

3.2 El actual sistema de control de legalidad en Bolivia

El artículo 22 del texto constitucional establece que “la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”. Es la expresión irrefutable de que en Bolivia se ha mantenido invariable el apego a los postulados esenciales de lo que debe ser un Estado de derecho ²³² donde, además, se presentan como elemen-

230 Klein, 2001: 11. Ver también Antezana, 1994: 10.

231 Ver Ortiz Torricos, 2002: 87.

232 Ver Goitia Caballero, 2008: 117-154.

tos importantes la existencia de una sociedad jurídicamente organizada, con un sistema de gobierno democrático y la de instrumentos legislativos nacionales que conjuntamente al contenido de otros instrumentos normativos con jerarquía superior o ámbitos de competencia propios de los niveles de gobierno subnacionales, aportan a identificar los límites para el ejercicio del poder y los marcos de desarrollo de los mismos.

Esa previsión es, consecuentemente, aquella que traduce la premisa fundamental de un orden jurídico que debe desarrollarse en el Estado cuya exigencia mayor es el apego a los valores de los cuales se desprenden principios fundamentales en los que se sustenta el vivir de la colectividad, aun cuando como tengo señalado, se alegue falsamente la existencia de una sociedad fracturada. Por ello el respeto y la protección de los Derechos Humanos se convierten en las directrices exigidas por el texto constitucional para el desarrollo de los mecanismos que no solo los reconozcan sino que garanticen su pleno ejercicio, su eficacia y su vigencia. En el mismo sentido, estos mecanismos son los que obligan a la administración pública en general a ver frenados, anulados o extinguidos los efectos de aquello que se presenta como violación a esos valores fundamentales y como una manifestación de estos a los Derechos Humanos. Por ello el artículo 9 numeral 4 del texto constitucional señala que dentro de los “fines y funciones esenciales del Estado” se encuentra el de “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”. Declaración que carecería de sentido si no se dotara de un sistema de control de legalidad en el que cada uno de los componentes de la estructura de los órganos públicos operara en ese sentido.

Un elemento central en este contexto, como se lo ha resaltado con anterioridad, es la presencia del principio de legalidad que genera un escenario donde el actuar (acciones u omisiones) de la administración pública en sentido amplio, se encuentra previamente delimitado por ámbitos de competencia que condicionan su validez, admisibilidad o sostenibilidad (ya sean órdenes, decisiones, resoluciones, actos, man-

datos, instrumentos normativos, etc.), lo que también se encuentra ligado con el hecho de que cada acto (acciones u omisiones) se enmarque dentro de lo que los instrumentos normativos en cuanto a contenido sustancial fundamentado se refiere a partir de la jerarquía normativa que caracteriza el ordenamiento jurídico. Pero al mismo tiempo, dicho principio exige, tal como señalé precedentemente, que se cuenten con los mecanismos que permitan un real y efectivo control de esos actos (acciones u omisiones) de la administración pública (en sentido amplio) de tal forma que se impida, frene o anule su presencia o validez en supuestos tan variados como pueden imaginarse del desvío, del exceso o del abuso del poder público por parte de los servidores públicos o los entes u órganos en los que se desempeñan.

Esos mecanismos de control, en el caso Boliviano, en términos generales, se han desarrollado a través de los denominados controles externos y de los controles internos, en ambos casos, de legalidad.

Contexto en el que corresponde iniciar la descripción general del sistema de control de legalidad precisando los principales mecanismos de control interno, es decir, de aquellos gestados en el seno de la propia administración pública (en sentido amplio) para luego hacerlo con los mecanismos de control externo que, al momento de escribir estas líneas, se encuentran atribuidos esencialmente al Órgano Jurisdiccional.

Resulta, en este sentido, ineludible advertir que en los órganos Ejecutivo, Judicial, Legislativo y Electoral; en las entidades descentralizadas, autárquicas y desconcentradas; en las Autoridades de Supervisión, Ministerio Público, Contraloría General, Procuraduría General, Policía Nacional, Fuerzas Armadas y otras; en los Gobiernos Autónomos Departamentales, en los Gobiernos Autónomos Municipales, Universidades Públicas; y, en los pueblos indígenas, en los pueblos originarios y en los pueblos campesinos se van gestando actos administrativos que quedan sujetos a mecanismos de control internos de legalidad (que difiere, por cierto, de otros que se orienten a mejorar el funcionamiento de la administración desde un punto de vista político o técnico).

Particular importancia tiene la modalidad específica de control interno de la actividad administrativa formalizada a través de los recursos administrativos recordando para ello que ubicada en un nivel inmediato inferior al de los tratados internacionales en general, se encuentra la Ley N° 23412, de 23 de abril 2002, denominada Ley de Procedimiento Administrativo que, con un contenido amplio y genérico opera como un paraguas bajo el cual se identifican los principales componentes de forma y de contenido sustancial que deben ser observados y acogidos para la gestación de todo acto administrativo. Esa ley responde a la lógica, consecuente con el texto constitucional vigente, de que el sector público tiene derechos y obligaciones y que todas las personas tienen, a su vez, no solo obligaciones con el Estado o administración pública sino que tiene, esencial y fundamentalmente, derechos que deben ser observados, respetados, protegidos y garantizados.

Por ello establece las normas que regulan la actividad y el procedimiento administrativo del sector público, hace efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la administración y regula la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derecho subjetivos o intereses legítimos tal como lo señala su artículo 1, además de regular otros procedimientos especiales.

Con relación a la regulación de la actividad administrativa, esta se rige por varios principios que se encuentran detallados en su artículo 4²³³:

Es importante resaltar que el artículo 23 del texto constitucional señala que “La Administración Pública se rige por los principios de legiti-

233 “Artículo 4° (Principios Generales de la Actividad Administrativa).- La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;
- b) Principio de auto tutela: La Administración Pública dicta actos que tienen efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;

-
- c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública registrará sus actos de sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
 - d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
 - e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;
 - f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;
 - g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;
 - h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;
 - i) Principio de control judicial: El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables;
 - j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;
 - k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;
 - l) Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;
 - m) Principio de publicidad: La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que esta u otras leyes la limiten;
 - n) Principio de impulso de oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público;
 - o) Principio de gratuidad: Los particulares solo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales a favor de la Administración Pública, cuando la ley y norma jurídica expresamente lo establezca; y,
 - p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.”

midad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromisos e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados”. Cuando se compara estos con los previstos en el artículo 4 de la citada ley se puede apreciar cómo los de ésta operaron como orientadores para los primeros. Como elemento central se identifica, para disgusto de varios actores coyunturalmente en funciones de gobierno, que ni el Estado ni el Gobierno son un fin en sí mismos, que existe un orden donde el principio de legalidad juega un rol estelar y que los ciudadanos o administrados tienen ¡derechos!

Un elemento ordenador, como precisé, es la existencia de esferas de competencia claramente fijadas, empezando por lo previsto en el artículo 12.I del texto constitucional donde se señala que “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”, y el artículo 12.II también del texto constitucional donde se sostiene que: “Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí”. Concordante con estas previsiones se ha mantenido lo previsto en el artículo 5 de la Ley N° 2341, lo cuales vienen determinados por los tratados internacionales, las normas del Derecho Comunitario, el texto constitucional, los tratados internacionales en general, las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y otros instrumentos normativos (leyes y reglamentos) propios de cada nivel de gobierno. Las situaciones de delegación, sustitución o avocación se encuentran claramente regulados y todo conflicto de competencia que pueda emerger, cuenta con procedimientos administrativos que operan para evitar que, al final, se afecten derechos o intereses legítimos.

Por ello el artículo 16 de la Ley N° 2341 resalta en sentido enunciativo y no limitativo que:

[...]En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:

- a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente;
- b) A iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos;
- c) A participar en un procedimiento ya iniciado cuando afecte sus derechos subjetivos e intereses legítimos.
- d) A conocer el estado del procedimiento en que sea parte;
- e) A formular alegaciones y presentar pruebas;
- f) A no presentar documentos que estuviesen en poder de la entidad pública actuante;
- g) A que se rectifiquen los errores que obren en registros o documentos públicos, mediante la aportación de los elementos que correspondan;
- h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen;
- i) A exigir que las actuaciones se realicen dentro de los términos y plazos del procedimiento;
- j) A obtener certificados y copias de los documentos que estén en poder de la Administración Pública, con las expresiones que se establezcan expresamente por ley o disposiciones reglamentarias especiales;
- k) A acceder a registros y archivos administrativos en la forma establecida por ley;
- l) A ser tratados con dignidad, respeto, igualdad y sin discriminación; y,
- m) A exigir que la autoridad y servidores públicos actúen con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

Sobre esa base, además de otras previsiones cuya ausencia de desarrollo en este documento no implica restarles importancia, el artículo 27 de la citada Ley precisa que “Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, *cumpliendo con los requisitos y for-*

malidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo". Concepto amplio que abarca de los actos legislativos y que apareja la exigencia de contenidos sustanciales cuya ausencia o exceso, afectan su validez ya que como lo prevé el artículo 29 de la citada Ley, "Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico". Su coherencia es directa con lo previsto en el artículo 122 del texto constitucional en el que se señala: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley".

Así se comprende, con facilidad, porqué dicha Ley precisa que son elementos esenciales del acto administrativo:

- a) Competencia: ser dictado por autoridad competente;
- b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
- c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;
- d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
- e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
- f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico".

Consecuente con ello, la ley precisa que son actos administrativos nulos:

- "a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;

- b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;
- d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del estado; y,
- e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

Y, que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo correspondiente a la de las nulidades.

Es así que se activan los recursos que, como su propio nombre indica, se constituyen en medio de impugnación de decisiones administrativas ya adoptadas que los interesados pueden utilizar por motivos de legalidad y que se tramitan y resuelven por la propia administración. Son un medio de impugnación que se diferencian de peticiones o solicitudes que pueden dirigirse a la administración pública pero que no pretenden la anulación de un acto administrativo por ser contrario a derechos o aquellos destinados a obtener la revocación de un acto administrativo desfavorable o la corrección de errores materiales o el cumplimiento de una actividad en casos de inactividad.

Si bien varían las denominaciones por peculiaridades que se han gestado en algunos ámbitos de la administración pública a través de leyes específicas, la lógica acogida en la Ley N° 2341 puede ser expresada, en términos generales, de la siguiente forma: el sistema se activa con la solicitud de quien tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo a la misma administración pública y servidor público o ente colectivo que elaboró, ordenó la ejecución o ejecuta el acto administrativo, para que lleve a cabo una labor de control del mismo en base a los fundamentos de hecho y/o de derecho que alertan sobre el o los vicios identificados en el proceso de formación o contenidos sustanciales del acto para que, en base a estos, se apliquen los correctivos correspondientes; si ello no acontece, ya sea porque el servidor público o ente colectivo de la admi-

nistración pública mantiene invariable su posición o las modificaciones no satisfacen las pretensiones del administrado es éste quien también podrá acudir al servidor público o ente de la administración pública jerárquica e inmediatamente superior para que con el alerta de los vicios existentes aplique los correctivos correspondientes; pero si la pretensión del administrado no es satisfecha en ese nivel existirá la vía para que pueda acudir a la máxima autoridad jerárquica del ente administrativo correspondiente para que sea esta, en definitiva, quien advertida de los vicios existentes o aplique los correctivos correspondientes. En cuanto a las exigencias de forma, de oportunidad para que los administrados puedan activar ese control, la carga de la prueba o los correctivos específicos aplicables entre otros aspectos, varían. También difieren las previsiones de habilitación para que puedan desencadenar ese control otros entes de la administración pública diferentes a aquel que emitió o ejecuta el acto. De esa forma culmina el ámbito de actuación de los mecanismos de control interno verticales de legalidad.

Pero también se ha desarrollado un amplio número de mecanismos de control interno horizontal de legalidad, donde al presente destaca la Ley N° 1178, de 20 de junio de 1990, denominada Ley de Administración y Control Gubernamental. No es, evidentemente, la única, y en el tiempo se han desarrollado bajo el marco constitucional precedente al vigente un alto número de leyes que terminan por configurar una suerte de telaraña compleja de difícil descripción pero que en tanto actos administrativos, responden a la necesidad de asegurar que no se vulnere el principio de legalidad en cualquiera de sus manifestaciones.

En lo concerniente a la descripción de los mecanismos de control externo de legalidad que, al presente, son los aplicables en el caso boliviano y manteniéndome en la clasificación inicial, corresponde como también se precisé líneas arriba, tener en cuenta que la historia de Bolivia pone en evidencia la existencia de una creciente demanda de sometimiento de la actividad desplegada por la administración pública en sentido amplio (incluyendo el ejercicio de la potestad reglamentaria

independiente del ente en el que se geste) a la potestad jurisdiccional, no encontrando sustento que aquella se libere de esta sujeción. Es la garantía que brinda el Estado a quienes lo integran en sentido de que los servidores o públicos adecuarán su conducta en el ejercicio de sus funciones a los valores, los principios y las reglas vigentes en el Estado y bajo las cuales se dará el desarrollo de sus actividades cotidianas y de relacionamiento con sus semejantes.

Por razones que considero ameritarían un mayor desarrollo, que hacerlas en esta oportunidad derivarían en desviar la atención del tema central que ocupa este estudio, opto por concretarme a sostener que el mecanismo de control externo de legalidad más desarrollado en nuestro país se lo encuentra en sede jurisdiccional y si bien se han desplegado con mayor fuerza que los mecanismos de control interno, no han alcanzado a ser expresión de grandes avances, producto entre otros factores, de coyunturas en las que vocaciones autoritarias derivaron en grandes estancos o retrocesos. Pero ingresando a su descripción se identifica como primer referente específico la existencia de un Órgano Judicial que es parte de ese sistema de control de legalidad externo: el artículo 12.I del texto constitucional señala que uno de los órganos en los que el Estado se organiza y estructura su poder público es el Judicial. También, que el artículo 109.I del mismo texto señale que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”; en el artículo 115 que:

Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Una de las manifestaciones concretas de estos enunciados en el complejo normativo que presenta el ordenamiento jurídico boliviano

es el denominado proceso contencioso administrativo que se configura como un segundo ámbito de garantías para quienes integran el Estado al permitirles reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses o derechos y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma cuando el primer círculo de garantías, correspondientes al procedimiento administrativo antes desarrollado, no alcanzó ese objetivo.

El fundamento de los procesos contenciosos administrativos, en un sentido amplio y generalmente aceptado, se lo encuentra, o si se prefiere, resulta de la necesidad de someter las actuaciones de la administración pública a juicio de un tercero imparcial, de manera que se haga efectiva la presencia de la justicia en las relaciones que aquélla establece con los administrados, y se asegure la vigencia del ordenamiento jurídico en las situaciones concretas²³⁴.

De esta forma, frente al accionar de la administración pública (no jurisdiccional) cuyos actos y hechos gozan del privilegio de auto tutela o autodefensa administrativa en virtud a la cual son decisiones por si mismas obligatorias y susceptibles de ejecución, cabe la posibilidad de que quien percibe un derecho o un interés legítimo afectado pueda impugnar ese actuar (acciones u omisiones, actos o hechos) ante un tercero imparcial que es la autoridad jurisdiccional a la cual se le pide restablezca la observancia de la legalidad y el imperio de la justicia en la actuación del órgano político o administrativo, partiendo de la base de que el accionar de estos no puede infringir el ordenamiento jurídico, la legalidad que les es reclamada en el desempeño de sus atribuciones. Es un control, normalmente, *a posteriori*, que salvo medidas cautelares no impedirá que el acto impugnado mantenga sus efectos tal como actualmente se tiene diseñado el sistema.

En la legislación vigente, esa vía se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Civil bajo la denominación de “Proceso Contencioso Administrativo a que Dieren Lugar las Resoluciones del Poder Judicial”,

234 Ver González Pérez, 1985.

señalándose en el artículo 778 que “El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamado expresamente el del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”. Esa oposición a la que se hace referencia, por cierto, no es de caprichos, sino de adecuación a lo exigido por el marco legal imperante en la situación o caso concreto. La gran ventaja que presenta esta vía o mecanismo de control radica en que es un tercero imparcial, y no la propia autoridad administrativa, la que resuelve el cuestionamiento existente que si bien puede ser calificada como parte de la administración pública en un sentido amplio o genérico, desarrolla sus actividades dotado constitucionalmente de mecanismos que tienden a brindarle independencia para ese fin de tal forma que sus atribuciones le permiten remover o cambiar los criterios rígidos generalmente expuestos por la autoridad administrativa cuando no conciben con las exigencias del principio de legalidad.

Mucho se puede argumentar en torno al uso de la categoría de interés público y de interés privado, pero baste en este punto con poner de relieve que no están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos que realiza la administración pública en su carácter de persona colectiva de derecho privado.

El objeto de conocimiento del juicio contencioso administrativo es, por lo tanto, la denominada materia contenciosa que viene a ser el conflicto jurídico que crea el acto administrativo (incluyendo los reglamentos y hechos) de la autoridad administrativa que se entiende vulnera derechos subjetivos o agravia intereses legítimos de algún particular (persona individual o colectiva) o de otra entidad de la administración pública, al haberse infringido de algún modo la norma legal que regula esa actividad en lo que concierne a su proceso de formación o contenido sustancial.

La activación de la acción dará lugar a que se genere la obligación del órgano jurisdiccional de brindar tutela judicial efectiva, aun cuando la intervención de aquel sea ex post y pese a la auto tutela de los actos de la administración. Por ello, rescato el hecho de que una de las formas de concretar la garantía a los derechos de los administrados orientada a brindar esa tutela judicial efectiva es el acceso al proceso, o si se prefiere, posibilitar el acceso en cualquier situación de conflicto al órgano judicial competente y obtener del mismo una decisión fundada en Derecho sobre la pretensión o pretensiones formuladas. No menos relevantes es el carácter público del proceso con todas las garantías que de ello se derivan entre las que destacan la prohibición de indefensión, la obligación de ser convocado personalmente al momento de tomarse decisiones en el curso del mismo, de aportar pruebas y oponerse a las que se presenten, a que se aplique celeridad y, resalto e insisto, en que se apliquen las medidas cautelares que impidan que decisiones cuestionadas de la administración profundicen sus efectos nocivos así como los que tornen en ineficaz la decisión que se llegue a obtener al finalizar el proceso.

Son elementos que, al final, explican por si solos como es que al finalizar el contencioso administrativo, la autoridad jurisdiccional emita una resolución fundada en Derecho anulando la decisión administrativa ilegal, que sustituya una decisión reglada o los elementos reglados de una decisión discrecional o aquellas fundadas en criterios discrecionales, puramente políticos o puramente técnicos sin mayor apego a la exigencia de legalidad.

Esa tutela judicial efectiva es, a su vez, aquella que determinará que la resolución emergente sea ejecutable como cualquier otra en materia civil, penal, etc.

Ahora, la atribución de conocer y resolver estas controversias (contencioso administrativo) se la tiene asignada en la denominada jurisdicción ordinaria a su Sala Plena aunque es previsible, en el mediano plazo, quede mermada al ser parte de una de las jurisdicciones especializadas a las que se hace referencia en el texto constitucional y cuya ley

nacional se viene elaborando con un claro fin: que sea la propia administración pública dependiente del Ejecutivo directa o indirectamente la que administre justicia velando por los intereses del coyuntural gobierno antes que por los de las bolivianas y los bolivianos o lo que es lo mismo, de Bolivia. Buen ejemplo de ese tipo de actuaciones sesgadas es la denominada Autoridad de Impugnación Tributaria. En todo caso, se esta ante un ente que tiene reconocida la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en relación con la legalidad de los actos impugnados con relación a la materia contenciosa. Todavía es una interrogante el reconocimiento del derecho a la doble instancia, porque aun cuando exigida por el texto constitucional, no se tienen desarrollados los instrumentos normativos correspondientes como tampoco se los tiene en lo que a especialización requerida de los juzgadores se refiere con excepción del ámbito tributario a partir de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional bajo el régimen constitucional precedente al del 2009.

Lamentablemente, el apego a lógicas de reconocer en el Estado cualidades cuasi divinas y ser presentado como un sujeto con el derecho a sacrificar a cualquier ser humano que lo integre, deriva en que los servidores públicos asuman que tienen una suerte de poderes absolutos que pueden ejercer al grado de desconocer discrecional y arbitrariamente lo que hicieron aquellos que los preceden en el tiempo en las mismas funciones, aun cuando ello lesiones derechos o intereses legítimos. Por ello, es tiempo de que se tome conciencia de que la propia Administración pública esta limitada en cuanto a dejar sin efecto sus propios actos o los de otros entes porque lo que corresponde es, como manda el texto constitucional y la ley, impugnar su propia actuación o la de otro ente por la vía contenciosa administrativa, y no operar arbitrariamente violando derechos fundamentales ya que sin acudir ante un tercer imparcial y sin calificar un acto como lesivo al interés público por infringir alguna norma preestablecida o por cambios de visión en los niveles de toma de decisión se anula o modifica lo que hicieron

otros, sin importar los derechos de las bolivianas o de los bolivianos. También en este supuesto, guste o no, cabe preservar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad en la actuación de la Administración Pública evitando que su vulneración afecte, por ejemplo, los derechos o intereses legítimos de la propia administración pública o de cualquier hombre o mujer.

En la misma línea de razonamiento también me corresponde referirme al artículo 153 del Código Penal que tipifica como “Resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes” lo siguiente: “La servidora o el servidor público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes, o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años. La misma pena, será aplicada cuando la resolución sea emitida por un fiscal. Si el delito ocasionare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio”.

Delito que, como tengo señalado se ha puesto de moda para aplicar al opositor, al crítico, al disconforme o al que opina en un sentido contrario a lo que desde el oficialismo se hace o dice. Pero independiente de esta crítica, lo que corresponde precisar es que así como la inconstitucionalidad de leyes, decreto o resolución no judicial de cualquiera de los diversos niveles de gobierno solo puede hacerlo el Tribunal Constitucional Plurinacional, la ilegalidad por el dictado de una resolución y orden así como su ejecución u orden de ejecución no puede ser determinada por cualquier juez cualquiera, un juez penal y menos por un fiscal. Esa declaración de ilegalidad solo puede ser hecha por el Tribunal Constitucional Plurinacional en los casos de control de legalidad que le asigna el artículo 202 del texto constitucional o por el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Sala Plena luego de sustanciarse el contencioso administrativo correspondiente luego de que la administración pública impugnó su propia actuación o de los jueces en materia tributaria conforme a lo que se prevé en la normativa tributaria-aduanera en el marco del proceso contencioso de esa materia o cuando

dicho contencioso fue activado por el administrado. No cabe, por tanto, en el marco constitucional vigente, que se inicie un proceso penal y menos que se condene a una persona a pena privativa de libertad por ese delito cuando es un juez penal quien en base a la acusación de un fiscal o de un querellante alega que se ha dictado una resolución o una orden o que alguna de estas se ejecutó o hizo ejecutar alegándose que es contraria a las leyes. Es, insisto, un absurdo jurídico lo que se genera de un accionar de esa naturaleza que devela la sistemática violación de Derechos Humanos en la que, lamentablemente, se ve inmersa Bolivia. Alguien debiera advertir a jueces y fiscales que ese tipo penal opera en la actualidad en un ámbito totalmente diferente al que existía durante la vigencia del texto constitucional de 1967 y sus reformas. El asunto llega a ser tan complejo que es, precisamente, en torno a las potestades de generación normativa reconocida a los pueblos indígenas, originarios y campesinos donde se aprecia con mayor claridad (dada la visión autoritaria imperante) lo perverso de un razonamiento contrario.

Si las autoridades de cualquier pueblo indígena, originario o campesino emiten una orden o dictan una resolución que puede presentarse como contraria a lo previsto en una ley nacional no puede ser acusada ni perseguida penalmente por haber adecuado su conducta al tipo penal señalado toda vez que, con anterioridad, deberá ser una autoridad competente la que determine si existió o no esa vulneración.

Efectuada esta advertencia, retomando el tratamiento normativo vigente en torno al control externo de legalidad corresponde señalar que tal como lo prevé el citado artículo 778 del Código de Procedimiento Civil, es imprescindible para su interposición que se hubiese agotado la vía administrativa que, como he señalado, se encuentra detallado en la Ley N° 2341 además de otras específicas en ciertos ámbitos. En el caso de los pueblos indígenas, originarios o campesinos ese agotamiento viene dado, porque solo así se lo puede entender, cuando se han agotado aquellos mecanismos de control interno de legalidad que se ellos mismos tengan diseñados.

En cuanto a quien debe conocer y resolver este tipo de acciones, reitero, viene a ser competente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena. Es previsible que, en el corto tiempo, experimentemos reformas en este ámbito dada la búsqueda por generar una Ley nacional en la que se atribuya a una jurisdicción especializada distinta al Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento y la resolución de este tipo de acciones, oportunidad en la que tendrá que tomarse en cuenta lo concerniente a los derechos que les asisten a los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Ahora, advirtiendo que puede existir un cierto margen de duda en torno a lo que manifiesto por la ausencia, en el texto constitucional vigente, de un detalle de las atribuciones del Tribunal Supremo, corresponde precisar que conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial se prevé, como numeral 16 que a ese Tribunal le corresponde, o tiene como atribución, el conocer y resolver “otras establecidas por ley”, razón por la cual, al así preverlo el citado artículo del Código de Procedimiento Civil, es en esta instancia ante la cual se deben presentar ese tipo de demandas. En materia agroambiental, será el Tribunal Agroambiental quien actué en igual condición, siendo aplicable todo lo señalado hasta el momento.

Otro mecanismo de control de legalidad, cercano al contencioso administrativo, es el denominado “Proceso Contencioso y Resultante de los Contratos, Negociaciones y Concesiones del Poder Ejecutivo”. Su antecedente se lo encuentra en el texto constitucional de 1831 donde se preveía en el artículo 113.3 como atribución de la Corte Suprema de Justicia la de “Conocer de las causas que resulten de los contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo” la cual se mantuvo, aunque con algunas variaciones, hasta el texto constitucional de 1967 reformado. Bajo ese marco constitucional el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 775, señala que: “En todos los casos en que existiere contención emergente de los contratos, negociaciones o concesiones del Poder [entiéndase Órgano] Ejecutivo, conforme a las previsiones pertinentes de la Constitución Política del Estado, se presentará la deman-

da ante la Corte Suprema de Justicia [entiéndase Tribunal Supremo de Justicia][...]”.

Las dificultades que presenta este mecanismo de control son varias como que no solo el Poder Ejecutivo es el que suscribe contratos, desarrolla negociaciones u otorga concesiones, razón por la cual la práctica y jurisprudencia de ese órgano dio adecuada cabida a nuevos escenarios. Pero independientemente de ese factor, lo evidente es que es un mecanismo de control a cargo del órgano jurisdiccional orientado a resolver controversias que versan sobre la ley aplicable o los alcances de esta en torno a los contenidos del contrato, las negociaciones o las concesiones en las que una de la partes es, con mayor propiedad que el Estado, la administración pública donde la resolución que se emita versará sobre el principio de legalidad en alguna de sus manifestaciones para dar acogida o no a la pretensión de alguna de las partes.

En pocas palabras viene a ser una variación del contencioso-administrativo cuyo fundamento es, desde mi punto de vista, la desconfianza con los juzgadores en general ligado a un concepto errado de que las ‘autoridades’ del Ejecutivo (especialmente el Presidente) no pueden ir o estar ante cualquier juez.

Otro de los mecanismos de control de legalidad acogidos en el ordenamiento jurídico boliviano, particularmente importante al haberse extendido su uso en nuestro medio, es la denominada acción de amparo constitucional. No me detendré en torno a sus antecedentes históricos ni sobre las similitudes o diferencias que existen con el tratamiento que se le brinda en otras legislaciones a este instituto, pero si resalto el hecho de que no solo opera en aquellos supuestos en los que existen actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la constitución, sino que también procede cuando existen actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la ley tal como lo prevé el artículo 128 del texto constitucional vigente.

Es un mecanismo heroico, como algunos gustan llamar, a través del cual se recompone un escenario quebrado por la ilegalidad al ser los tribunales de amparo quienes tiene el deber de corregir cualquier caso de ilegalidad en tanto se observen las características de subsidiariedad y de remedial. Su sencillez y celeridad que conceptualmente sustentan esta acción, lamentablemente, se enfrenta a una serie de factores estructurales que han derivado en gestar una compleja gama de reglas, cuya observancia es obligatoria al decir del Tribunal Constitucional Plurinacional, que han mermado su efectividad y, con ella, su celeridad y prontitud... en términos sencillos, se ha restringido sistemáticamente el acceso a niveles de protección de los derechos de las personas a partir de formalismos procedimentales que resultan ontológicamente opuestos a su esencia y fin. Es, en todo caso, un mecanismo medular del sistema de control externo de legalidad en general pero, en especial, de los actos de la administración pública toda vez que son susceptibles de revisión todas las determinaciones administrativas e incluso jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales de las personas.

También resulta relevante que, para sede jurisdiccional, se ha previsto en el texto constitucional la acción de cumplimiento que debiera operar como vía expresa, remedial o de urgencia para que se restablezcan los derechos de los administrados a partir de la exigencia directa a la administración pública para que se apegue a la legalidad imperante sobre su accionar. Si bien es cierto que se trata de una acción que guarda similitud con el objeto de conocimiento del contencioso administrativo y no se aleja de la esencia del amparo constitucional, opera en un ámbito más restringido al versar sobre derecho subjetivos e intereses legítimos que requieren tutela inmediata que no la alcanzarían en el desarrollo del contencioso ordinario o para aquellos casos en los que se entienden afectados intereses o derechos difusos que garantiza el texto constitucional y ameritan igual urgencia y acción remedial en su protección. En este sentido, el artículo 134.I del texto constitucional señala que “La Acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de

servidores públicos con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida". Lamentablemente, gracias al actual Tribunal Constitucional Plurinacional, ha quedado restringido a proteger el derecho de petición.

Otros mecanismos de control de legalidad fueron asignados, en el texto constitucional a través del artículo 202, al Tribunal Constitucional Plurinacional entre los que se encuentran los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; y, los conflictos de competencia entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas; los recursos directos de nulidad; y, la revisión de las acciones de cumplimiento.

Son mecanismos de control externo de legalidad que tienen como finalidad afianzar el principio de legalidad en tanto asumida como garantía de libertad y seguridad de las personas que integran el Estado, al tiempo de gestar un orden en el que exista congruencia y racionalidad en el ejercicio del poder.

Pero al interior del Órgano Judicial, también operan mecanismos de control de legalidad ya que, como sostiene el artículo de la Ley N° 025 en su artículo 30, la jurisdicción ordinaria se sustenta entre otros, en el principio de legalidad. El numeral 6 del artículo 30 señala textualmente: "Legalidad. Con sujeción a la Constitución Política del Estado, constituye el hecho de que el administrador de justicia, esté sometido a la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas". Es, como se podrá colegir, parte del desarrollo del artículo 178 del texto constitucional en el que su primer párrafo señala que "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos".

Par precautelar que ello sea así, se ha desarrollado una amplia gama de vías recursivas en los procesos contenciosos dentro de los cuales destacan los recursos de revocatoria, apelación, nulidad y casación, donde no solamente se encuentran presentes dinámicas de asegurar en un debido proceso sino la existencia de una doble instancia o el efec-

tivo ejercicio del derecho a la defensa, sino que también se acoge en esencia la exigencia de que se vele y respete el principio de legalidad. El desarrollo de este punto, en todo caso, lo reduzco a lo manifestado consiente de la amplia bibliografía local a la cual se puede acceder para profundizar su estudio.

De todo lo dicho se comprende el acierto de que “no solo los gobernados, sino principalmente los gobernantes, tienen el deber de acatar y cumplir con la Constitución y las leyes de la República, porque en caso de vulnerar derechos y garantías constitucionales y legales, quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria [...] siendo clara la intención del Legislador de que la actuación de los Poderes Públicos siempre esté sometida a la legalidad”²³⁵, como acertadamente manifestaba Marcela Rita Ortiz Torricos con relación al texto constitucional de 1967 reformado pero que mantiene plena validez en el marco de lo previsto en el texto constitucional vigente.

Así lo había establecido el Tribunal Constitucional bajo la vigencia texto constitucional de 1967 reformado cuando fijó como línea jurisprudencial que a la jurisdicción constitucional no le está permitido el análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria sino en supuestos restringidos donde lo que opera es una protección de los derechos fundamentales²³⁶.

235 Ortiz Torricos, *op. cit.*: 120.

236 Ver las Sentencias Constitucionales N° 1358/2003 - R, 308/2004 - R, 446/2004-R y 1846/2004 - R, entre otras. En esta última se señala, por ejemplo, que: “corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.

Resulta interesante apreciar como es que se la asignó al Tribunal Constitucional Plurinacional atribuciones de control de legalidad, aunque el mayor número de éste se lo encuentre atribuido a los órganos jurisdiccionales o justicia ordinaria (Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces) y a la justicia agroambiental (Tribunal y jueces agroambientales)

El desarrollo pormenorizado de las diversas manifestaciones y particularidades del sistema del control de legalidad excedería los objetivos que se tienen previamente establecidos para el presente trabajo, razón por la cual me limito a resaltar los principales caracteres que se derivan del propio texto constitucional:

- a) Los vicios que se presentan al momento de la formación de un instrumento normativo, acto o hecho en el ámbito de los órganos de poder público o de las acciones de los particulares, pueden ser impugnados por el sujeto afectado siendo indiferente que aquellos se deban a la inobservancia o errónea aplicación del procedimiento establecido, en tanto se pretenda el restablecimiento del principio de legalidad.
- b) Los vicios materiales que presenta un hecho o una norma en el ámbito de los órganos de poder público o de las acciones de los particulares también se constituyen en objeto de impugnación por parte de quien pudiera sentirse afectado.
- c) A diferencia del sistema de control constitucional plasmado en el texto constitucional vigente, el control de legalidad responde a un sistema difuso al estar llamados y legitimados para ejercerlo todos los órganos de gobierno sin que ello implique negar que la mayor trascendencia la tiene el denominado Órgano Judicial ordinario y agroambiental.
- d) Tomando en cuenta la amplitud de materias que pueden ser objeto de control de legalidad, deberán desarrollarse las formas y procedimientos correspondientes siendo coherente que pueda ser activado en cualquier proceso además de ser posible proponer el tema como principal en una pretensión.

- e) A diferencia de la existencia de una previsión expresa de expulsión de la norma inconstitucional, en el caso del control de legalidad se tiene que los efectos sobre la sanción emergente ante una norma o acto que no se ajusta el principio de legalidad solo surte efectos en el caso concreto, con efectos consecuentemente limitados solo al caso en el que se demandó la sanción.
- f) También en términos generales, el control de legalidad produce efectos declarativos ya que los pronunciamientos que se emiten derivan en que la ilegalidad así declarada opere retrotrayendo sus efectos al momento de su aparición *ex tunc*, aunque también es posible identificar ciertos supuestos en los que lo son para lo venidero.

Estas características también motivan rescatar el contenido de la Sentencia Constitucional 1970/2010, de 25 de octubre de 2010²³⁷, en la que dentro de la revisión de una acción de amparo constitucional se señaló que:

III.2. Interpretación de la legalidad ordinaria, atribución privativa de la jurisdicción ordinaria, no así del Tribunal Constitucional salvo situaciones excepcionales sujeta a ciertas exigencias. La interpretación de la legalidad ordinaria entendida, como aquella labor exclusiva de los tribunales ordinarios a momento de interpretar y aplicar la norma al caso concreto es respetada y tomada en cuenta por este Tribunal; puesto que por previsión del art. 179.I de la Constitución Política del Estado vigente (CPE): “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 campesinas se ejerce por

237 Sentencia Constitucional N° 1970/2010-R, de 25 de octubre de 2010, Magistrado Relator Dr. Juan Lanchipa Ponce.

sus propias autoridades”; no obstante, también en coherencia con una de las finalidades del Tribunal Constitucional, que es el respeto y protección a los derechos fundamentales, de manera excepcional y si es que en dicha labor o competencia exclusiva de interpretación se han lesionado derechos fundamentales, se abre la tutela o protección que brindan las acciones de defensa, claro está sujeta a requisitos o exigencias desarrolladas jurisprudencialmente también por este Tribunal; los cuales son:

- 1) Exponer de manera adecuada, precisa y debidamente fundamentada, los criterios interpretativos que no fueron cumplidos o fueron desconocidos por el juez o tribunal que realizó la interpretación de la norma al caso concreto; es decir, por qué le resulta insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica o con error evidente, identificando, en su caso, las reglas de interpretación que fueron omitidas por el órgano judicial o administrativo.
- 2) Exponer qué principios fundamentales o valores supremos no fueron tomados en cuenta o fueron desconocidos en la interpretación que considera lesiva a sus derechos, siendo insuficiente ‘la mera relación de hechos o la sola enumeración de las normas legales supuestamente infringidas’.
- 3) Qué derechos fundamentales han sido lesionados con dicha interpretación que considera arbitraria y a los resultados que hubiese arribado con la interpretación que indica es la correcta, ‘estableciendo el nexo de causalidad entre estos y la interpretación impugnada; dado que solo de esta manera la problemática planteada por el recurrente, tendrá relevancia constitucional” (SC 0854/2010-R de 10 de agosto).

Entre las Sentencias Constitucionales dictadas en la presente gestión, la SC 0083/2010-R de 4 de mayo, siguiendo la línea jurisprudencial trazada, en lo pertinente señaló que: “[...]este Tribunal, en las SSCC 1846/2004-R y 1917/2004-R, ya ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria corres-

ponde a la jurisdicción común y que si bien a la jurisdicción constitucional le corresponde verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; no es menos cierto que el demandante o accionante debe invocar y fundamentar cuáles fueron las infracciones a las reglas de la interpretación admitidas por el derecho; situación que tampoco acontece en el presente caso, pues no ha expresado con precisión las razones que sustentan su posición, ni identificó con claridad qué criterios o principios interpretativos no fueron empleados o fueron desconocidos por las autoridades judiciales demandadas”.

Lo manifestado hasta el momento podría dar lugar a sostener que el control de legalidad no opera en el marco de lo desarrollado por las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos toda vez que las referencias a estos, especialmente durante la breve descripción del proceso de evolución y características más relevantes de los mecanismos de control interno y externo de legalidad, fueron tangenciales.

Posición entendible que, en todo caso, no comparto, porque existe una pregunta central que amerita precisar su respuesta para poder obtener conclusiones definitivas. El principio de legalidad parte de una concepción que guarda niveles de relación con las palabras de Dabin que a continuación transcribo, cuando indica que:

El individuo humano está dotado de un pensamiento personal, por el cual conoce al mundo exterior y se conoce a sí mismo, y de una voluntad libre, capaz de adherirse al bien; es un alma inmortal hecha por Dios y destinada a reposar en Dios. En esas condiciones, ¿cómo habría de ser miembro, en sentido estricto, de una colectividad o Estado, cuya existencia es solo temporal, y que, por sí mismo, está desprovisto de toda facultad espiritual, y no es apto para pensar y querer, para rea-

lizar su propio orden, sino por mediación de los pensamientos y voliciones individuales? [...] Más aun: en lo que concierne especialmente al Estado, aunque el agrupamiento en ciudad o en Estado responde a una tendencia natural de los individuos humanos, quien lo ha instituido y pensado en la inteligencia (o, si se quiere, la ingeniosidad) de los individuos, precisamente en vista del servicio de los individuos asociados, para realizar la obra práctica de una coordinación e inter-ayuda útil a la generalidad. Por otra parte, el Estado y la ciudad no han existido siempre, y hay grupos que, ya en el pasado, ya en el presente, no conocen organización propiamente política: entonces, ¿cómo pretender que el individuo es de suyo, constitucionalmente, parte del Estado?²³⁸

No oculto, niego o ignoro las críticas que existen en torno a los planteamientos de Dabin ni nuevos y variados postulados que sobre el tema se han desarrollado, pero si rescato y empleo estas sus palabras, porque ponen en evidencia aquella pregunta que amerita ser respondida en el caso de los pueblos indígenas, originarios y campesinos con relación a los mecanismos de control de legalidad desarrollados en Bolivia. En clases alerto que el artículo 21.3 señala claramente que: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: [...] A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos”, y que es un artículo totalmente diferente en cuanto a contenido, sentido y alcance de lo previsto en el artículo 4 del texto constitucional vigente en el que se lee: “El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión”.

Su lectura rápida lleva a colegir que el Estado garantiza a todos o a todas la libertad de religión y que se esta frente a un Estado laico

238 Dabin, 2003: 355.

como ahora se acostumbra denominar a aquellos que no tienen una religión asumida como oficial. Pero un análisis algo más detallado deriva en encontrarse con sorpresas. El sujeto de la oración es el Estado y es ese sujeto el que tiene una cosmovisión, la cual opera como marco para el reconocimiento de la libertad de religión.

No es una redacción fruto del quebrantamiento de reglas de gramática ni cosa por el estilo, encierra un profundo contenido que puede ser resumido en reconocer que ese sujeto, el Estado, tiene vida y es un sujeto equiparable a cualquier ser humano, sin mayores diferencias ni distinciones. Es el producto de una concepción propia de los ciertos pueblos originarios y campesinos donde los objetos materiales (las piedras, las montañas, los árboles, etc.) no mueren, se transforman y son, así, inmortales. Cualidades y características que le permiten tener una cosmovisión que viene a ser un término equiparable, aunque diferente en su alcance, al de religión. No es el *re ligare* al que se refiere, porque no hay qué volver a ligar como acontece en la concepción judeocristiana, sino que viene a ser una cosmovisión en sentido estricto. Por lo tanto, cada pueblo indígena, originario y campesino tiene vida en esos términos y, consecuentemente, el ser humano no es aquel fin en sí mismo como se lo entiende desde un punto de vista diverso propio de aquel ámbito del cual emergió y evolucionó el principio de legalidad. Vienen a clarificar estas afirmaciones, las siguientes palabras de Nicolás, Fernández y Flores cuando señalan que:

En los Andes, el conflicto se presenta como una perturbación no solo de las relaciones sociales sino también de las relaciones con el entorno natural (*pachamama*) [...] la resolución del conflicto implica no solo reconciliarnos entre nosotros sino reconstruir el lazo con la *Pachamama* lastimado por nuestras agresiones o malos comportamientos. Y, de hecho, los MORC [métodos originarios de resolución de conflictos] en los Andes tienen un componente ritual muy importante. [...] Entre los procedimientos utilizados para la resolución de conflictos, el

principal, en la región andina, es sin duda el *akulliku*. Además de darnos valor en el trabajo o el estudio y de mantener despierto al transportista, la coca tiene una serie de características ligadas más bien a su uso social en los *ayllus*: nos invita a hablar con calma, pensar profundamente nuestras palabras, moderar nuestro lenguaje, escuchar a los demás. La coca, denominada también *inal mama* (en quechua como en aymara), es un elemento sagrado que nos conecta con la *Pachamma*: mediante la coca nuestras negociaciones son vigiladas y asesoradas por ella. Nuestros entrevistados lo repitieron una y otra vez: no se puede entablar un diálogo sin antes *pijchea*. Mediante el *surtiriy* convocamos a los cerros protectores (*awatiris, uywiris, etc.*) a nuestras charlas y mediante el *ch'uspiyay* volvemos a tejer el lazo social entre las parte en conflicto al intercambiar nuestras *ch'uspas* y nuestra coca [...]²³⁹.

Por ello, si uno trata de identificar en esos pueblos los fundamentos del principio de legalidad en los términos que inicialmente tengo expuestos, se tropezará con más de una dificultad que podrían llevar a establecer que es inexistente.

Pero el vínculo emerge de la identificación de las premisas fundamentales en las que se asienta el Estado, que derivan en identificar la existencia de valores comunes que se han hecho patentes y explicitado con la adopción del texto constitucional vigente. Si se quiere, en un sentido más claro, resulta ser que los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos ejercieron su derecho a la autodeterminación al reafirmar que “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”, tal como reza el artículo 22 del texto constitucional; también lo hicieron al reconocer que los Derechos Humanos operan como base y como límite del ejercicio de sus potestades de generación normativa y de administración de justicia lo que permite dimensionar que el artículo 30. II

239 Nicolás, Fernández y Flores, 2007: 118-19.

del texto constitucional, al resaltar que es en el marco “[...]de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución[...]” que las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de diversos derechos, parten de la aceptación de ciertas premisas elementales entre las que se encuentra la de que la conducta de los servidores públicos deben sujetarse a lo que se prevé en el ordenamiento jurídico boliviano que esta integrado por varios subordenamientos de los cuales, el de cada uno de esos pueblos, son parte importante. Por lo tanto, también asimilaron como propio el hecho de que ese principio de legalidad es esencial para la preservación de la unidad del Estado, y opera como marco y base para el ejercicio de sus potestades de generación normativa y de administración de justicia como parte de los derechos previstos para ellos en el artículo 30.II, numerales 1 (A existir libremente), 2 (A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión), 4 (A la libre determinación y territorialidad), 5 (A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado), 14 (Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión) y 18 (A la participación en los órganos e instituciones del Estado).

Solo de esa forma, cualquier gobierno, podrá dar adecuado cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 30.III donde se señala que: “El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”.

Es, por lo tanto, además del texto constitucional, a la ley y al principio de legalidad en esencia, al cual se le reconoce un nivel de presencia fundamental lo cual, por cierto, llega a carecer de sentido si no se tienen también aceptados los mecanismos de control desarrollados al efecto.

Por lo tanto, sobre la base de ese tipo de consideraciones, se identifica que el principio de legalidad, en el marco del ejercicio a la autodeterminación de los pueblos, fue aceptado por cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos exis-

tentes en Bolivia. Consecuentemente, aquello que supera los ámbitos de competencia específicos que el texto constitucional les reconoce al nivel de gobierno autónomo indígena, originario y campesino, operan los mecanismos que estos tengan diseñados al efecto sin perjuicio de los que el texto constitucional precisa como aplicables en ese ámbito.

De esta forma, por ejemplo, aquello equivalente a un acto administrativo en un nivel de gobierno autónomo indígena, originario o campesino no se encuentra sometido, propiamente, a lo que se establece en la Ley de Procedimiento Administrativo ya que o tienen desarrollados sus propios mecanismo de control o tendrán que desarrollarlos para poder ser parte de un sistema que viene dado por ser Bolivia un Estado Constitucional.

En este sentido, una primera formulación de la pregunta a responder podría ser formulada en los siguientes términos: ¿El principio de legalidad abarca los subordinamientos jurídicos de cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos? La respuesta, como tengo precisado, sería afirmativa, pero matizada por la diferencia de que los mecanismos de control no son aquellos operan en lo que vengo denominando el sistema ordinario de administración de justicia. Ello, porque todos esos pueblos aceptaron la existencia de valores y principios comunes que observarán en su cotidiano desenvolvimiento aun cuando cuenten con principios propios emergentes de sus cosmovisiones que cumplen una tarea equiparable al de legalidad sin ser propiamente lo mismo.

Es decir, bajo el marco de lo establecido en el texto constitucional vigente solo algunos mecanismos de control del principio de legalidad operan válidamente en el ámbito de los pueblos indígenas, originarios y campesinos con relación a los actos, las normas, o los hechos que sus autoridades desarrollen y conforme al diseño que ellos determinen²⁴⁰. No cabe, por tanto, que se siga aplicando la lógica plasmada en leyes como las N° 1674 Contra la Violencia Domestica, N° 1970 Código de

240 Ver Martínez, 2012.

Procedimiento Penal, N° 1715 INRA y la N° 2175 del Ministerio Público donde se introdujeron previsiones específicas en sentido de que en materia penal, procesal penal, familiar, de la niñez y adolescencia y agraria las autoridades indígenas podían administrar justicia pero era una autoridad del sistema de justicia ordinario quien se constituía en la que ejercía el control de legalidad. Es la misma concepción, errada, que se la aprecia en la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010 denominada Ley del Órgano Judicial en la que no se ha dimensionado a cabalidad los alcances de lo que se tiene previsto en el texto constitucional.

Ese errado entendimiento deriva en el alejamiento de los Derechos Humanos como factor de cohesión de un ordenamiento jurídico que esta integrado por varios subordenamientos jurídicos, y termina por configurarse un Tribunal Supremo de Justicia basado en un modelo consociativo imperfecto cuando no tiene lógica al no ser el ente llamado a ejercer el control de legalidad externo.

Lamentablemente, en lo que corresponde al subordenamiento jurídico de los pueblos indígenas, originarios y campesinos resulta ser este mismo órgano el que termina ejerciendo ese control de legalidad con un alto grado de confusión al haber asignado una tarea similar al Tribunal Constitucional Plurinacional de tal forma que existen dos órganos que ejercen ese control de legalidad de las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. No existe mayor novedad para el caso de las normas del subordenamiento de la justicia ordinaria, porque independientemente de las modificaciones que se realicen en las leyes que regulen los procedimientos en diversas materias, su esencia y continuidad viene dada por el texto constitucional. El problema esta en el caso de los pueblos indígenas, originarios y campesinos a los cuales se somete, a título de novedoso reconocimiento e incorporación, a mecanismos de control de legalidad ajenos y que, además, terminan por mutilar su potestad de generar aquellos que realmente respondan a su existencia y que canalicen los conflictos existentes en cada pueblo y a todos sus miembros, considerados en su individualidad, en cuanto a las

normas y decisiones que se tomen, dentro del marco de su real ejercicio del derecho a la autodeterminación.

Más aun, si a alguien le queda duda, cuando el texto constitucional precisa en el artículo 179.I que “La función judicial es única” y, consecuentemente, la indígena dentro de esta, originaria y campesina; que la integración del Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional toma en cuenta criterios de representación étnico racial, regional y de género; y que, en ese marco, se fijan criterios de interpretación y aplicación de las normas para las normas de esos pueblos de origen continental europeo que se encuentran establecidos en el artículo 180 (gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez); también, lo previsto en el artículo 115.II (“El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”) y, entre otros, en el artículo 119.I (“Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina”).

En términos sencillos, el texto constitucional ha previsto que por encima de las preferencias o apegos a buenas intenciones, se tengan establecidos principios de corte occidental europeo que se aplican en un marco de control de legalidad en el Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional de las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos y la decisiones de la autoridades de estos en su aplicación a tiempo de conocer y resolver casos concretos. Quien cuestiona mi afirmación debe dar lectura al artículo 178.I porque en esos pueblos se administra justicia por ser una emanación del pueblo boliviano. Otra cosa es que esos principios encuentren un criterio de interpretación que tenga que tener ciertos componentes que atiendan a las identidades involucradas. Tristemente, es una Ley de la República la que fija el marco que precisa esas exigencias constitucionales.

Queda en un segundo plano si hasta antes de la vigencia del texto constitucional de 2009 las normas de los pueblos indígenas, originarios o campesinos y su aplicación en la solución de casos concretos, terminaban en su ámbito territorial y espacial con una decisión que se tenía como final. Ahora, la palabra final la tiene el Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional y, como lo precisaré en su momento, el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Capítulo 3

La Constitución y la administración de justicia indígena, originaria y campesina

1. Introducción

El progresivo reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos es una característica distintiva del constitucionalismo boliviano, acentuada por los aportes gestados desde el ámbito académico y el desarrollo de instrumentos normativos que abordan, entre otros, el tema del ejercicio de la potestad de administración de justicia en estos pueblos. Es un escenario en el que los debates se avivan a partir de una serie de aristas que lo rodean como el apego a visiones antropológicas, sociológicas o de otra naturaleza empeñadas en la descalificación del jurista²⁴¹, o por el atrincheramiento en posiciones que vetan la opinión, la crítica o el acceso al debate a quien no se ve proclive a sustentar un discurso de moda. Así se da fuerza a prejuicios y mitos que enturbian ese escenario.

241 Coincido con la reflexión de Carbonell cuando señala que “como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado

Elementos que tomo en cuenta para el desarrollo del presente Capítulo a fin de evitar caer en error durante el análisis del tratamiento que le brinda el texto constitucional vigente a la potestad de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, tanto en lo referente a las autoridades que pueden llevar a cabo esa tarea como en lo referente a su relación con el resto del ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, considerando la reciente data del texto constitucional, se hace imprescindible efectuar permanentes referencias a lo que, sobre la materia, estaba previsto en el texto constitucional de 1967 y sus reformas al ser, como tengo señalado, su antecedente inmediato.

A lo largo del presente capítulo mantengo los criterios expuestos sobre las funciones que le corresponden cumplir al texto constitucional vigente en el Estado y con relación al ordenamiento jurídico, resaltando como novedosa característica el presentar una jerarquía normativa en la que el texto constitucional goza de un nivel jerárquico privilegiado en el ordenamiento jurídico boliviano, pero inferior a la que les corresponde a los tratados internacionales de Derechos Humanos y las normas del Derecho Comunitario de Derechos Humanos, que inciden en el ejercicio de la potestad de generación normativa y consecuentemente en la de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios

los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les encimaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran reditar beneficios electorales en el corto plazo [...] La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos finales constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; cuando si se ha producido ha sido desechada con los argumentos de que se trataba de ejercicios propios del tálate conservador de los juristas o bien de simples manifestaciones de ‘racismo jurídico’ que buscaban hacerle el juego a los intereses de las empresas transnacionales que querían apropiarse de los recursos naturales de las zonas indígenas” (Carbonell: 841-842).

y campesinos. Son, por lo tanto, los Derechos Humanos aquellos que operan como barreras infranqueables y base de sustento para el ejercicio de esas potestades a cargo de sus autoridades al ser en estos que, a su vez, encuentran su fundamento. También mantengo invariable mi criterio con relación al sistema de control de constitucionalidad y el de legalidad, cuyas diferencias resalté en el capítulo anterior, así como su relación con la administración de justicia en esos pueblos.

Bases sobre las que ingreso al análisis del marco constitucional en el que opera la potestad que tienen reconocidas las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos para administrar justicia aplicando sus instrumentos normativos así como la relación que se entiende debe existir con entre sus autoridades con otros servidores públicos.

2. Bolivia: pluricultural, multiétnica, plurinacional, intercultural

Analizar la potestad de administración de justicia contenida en el texto constitucional vigente requiere, necesariamente, empezar por la caracterización del Estado. Para hacerlo resulta fundamental comprender que gracias a los avances tecnológicos y científicos operados en las últimas décadas se ha logrado corroborar que los individuos de todo el mundo varían notablemente poco en cuanto a fuerza física e inteligencia; son más o menos iguales en sus talentos básicos; y, constante, continua y dinámicamente cambian, por su capacidad de responder favorablemente a procesos de aprendizaje que se generan a partir de la interacción con otros seres humanos y la naturaleza, dando lugar a niveles de repuesta heterogéneos a los problemas y a las necesidades que se les presentan.

Esos mismos avances son los que permiten identificar que, pese a grandes coincidencias sobre los objetivos que se pretenden alcanzar en las diversas formas de organización desarrolladas por los seres hu-

manos a lo largo del tiempo, la agudización de las diferencias entre esos sujetos suelen derivar en conflictos de diversa intensidad y llegar, incluso, a emplearse la violencia.

Ambas constataciones permiten comprender como es que la evolución del reconocimiento de los Derechos Humanos ha permitido que estos operen, o si se prefiere, se los encuentre, en la base sobre la que elaboran los textos constitucionales cuya naturaleza instrumental para los seres humanos le permiten operar favorablemente en la búsqueda de solución a los conflictos sin necesidad de acudir a la violencia. La solidez y los beneficios que se desprenden de esos textos quedan visibilizadas, por ejemplo, en la incidencia de sus contenidos para la construcción de un orden jurídico coherente y consistente; en tanto quedan develadas sus debilidades e imperfecciones, cuando no se alcanzan esos resultados al grado de ser expresión de instrumentos que sirven para someter a los seres humanos o, si se prefiere, para la violación encubierta o descarada de Derechos Humanos.

Por otra parte, aquellas constataciones también dan lugar a afirmar que la adopción de la democracia como sistema de gobierno genera espacios de interacción cada vez mayores que permiten avanzar en unidad y sin violencia, precisamente a partir de la aceptación y respeto de las identidades presentes en sus diversos grados y niveles sobre la base de valores que se identifican como comunes en una dinámica de generación cultural.

La historia de Bolivia es una muestra de ello, con avances y retrocesos o desencantos. En el constitucionalismo local resalta el avance en la búsqueda de preservación de los elementos básicos de un Estado que ha sobrevivido como tal cerca de dos siglos, con reformas constitucionales (o nuevas constituciones para algunos) que develan la invariable preocupación por proteger y preservar la libertad y la dignidad del ser humano para lo cual resulta fundamental afianzar la integridad territorial y la cohesión social. Pero al mismo tiempo, en el constitucionalismo local, también se encuentran inscritos grandes retrocesos y des-

encantos ligados a afanes autoritarios que terminan por develar como se gestaron reformas constitucionales (o nuevas constituciones para algunos) que se orientaron a perpetuar a una persona como Presidente del Ejecutivo o, simplemente, para que regímenes autoritarios se den un baño de legitimidad, ante la comunidad internacional o la población local, en tanto se violan Derechos Humanos y se olvidan las exigencias mínimas de un régimen democrático, anulando por ejemplo la tolerancia, el pluralismo político o ideológico.

Contexto genérico que deriva en tener presente que el texto constitucional de 1826 adoptó un modelo de Estado ligado a la lógica liberal, que se imponía en el continente europeo e irradiaba entre los países emergentes en Latinoamérica, a partir de ser a la luz de la época la traducción de los planteamientos y las experiencias más avanzadas y más apropiadas para enfrentar ese tipo de desafíos... construir un Estado ahí donde antes no había; los postulados de libertad e igualdad eran pilares fundamentales que propugnaban la superación de las diferencias sin detenerse en la existencia de identidades menores a la identificada como urgente construir: la nacional. Consecuente con su fuente ideológica, la igualdad del hombre ante la ley era central en todo el territorio del Estado, porque no eran voluntades personales aquellas que debían imperar, sino la ley porque ese principio era expresión de la voluntad del pueblo generada en el marco de una organización gubernamental basada en la división de poderes y la adopción de sistemas democráticos, entre otros aspectos, lo que la convertía en el principal instrumento de reconocimiento de derechos para los seres humanos²⁴².

Decisión que con el transcurso del tiempo, independientemente de las críticas que puedan efectuarse²⁴³, dan como resultado que al día

242 Ver Trigo, *Las Constituciones de Bolivia...*, 2003: 63 y ss.

243 Contexto descrito que influyó en el tratamiento que se brindó a los pueblos que habitaron el territorio del nuevo Estado desde tiempos anteriores a los de la Colonia, que dan lugar a críticas como la esgrimida por Cabedo Mallo cuando, citando a Colomer, sostiene que “para los nuevos estados nacionales

de hoy *Bolivia es un Estado* así reconocido por el resto del mundo al haber superado innumerables dificultades como pérdidas territoriales en conflagraciones bélicas, negociaciones, las atrocidades de gobiernos autoritarios u otras circunstancias que, en todo caso, no impidieron que como Estado preserve la unidad de su población, la unidad territorial y su independencia²⁴⁴.

En lo que a unidad de la población se refiere, el texto constitucional de 1826 deja ver que no era un desafío menor, más aun cuando se comprende que el territorio del nuevo Estado se caracterizaba por la presencia de una población con orígenes diversos: aquella que en el transcurso de la colonia había migrado voluntaria o forzosamente desde Europa, África u otros continentes; aquella proveniente de otros lugares de la propia América; aquella cuyas primeras generaciones habían arribado al continente desde otros continentes, pero que nacieron y se desarrollaron en el territorio del nuevo Estado; y, aquella cuyos orígenes se encontraban en este territorio desde tiempos que antecedían a los de la colonia²⁴⁵. Por lo tanto, preservar esa unidad era un desafío

esta población [la indígena] no existe en cuanto a identidad cultural y sistema normativo diferenciado. Más aun, es un peligro para una estructura débil, con un entramado social frágil y tendencias centrífugas e incluso claramente desintegradoras, que solo la sobredimensión macro cefálica de ese 'presidencialismo' superlativo, en su función de garante de la unidad, la uniformidad y la integración, puede impedir" (en Peña Jumpa, Cabedo Mallol y López Báceras, 2002: 35). En todo caso, no resulta coherente plantear cambios a partir de la crítica al denominado "Estado-nación" presentado como algo anclado en el pasado sin tomar en cuenta su evolución y manifestaciones diversas a las que presentaba hace varios siglos. El Estado y la construcción de una unidad en su población dejaron de ser, desde hace mucho tiempo atrás, aquella que se aplicó en el siglo XVIII y todo cambio, basado en la crítica, debiera tomar en cuenta esta realidad.

244 Ver Roca, 2007.

245 Rafael Loayza (2004: 1) sostiene que no existe un dato preciso sobre la población originaria ("culturas nativas" es la terminología que emplea) que habitaba el territorio de lo que llegaría a ser Bolivia. En este sentido señala: "Aún cuando los españoles alcanzaron la región andina en 1532, arribaron

importante y por ello se explica que el artículo 1 del texto constitucional de 1826 hubiera establecido que: “La Nación boliviana es la reunión de todos los Bolivianos”²⁴⁶. No era, como se podría interpretar a la luz de la doctrina constitucional actual, una previsión que versara sobre la nacionalidad en el sentido de pertenencia jurídico-política de una persona al Estado; se normaba la visión del Estado como una forma de organización que requería cohesión de su población independientemente de las identidades con la que contaban en ese tiempo. Igual lógica se puede apreciar en el texto constitucional de 1839 cuando sostenía en su artículo 1 que: “*La Nación boliviana se compone de todos los bolivianos, reunidos bajo una misma asociación política: es libre e independiente, y adopta para su Gobierno la forma popular representativa*”. Las diversas

sincrónicamente cuando el Imperio Inca estaba en su apogeo político y complejidad social, no dejaron crónicas confiables sobre las culturas nativas que encontraron a su paso que describan con precisión las particularidades de las sociedades pre-colombinas. Por lo tanto, los datos que se logran entrever en las crónicas coloniales arrojan montas sobre la población y descripciones un tanto sesgadas de sus costumbres y prácticas culturales. Sin embargo, se puede deducir la composición social y política de los estados originales según los remanentes al presente y cotejando las crónicas españolas imperfectas. Al momento del arribo de los peninsulares a la región, se estima que la población indígena de los Andes Centrales (Bolivia, Perú y Ecuador) oscilaba entre 3 a 12 millones de habitantes según cuál sea la fuente de consulta. Algunos investigadores proyectan estas cifras y se topan con que, en la actualidad, existen entre 15 a 20 millones de quechuas y entre 2 a 3 millones de aymaras. Cabe resaltar que estos cálculos se basan en los factores raciales de la etnicidad, antes que en los principios de la dinámica de la cultura étnica [...]”.

246 Previsión constitucional concordante con el artículo 11 de la misma Constitución, en la que se señalaba. “Son bolivianos: 1° Todos los nacidos en el territorio de la República. 2° Los hijos de padre o madre boliviana, nacidos fuera del territorio, luego que manifestasen legalmente su voluntad de domiciliarse en Bolivia. 3° Los que en Junín o Ayacucho combatieron por la libertad. 4° Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o tengan tres años de vecindad en el territorio de la República. 5° Todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que la ley especial lo determine”.

reformas constitucionales, incluida la de 1967, reflejaron el mismo interés en el tema aunque optaron por su abordaje desde la asimilación de los conceptos de nación y de República.

Otro de los desafíos centrales que motivaron adoptar un determinado modelo de Estado que se mantiene constante y reflejado en todos los textos constitucionales que alcanzaron a tener vigencia desde el de 1826 hasta el presente, es la afirmación de su independencia, acompañada de la preservación de la unidad territorial. Así, el artículo 2 del texto constitucional de 1826 señalaba que: “Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia”. Norma que, aun cuando su redacción cambió a lo largo del tiempo, mantuvo invariable su esencia de haber fijado inequívocamente el status jurídico político del Estado²⁴⁷.

Es evidente que la concepción de la igualdad imperante a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX no aparejó el reconocimiento de derechos colectivos, como los entendemos hoy, en particular a aquellos basados en patrones culturales e identidades que diferenciaran a unos de otros en el Estado, así como las particulares condiciones determinaron un relegamiento del reconocimiento de iguales derechos a todos los habitantes del territorio al grado de ser recién a mediados del siglo pasado cuando, por ejemplo, se extingue el “pongueaje”²⁴⁸ que había sido precedido por un importante avance contenido en el texto cons-

247 Rivera *et al.*, 2005: 3.

248 Ver Mesa *et al.*, 2003: 649-650: “A pesar del despertar de los indios en el altiplano y valles, a partir de la creación de sindicatos y de las movilizaciones de 1945, la agricultura (con menos del 2% cultivado del total útil del país) estaba en manos de grandes propietarios (terratenientes) que, especialmente en el altiplano y el valle, controlaban la producción. Desde el punto de vista social el indio dependía totalmente del hacendado, cultivaba una pequeña parcela a cambio del salario y su condición general era lamentable. Hasta 1945 se mantuvo el pongueaje (el Gobierno de Gualberto Villarroel lo abolió), un eufemismo de un sistema de semiesclavitud que obligaba a trabajos no remunerados del colono, generalmente en la ciudad, a favor del propietario de la hacienda”.

titucional de 1938 que dedicó en su “Sección Decimonovena”, titulada “Del Campesinado”, tres artículos particularmente relevantes en cuanto al reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, como sujetos de derecho, así como la consecuente asimilación de una pluralidad que debían tomarse en cuenta en torno al tema tierra y la integración de aquellas comunidades en el ámbito de cobertura del derecho a la educación²⁴⁹.

Previsiones normativas que se mantuvieron sin modificaciones en los textos constitucionales de 1945 y 1947²⁵⁰ visualizando en ese ámbito la presencia de los pueblos indígenas y sentando bases para que en el texto constitucional de 1961²⁵¹ se incorpore el que se denominó “Régimen Especial Agrario y Campesino” referente a la tenencia de la tierra y a los derechos de los “pueblos campesinos”. Al respecto se ha sostenido que:

La visión globalizadora del tema agrario ordena ‘verticalmente’ el discurso constitucional; en primer término, aborda la cuestión de la tierra y de las relaciones de propiedad que sobre ella pueden o no establecerse; en segundo término, aborda la cuestión de la población agraria, subsumiendo categorías sociales diferentes bajo el término genérico de campesinos; luego, aborda la expansión de la frontera agrícola, las temáticas del crédito y de la educación como factores coadyuvantes de la producción agraria, y concluye enunciando las instituciones e instrumentos que conservan la legalidad de la propiedad agrícola²⁵².

249 “Art. 165. El Estado reconoce y garantiza la existencia legal de las comunidades indígenas”. “Art. 166. La legislación indígena y agraria se sancionará teniendo en cuenta las características de las diferentes regiones del país”. “Art. 167. El Estado fomentará la educación del campesino, mediante núcleos escolares indígenas que tengan carácter integral abarcando los aspectos económico, social y pedagógico”.

250 Ver Salinas Mariaca, 1989: 239-351.

251 Ver Valencia Vega, 1964: 359 y ss.

252 Rivera et al., op. cit.: 464.

Pero las identidades existentes en el territorio boliviano, sumadas a la constante preocupación por la preservación de la unidad territorial del Estado, no impidieron que el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas superara la ligazón con los temas de tierra, crédito o educación ampliándose a otros ámbitos no menos complejos.

Estas crecientes demandas se las evidenció, por ejemplo, en la reforma del texto constitucional de 1967 operada en 1994 luego de varios años de trabajo y la influencia de acontecimientos altamente relevantes como ser: a) el movimiento mundial de los pueblos indígenas en los primeros años de la década de los años noventa del siglo pasado que postulaban un reconocimiento mayor al de derechos en el tema 'tierra'; b) manifestaciones como la "Marcha por el Territorio y la Dignidad"²⁵³ de 1990, que permitió visualizar la existencia de una población que demandaba el expreso reconocimiento de sus manifestaciones culturales como el de un sistema propio de administración de justicia²⁵⁴; o, c) la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* y su ratificación mediante Ley de la República N° 1257, "[...] porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención

253 Herrera, Cárdenas y Terceros (2003: 23) señalan: "La marcha marcó una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas, como lo manifestó el mismo presidente Paz Zamora [n. a. a pie de página N° 5 se señala "En su discurso de inauguración del Seminario Internacional sobre Pueblos Indígenas y Recursos Naturales en el Oriente y la Amazonía Boliviana, en La Paz el 11 de julio de 1991?] y redimensionó el carácter político del problema indígena. El Estado debía asumir su rol y considerar las demandas de este sector de la sociedad. En la conciencia política del Estado, los planteamientos reivindicatorios indígenas adquirieron una dimensión nacional. A partir de esa fecha el discurso político de las organizaciones sociales y del gobierno cambió porque se integró el tema indígena".

254 "De las marchas y la protesta al poder", Periódico *La Razón*, edición del 12 de octubre de 2007.

a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la auto identificación”²⁵⁵.

La reforma constitucional de 1994 mantuvo inalterables los postulados de independencia de la República y de unidad territorial, pero incorporó en el artículo 1.²⁵⁶ la caracterización de Bolivia como un Estado con una estructura social “multiétnica y pluricultural” que aparejaba consecuencias diversas:

La condición “multiétnica” es más completa y compleja que la de multirracial, pues no se limita a la constatación de diversos tipos humanos sino que llega a recuperar la noción de que Bolivia es el producto del encuentro de múltiples raíces o matrices sociales y que, por lo mismo, supone la coexistencia de diversas construcciones sociales tanto en lo referido a sus condiciones materiales, como a sus instituciones, valores y creencias.

La condición ‘pluricultural’ permite reconocer la coexistencia y retroalimentación que existe entre diversas cosmovisiones, ya no solo provenientes de las diversas matrices étnicas, sino también de las distintas migraciones y del encuentro entre unos y otros. En otras palabras, esta conceptualización busca incorporar a la Constitución formal la condición real de que Bolivia no es homogénea y que en el país conviven condiciones materiales e imaginarios colectivos correspondientes a etapas preindustriales hasta la llamada era postindustrial y, además, expresiones culturales resultado de su interacción²⁵⁷.

255 Para comprender el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica, ver Bengoa, 2007: 93-56.

256 “Art. 1. I. Bolivia, libre, independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”.

257 Rivera et al., 2005:18.

Base sobre la que, en la misma reforma, se amplió el reconocimiento de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en el artículo 171 dentro de los que se incorporó el reconocimiento de la potestad de administrar justicia a esos pueblos, a través de sus autoridades (distintas a los servidores públicos que integran el Poder Judicial) y aplicando sus propias normas, donde se estableció que:

Artículo 171.- I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado²⁵⁸.

258 Rojas Álvarez, con relación a las reformas de 1994 y los artículos 1 y 171, señala que: “el objeto de este reconocimiento que realiza la Constitución, está referido a:

- La normatividad: normas, procedimientos, costumbre. Este reconocimiento no solo se refiere a las normas que actualmente se encuentran ‘vigentes’ en las comunidades, sino también la posibilidad de producción o incorporación de normas con la finalidad de regular su vida en comunidad.
- La institucionalidad: el reconocimiento de autoridades indígenas, con sus propios sistemas institucionales y procesos de designación.

También permitió que la reforma constitucional operada entre el 2002 y el 2005 incorpore mecanismos orientados a incrementar los niveles de representación en el sistema democrático de los pueblos indígenas, originarios y campesinos como se aprecia en el siguiente artículo:

Artículo 224.- Los partidos políticos y/o agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas podrán postular directamente candidatos a Presidente, Vicepresidente, senadores y diputados, constituyentes, concejales, alcaldes y agentes municipales, en igualdad de condiciones ante la ley, cumpliendo los requisitos establecidos por ella.

La importancia de la incorporación de la condición “multiétnica y pluricultural” fue resaltada en diversos ámbitos y foros como avance significativo del constitucionalismo boliviano, porque además aparejaba un novedoso reconocimiento de la potestad de administrar justicia a pueblos que hasta antes de ello no la tenían. Esa reforma fue identificada como un fortalecimiento de los pueblos indígenas, originarios y campesinos como lo hacía, por ejemplo Xavier Albó cuando señalaba que:

Como consecuencia de esos cambios constitucionales, ha resultado más fácil introducir algunas disposiciones favorables en otros instrumentos legales posteriores, como el reconocimiento jurídico de sus comunidades y pueblos en la Ley de

– La potestad de juzgar, que significa el reconocimiento de administración de justicia y aplicación de normas propias.

Por ello, se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia de todo su sistema normativo, con sus autoridades indígenas la vigencia de todo su sistema normativo, con sus autoridades y sus procedimientos para aplicar sus normas; consecuentemente, no es un modelo que intente integrar el derecho indígena al derecho ‘oficial’, sino que busca la pervivencia de ambos, por ello, es la misma Constitución, en el artículo 171, la que establece que una Ley debe compatibilizar las funciones —de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas— con la atribuciones de los poderes del Estado” (Rojas Álvarez, s. f.: 21, en <http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/docs/libros/Garantias.pdf>).

Participación Popular de 1994, el principio de la interculturalidad y el bilingüismo como pivote de toda la Reforma Educativa de 1994, o el reconocimiento de una nueva forma de propiedad llamada “Tierras Comunitarias de Origen”, explícitamente identificadas como “territorios indígenas” en la Ley INRA de 1996²⁵⁹.

También sirven para clarificar la importancia de esas reformas las palabras del Vicepresidente de la República Víctor Hugo Cárdenas Conde, cuando en su discurso de inauguración de un Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas se refería a la reforma constitucional de 1994 manifestando que:

Debo confesar, estimados Señores Magistrados, dignísimos amigos y amigas que, en lo personal, hace siete u ocho años, nunca hubiese soñado que Bolivia dé este trascendental paso. Es más, entre los sectores sociales con los cuales hemos impulsado estos planteamientos, casi nadie pensaba que en menos de diez años, estas medidas serían una realidad²⁶⁰.

259 Albó, *op. cit.* Ver, en especial, Toranzo, 2006.

260 Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, 1998: 18. Cabe tener presente que Bolivia ha trabajado en la materia sin apartarse en alto grado de lo que han hecho otros Estados, eso sí, logrando resultados que aún son esperados en varios de ellos. Por esta razón cabe tener presentes las palabras de Nina Pacari Vega: 55:

“Three important legal and constitutional developments contributed to this change, providing a legal foundation for the rights of indigenous people. One is the constitutional reforms that recognize states and their societies as multi-ethnic and multicultural. In many cases, constitutions have gone further by acknowledging the specific rights of indigenous peoples in terms of their languages, culture and customs, traditional medicine, land and territories, institutions, and organizations.

The second legal development was Convention 169 of the International Labour Organization, a treaty calls for diversity by defending the rights of indigenous and tribal peoples worldwide. In many Latin American countries, ratification of this international instrument gave impetus to simultaneous constitutional

También se tienen las palabras del profesor Trujillo cuando al referirse al artículo 1 del texto constitucional ecuatoriano de 1998, en el mismo tema que nos ocupa y con plena aplicación para el caso boliviano, sostenía que:

Este reconocimiento que el Ecuador hace de su ser pluricultural (art. 1)²⁶¹ constituye la aceptación de parte de la sociedad mestiza de que, como dice Esther Sánchez, ‘existen diferentes concepciones del hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo’, y requiere al mismo tiempo que se les dé a todos estos diferentes grupos la oportunidad para que, sin renunciar a sus concepciones y maneras de organizarse, sean y se sientan partícipes de la tarea común de construir el Ecuador de todos y para todos²⁶².

reforms. In Mexico, for example, constitutional reforms (to Article 4) were introduced to comply with the treaty. Just a few days after Convention 169 was ratified by Ecuador’s national parliament, it became the fundamental legal instrument in support of constitutional changes that guarantee the rights of indigenous peoples and Afro-descendants.

The third development is the Universal Declaration of the Rights of Indigenous Peoples by the United Nations and the Organizations of American States, which proponents hope will be approved in 2004, before the end of the World Decade of Indigenous Peoples. However, progress here has been disappointing. The world community needs to propose a new decade truly dedicated to supporting development programs by indigenous peoples based on their identity, autonomy and initiatives”.

261 “Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria”.

262 Julio César Trujillo, “Administración de Justicia Indígena”, 1999: 91-92.

En resumen, las reformas introducidas al texto constitucional de 1967 en 1994 se convirtieron en símbolos de avance en el reconocimiento de derechos colectivos de los que hoy se denominan pueblos indígenas, originarios y campesinos en un marco que, desde mi punto de vista, traducía una adecuada conducción de la diversidad a unidad respetando la identidad a partir del texto constitucional sin complicaciones innecesarias, evitando dar cabida a posturas que alentaban la acentuación de las diferencias y venciendo posturas contrarias a la búsqueda de solución democrática y pacífica de los conflictos.

Pero reconocer esas bondades no me priva de compartir las imperfecciones y debilidades que se fueron identificando en el tiempo, por ejemplo las que se fueron acentuando con relación al multiculturalismo, ni alejarme de las críticas que en su momento realicé. Fue algo positivo, sí, pero no suficiente; se requería avanzar y para ello se elaboró una propuesta de reforma constitucional que se concretó, el 2002 en una Ley de Declaratoria de Necesidad de Reforma de la Constitución Política del Estado que contenía diversos artículos que abordaban la temática y atendían con respuestas concretas las demandas derivadas de problemas sustanciales que no solo terminaban por fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, originarios o campesinos vinculados a su potestad de administración de justicia sino que beneficiaban, como no podía ser de otra forma, al conjunto de las bolivianas y de los bolivianos.

Existía un proceso en marcha en el que una pieza fundamental era la propuesta de reforma constitucional aprobada en agosto de 2002 en el Congreso Nacional e impulsada desde el Ejecutivo cuando me tocó desempeñar las funciones de Ministro de Justicia y Derechos Humanos, pero que lamentablemente no prosperó en su integridad por la tozudez de la oposición política de ese entonces (integrada en buena parte, por cierto, por el actual partido oficialista), además de la mezquindad política que se ocultó bajo una falsa priorización de otro tipo de tareas. Lo que en realidad aconteció fue que desde agosto del 2002 en adelante no hubo una adecuada lectura y comprensión de la dimensión histórica

que esa reforma adquiría; lo que terminó por incorporarse al texto constitucional de 1967 en el 2004 de esa Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución Política del Estado de 2002 fue una parte menor dentro de las que no se encontraban las propuestas que versaban sobre los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos o su potestad de administración de justicia.

En todo caso, las reformas a la texto constitucional de 1967 operadas en 1994, 2004 y 2005 no abandonaron los conceptos de Nación o de República sin que ello opere, desde mi punto de vista, como trabas para el reconocimiento del pluralismo ideológico, social, económico o político existente desde tiempos anteriores a la fundación de la República²⁶³ o para el reconocimiento a los pueblos indígenas, originarios y campesinos de su potestad de administrar justicia; al contrario, esa caracterización del Estado permitió grandes avances en ese ámbito de la mano del progresivo desarrollo del sistema democrático boliviano que acogía el derecho de auto identificación y de autodeterminación de quienes integran esos pueblos y de estos en si mismos.

Contexto en el que vienen a ser altamente relevantes las palabras de Sartori cuando, con relación al pluralismo, señala que:

[...] El pluralismo sostiene y alimenta una sociedad abierta que refleja un orden espontáneo (en el sentido que ha teorizado Hayek), y por supuesto respeta una sociedad multicultural que es existente y preexistente. Sin embargo, el intento primario del pluralismo es asegurar la paz intercultural, no fomentar una hostilidad entre culturas. Los liberales americanos que defienden el multiculturalismo hablan de una política de reconocimiento (*recognition*). Pero convenientemente olvidan precisar que un contexto pluralista postula un reconocimiento recíproco. Un reconocimiento que recibe a cambio un radical desconocimiento es anti pluralista. El ataque frontal

263 Ver Aragón Reyes, 1999: 51.

contra los autores “varones, blancos y muertos” que han sido los autores canónicos de la civilización occidental (incluyendo a Dante y Shakespeare) no es más que expresión de radical incultura; y redimirlo bajo el manto del pluralismo cuando no falta de honestidad intelectual. Repito: el pluralismo es hijo de la tolerancia y, por tanto, está ‘llamado’ a desconocer una intolerancia que es, en resumidas cuentas, un odio cultural que reivindica una superioridad cultural alternativa²⁶⁴.

No cabe, por tanto, dentro de un mínimo apego al pluralismo, fundamentar en éste lógicas revanchistas o vengativas, de acentuación de las diferencias de unos y otros, o de distanciamiento entre los que

264 Sartori, 2001: 32-33. Desde mi punto de vista, aquellas posiciones que esgrimen fuertes matices racistas en base a la exacerbación de la diferencia étnica de los “pueblos originarios” parten de eludir la pregunta ¿de dónde venimos?, cuya respuesta encuentra una fuerte base en las palabras del historiador boliviano Augusto Guzmán cuando señala:

“El conocimiento de los habitantes del suelo boliviano, Collasuyo, en la remota antigüedad, se apoya en la conjetura, en la tradición, en los restos antropológicos, y en la supervivencia aislada y característica de algunos grupos hasta nuestros días. Y no son más de dos los principales grupos humanos que se pueden identificar como protagonistas primitivos en el escenario del Collasuyu: Urus y Chipayas. Estos pueblos, u otros anteriores, ¿son originarios de su propio suelo vinieron de otras regiones del mismo continente o llegaron, por estrecha tierra y por ancho mar, desde otros continentes? Son preguntas que han dejado de ser mortificantes porque tienen, por única respuesta, la de no tener ninguna que pudiera probarse científicamente”.

“Unos presumen que los uruchipayas subieron de las islas del Pacífico Sur y otros que son de origen amazónico, sin descartar la presunción indiscartable de las migraciones asiáticas por el estrecho de Bering. Entre otras teorías parece aceptable la que proponen dos migraciones: la primera asiática por el estrecho de Bering y la otra de la Malasia por el Pacífico. Los primeros pueblos entraron al Collasuyu, miles de años antes de Cristo y dieron origen a las culturas que Ibarra Grasso llama Ciscachanenses y Ayampitenense, en sus estudios sobre la prehistoria boliviana. La migración oceánica, según el mismo arqueólogo, sería más reciente con las derivaciones culturales de Saucos, Tupuraya, Mojocoya, Yampara, Tiawanacu y otras que han sido identificadas por la Arqueología con antigüedad variable desde el siglo I de nuestra era”. (Guzmán, 1998: 5.)

alegan que son los únicos que deben permanecer en el territorio boliviano en tanto que los otros deben ser expulsados por ser los que llevan la pesada carga de la responsabilidad de hechos y sucesos de hace quinientos años o más o cosas por el estilo.

Resulta interesante, además, rescatar para analizar la propuesta del Pacto de Unidad que se presentó a la Asamblea Constituyente de 2006, donde con relación a lo plurinacional y el alejamiento a los postulados de nación y de república, se señalaba:

Entendemos que el Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos.

Para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción. Nuestra decisión de construir el Estado plurinacional basado en las autonomías indígenas, originarias y campesinas, debe ser entendida como un camino hacia nuestra autodeterminación como naciones y pueblos, para definir nuestras políticas comunitarias, sistemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, y en este marco reafirmar nuestras estructuras de gobierno, elección de autoridades y administración de justicia, con respeto a formas de vida diferenciadas en el uso del espacio y territorio.

Jurídicamente nuestra propuesta se fundamenta en los derechos colectivos consagrados en Tratados internacionales de Derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT. Es de especial importancia nuestro derecho a la tierra y los recursos naturales: buscamos poner fin al latifundio y a la concentra-

ción de la tierra en pocas manos, y al monopolio de los recursos naturales en beneficio de intereses privados.

La estructura del nuevo modelo de Estado Plurinacional implica que los poderes públicos tengan una representación directa de los pueblos y naciones indígenas originarias y campesinas, según usos y costumbres, y de la ciudadanía a través del voto universal. Asimismo tendrá que determinarse la forma cómo se articularán los distintos niveles de la administración pública y las autonomías territoriales²⁶⁵.

Planteamiento que además de una visible contaminación proveniente del discurso político partidario de la fuerza política a la que se sumaron, pone sobre la mesa dos elementos centrales y estructurales en los que la multietnicidad, la pluriculturalidad y la interculturalidad quedan relegadas a planos secundarios o, si se prefiere, resultan cuasi inexistente. Por una parte se tiene la ausencia, en la fundamentación, de una preocupación por el mayor beneficio de todas las bolivianas y de todos los bolivianos independientemente de su pertenecía a uno u otro colectivo o al auto reconocimiento como indígenas, como originarios o como campesinos que puedan efectuar así como de todo aquel que sin optar por alguna de ellas solo lo hace por el de boliviano o de boliviana; el énfasis en la importancia de esa caracterización del estado radica solo en ‘ellos’ y no en un reconocimiento recíproco. Por otra parte, también resulta llamativo el apego a lógicas de apego a un “modelo consociativo” que poco o nada tiene de raíces de vieja data en los pueblos indígenas, originarios o campesinos de Bolivia que también se basa en el interés de ‘ellos’ y no de ‘todos’, además de ser objetivamente alejado de referentes históricos en los que la historia de esos pueblos ponga en evidencia niveles de similitud o cercanía con aquel modelo de gobierno; simplemente se lo asumió como conveniente para sus intereses en una coyuntura particular. Téngase presente que ese modelo encuentra en Estados como

265 Vega Camacho, 2011: 120-121.

Bélgica, Canadá, Chipre o el Líbano,²⁶⁶ referencias ineludibles aunque solo entendibles cuando se conoce algo de su historia, de su proceso de formación como Estados y, además, que resulta ser Arend Lijphart²⁶⁷, desde mi punto de vista, su más importante descriptor.

Existió, desde mi punto de vista, una instrumentalización de las demandas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos para generar planteamientos que no respondían a una preocupación de gestar un texto constitucional hecho por las bolivianas y los bolivianos y para las bolivianas y los bolivianos, independientemente en ambos casos de otras identidades emergentes del ejercicio del derecho a la autoidentificación. No es una “casual coincidencia” la exposición trascrita de la propuesta del Pacto de Unidad con el de un fragmento del texto de Boaventura de Souza Santos que realizo a continuación cuando sostiene que:

En el contexto latinoamericano, la refundación del Estado pasa en algunos casos por el reconocimiento de la plurinacionalidad. Implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica —concebida como el conjunto de habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos— y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión. En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos o grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas

266 Ver Fernandez Martinet, 2006.

267 Ver Lijphart, 1984 y 1977. Para una aproximación al caso boliviano, aun cuando presenta serias deficiencias, Luis Tapia Mealla, *La Invención del Núcleo Común. Ciudadanía y Gobierno Multisocietal*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/bolivia/cides/tpia.pdf>

que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. Así lo han entendido los pueblos indígenas del Continente y los instrumentos/tratados internacionales sobre los pueblos indígenas, como por ejemplo el Convenio 169 de la OIT y más recientemente la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas aprobada el 7 de septiembre de 2007²⁶⁸.

Es el propio Boaventura de Souza Santos quien en Sucre, mientras trabajaba la Asamblea Constituyente, planteaba que “El constitucionalismo plurinacional e intercultural tiene otra característica, tiene que ser experimental”, señalando que:

¿Por qué esta propuesta de experimentalismo? Por dos razones. La primera, como decía, es que realmente no tenemos las soluciones. Muchos constituyentes, en muchos países, dicen con angustia: ‘mira, si propongo esto, ¿cuáles van a ser los efectos, cuáles van a ser las consecuencias?’. Y muchas veces no se puede anticipar todo. El experimentalismo permite en primer lugar desdramatizar los conflictos. En Bolivia es necesario desdramatizar el conflicto y para ello, probablemente, alguna dosis de experimentalismo puede ser útil en ese sentido [...] La segunda razón que apoya el experimentalismo constituyente es que permiten que el pueblo mantenga el poder constituyente [...] ²⁶⁹.

268 Souza Santos, 2010: 88.

269 Souza Santos, 2008: 159-160.

Tanto en la propuesta del Pacto de Unidad como en las palabras de Souza Santos (aunque en este último caso con excepciones en varios de sus discursos) se aprecia la ausencia de la tolerancia como factor ineludible en el nuevo escenario a gestarse y, además con cercanía a esta, también la ausencia del carácter fundamental que juega en este tipo de lógicas el reconocimiento recíproco o la construcción de consensos. Desde mi punto de vista dejan ver como la forma en la que están presentados sus fundamentos, terminan por ser una expresión de esa radical incultura a la que hace mención Sartori.

Pero independientemente de estas consideraciones, lo cierto es que la plurinacionalidad encontró en las propuestas que desde el oficialismo se elaboraron un punto de coincidencia con lo que se postulaba desde algunos ámbitos de la oposición en el seno de la Asamblea Constituyente de 2006 que no convertía a ese tema en algo antagónico e irreconciliable. Así, en el caso de la agrupación ciudadana con la que participé, se sostenía la conveniencia para el Estado de tomar en cuenta una realidad cultural que era, y es, la que mantiene unido al Estado, le da vida y le permite desarrollarse a partir de reconocer crecientes ámbitos de autonomía en los que el pluralismo y la interculturalidad fundadas en identidades étnicas, raciales y territoriales viabilizaba su potenciamiento a lo que aporta, por ejemplo, la diversidad lingüística, étnica, histórica, territorial, etc., y, también el pluralismo jurídico con el reconocimiento de la potestad de administrar justicia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos además de otros; nuestra historia nos enseñó que eso era posible. Por lo tanto, por si alguna duda emerge, obviamente no compartía ni comparto que a título de experimentación, alegando la búsqueda de una justicia histórica cercana al revanchismo, se hubiese identificado a Bolivia y su gente como sujetos que podían cumplir la función de conejillo de indias en un laboratorio.

Consecuentemente, aunque sobre fundamentos diferentes, lo evidente es que en un esfuerzo por alcanzar niveles de consenso que permitan el país salir de escenarios de crisis en el que se encontraba

comprometida la unidad territorial así como la unidad poblacional, se gestó un acuerdo en torno a lo plurinacional en el Congreso Nacional. Ese acuerdo se tradujo en el artículo 1 del texto constitucional vigente el cual, finalmente, señala:

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

No es, en todo caso, aquel que recoja las críticas fundadas existentes al marco constitucional vigente hasta antes del 2009²⁷⁰ pero tampoco alteró el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en su manifestación de preservación de sus propias instituciones se refiere, que está íntimamente ligada la potestad de administrar justicia.

Esa caracterización, que incluye la interculturalidad, va aparejada por varios artículos que, dispersos en el texto constitucional, reiteran y acentúan la existencia de diferencias entre los seres humanos que habitan el territorio boliviano pero que pueden ser expresión de respeto a los Derechos Humanos y la evolución cultural, conduciendo a unidad la pluralidad con respeto de las identidades.

Pero ese entendimiento no oculta que varios de los artículos del texto constitucional vigente han mantenido la preocupación por preservar la unidad territorial del Estado, como ocurrió desde el texto constitucional de 1826, aunque con la presencia de nuevos elementos que marcan cierta diferencia en función, por ejemplo, a la pertenencia étnica o racial de las personas a partir de categorías tempo-territoriales o sociológicas o antropológicas. Si se da una lectura cuidadosa a las palabras de Souza Santos, se apreciará que el acento en que lo plurinacional

270 Ver Fundación Apostamos por Bolivia, 2006:11 y 18-20.

que no necesariamente, dice, se liga independencia, lo que más que un fundamento de algo es un llamado de atención a determinados sujetos para que no eleven mucho la voz. La diferencia, por cierto, entre este llamado de atención y lo postulado en el Convenio 169 de la OIT, por ejemplo, es sustancialmente diferente en torno a ese tema.

Desde mi punto de vista, fruto de la instrumentalización de las demandas de los pueblos indígenas a la que me referí, genera la incomprendible desconfianza que dejaron patente las autoridades oficialistas, a tiempo de elaborarse el texto constitucional vigente, en torno a los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos y, especialmente, en lo que a la potestad de administración de justicia y de generación normativa se refiere, al grado de reafirmarse expresamente la unidad del Estado como marco de ejercicio de esos derechos y esa potestad en el artículo primero que, reitero, no formó parte de la propuesta del Pacto de Unidad.

Pero al mismo tiempo, también debe tomarse en cuenta que el texto constitucional viene a ser el resultado de haberse combinado un concepto jurídico-político de nación en el artículo 3²⁷¹ con otro antropológico-sociológico recogido en los artículos 2²⁷² y 30.¹²⁷³, en estos últimos dos casos, acentuando y marcando las diferencias que solo pueden ope-

271 “Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afro bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

272 “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”.

273 “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”.

rar sin que se deriven conflictos insuperables a partir de la actuación del principio de unidad del texto constitucional y formación de una cultura constitucional²⁷⁴ consciente de la evolución cultural de un Estado que esta cerca de cumplir dos siglos de existencia. También se aprecia una búsqueda por afianzar, a partir de la preexistencia de esos pueblos al Estado, una suerte de derecho preferente a favor de aquellos en detrimento de otros que no los integran. Peculiar, me parece, el razonamiento, porque al final de cuentas se alejan de un contexto mayor en el que el concepto de Estado ha evolucionado a partir del reconocimiento de la existencia de Derechos Humanos que le dan sentido a su acogimiento donde ese tipo de derechos preferentes no son, propiamente, los que tiene cabida al no ser admisible ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda.

Pero también corresponde tomar en cuenta que, desde mi punto de vista, el mayor peligro que genera la combinación contenida en el artículo 1 del texto constitucional es la incorporación de categorías de orden sociológico o antropológico con el fin de que deriven en efectos antropológicos o sociológicos, cuando por su esencia, ese tipo de instrumentos normativos deriva en que sus efectos sean esencialmente de orden jurídico-político y no sociológicos o antropológicos por lo que es imprescindible tener presente en todo momento el énfasis que se hace en la unidad territorial del Estado implica una directa relación entre el poder político y el territorio²⁷⁵.

Doctrinalmente se diferencia al Estado unitario o simple del Estado compuesto o federal entre otras clasificaciones. En tanto Estado unitario, permite la existencia de niveles de descentralización y, como parte de esta, de regímenes de autonomía que involucran el tema de ad-

274 Ver Sagüés, *Cultura constitucional y desconstitucionalización*, *op. cit.*

275 Sobre el debate en España, en torno al término nación y sus relación con el de independencia, que es el que desde mi punto de vista se irá gestando en el país (por cierto, con matices diversos a los que hoy vemos) se encuentra una pequeña muestra en Álvarez Junto, 2005.

ministración de justicia que guardan relación con la existencia de cuatro factores centrales: a) un ordenamiento jurídico que parte de lo previsto en el texto constitucional y se despliega en las leyes y otras normas jurídicas de jerarquía inferior; b) autoridades de gobierno y órganos e instituciones de nivel constitucional y que integran el sistema político de tal forma que las decisiones que se adoptan en él son expresión de la soberanía del pueblo y son aceptadas en el conjunto del territorio nacional; c) de una población que es destinataria de ese ordenamiento jurídico y de las decisiones políticas; y, d) de la singularidad o unidad del territorio.

Por lo tanto, sostener que Bolivia es un Estado unitario, descentralizado y con autonomías no conlleva niveles de contradicción sino una adecuada fórmula para determinar que la soberanía-autonomía de éste se organiza y ejerce a través de esos dos mecanismos en un marco de unidad.

Sin embargo, establecer que se trata de un estado plurinacional ‘comunitario’ da lugar a poder sostener que se está ante un modelo de Estado confederado si se toman en cuenta el concepto de Pellet Lastra cuando precisa que este modelo se presenta como “una unión de Estados semi independientes, o semi soberanos, con una autonomía y autarquía total en el ámbito interno de sus territorios, que se unen para unificar sus aduanas, comercio exterior, sus monedas y sus fuerzas armadas, pero conservando la totalidad de sus poderes locales, su capacidad de legislar en el 90 % de la normativa económica y la totalidad de sus normativas penales, civiles y procesales. Mantienen su autonomía judicial y dos derechos que la distinguen de los Estados federales: el derecho a la secesión (o sea el derecho de separarse cuando así lo deseen de la confederación) y el derecho de nulificación (o sea el derecho de anular o no aplicar en su territorio las leyes sancionadas por el Congreso Confederado que no les convenga)”²⁷⁶.

276 Pellet Lastra, 1999: 69.

Sostengo que alegar la falta de unidad del Estado por lo previsto en el texto constitucional es errado, porque termina por ser una interpretación alejada de la comprensión integral del texto constitucional y responde a una lógica diversa, que si bien fue esgrimida en la Asamblea Constituyente, no prosperó. Ese planteamiento rechazado se encuentra recogido, por ejemplo, en la explicación de Aureliano Turpo Choquehuanca cuando luego de una crítica al Estado de derecho y a la democracia, sostiene que:

Dentro de este escenario político, los indígenas, retomando la heredad de la Confederación tawantinsuyana, postulamos un Estado confederado de pueblos y naciones del siglo XXI, pues la existencia de varias naciones y pueblos le imprime el carácter plurinacional, pluricultural y plurilingüe, pues la propuesta de Estado unitario ha fracasado por su origen colonialista, sobre todo porque no se entendió la dinámica del desarrollo socioeconómico, político comunitario que sostuvo la Confederación de los cuatro suyus o regiones del Tawantinsuyu [...] La propuesta de un Estado confederado plurinacional, pluricultural y plurilingüe es la alternativa que esperan los pueblos indígenas y no indígenas, dada su propia experiencia ancestral que hoy por hoy inspiran la concreción de la administración comunitaria de las regiones productoras de bienes materiales y de servicios [...]²⁷⁷.

Pero el texto constitucional vigente no acogió este tipo de planteamientos y optó, mas bien, por la reafirmación del carácter unitario del Estado aunque presenta características propias cercanas a las de un Estado federado compuesto con la peculiar presencia de un régimen de descentralización administrativa con su variable autonómica (a nivel departamental, regional, provincial y municipal; diferente naturaleza tiene la autonomía a nivel indígena, originaria y campesina) que está ligado a la existencia de un área o extensión geográfica con una población do-

277 Turpo Choquehuanca, 2006: 183 (n. a. las cursivas y subrayado son nuestros).

tada de niveles de conciencia sobre su historia, asociada a los recursos políticos, socioeconómicos y culturales que les permiten, dentro de la unidad del país, lograr su desarrollo así como unidad en lo jurídico con respeto a las identidades.

Así se entiende, además, de la aplicación del concepto de constitución que tengo adoptado para el desarrollo del presente estudio, en grado tal que toda aparente contradicción derivada del calificativo de “plurinacional comunitario” se enfrenta a la vocación de unidad que sustenta la vigencia de un texto constitucional que debe operar en un marco intercultural, con el tiempo, lógicas revanchistas, de acentuación de las diferencias, de identificación de aquel que tiene una identidad diferente como enemigo y posturas y discurso de ese estilo quedarán desplazados dando lugar al avance en un marco intercultural en la construcción de unidad con respeto de las identidades.

Lo paradójico es, en definitiva, haber ligado un modelo de corte consociativo buscando una teórica reconstitución de los territorios de aquellos pueblos que habitaron el territorio de lo que hoy es Bolivia, apostando a un discurso de descolonización, sin tomar en cuenta que los siglos transcurridos han generado insuperables variaciones en cuanto a los elementos sociales, culturales, económicos y políticos entre otros, de lo que es la Nación boliviana²⁷⁸. Aunque resulta inconsistente el accionar público con los planteamientos teóricos de Carlos Romero, en éste último plano sostiene que “El reconocimiento de la pre-existencia de los pueblos indígenas con relación a la nación boliviana, tiene dos utilidades prácticas: por un lado, reafirma su condición de colectividades (pueblos o naciones), lo que les otorga derechos colectivos (territoriales, culturales y de libre determinación); por otro, asigna a estos derechos carácter histórico, aunque no con alcances de reconstitución de sus territorialidades originarias”²⁷⁹. Desde mi punto de vista entre los

278 Ver Gordillo Claire, 2008: 137-160.

279 Romero Bonifaz, 2010: 22.

bolivianos existen profundas diferencias, por no la grado de caracterizarse por la presencia de una sociedad fracturada. También incidió el no haber tomado en cuenta que ese modelo no es, precisamente, el que mejores resultados brindó en los Estados que lo adoptaron para superar sus propios problemas²⁸⁰.

Lo manifestado permite visualizar, además, un claro distanciamiento entre el marco constitucional y las leyes que hasta la fecha se han elaborado en torno a la administración de justicia.

La Ley N° 025, de 24 de junio de 2010, denominada Ley del Órgano Judicial que tiene por objeto “regular la estructura, organización y funcionamiento del Órgano Judicial”, tal como lo señala su artículo 1, incorporó como uno de los principios que sustenta (es el término que emplea la ley) el Órgano Judicial (que está integrada por la justicia indígena, originaria y campesina) al de “Plurinacionalidad” en los siguientes términos:

280 Visitar <http://www.televisiodigital.electronicafacil.net/programaciontv/Article4069.html>

En dicho sitio se puede apreciar cómo Bélgica atraviesa por diversos conflictos que motivaron, por ejemplo, que se llegue a afirmar la real posibilidad de que esté viviendo sus últimos tiempos tal y como se la conoce desde 1830, con dos países en uno, los flamencos en el norte y los valones en el sur, dos culturas, dos lenguas y dos formas de ver la vida; es un país que atraviesa por uno de los momentos más críticos, tal como lo reflejó el programa de la cadena televisiva, “En Portada”, donde se analizó la convulsa situación que afronta ese país al constituirse bajo un modelo consociacional plurinacional de forma artificial para poner un territorio neutral entre Alemania y Francia, dos países europeos perpetuamente en guerra.

También las páginas:

- http://www.elpais.com/articulo/internacional/MARTENS/_WILFRIED_/PPE/BeLGICA/Medidas/excepcion/Belgica/conflicto/regional/elpepiint/19800312elpepiint_13/Tes/
- http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacion_PK=46&idioma=CAS&idnoticia_PK=456753&idseccion_PK=1007

Con relación a Chipre, ver: <http://www.turquia.com/chipre.asp>

Finalmente, simplemente como ilustración, visitar para el caso de Turquía: <http://layijadeneurabia.com/2006/08/30/libano-historia-de-un-conflicto-ii/>

Artículo 3. (Principios). Los principios que sustentan el Órgano Judicial son:

1.- Plurinacionalidad. Supone la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos y de las comunidades interculturales y afro bolivianas, que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Redacción que difiere, claramente, con el desarrollado en la Ley N° 027, de 6 de julio de 2010, denominada Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional cuando desarrolla los principios de la justicia constitucional de la cual, como tengo establecido, no es ajena la administración de justicia indígena, originaria y campesina. En dicho artículo se lee que:

Artículo 3. (Principios de la Justicia Constitucional). Los principios que rigen la justicia constitucional son los siguientes:

1 Plurinacionalidad. Es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afro bolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano.

En cambio, la Ley N° 073, de 29 de diciembre de 2010, denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional no incorpora la plurinacionalidad como un principio que la rija y las referencias que se hace a ella en los principios incorporados en su artículo 4 responden a otros factores.

Se alega, en torno a las diferencias, que los principios que se establecen en cada Ley solo rigen para esta y que, consecuentemente, varían en función a como se la defina. Argumento falaz, desde mi punto de vista, entre muchos otros aspectos porque no son las leyes (instrumentos normativos) aquellas que definan los principios y menos su contenido (las reglas no determinan los principios).

En el mismo contexto, resulta ser que la plurinacionalidad en una ley “supone algo” y en otra ‘es’ algo... inconsistente, ¿verdad? Como inconsistente también es desnaturalizar a título de principio de plurinacionalidad el contenido del artículo 3 del texto constitucional que señala: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y

los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales y afro bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

Es decir, no cabe la distorsión que generan esas dos leyes de lo que es la nación boliviana a título de vaciar su contenido para introducirlo de contrabando bajo el título de plurinacionalidad. Igualmente criticable es el carácter excluyente (discriminator, sostengo) de la Ley del Órgano Judicial que, como se aprecia del artículo transcrito, excluyó a las bolivianas y a los bolivianos... ¿no son parte de o la plurinacionalidad en sí?

También con relación a la Ley del Órgano Judicial viene a ser criticable, por inconsistente y propio de la demagogia que encapsula un discurso político partidario que instrumentaliza lo indígena, lo originario y lo campesino el sostener que “La vigencia y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y de competencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos [...]. Se fundamenta en el carácter Plurinacional del Estado[...]”. Como tengo señalado y ahora amplío, esa vigencia y ese ejercicio se fundamenta, ante todo, en el derecho a la auto identificación, a la auto determinación, a la autonomía, al autogobierno, a la preservación de sus instituciones, además de otros, que tienen quienes integran esos pueblos y estos considerados en sí mismos.

No deja de ser menos criticable, en la misma línea de razonamiento, lo previsto en el artículo 2.I de la Ley de Deslinde Jurisdiccional cuando señala que “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”.

Por una parte, porque como tengo alertado, no son propiamente criterios temporales o de presencia de unos los que le brindan más derechos ante otros y, peor, cuando como lo enseña la historia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en Bolivia desde tiempos

anteriores a los de la colonia, durante esta e incluso en los de vida republicana se han desarrollado procesos de conquista de unos contra otros con diverso grado de violencia, éxito e intensidad. El fundamento de los derechos a la auto identificación y autodeterminación es otro tal como se lo puede apreciar en los antecedentes de formación del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo acertado es, y rescato esto del texto constitucional vigente y el artículo 2 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (aunque ninguna lo haga expresamente), que la potestad de administrar justicia aplicando sus propias normas a través de sus autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos radica en los derechos a la auto identificación, a la autonomía, al autogobierno y al reconocimiento de sus instituciones, entre otros. Es, por lo tanto, en esta línea de razonamiento que corresponde el desarrollo de las potestades de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Por otra parte, el tratamiento a la interculturalidad es también de lamentar en las leyes del Órgano Judicial y de Deslinde Jurisdiccional. La interculturalidad es parte central de la caracterización del Estado tal como tengo señalado y se encuentra claramente establecida en el artículo 1 del texto constitucional y, en el artículo 178.I del mismo instrumento normativo se encuentra expresamente fijado como uno de los principios que sustenta la potestad de impartir justicia que emana del pueblo boliviano, quedando comprendida dentro de ese ámbito, por cierto, la que desarrollan los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos. Ahora, si bien es posibles encontrar una amplia gama de conceptos, también lo es que en términos sencillos puede ser entendida como una interacción entre culturas donde ninguna es superior a otra de tal forma que los productos emergentes en la toma de decisiones se gestan respetuosa, horizontal y sinérgicamente a partir de reconocer la libertad y la dignidad del ser humano como premisa fundamental.

El artículo 3.10 de la Ley del Órgano Judicial señala que uno de los principios que sustentan el Órgano Judicial es el de “Interculturalidad. Reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en búsqueda del vivir bien” (igual redacción se presenta en el artículo 3.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional donde se establece que uno de los principios que rige la justicia constitucional, es el de interculturalidad). Por su parte, la Ley de Deslinde Jurisdiccional señala en su artículo 4.d que uno de los principios que rige esta Ley es el de: “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”.

En los artículos citados de esas leyes el sentido que se le da a la interculturalidad es objetivamente restringido, no recoge la esencia de esta y, lamentablemente, se limitan a un simple tomar en cuenta diferencias, o, si se prefiere, la diversidad.

Pero es ahí donde debe operar el texto constitucional en su real dimensión, porque termina por ser un principio que debe operar en el ámbito de la administración de justicia en cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos como también en otros ámbitos que se corresponden con los subordenamientos jurídicos que integran el boliviano. Es un principio que encierra un derecho oponible ante las jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria como a las que se desenvuelven como autoridades para ese fin en cada pueblo indígena, originario o campesino. Estos últimos, así lo han aceptado en el marco del ejercicio de su derecho a la autodeterminación al ser partícipes y protagonistas del proceso de elaboración del texto constitucional.

También corresponde resaltar, esta vez con relación al pluralismo y, específicamente, al pluralismo jurídico, que el artículo 1 del texto constitucional lo resalta como uno de los componentes en los que se funda Bolivia y, también, como uno de los principios que sustenta la

potestad de impartir justicia que emana del pueblo boliviano, por tanto, también lo es de la administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Sin embargo, la Ley del Órgano Judicial señala en su artículo 3.9 que éste principio “Proclama la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional” y, la Ley de Deslinde Jurisdiccional en el artículo 4.e), bajo el *nomen iuris* de “Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica” que: “Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía”. Nótese, a partir de la comparación de ambas redacciones, que no es lo mismo proclamar ‘respetar’ que ‘garantizar’. El problema mayor a partir de esas redacciones radica, desde mi punto de vista, en que dejan al margen el contenido sustancial que encierra el pluralismo jurídico que no se reduce a plantear igualdades o desigualdades, va más lejos y, recogiendo nuevamente las palabras de Sartori, se orienta a asegurar la paz intercultural, no fomentar una hostilidad entre culturas”.

Para finalizar cabe señalar que así como el tiempo se encargó de mostrar como lo multiétnico y pluricultural influyó favorablemente para el reconocimiento de la potestad de administrar justicia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, corresponderá al tiempo hacerlo con relación a la interculturalidad así como si lo plurinacional, a partir de un apego en diversos ámbitos a un modelo consociativo (lamentablemente imperfecto), permite superar dinámicas de acentuación de las diferencias para transitar a mejores escenarios²⁸¹ en los que impera la construcción de consensos y se desplacen imposiciones a título de ser decisiones de la mayoría, de un proceso de cambio o de otras singulares y pintorescas expresiones.

281 Para una visión diferente visitar <http://www.cebem.org/admin/cmsfiles/archivos/derechos-ecuador.pdf>, donde se encuentra el trabajo “Estudio Sobre Legislación Intercultural en el Ecuador”, de Fernando García y Luis Alberto Tuasa, que desarrolla visiones sobre el multiculturalismo, el plurinacionalismo y el interculturalismo.

3. Órgano Judicial y administración de justicia en los pueblos indígenas, originarios y campesinos

La reforma constitucional al texto de 1967 operada en 1994 determinó un cambio sustancial en el orden jurídico boliviano al reconocer la potestad de administrar justicia a las comunidades indígenas y campesinas aplicando sus propias normas a través de sus propias autoridades. Las críticas se fueron generando paulatinamente desde esos pueblos y, entre las más destacadas, se encuentran aquellas que Cabedo Mallo sintetiza cuando, señalaba con relación a ese texto constitucional, que:

[...]rehúsa en todo momento hablar de función jurisdiccional o de jurisdicción, y en su lugar habla de ‘ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos.

Inmediatamente después, se pregunta:

¿Por qué en la regulación boliviana no se hace directamente referencia al ejercicio de funciones jurisdiccionales y, en su lugar, se recurre a un circunloquio como el transcrito? La respuesta, a nuestro entender, está en la finalidad el constituyente a la hora de redactar el precepto, que en el caso de Bolivia rehusó conscientemente a utilizar los términos ‘jurisdicción’ o ‘justicia’ —o, incluso, a referirse a una ley de coordinación con el poder judicial— haciendo gala de una visión más restrictiva de pluralismo jurídico que la presente en las otras Constituciones [Colombia de 1991, Perú de 1993 y Ecuador de 1998], y que seguramente acabará por traducirse en la práctica en límites al ejercicio de estas funciones jurisdiccionales. La creencia anterior viene reforzada por el hecho de que al referirse a la ley que regulará la relación entre el poder judicial y las instancias indígenas, la Constitución boliviana prescribe que ‘la ley compatibilizará’, rehuendo la utilización del término ‘coordinará’, y aludiéndose además a ‘los Poderes del Estado’. Surge aquí

una nueva cuestión: ¿por qué tendría que coordinarse la jurisdicción indígena con los tres poderes del Estado? Si de lo que se trata es de coordinar los sistemas jurisdiccionales nacional e indígena —o si, se prefiere, de hacer compatibles sus funciones— la alusión a los demás poderes del Estado parece innecesaria. Estamos—quíerese o no— ante una mentalidad todavía monista y etnocéntrica, que continua considerando superior la jurisdicción o sistemas judicial nacional respecto del indígena²⁸².

Críticas cuyo análisis permite comprender con mayor facilidad como es que quedó configurado el Órgano Judicial en el texto constitucional vigente. En este sentido, lo primero que cabe manifestar es que buena parte de esas críticas evidencian un alto grado de preocupación por las formas antes que por los contenidos o aspectos sustanciales.

Así, por ejemplo, se tiene que tanto el texto constitucional de 1967 como los emergentes de las reformas de 1994, de 2004 y de 2005 no contenían ninguna referencia expresa a que los jueces o tribunales ejercían “función jurisdiccional o de jurisdicción”, como tampoco se encuentra una referencia de esa naturaleza en el tratamiento que se le brindaba al Ejecutivo en sentido de que a éste le correspondía la función ejecutiva, lo que no se tradujo en problemas para el adecuado entendimiento y desenvolvimiento de las funciones que le correspondían a uno o a otro. En el texto constitucional de 2005 simplemente se señalaba, en el artículo 116.II, que “La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contenciosa-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional”. Si se compara esta redacción con la del artículo 171.III cuando señala que los pueblos indígenas y campesinos pueden “[...] ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos [...]”, pue-

282 Cabedo Mallol, *Derecho Consuetudinario y Jurisdicción indígena...*: 152-153.

de sostenerse que entre ambas existe un nivel de cercanía importante. Acudiendo a Escola se tiene que:

“La función jurisdiccional es aquella función del Estado que tiene por objeto resolver cuestiones jurídicas controvertidas surgidas entre partes, mediante pronunciamientos que tienen fuerza de verdad legal, y en virtud de los cuales tiene lugar la aplicación de la ley a los casos concretos suscitados [...].

La actividad jurisdiccional se lleva a cabo siguiendo determinados procedimientos, reglados en normas de sustancia legal, que son las llamadas ‘normas procesales’ o ‘procedimentales’, pero que sin la existencia y la observancia de ellas sea un elemento configurante de la actividad jurisdiccional, puesto que existen actividades procesalmente cumplidas, siguiendo esas normas, pero que con constituyen actividad jurisdiccional, como ocurre en los supuestos de la llamada jurisdicción voluntaria [...].

Es [la función jurisdiccional], por esencia, una función de garantía, ya que declarando y decidiendo situaciones concretas con fuerza de verdad legal, salvaguarda los derechos de la comunidad y de sus integrantes y el cumplimiento de las obligaciones que ambos hayan adquirido, concurriendo de esa forma, asimismo, al logro de los fines del Estado²⁸³.

Referencia conceptual que desde el tiempo de elaboración de la reforma constitucional de 1994 al presente no varió sustancialmente, y permite comprender por que no se requería una expresa referencia a la función jurisdiccional para quienes actuaban administrando justicia en general o, en particular, para las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios o de los pueblos campesinos. El reconocimiento a aplicar sus propias normas supone, lógicamente, el poder ejercer una potestad de generación legislativa y reglamentaria (crear sus normas, si se prefiere, porque de lo contrario no serían “sus nor-

283 Escola, 1984: 13.

mas”) que abarca lo concerniente a normas que versaran sobre formas o procedimientos, así como sobre las normas que abordaran temas de orden sustantivos tanto para la decisión final en un caso concreto como para su efectiva aplicación. En términos sencillos, no era un tema medular emplear o no, en el texto constitucional, los términos jurisdicción o justicia.

Si corresponde una precisión, que la planteo a través de una reformulación de las palabras de Escola en los siguientes términos: son los seres humanos quienes, a través de la forma de organización que desarrollaron denominada Estado, diseñan un orden en el que ciertos órganos (individuales o colectivos) tendrán la responsabilidad de identificar la búsqueda de solución a las controversias que se presentan en base a valores y principios para lo cual podrán optar por una amplia gama de alternativas dono los Derechos Humanos son fundamentales.

Lo que Cabedo Mallol camufla en su crítica es la premisa, errada por cierto, de que los pueblos indígenas, originarios y campesinos son algo que se opone y distancia del Estado, es decir, que los primeros no son parte de éste último, algo que no comparto.

También venía a ser poco consistente el cuestionamiento de Cabedo Mallol en torno a que el texto constitucional haga referencia a una ley que ‘compatibilice’ la función jurisdiccional con los otros Poderes del Estado en vez de referirse a una ley que ‘coordine’ esa función jurisdiccional de los pueblos indígenas con el Poder Judicial como lo hacían los textos constitucionales de Colombia de 1991, de Perú de 1993 y el de Ecuador de 2008.

Poco consistente como lo pone en evidencia la usencia de dicha ley en los países mencionados, además, porque la pregunta esencial que elude Cabedo Mallol es si es que realmente en el entendimiento anterior era realmente necesaria una ley para coordinar o para compatibilizar algo.

Si se parte de identificar a los pueblos indígenas como entes extraños en el Estado, que son antagónicos a éste, una ley puede ser un instrumento normativo valioso para poder generar niveles de aproxi-

mación para la solución de situaciones que puedan derivar en tensiones que buscan evitarse. Es decir, A es tan diferente a X que solo para aquellas situaciones excepcionales en las que sean previsibles roces cabría establecer reglas que aporten a evitar conflictos. Pero en ese caso, ¿por qué tendría que limitarse solo al Poder Judicial? O es que ¿solo en el tema de administración de justicia, así de escindible de un contexto cultural mayor, era el que presentaba esos niveles de potencial conflicto? Porque de no ser así, tenía absoluto sentido que ese instrumento normativo opere con relación a los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral, además, de entes autárquicos, autónomos, descentralizados, etc., que responden a su pregunta de “¿por qué tendría que coordinarse la jurisdicción indígena con los tres poderes del Estado?”. En su dinámica de razonamiento, esa coordinación reclamada era acertada así sostenible como el que se lo tenga que realizar a través de una ley y con todos los poderes del Estado. No había lugar, por tanto, a alegar una suerte de superioridad de la jurisdicción o sistema judicial nacional respecto al indígena, porque uno era A y el otro era X, es decir, totalmente diferentes.

En términos sencillos la base de la crítica expuesta por Cabedo Mallol que, reitero, fue la sostenida por diversos actores, cuestionaba aquello que mejor respondía a su visión pero que encontraba como traba para así dimensionarla la falta de claridad en su planteamiento que era esa absoluta diferencia entre A y X, más aun cuando se toma en cuenta que lo que se debía compatibilizar eran las ‘funciones’ y no potestades. Acudiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se encuentra que ‘compatible’ (Del b. lat. *compatibilis*, y este del lat. *compāti*, compadecerse) es un adjetivo que significa: “Que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto”²⁸⁴. Es decir, la compatibilidad requerida no implicaba que la potestad de administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos se vea modificada, alterada o afectada por el sistema ordinario de administración de justicia dada la exigencia constitucional de permitir que

284 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

tanto autoridades de los pueblos indígenas que ejercían las potestades de generación normativa-legislativa, ejecutivas y de administración de justicia (entre otras) “concurran” en un territorio común, el boliviano. Esa concurrencia permitía, en la dinámica de razonamiento comentado, un saludable proceso de desarrollo independiente para el sistema de administración de justicia boliviano.

No tenía sentido demandar un reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, originarios o campesinos y, al mismo tiempo, desconocer los Derechos Humanos o aquellos que se en el mismo instrumento se establecen derechos fundamentales de todo ser humano, así como sería errado sostener que existe un texto constitucional vigente ahí donde no se le reconoce efecto alguno. Ese planteamiento convertiría al texto constitucional en algo válido solo en una parte (mayor o menor) del Estado; ¿cuál sería, entonces, el texto constitucional de en aquellos ámbitos territoriales o poblacionales que quedan excluidos de sus ámbitos de vigencia personal, material y territorial en los que se le niega o no tiene vigencia?

También se criticó y cuestionó el contenido del artículo 171.III del texto constitucional de 1967 reformado en 1994 por subalternizar o devaluar la justicia indígena, originaria y campesina al haberse establecido que solo se la reconocía como “solución alternativa de conflictos”, alegándose que ese elemento derivaba en la generación de una ‘opción’ del sujeto involucrado para aceptar o rechazar la competencia de las autoridades de esos pueblos para que se les administre justicia con la consecuente prevalencia del sistema ordinario.

Criterio también errado, al menos, por dos aspectos. El primero que radicaba en creer que la denominación genérica de “métodos alternos de resolución de conflictos” que incluye al arbitraje, la mediación o la conciliación entre otros, implicaba la asimilación y equiparación a los mismos de los mecanismos y las formas desarrollados por los pueblos indígenas y comunidades campesinas; error que se explica por la coincidencia temporal del reconocimiento del derecho a esos pueblos de administrar justicia con el desarrollo del arbitraje y la conciliación en Bolivia,

y, además, por olvidar que el sistema de justicia ordinario presenta una amplia gama de métodos de resolución de conflictos (alternos, por cierto, a los procesos denominados ordinarios) sin que por ello se confundan con aquella denominación genérica o que estos tengan una menor importancia, jerarquía o condición. El segundo error emergió de entender, sin que el texto constitucional así lo establezca, que solo podía activarse o efectivizar la resolución final de la justicia indígena, originaria o campesina si el sujeto sometido a esta lo consentía, o no la negaba luego de conocido el resultado, optando por someterse a la ordinaria como si la “alternativa” a la que se refería el texto constitucional fuera excluyente (o una vía o la otra) y no, como correspondía, incluyente (cualquiera de las dos según corresponda) y, también, porque se negó en el plano operativo la mayor fortaleza de esa “condición alternativa” que era la de operar a favor de las autoridades responsables de estos pueblos de administrar justicia al ser estas las que definían que casos eran aquellos que ameritaban su intervención o cuales, si así lo veían conveniente, debían ser remitidos a la justicia ordinaria o, conforme a la cosmovisión del pueblo en concreto, no requerir que se active el mecanismo de administración de justicia en cualquiera de los subordenamientos jurídicos existentes. Paradójicamente, la demanda de reconocimiento expreso e imperativo en el texto constitucional que debía elaborar la Asamblea Constituyente del deber de administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos evidenciaba, nuevamente, la contradicción contenida en los planteamientos que cuestionaban lo establecido en el artículo 171.III ya que además de negar la presencia de derechos colectivos en el texto constitucional convertían a esta conquista del mundo occidental en un instrumento de imposición de un deber ahí donde se reclamaba que no opere como límite para aquellos pueblos.

Otra de las críticas a lo previsto en el artículo 171.III del texto constitucional de 1967 reformado, radicó en que la calificación de “solución alternativa de conflictos” conllevaba una prevalencia de la justicia ordinaria, se decía, porque las características negativas de esta derivaban en que se prefiera esa ya que impedía que se llegase a administrar justicia

favoreciendo siempre al malo de la película. Pero corresponde señalar que en aquel tiempo (como antes y, esperemos, no mañana) habían jueces y fiscales que se prestaban a llevar a cabo actos reñidos con el texto constitucional, lo que es incuestionable, pero no por ello sostenible el presentar como fundamentos hechos anecdóticos que opacan realidades mayores.

En síntesis, las críticas que se esgrimieron y que sintetice a partir de las palabras de Cabedo Mallol, partían de bases poco sostenibles. Escenario que hubiese resultado diferente si se partía del hecho de que la función jurisdiccional era una y única pero asignada tanto a jueces y tribunales como a autoridades (con variada denominación y conformación) de los pueblos indígenas, porque en ese sentido si encuentran sustento los postulados de carecer de sentido la existencia de una ley que cumpla la función de compatibilizar o de coordinar lo indígena con o lo no indígena, toda vez que el ejercicio de esas atribuciones únicamente requerían que se preserve la esencia de lo que se hacía a través de la intervención de un tercero imparcial y que, en el diseño constitucional de 1994, era el Tribunal Constitucional al cual se le había asignado el control de constitucionalidad además, y fundamentalmente, de velar porque operen las garantías contra la vulneración de los Derechos Humanos.

Pero independientemente de esas críticas, como tengo señalado, aun cuando valoro como positivas muchas de las reformas introducidas en 1994 y 2004 al texto constitucional de 1967, también mantengo mis cuestionamientos a estas por los niveles de conflicto que generaron al mantener contenidos que respondían a visiones y concepciones contrapuestas sin atender la urgencia de preservar su coherencia y consistencia.

Una de mis mayores críticas a ese texto fue, precisamente, el que se identifique a un instrumento normativo, “la ley”, como aquel que se requería para compatibilizar las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos con las de los Poderes del Estado. Exigencia que derivó en generar límites para el ejercicio de las potestades de generación normativa

y de administración de justicia de esos pueblos a partir de la actuación errática de jueces y fiscales, de legisladores y, también, de las propias autoridades de esos pueblos.

Existían, por tanto, problemas que emergían del articulado que presentaba el texto constitucional vigente hasta febrero de 2009 y otros que eran resultado de prácticas alejadas de lo que en realidad se tenía previsto en el texto constitucional. En éste último caso, como señalé anteriormente, no se logró comprender la real dimensión e incidencia en la generación de instrumentos normativos y administración de justicia en general, emergentes de tenerse incorporados en el contenido medular del texto constitucional vigente hasta febrero de 2009 a las potestades de generación normativa y de administración de justicia de las denominadas comunidades indígenas y campesinas ligadas, por cierto, a los derechos a la auto identificación y autodeterminación entre otros.

Desde mi punto de vista el mayor defecto del texto constitucional de 1967 reformado era prever la necesidad de desarrollar una “ley de compatibilización” que llevaba implícito el fortalecimiento de un sistema de control de legalidad que, como tengo explicado en el anterior capítulo, resultaba inconsistentemente ideado y alejado del desarrollo de la administración de justicia de los pueblos indígenas. La ausencia de esa ley de compatibilización desde 1994 hasta febrero de 2009 derivó, además, en que a título de desarrollo del contenido constitucional se adopten en el ordenamiento jurídico una serie de leyes que terminaron por desdibujar el escenario, reitero, en una lógica propia de control de aplicación del principio de legalidad (v. gr.: la homologación del juez penal de la solución aplicada por las autoridades indígenas en materia penal en casos concretos) en la que, además, no se dimensionó correctamente que la administración de justicia en los pueblos indígenas era una vía alterna de solución de conflictos pero que, no por ello, debía ser equiparada a los mecanismos de control que operaban en el arbitraje u otros métodos alternos de solución de conflictos.

Por esas y otras razones, la propuesta de reforma constitucional de 2002 que contenía una serie de elementos que se corregían favo-

rablemente un sinnúmero de problemas, debió prosperar pero, lamentablemente, quedó trunca por diversas razones que tengo expuestas anteriormente.

Ahora, ingresando al análisis del texto constitucional vigente, corresponde preguntarse cómo es que quedó configurada la función jurisdiccional toda vez que, a partir de ello se podrán abordar otros ámbitos y extraer algunas conclusiones. En este sentido el artículo 1 señala que:

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

Redacción que deriva en tener presente que cuando se sostiene que “Bolivia se constituye” y “Bolivia se funda en”, implica la actuación de los sujetos que integran aquello que se llama Bolivia pero que, debe tenerse en cuenta, no se aleja de la presencia de cosmovisiones, religiones, creencias, fe, etc., que apuntalan a extraer otro tipo de explicaciones.

Ese artículo es el producto de la convergencia de dos visiones opuestas que genera la dificultad de encontrar una respuesta incuestionable. Pero desde mi punto de vista Bolivia es un Estado que, en tanto forma de organización desarrollada por seres humanos, debe permitir a cada ser humano que lo integra considerado en su individualidad así como miembro de una colectividad, poder trascender; encuentra, por tanto, como característica común con otros iguales a ella el tener a la dignidad humana como premisa antropológico-cultural. Son, por lo tanto, esos seres humanos los que la constituyen y los que establecen en que se funda, fruto de lo cual y a la luz de la evolución cultural que han experimentado también le otorgan como otras características el orientarse a la protección y la preservación de los Derechos Humanos, el reconocer que la soberanía popular reside en todos y cada uno de sus habitantes y tener interiorizada la democracia acompañada por la

tolerancia. Consecuentemente, la función jurisdiccional es a su vez una parte menor de un conjunto mayor y que encuentra como valor compartido el de justicia, en función del cual y para lo cual se han identificado y desarrollado una amplia gama de principios y, de estos, a su vez, un conjunto creciente de reglas.

La forma en la que esa función jurisdiccional será desarrollada determina que todas y todos sean quienes, a través de diversos medios, la vayan configurando de una u otra manera aunque velando porque se establezcan ciertas bases que le brinden grados o niveles de estabilidad para lo cual acudirán a emplear un instrumento normativo denominado texto constitucional. La intervención, en ese proceso, se la realiza en forma individual y colectiva sin que en éste último caso, por así actuar, se tenga mayor o menor beneficio que otros toda vez que cada ser humano, íntegro o no un colectivo, es igualmente valioso a partir, reitero, de tenerse asumida como premisa antropológico-cultural a la dignidad humana.

De ahí que, a partir de lo previsto en ese artículo 1 del texto constitucional vigente, el artículo 11.I del mismo instrumento normativo precise que “La República de Bolivia adopta para su sistema de gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”; y, además, que luego de la diversas formas en las que se ejerce esa democracia que deben ser desarrolladas mediante ley tal como se dispone en el artículo 11.II, se precise en el artículo 12.I que “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, ejecutivo, Judicial y Electoral[...]”, también, que en el párrafo II de este mismo artículo 12 se tenga establecido que “Son funciones estatales la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado”. Previsión esta última que requiere una lectura conjunta con el artículo 9, particularmente de las partes que resalto con cursivas a continuación toda vez que en el se prevé que: “*Son fines y funciones esenciales del Estado, además del os que establece la Constitución y la Ley: 1. Constituir una sociedad*

justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. *Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades*, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. *Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución*. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”.

Son fines y funciones esenciales que, en todo caso, se fundamentan en que las bolivianas y los bolivianos le asignaron al Estado, básicamente, desde el momento de emergencia ante el mundo como tal a partir del invariable establecimiento, como base fundamental, de lo expresamente acogido en el artículo 22 donde se señala que *“La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”*.

De ello se tiene que, incuestionablemente, la función jurisdiccional en Bolivia es una y única, tiene un fin y una función específica que deviene del valor justicia. Criterio que se ve corroborado por el mismo texto constitucional en su Segunda Parte “Estructura y Organización Funcional del Estado” Título III “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”, Capítulo Primero “Disposiciones Generales”, cuando el primer artículo de éste último, el 178.I, señala: *“La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de[...]”*.

Lamentablemente, la Ley N° 025, del Órgano Judicial, presenta como artículo 2 (bajo el *nomen iuris* de “naturaleza y fundamento” una

redacción poco afortunada: “El Órgano Judicial es un órgano del poder público, se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, tiene igual jerarquía constitucional que los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Electoral y se relaciona sobre la base de independencia, separación, coordinación y cooperación”. Poco afortunada porque no solo que el *nomen iuris* del artículo guarda una sustancial diferencia con el contenido del artículo (crítica sobre la que no me extiendo al entenderla innecesaria ante la objetividad que presenta), sino porque es el propio texto constitucional y una generalizada doctrina la que informa que “la pluralidad y el pluralismo jurídico” no son la base en la que se funda el Órgano Judicial o el Poder Judicial o la función judicial... independientemente de los sustentos doctrinales que aportan a clarificar por qué se optó por emplear la categoría de “Órgano Judicial” en lugar de “Poder Judicial”, se los comparta o no, lo medular es que su naturaleza y fundamento radican en la dignidad y la libertad de los seres humanos, en sus Derechos Humanos, en la búsqueda por alcanzar valores como el de justicia.

Pero independientemente de esa crítica, retomando el análisis del texto constitucional, se tiene en definitiva que de esa una y única función jurisdiccional se cuenta con una plataforma en la que se asienta una estructura compleja que, cual racimo y bajo la denominación de jurisdicción conforme lo prevé su artículo 179, se divide en:

- Ordinaria, que se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces;
- Agroambiental, que se ejerce por el Tribunal y jueces agroambientales;
- Indígena, que se ejerce por sus propias autoridades,
- Originaria, que se ejerce por sus propias autoridades,
- Campesina, que se ejerce por sus propias autoridades; y,
- Especiales, que serán la o las leyes que la desarrollen donde se precisará a través de quienes se ejerce.

El párrafo III del artículo 179 señala que “La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional” y, el IV que, “El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial”. También cabe precisar que, conforme se desprende de lo previsto en el artículo 206, otra jurisdicción es la electoral que se ejerce a través del Tribunal Supremo Electoral, vocales y jueces electorales.

Del orden en el que se presentan esas jurisdicciones no cabe extraer jerarquía alguna toda vez que cada una de ellas encuentra un ámbito de competencia diferenciado en razón a la materia que, constitucionalmente, les fue delimitada.

De ahí que se presente como discursivo lo establecido en el artículo 179.II: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”; simplemente, porque no existe igual previsión para las otras jurisdicciones lo que podría dar lugar a sostener que solo esas dos (la ordinaria y la de los pueblos citados) son iguales en jerarquía en tanto que se encuentran en un nivel inferior a las otras o viceversa.

La explicación para esta precisión radica en el énfasis adquirió la crítica de una menor jerarquía de la indígena, originaria y campesina que se identificaba en el producto de la reforma constitucional de 1994. Como constituyente escuché en más de una oportunidad esa crítica, y la entendí por la mala práctica que desarrollaban buena parte de policías y algunos jueces y fiscales cuyas viciadas prácticas contrastaban con lo que constitucionalmente se tenía previsto. No considero, por tanto, que esa peculiar redacción sea un factor de riesgo para las otras jurisdicciones ni para cada una de las indígenas, originarias y campesinas aunque su instrumentalización política puede ser altamente dañina con aquellos que tengan menor presencia territorial o poblacional o incidencia en los espacios de toma de decisión. En todo caso, hubiese resultado más favorable que esa igualdad sea también fijada con relación a las otras jurisdicciones tal como se lo hace en la segunda oración del artículo 3 de la Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional donde se señala:

Artículo 3. (IGUALDAD JERÁRQUICA). La función judicial es única. La jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas.

Favorable, aun cuando sale de contexto la primera oración. Pero ya sea en el texto constitucional (algo que no se aceptó por parte del oficialismo) o en la ley, también considero que hubiese resultado muy saludable incorporar que la jurisdicción de cada pueblo indígena, de cada pueblo originario y de cada pueblo campesino goza de igual jerarquía a las de otros pueblos indígenas, originarios o campesinos, salvo que en el ejercicio de sus derechos a la libre determinación tengan dispuesto o dispongan que la suya es inferior a la de uno u otro de esos pueblos.

Eso sí, la tranquilidad que manifiesto se la encuentra en el análisis del texto constitucional, porque los problemas empiezan a emerger cuando se ingresa al análisis de las primeras leyes nacionales que desarrollaron el contenido del texto constitucional. Por ejemplo, cuando todo el sentido del texto constitucional queda alterado a través del artículo 29.I de la Ley N° 025 del Órgano Judicial en la que se señala:

Artículo 29. (NATURALEZA). I. La jurisdicción ordinaria es parte del Órgano Judicial, cuya función judicial es única y se ejerce conjuntamente a las jurisdicciones agroambiental, especializadas y jurisdicción indígena originaria campesina. Se relaciona con estas jurisdicciones sobre la base de la coordinación y cooperación.

La unidad de la jurisdicción ordinaria no está en duda y resulta saludable así preverlo, pero sostener que se ejerce ‘conjuntamente’ con las otras jurisdicciones echa por tierra todo el sustento que llevó a establecer en el texto constitucional que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, originaria y campesina gozan de igual jerarquía. Tal vez, en una dinámica descolonizadora, el conjunto ya no es algo que conforma una unidad; tal como está redactado ese artículo, en un esfuerzo de apostar por la buena fe, se confundió lo que corresponde al

Órgano Judicial atribuyéndoselo a la jurisdicción ordinaria, con lo cual, en todo caso, no se corrige el error y queda subsistente el riesgo, mayor por cierto, a partir de los antecedentes históricos comentados, para los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que a su potestad de administrar justicia se refiere. No me extendiendo más en la crítica.

Pero retomando el análisis del texto constitucional en sí en lo que a la jurisdicción indígena, a la originaria y a la campesina se refiere, puede sostenerse que existe un adecuado nivel de concordancia y articulación entre los artículos citados y el artículo 2 del mismo texto en el que señala que el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos 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”. También con lo previsto en el artículo 30.II.14 que señala: “II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario y campesinos gozan de los siguientes derechos [...] 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”²⁸⁵.

Donde emergen las dificultades es en la relación entre los artículos citados y lo que se tiene previsto como artículo 304.I.8 en el que se establece como competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas la del “Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a

285 Este derecho guarda una estrecha relación con otros previstos en el mismo artículo, en los siguientes párrafos:

“II.1. A existir libremente”.

“II. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión”.

“II. 4. A la libre determinación y territorialidad”.

“II.5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”.

“II.9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y patrocinados”.

“II.18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado”.

través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley”.

Sin embargo es un reconocimiento plagado de desconfianzas, temores y recelos a lo indígena, originario y campesino que genera, desde mi punto de vista, un debilitamiento de su potestad de administrar justicia, particularmente, si se tiene un régimen autoritario de gobierno. Esos artículos traducen, como sostengo, una serie de limitaciones que ponen en evidencia un alto grado de desconfianza sobre la administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Desde mi punto de vista, es positivo que el ejercicio de esa potestad se de en un orden jurídico, toda vez que los productos emergentes de la actuación de las autoridades de esos pueblos al administrar justicia terminan por ser consecuentes con los contenidos de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario, los tratados internacionales y el propio texto constitucional. Así, resulta positivo que el reconocimiento de esa potestad a cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos alimentan la pluralidad y el pluralismo jurídico en un marco intercultural, reconocido en los artículos 1 y 2 del texto constitucional, al ser una manifestación del derecho a la libre determinación que les asiste que encuentra como límite para su ejercicio el que se lo ejerza conforme a lo previsto en el texto constitucional, exigencia que se encuentra reiterada en mas de una oportunidad (artículos 30.II, 190.II, 269.II, 289 y 303 del mismo texto constitucional) además de la previsión del artículo 410.I donde se sostiene que “Todas las personas, naturales y jurídicas [se entienden incluidas en éste ámbito a los originarios, indígenas y campesinos considerados en su individualidad así como los pueblos y sus autoridades], así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones se encuentran sometidos a la presente Constitución”.

Lo llamativo por ser expresión de una aguda desconfianza con lo que puedan hacer esos pueblos es que esa limitación, común e implíci-

tamente prevista para las otras jurisdicciones, sea expresamente introducida y enfatizada ‘machaconamente’ cuando se habla de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, situación que se repite cuando a título de preservar la unidad del Estado, también se les exija que se lo haga respetando “el proceso integrador del país” (artículo 1) y, además, ejercer ese derecho “En el marco de unidad del Estado” (artículo 2 y 30.II).

Por si alguna duda cabe en torno a esa manifiesta desconfianza o se la pretenda asignar a la crítica opositora, baste con acudir al artículo 4, inciso a) de la Ley N° 073, de 29 de diciembre de 2010, denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional, que elaborada básicamente por el oficialismo terminó por incorporar como primer principio que rigen a esa ley es el de “Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional: El ejercicio de las jurisdicciones constitucionales reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional”. El proceso integrador del país o la unidad del Estado no se limita a lo territorial, objetivamente; en cambio, en éste artículo de la Ley, se la restringe a ella.

De la mano con esa desconfianza se generan complejas limitaciones a esa potestad de administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos como lo es el sujetar la justicia indígena, originaria y campesina a un amplio abanico de leyes, porque el derecho a la autodeterminación contenido en el artículo 2 del texto constitucional puede ejercerse no solamente conforme a lo que se tiene previsto en la en este instrumento normativo, sino que además conforme a lo que se establezcan en las leyes, elemento reiterado en el artículo 30.III (“El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”). Son, por lo tanto y por un lado, diversas las leyes necesarias para el ejercicio de la potestad de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos; y, por otro lado, otras mas las que pueden generar elementos perturbadores para su ejercicio. Así,

por ejemplo, dentro de las primeras se encuentran la Ley de Deslinde Jurisdiccional conforme a lo previsto en los artículos 191.II y 192 del texto constitucional, conforme a lo previsto en los artículos 269, 270, 271, 273 y 290.I del mismo texto la Ley Marco de Autonomías y Descentralización y, como se pudo apreciar, la Ley del Órgano Judicial. En cuanto a las segundas viene a ejemplificar mi afirmación, la Ley del Órgano Electoral Plurinacional.

Es decir, en términos sencillos, si el texto constitucional de 1967 reformado presentaba como dificultad para el efectivo ejercicio del derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos el tener que elaborarse una “ley de compatibilización” entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, con el texto constitucional vigente el nivel de dificultad se incrementa al requerirse un conglomerado de leyes para el mismo objetivo lo que, simplemente, terminan por desdibujar el escenario.

Para despejar dudas o desconfianzas en torno a mi afirmación, traigo como sustento el siguiente ejemplo: en el artículo 191.II.2 del texto constitucional se estableció que la jurisdicción indígenas, la originaria y la campesina conocen “los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional” y, en el artículo 192.III que “[...] La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

Es decir, el texto constitucional establece que la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe abordar tres aspectos:

- Los asuntos que pueden conocer (en los que pueden administrar justicia aplicando sus propias normas) los pueblos indígenas, originarios y campesinos;
- Los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena, originaria y campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdic-

ción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas; y,

- Los mecanismos de cooperación entre la jurisdicción indígena, originaria y campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Ese contenido, por sí mismo complejo, es desdibujado por el artículo 5 de la Ley N° 025 (de 24 de junio de 2010, Ley del Órgano Judicial), donde se señala que “La Ley de Deslinde Jurisdiccional determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y complementariedad entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”. Corresponde preguntarse, entonces, ¿Era esta Ley del Órgano Judicial la llamada a fijar los contenidos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional? ¿Estamos, por tanto, frente a una Ley superior? ¿La complementariedad, que no está prevista en el texto constitucional como uno de los contenidos que tiene que desarrollar la Ley de Deslinde, debía ser incorporado en esta porque así lo manda otra Ley?, en éste último caso, de ser afirmativa la respuesta, emerge una más ¿Es lógico, legítimo y conforme al marco constitucional que una Ley del Órgano Judicial introduzca la complementariedad como contenido ineludible de otra Ley como lo es la de Deslinde Jurisdiccional?, y, nuevamente, de ser una respuesta afirmativa, corresponde entonces hacer una más ¿Cuándo y cómo se les consultó a los pueblos indígenas, originarios y campesinos si estaban de acuerdo con esa incorporación?

Por cierto, el artículo 4 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional prevé, en el inciso f) del artículo 4 que uno de los principios que la rigen es el de complementariedad señalando que “Implica la concurrencia de esfuerzos e iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente”, pero sin fijar mecanismo alguno. El artículo 13.I de esta Ley señala que “La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la

agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, concertarán medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto a los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria”, en el 13.º que “La coordinación entre todas las jurisdicciones podrá realizarse de forma oral o escrita, respetando sus particularidades”. Base sobre la que el artículo 14 señala bajo el *nomen iuris* de “Mecanismos de Coordinación” que “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”. Y, el artículo 16 bajo el *nomen iuris* de “mecanismos de cooperación” que “I. Los mecanismos de cooperación se desarrollarán en condiciones de equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad y gratuidad. II. 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 estas la soliciten; b) Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas; c) La remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones; d) Otros mecanismos de cooperación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley”.

Es decir, en ninguna parte de la Ley de Deslinde Jurisdiccional se desarrollan mecanismos de complementariedad que es lo que, entre otros aspectos, la Ley del Órgano Judicial ordenaba que sean desarrollados en la de Deslinde.

Otro ejemplo de cómo a través de las primeras leyes nacionales se va desnaturalizando el marco constitucional en torno a la potestad de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, se lo encuentra en la Ley N° 045 de 8 de octubre de 2010, denominada “Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación”. En el artículo 3 correspondiente a los alcances y ámbitos de aplicación de esta, quedan comprendidas las entidades autónomas indígenas, originarias y campesinas introduciendo además, en el artículo 5, una serie de definiciones entre las que se encuentran las de raza, racismo, discriminación, xenofobia, misoginia, homofobia, equidad de género, equidad generacional, etc. Se señala, en el artículo 12 que “Las personas que hubiesen sufrido actos de racismo o discriminación podrán optar por la vía constitucional, administrativa o disciplinaria y/o penal, según corresponda”, ni se menciona a la jurisdicción indígena, a la originaria o a la campesina; más adelante, incorpora una serie de tipos penales. El Decreto Supremo N° 0762, de 5 de enero de 2011 que reglamenta esa Ley señala en su artículo 3 que los gobiernos autónomos, entre los que están los de indígenas, de originarios y de campesinos, tienen el deber de implementar “políticas para la prevención contra el racismo y toda forma de discriminación en el ámbito de sus competencias”. Muchos saludarán y festejarán que se tomen ese tipo de acciones contra la discriminación y el racismo, pero ese entusiasmo instrumentaliza el tema para calificar como racista o discriminados a aquel que lo critica. Pero por encima de ese juego político, resulta ser que el grado de instrumentalización termina por introducir en el ámbito de administración de los pueblos indígenas, de los originarios y de los campesinos una amplia gama de políticas que no responden a un mínimo respeto de ser sus normas aquellas que apliquen en lo que consideran, corresponde y por

lo contrario, deben hacer, asumiendo que esos contenidos normativos son obligatorios. Se llega al absurdo de ser un Decreto Supremo aquel que se sobrepone a las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

En síntesis, lo que se tiene es que los grados de desconfianza, temores y motivaciones instrumentalizadoras de lo indígena, lo originario y lo campesino, termina por convertir a las leyes es instrumentos normativos que desdibujan lo que el texto constitucional les permitía a esos pueblos en lo que a administración de justicia se refiere. Hay muchos ejemplos que pueden exponerse, pero con los citados considero que permiten comprender los riesgos y limitaciones existentes.

Estos ejemplos, a su vez, me permiten reafirmar que en lo referente a la potestad de administrar justicia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos el contenido del texto constitucional de 1967 a partir de las reformas efectuadas en 1994, bien entendidas y dimensionadas, sin ser perfecto era verdaderamente amplio y evitaba procesos de homogeneización e hibridación de los diversos pueblos indígenas existentes en Bolivia; permitía, además, que cada uno de ellos (grande o pequeño en cuanto a población, presencia territorial o incidencia en espacios de toma de decisiones) vea respetadas sus instituciones jurídicas, sus derechos y sus identidades en un marco de unidad con respeto y pleno reconocimiento de las diferencias. Evidentemente, insisto, no era lo perfecto ni estuvieron ausentes intromisiones odiosas y perjudiciales de servidores públicos que terminaron por desdibujarla.

Esa amplitud también se la aprecia cuando se toma en cuenta que esos pueblos no debían acceder a la conformación de un nivel autónomo de gobierno para poder ejercer su potestad de administrar justicia. En cambio, el marco constitucional vigente plantea en el artículo 304.I.8 que es una competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas la del *“Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la*

ley". Esa competencia también puede ser ejercida como tal cuando se conforma un municipio indígena, originario o campesino. Pero queda por responder la siguiente pregunta: ¿La potestad de administrar justicia puede ser legítima y legalmente ejercida por aquel pueblo indígena, pueblo originario o pueblo campesino que decida no conformar una autonomía indígena, originaria o campesina? La respuesta, conforme a las leyes vigentes, es 'no'; pero es afirmativa conforme a lo previsto en el texto constitucional si no se toman en cuenta, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT o la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

También contrasta la apertura del texto constitucional de 1967 reformado en 1994 con lo que se tiene previsto en el texto constitucional vigente, en cuanto a los ámbitos y las materias en las cuales pueden ejercer su potestad administrar justicia los pueblos indígenas, originarios y campesinos. En el marco del primer texto constitucional, no había restricciones en tanto se observen las exigencias del respeto y protección a los Derechos Humanos, o con mayor precisión, el contenido de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, y el contenido del texto constitucional. En cambio, en el marco del texto constitucional vigente esas restricciones son complejas al grado de ser un obstáculo, por ejemplo, la reducción de los ámbitos de competencia en los cuales pueden ejercer su potestad legislativa, como ejemplifiqué en el capítulo I del presente documento.

Pero además, porque se les ha impedido conocer otros temas a través de leyes, como lo precisé en el tema de lucha contra la discriminación y el racismo.

Pero el ejemplo más claro viene dado por el contenido de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, específicamente, en lo previsto por su artículo 10 que señala:

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocie-

ron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

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

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

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

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

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

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

Un análisis detallado de cada una de las exclusiones de ámbitos materiales demuestra que no solo se restringe, por cierto, la potestad de administrar justicia sino que torna en inútil la de generación nor-

mativa (legislativa y reglamentaria). Solo a manera de ejemplo, los delitos de corrupción, despejan cualquier duda sobre lo acertado de mi crítica. Conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, denominada “Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz” son delitos de corrupción:

Artículo 24. (Sistematización de los Delitos de Corrupción y Vinculados). Además de los tipificados en el presente Capítulo, se consideran delitos de corrupción los contenidos en los siguientes Artículos del Código Penal: 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, párrafo segundo de los Artículos 153 y 154, 157, 158, 172 bis, párrafo cuarto del Artículo 173, 173 bis, 174, 221, párrafo primero de los Artículos 222 y 224, párrafo segundo del Artículo 225.

Son considerados delitos vinculados con corrupción, los contenidos en los siguientes

Artículos del Código Penal: 132, 132 bis, 143, 150 bis, 153, 154, 177, 185 bis, 228, 228 bis, 229 y 230.

En otros términos, quedan excluidos del ámbito de conocimiento de la administración de justicia y generación normativa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos los denominados delitos de: Uso indebido de bienes y servicios públicos; Enriquecimiento ilícito; Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado; Favorecimiento al enriquecimiento ilícito; Cohecho activo transnacional; Cohecho pasivo transnacional; Obstrucción de justicia; Falsedad en la declaración jurada de bienes y rentas; etc., Peculado; Peculado culposo; Malversación; Cohecho pasivo propio; Uso indebido de influencias; Beneficios en razón del cargo; Omisión de declaración de bienes y rentas; Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; Concusión; etc.; Exacciones; Resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes; Incumplimiento de deberes; Nombramientos ilegales; etc.; Cohecho activo; Receptación proveniente de Delitos de corrup-

ción; Prevaricato, etc.; Contratos lesivos al Estado; Incumplimiento de contratos; etc., Organización criminal, terrorismo, peculado, etc.; etc.; etc.”. Nuevamente planteo como pregunta que encierra una crítica ¿Qué sucede con aquellos pueblos indígenas, o pueblos originarios o pueblos campesinos que no optan por constituirse en nivel de gobierno “autónomo indígena originario campesino”? Mi respuesta viene a ser que estos no tiene porque observar las limitaciones señaladas por leyes como la citada Ley N° 004 y pueden ejercer, válidamente, su potestad de administrar justicia en aquello que consideren puede ser calificado como corrupción, desplegando o no el ejercicio de su potestad de generación normativa en el marco de su derecho a la libre determinación y preservación de sus instituciones sociales, políticas o económicas.

En cambio, en aquellos que se constituyan en “gobierno autónomo indígena originario campesino” o en municipio autónomo indígenas, poco importa si esas conductas eran consideradas, por aquellos pueblos, en un esfuerzo de identificar equivalencias, como mercedoras de sanciones de orden penal, administrativo, civil, ejecutivo, moral u otro, como tampoco importa las alternativas de solución al conflicto que aplicaban o decidan aplicar, porque ahora son temas en los que no pueden actuar. Simplemente no pueden ejercer las potestades señaladas en estos temas que, quedan por tanto, como temas de exclusivo conocimiento de los jueces y tribunales de la justicia ordinaria del Órgano Judicial, con policías y fiscales de por medio.

Por lo tanto, es una limitante odiosa para esos pueblos y sus habitantes el que no todos los ámbitos en los que se desenvuelven como parte del Estado pueden ser objeto de conocimiento por parte de sus autoridades y quedan libradas a la voluntad de coyunturales mayorías parlamentarias en detrimento de sus autoridades indígenas, originarias o campesinas.

Deja de ser relevante, por tanto, como es que los pueblos indígenas, originarios o campesinos normaban o administraban justicia en los temas que ahora, a partir de la vigencia de la Ley de Deslinde

Jurisdiccional, les fueron prohibidas o que quedaron como competencia privativa o exclusiva de algún otro nivel de gobierno o de alguna otra jurisdicción. De ahora en adelante, sus ámbitos de actuación vienen a ser restringidos y sujetos, en todo momento, a lo que la Asamblea Legislativa Plurinacional determine.

Pero en el supuesto de que estos ejemplos no sean lo suficientemente claros para comprender la crítica que realizo en torno a las desconfianzas y susceptibilidades del oficialismo en torno a la administración de justicia y la generación de una serie de límites que desnaturalizan el reconocimiento constitucional a esos pueblos de la potestad de administración de justicia, considero oportuno incidir algo más en el análisis de citado artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Y es que la lectura ligera del artículo 10.I termina por ser realmente agradable al oído, pero cuando se lleva a cabo es tarea con cuidado se evidencia que “La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación”, porque se colige un amplio reconocimiento de las potestades de generación normativa y de administración de justicia. Pero deja ser tan agradable cuando la lectura es cuidadosa de los siguientes párrafos del mismo artículo, además de lo manifestado con relación a los delitos de corrupción. Ello, porque reitero que además de la exclusión de los ámbitos de competencia del nivel de gobierno indígena, originario o campesino o del municipio indígena que se prevén en el texto constitucional, estos pueblos se ven imposibilitados de ejercer potestades legislativas, reglamentarias y de administración de justicia en temas en los que radica buena parte de la razón de ser de ese reconocimiento.

Parto, por ejemplo, del hecho de excluirse de su ámbito de competencia material cualquier delito “[...] cuya víctima sea el Estado [...]” (art.10.II.a) porque a partir de ello, resulta ser que se termina excluyendo absolutamente todo aquello que sea delito... el exceso en el discurso enturbia el contenido de los instrumentos normativos. Sobra, me

parece, llevar a cabo una amplia exposición de lo que se ha escrito en torno al *ius puniendi* o al Derecho Penal o al delito para comprender esta afirmación.

En el mismo sentido, ¿cuál es el fundamento para haberse excluido del ámbito material de la jurisdicción indígena, de la originaria y de la campesina los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio? No puede alegarse una supuesta falta de capacidad como tampoco el que en esos pueblos este bien agredir a los niños, niñas o adolescentes, el violar, el asesinar o sean bien vistos los homicidios porque se desconoce la esencia misma de lo que se alega como grandes bondades de la justicia administrada por estos pueblos. El único argumento medianamente atendible es que la visión paternalista de los legisladores se traduce en desconfianza y recelo fruto de asumir que en esos pueblos los niños, las niñas y los adolescentes no son objeto de protección y por lo tanto son parámetros de corte occidental europeo los que deben primar. Que se reconoce la falta de protección a la mujer, porque en los pueblos indígenas, originarios y campesinos existe una cosmovisión en la que el rol de la mujer varía enormemente con relación a lo que en mundo se ha reconocido como urgente superar. Finalmente, que no en todos esos pueblos existe un marco de respeto y de protección a la vida de los seres humanos.

A manera de ejemplo, recuerdo una discusión en la Asamblea Constituyente con constituyentes que se autoidentificaban como indígenas en la que me solicitaban que apoye su propuesta de que se permita aplicar la pena de muerte a los brujos cuando estos, con sus brujerías, causaban la muerte o daños graves en la salud de otras personas. Sustentaban su posición en el hecho de que una comunidad indígena se había privado la libertad a una persona al ser condenada por homicidio cuando mató al brujo que con sus brujerías había causado la muerte de dos personas... brujerías que, por cierto, radicaban en haber hecho actuar seres incorpóreos para que lentamente afecten la salud de esas

personas fallecidas²⁸⁶. Fue una discusión muy interesante, que puede dar lugar a entender la razón de dicha exclusión del ámbito de competencia material de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, pero preocupante en cuanto a su fundamento.

Pero lo más interesante es el haberse excluido en el inciso c) del artículo 4.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional todo lo referente a “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”.

Son exclusiones genéricas cuya amplitud deriva en encontrar como ámbitos materiales de competencia aquellos que excepcionalmente se puedan identificar luego de un sesudo esfuerzo. Podría sostenerse que el Derecho Genético, el Derecho Administrativo, el Derecho del Deporte, el Derecho Económico, el Derecho Financiero, el Derecho Aeronáutico y otros más quedaron comprendidos en su ámbito material de competencia, pero realmente hacerlo rayaría en la estupidez toda vez que el Derecho es uno solo. De ello se deriva que lo que quedó comprendido dentro de ese ámbito material es solo lo marginal, aquello que a través de un sistema de control de legalidad pueda determinarse.

Pero además, por si esos es poco, contraviniendo el marco constitucional que establece que la ley que debe agotar la determinación de esos ámbitos de competencia que corresponden a la jurisdicción indígena, originaria y campesina en la Ley de Deslinde Jurisdiccional, resulta ser que esta abre una compuerta enorme para que sean otras leyes las que a su vez lleven a cabo esa tarea cuando en el inciso d) del artículo que comento se señala que también quedaron excluidas “Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente”.

286 Ver Nicolas, Fernández y Flores, 2007: 305.

Nuevamente reitero que si al texto constitucional de 1994 se le criticó el limitar la justicia indígena, originaria y campesina al haberse introducido una Ley de compatibilización como barrera para el desarrollo de esta potestad por parte de esos pueblos, resulta ser que ahora hay un abanico infinito de leyes que la limitan.

Hay, por lo tanto, una distancia enorme entre el discurso político partidario y la forma en la que quedó efectivamente configurado el ordenamiento jurídico en torno a las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Elementos que refuerzan mi posición en sentido de que las legítimas demandas de estos pueblos fueron, simplemente, instrumentalizadas en función a apetitos político partidarios coyunturales. Y, finalmente, que esa sociedad fracturada que se presenta ante el mundo como existente en Bolivia no es tal, al grado de ser las exclusiones a las que me referí las que muestran (porque esta Ley de Deslinde debe ser entendida como aceptada como perfecta por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos) que hay una base común de valores perfectamente identificable.

4. Las autoridades indígenas, originarias y campesinas

Dentro de los contenidos esenciales de los textos constitucionales se encuentra aquél que aborda la forma en la que se organizan los espacios de ejercicio del poder público o, si se prefiere, la estructura de órganos del Estado que como precisa Pérez Royo, vienen a ser aquellos “a través de los cuales el Estado manifiesta su voluntad y la hace efectiva en términos generales o en situaciones particulares”²⁸⁷.

287 Javier Pérez Royo, 1995: 464. Ver también Néstor Pedro Sagüés, cuando a la pregunta “¿Qué debe decir una constitución formal para que efectivamente sea una *constitución*?” sostiene que: “La constitución formal- oficial tiene que cumplir una misión clave: estructurar en lo esencial al Estado, en un doble sentido [...] a) Como estructura de poder diseña en lo fundamental la arquitectura y operatividad del Estado, prescribiendo quién, cómo y cuánto manda, [y] b) como estructura de valores perfila ideológicamente al Estado, puntualiza cuáles son sus metas supremas y prioriza ciertos fines sobre otros” (Sagüés, 2001b: 236 y 237).

Uno de ellos es el Judicial a través del cual se ejerce la función jurisdiccional que, en el texto constitucional vigente se ha mantenido en el marco del modelo de separación de poderes que se tenía previsto desde el primer texto constitucional boliviano de 1836. Así se tiene:

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.*

II. Son funciones estatales la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado.

III. *Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí*²⁸⁸.

288 Es oportuno resaltar que este artículo guarda una profunda diferencia entre el texto elaborado por los constituyentes del oficialismo en la ciudad de Oruro el mes de diciembre de 2007 con relación al que emergió del Congreso Nacional en octubre de 2008 para ser sometido a referéndum. Esas diferencias emergen esencialmente de dos elementos fundamentales:

- a) La ausencia de la “independencia” de los poderes: “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 separación, coordinación y cooperación de estos órganos. II. Son funciones estatales la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado”; y,
- b) La eliminación de la previsión del artículo 243 en la que se asignaba la atribución, a un órgano denominado control social (equivalente a lo que fue el Soviet Supremo en la URSS), de: “3. Velar por la aplicación adecuada de la jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción agroambiental y de la jurisdicción indígena originario campesina” así como de la de “4. Desarrollar el control social en todos los niveles del Estado, que incluye el control sobre las instancias autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas”, porque evidentemente derivaban en que sea ese órgano y no el judicial el que administre justicia.

El artículo 2 de la Constitución de 1967 y sus reformas establecía: “La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano”.

Ver García de Enterría y Fernández, 2005, Volumen I: 510.513.

Por ello, son importantes las derivaciones que se producen al haberse establecido en el texto constitucional como Parte Segunda (de las cinco en las que se divide) la de “Estructura y Organización Funcional del Estado” incorporando dentro del Título III denominado “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional” el Capítulo Cuarto cuyo *nomen iuris* es “Jurisdicción Indígena Originaria Campesina”.

Ello porque en el ámbito de Órgano Judicial no solamente se generan efectos en cuanto a la actividad jurisdiccional como se describió en el punto anterior, sino que también repercuten en cuanto a la cualidad de las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesino que se convierten en servidores públicos (agentes) de aquél órgano²⁸⁹.

El texto constitucional divide su contenido en cinco partes, de las cuales la segunda se avoca a la “Estructura y Organización Funcional del Estado”, con un Título III que aborda el “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional” que es, precisamente, donde se ubica el Capítulo Cuarto denominado “Jurisdicción Indígena Originaria Campesina”. El primer artículo de dicho Título lleva el *nomen iuris* de “Disposiciones Generales” por lo que, obviamente, las normas contenidas en sus artículos son aplicables a todos los ámbitos que se aborda en el Título dividido en Capítulos.

Una de las “Disposiciones Generales” importantes de ese primer Capítulo, por su irradiación al resto de los artículos del Título, es la prevista en el artículo 178 en el que se señala:

Artículo 178. I- *La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.*

289 Derpic coincide en esencia con este criterio señalando que: “El aspecto más preocupante de la reforma es la estatización de la jurisdicción indígena originario campesina, con lo que se quita vida a la base y se refuerza el paradigma del Estado como único productor de Derecho” (2009: 514).

II Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial
2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

De ello deriva que la potestad de impartir justicia en tanto “imperativa”, (incluida la de los pueblos indígenas, originarios y campesinos) emana del conjunto del pueblo boliviano que viene a estar precisado en el artículo 3 del mismo texto constitucional vigente: “*La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesino, y las comunidades interculturales y afro bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*”.

Por lo tanto los pueblos indígenas, originarios y campesinos ya no administran justicia como manifestación o expresión de sus específicas cosmovisiones e instituciones; ahora lo hacen como una manifestación de la voluntad de la nación boliviana, del pueblo boliviano, en el que no cabe excluir a unos u otros tal como lo hacen, desde la independencia de la República, los jueces y tribunales ordinarios. Su base esencial ha sido removida por el texto constitucional vigente en el que el concepto de soberanía de todo el pueblo impera (no la de cada individuo o de un pueblo-colectivo específico, sino del conjunto de la nación boliviana).

Esa variación se traduce en obligación para las autoridades de estos pueblos de tener que tomar en cuenta la pertenencia de su pueblo a un ente mayor; si antes impartían justicia porque el pueblo en concreto así lo veía, estimaba o valoraba como necesario o conveniente ahora lo deben hacer porque el pueblo boliviano lo estima necesario o conveniente que lo hagan. Es, en términos sencillos, asimilar nuevas categorías de juzgamiento, porque así como es la voluntad del pueblo boliviano la que determina que esas autoridades administren justicia, también lo es que no toda forma de hacerlo a través de sus autoridades es válida ya que convergen diversos elementos de orden cultural, social, económico y político que hacen a “lo nacional” y se han traducido en valores, principios y reglas específicas. A manera de ejemplo, resulta

lógico concluir que las barreras que informan límites para las sanciones, por ejemplo, no pueden ser ajenas a aquellas que son comunes para todo el pueblo boliviano.

Emerge así una base de valores que resultan comunes al pueblo boliviano, porque los principios que detallados en el citado artículo 178.I no operan aislados de aquellos, al contrario, esos principios son los que aportan a la consecución de diversos valores, sujetando de esa forma la administración de justicia en los pueblos indígenas, originarios y campesinos a una base valorativa. Esos principios, a su vez, son la base en la que se asientan las reglas que se despliegan porque, con las disculpas del caso por la reiteración, debe tenerse en cuenta que los principios son razones para el desarrollo de reglas y no, propiamente, a la inversa.

Cada principio encierra, si vale la expresión, un complejo de normas que son expresión de esa nación boliviana y reafirman la urgencia de proteger y respetar Derechos Humanos y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en los tratados internacionales, en el primer caso, y en el texto constitucional para los segundos, de tal forma que se convierten en garantías contra todo intento de vulneración por parte de cualquier autoridad jurisdiccional como lo son las de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Ello no implica negar que el artículo 190 del texto constitucional sostenga, como lo hace, que los pueblos indígenas, originarios y campesinos “ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus *principios*, valores, culturales, normas y procedimientos propios”. Lo que se tiene es una antinomia constitucional, cuya única alternativa de solución es la ponderación donde no cabe duda que terminan por ser los Derechos Humanos los que deban ser precautelados y aplicados para la identificación correcta.

La lectura aislada de cada uno de los artículos (el 178.I y 190) del texto constitucional podría llevar a entender de forma errada que hay unos principios para lo indígena, originario y campesino y otros para la justicia ordinaria, lo cual sería expresión de una visión miope, funcional

a ocultar errores en el proceso de aprobación del texto constitucional vigente. Implicaría, al mismo tiempo, negar la participación de estos pueblos, porque en tanto partícipes y protagonistas hicieron suyos los principios consagrados en el artículo 178 además de otros que puedan identificarse como tales en cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos existentes en tanto no sean contrarios a aquellos, tal como lo han hecho con los derechos humanos provenientes del Derecho Internacional, del Derecho Comunitario o los derechos fundamentales previstos como tales en el texto constitucional.

El producto, influenciado en alto grado por el oficialismo, deriva en haberse gestado bases para el desarrollo de un proceso de hibridación jurídica aceptado y validado por los pueblos indígenas, originarios y campesinos que, desde mi punto de vista, opera negativamente para el pueblo boliviano considerado en su integridad y para cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos considerados en su individualidad, con mayor intensidad para los que tienen menor extensión territorial, presencia poblacional o nivel de incidencia al ver alteradas en su esencia las bases de su potestad de administrar justicia.

A manera de ejemplo téngase presente que no todos los pueblos indígenas, originarios o campesinos cuentan con reglas preestablecidas para el momento en el que se debe administrar justicia, sino que estas emergen precisamente en el momento de la toma de decisión para la solución a un conflicto concreto. Ahora, esa búsqueda viene limitada por una serie de principios de corte occidental.

También, que en aquellos pueblos en los que las autoridades de administrar justicia no son estables sino que asumen esa función con carácter accidental (no permanente) al adecuarse a exigencias locales relativas a vínculos consanguíneos o de parentesco familiar en función a las características específicas del o los sujetos involucrados en el caso concreto, podrán ver constitucionalmente cuestionada su actuación si no observan los principios de independencia e imparcialidad que adquieren una nueva dimensión y presencia que antes no tenían. Por una

parte, porque esas autoridades deben tomar en cuenta que la familia mayor ya no es el pueblo al que pertenecen sino que viene a ser la constituida por todo el pueblo boliviano; por otra parte, porque ambos principios no son simples mandatos de optimización ya que su contenido es una exigencia constitucional iusfundamental necesaria para todos los procedimientos de creación del derecho existentes, incluidos los ámbitos de competencia de administración de justicia indígena, originaria y campesina; y, porque ambos principios son derechos fundamentales directamente exigibles por el o los sujetos sometidos a la jurisdicción indígena, originaria o campesina que ingresan en ese ámbito.

De igual forma aquellos pueblos indígenas, originarios y campesinos cuya administración de justicia se basa en concepciones religiosas, místicas o equivalentes a estas (en cosmovisiones, para ser más claro), deben tomar en cuenta que un principio fundamental constitucionalmente aceptado por ellos es el de seguridad jurídica, que en términos sencillo conlleva el derecho de toda persona de tener la posibilidad de conocer las reglas que rigen la vida en la comunidad, tener certidumbre sobre las reglas vigentes al momento de llevar adelante sus actos y poder prever las consecuencias de su observancia o inobservancia²⁹⁰. Si el basamento del juzgamiento, de la solución o de la sanción, resulta ser de orden mágico o religioso en grado tal que afecte a la seguridad jurídica, se estará ante una violación de un derecho fundamental y de un principio constitucional siendo cuestionable (e impugnable) su resultado final, más aun cuando en el artículo 4 del texto constitucional, en su última oración, se señala con los errores conceptuales que encierra que “El Estado es independiente de la religión”. Paradójicamente, en el artículo 4 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional se sostiene como uno de los principios que rigen la aplicación de esta, el siguiente:

290 Ver Ministerio de Justicia, 1999, tomos 1, 2, 3 y 9; y Nicolás, Fernández y Flores, 2007.

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;

Resulta ser un Estado independiente de la religión, pero con una cosmovisión... O es una tomadura de pelo, como comúnmente se dice, o realmente es patente el nivel de incoherencia del texto constitucional en ese ámbito. Por ello nuevamente se requiere tener en cuenta que aquellos pueblos en los que la solución de conflictos se caracteriza por la presencia de autoridades que administran justicia con carácter permanente, deberán incluir los mecanismos que garanticen la vigencia del principio de probidad exigido por el texto constitucional, dando lugar a generar dudas sobre la posibilidad de que las decisiones de las autoridades que administran justicia en esos pueblos sean “la última palabra” en el tema en concreto, dado que se abre la posibilidad de cuestionarla en función a la valoración que se realice sobre la actuación de esas autoridades. Es, por lo tanto, una variación sustancial en comparación de lo que se tenía hasta antes de febrero de 2009 que afecta profundamente las concepciones culturales de un amplio número de pueblos indígenas, originarios y campesinos bolivianos.

No menos sensible es la posición de aquellos pueblos en los que la concepción del conflicto se basa en la restitución del orden existente que no solo involucra a personas, en los que innegablemente opera un fuerte contenido mítico y religioso (por la relación entre el ser humano, la naturaleza y las deidades correspondientes así como con el universo) cuando, por ejemplo, sus autoridades deben tomar en cuenta la pre-

sencia de principios como los de gratuidad o de servicio a la sociedad. En este tipo de formas de administración de justicia, la lógica de la restitución del orden en la comunidad, con la *Pachamama* u otros implicaba una concepción restringida a lo que por el pueblo se entendía era lo que corresponde, el cual ahora cambió, porque es el pueblo boliviano el que deben considerar.

En definitiva, resultan altamente complejos los efectos de lo previsto en el artículo 178.I del texto constitucional porque establece principios, y consecuentemente derechos fundamentales de las personas, que alteran la raíz misma de la justicia indígena, originaria y campesina a partir de los condicionamientos sustanciales a su potestad de generación de normativa y de aplicación del producto de estas a casos concretos. La afectación tiene, entonces, su manifestación más intensa en la potestad de administrar justicia. Ese que podría denominarse “enraizamiento constitucional” se enfrenta, como todo el texto constitucional, ante la posibilidad de ser ignorado o no observado o inaplicado lo que derivaría hacer perder todo sentido al hecho de que fueron los pueblos indígenas, originarios y campesinos quienes participaron activamente en su elaboración y aprobación.

Es, entonces, un dilema complejo, porque el aplicar lo contenido en el texto constitucional deriva en desnaturalizar sus formas de administración de justicia, pero no aplicar esos contenidos deriva en ignorar su protagonismo en la elaboración de lo que, al menos públicamente, se presente como una conquista de esos pueblos. Considero que, independientemente del rumbo que se tome, se ha iniciado (y si es que empezó antes, ahora, con mayor intensidad) un proceso de hibridación jurídica compleja que opera desde la base misma de las instituciones de administración de justicia de esos pueblos²⁹¹.

291 No debe olvidarse que, como acertadamente señala Peres Velasco (2008: 245) la justicia comunitaria “se caracteriza por la no diferenciación del orden jurídico, moral y religioso; es decir que en esencia su normas integran esas tres dimensiones”. Desde el análisis histórico jurídico, este dato de la Justicia

En este mismo contexto se inscribe la Ley N° 025, de 24 de junio de 2010, denominada Ley del Órgano Judicial, en la que como parte de su Título I “Disposiciones Generales”, Capítulo I “Fundamentos y Principios”, señala como principios que sustentan el Órgano Judicial (del cual, como tengo señalado forman parte las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos que administran justicia) una lista de 13 *principios*, que difieren de los previstos en el artículo 178.I del texto constitucional.

Independientemente de los cuestionamientos que corresponden sobre las *definiciones* que brinda el artículo 3 de la Ley N° 025 de varios principios, resulta que no omitió incorporar los de probidad, participación ciudadana, equidad y servicio a la sociedad que forman parte del artículo 178.I y, paradójicamente, incrementa los de plurinacionalidad, idoneidad y cultura de paz. Surgen, por lo tanto, varias preguntas ¿Puede una ley nacional incorporar más principios como aquellos que sustentan el accionar del Órgano Judicial a los previstos en el texto constitucional, teniendo presente que las autoridades que administran justicia en los pueblos indígenas, originarios y campesinos forman parte de ese Órgano? ¿Es la ley nacional la que delimita el sentido de los principios constitucionales? ¿Cuál es el estatus jurídico de aquellos principios constitucionales que no fueron objeto de desarrollo del listado contenido en la ley? ¿Podrán, los pueblos indígenas, originarios o campesinos desarrollar reglas para la administración de justicia en el marco del ejercicio de su potestad normativa aun cuando no resulten compatibles con esos principios? Son cuestionamientos cuyas respuestas encuentran, en lo manifestado hasta el momento, su orientación, pero que por encima de ello, decididamente evidencian como es que se impulsa un proceso de hibridación jurídica complejo.

Comunitaria corresponde a soluciones jurídicas adoptadas en las etapas iniciales de desarrollo jurídico y político de la civilización occidental y marca una diferencia esencial con el sistema jurídico estatal e internacional que separan claramente lo jurídico de lo moral y religiosos.

Adicionalmente, si en alguien quedaba duda sobre el hecho de que la justicia indígena, originaria y campesina forma parte del Órgano de Justicia, además de lo manifestado en torno al texto constitucional, corresponderá exponer el artículo 4 de la Ley N° 025:

Artículo 4. (EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL).

I. La función judicial es única en todo el territorio del Estado Plurinacional y se ejerce por medio del Órgano Judicial a través de:

1. La Jurisdicción Ordinaria, por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales Departamentales de Justicia, los Tribunales de Sentencia y los juzgados;
2. La Jurisdicción Agroambiental, por el Tribunal Agroambiental y los Juzgados Agroambientales;
3. Las Jurisdicciones Especializadas reguladas por ley; y
4. *La Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, por sus propias autoridades, según sus normas y procedimientos propios.*

II. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional de acuerdo a ley.

III. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina goza de igual jerarquía.

Es decir, se trata de un artículo que con una redacción compleja desdibuja el contenido de los artículos 178 y 179 del texto constitucional que acarrea como consecuencia inmediata la obligación para las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos de dar aplicación a principios ajenos a sus pueblos. No atenúa esta posición lo contenido en el artículo 159.I de la Ley N° 025 cuando refiere que “la vigencia y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y de competencia de las naciones y pueblos indígena originario y campesino se ejercen a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”, porque además de resultar contrario a lo previsto en el texto constitucional, también se tiene que el artículo 160.V de la misma ley sostiene que “la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, *el derecho a la defensa*

y demás derechos y garantías establecidas en la Constitución Política del Estado”. Es decir, luego de un discurso de teórico reconocimiento amplio, agradable al oído humano, se termina por reafirmar que priman los principios constitucionales detallados en el artículo 178 del texto constitucional, entre otros, en la administración de justicia de todos aquellos que integran el Órgano Judicial como los son las autoridades de cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos existentes en Bolivia o que lleguen a descubrirse. No debe perderse de vista que esos principios no solo permiten que se desarrollen reglas, sino que también operan como garantías para todo ser humano y en tanto garantías son oponibles y preferentemente aplicables en los casos en concreto que resulten contrarios a los principios de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Por otra parte debe tenerse presente que producto de los procesos de relaciones comerciales y de conquistas entre pueblos indígenas, originarios y campesinos antes, durante y después de la colonia e incluso en el siglo pasado y durante el primer decenio del que vivimos, se han derivado variaciones complejas en los patrones culturales de cada uno de ellos al grado de no ser posible afirmar que existe ‘una’ justicia idéntica o común entre todos los pueblos indígenas, originarios y campesinos que habitan el territorio de lo que hoy es Bolivia o que, como regla general invariable, estos pueblos hubieran mantenido absolutamente inmutables sus ancestrales prácticas de administración de justicia²⁹².

292 Ver Ibarra Grasso, *op. cit.*; Peres Velasco (2008: 246), luego de un profundo análisis oncológico de la justicia indígena, originaria y campesina de la que denomina justicia comunitaria, en el marco del texto de los Constituyentes del oficialismo en diciembre de 2009 (al vernos impedidos de participar los de la oposición), sostiene que “[...] la Justicia Comunitaria, tan realizada por su naturaleza supuestamente indígena y comunitaria, no es una solución jurídica pura y originaria, sino un producto histórico que amalgama cuando menos formas y contenidos propios de la tradición jurídica occidental, colonial y republicana. De esta manera, podría concluirse que la Justicia Comunitaria ha recurrido al expediente de copiar y adaptar algunos aspectos del derecho estatal, en tal forma como éste lo ha hecho de otros sistemas jurídicos correspondientes a otros Estados”.

En este sentido, las limitaciones emergentes de lo previsto en el artículo 178.I del texto constitucional vigente para la administración de justicia indígena, originaria y campesina operan tanto en lo material como en lo procesal, afirmación que se ve reforzada por lo establecido en el artículo 190.II del mismo texto, que es con el que se inicia el Capítulo denominado “Jurisdicción indígena originario campesino”, donde se precisó que:

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. *La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.*

Por ello, la vida a la que se hace referencia en el texto transcrito no es la del pueblo sino a la de todo ser humano independientemente de que pertenezca o no a alguno de ellos en concreto, garantizado a su vez por el artículo 15.I del mismo texto ya que una lógica contraria pretendida por algunos actores durante el proceso constituyente (el respeto al denominado derecho a la vida del pueblo) derivaba en constitucionarizar, por ejemplo, situaciones extremas como las del poder privar de la vida a aquel sujeto que se identificaba como negativo para la vida del pueblo (*Jan wali qurax zaphitpachaw jik'suña*)²⁹³; lo mismo acontece con

293 No olvidaré que una colega Constituyente del oficialismo me planteó la necesidad de constitucionalizar el derecho a matar al brujo del pueblo cuando éste genere con sus hechizos o brujerías la muerte de otros miembros del mismo pueblo; tampoco, el planteamiento de otro colega Constituyente del oficialismo en sentido de que se permita expresamente en la Constitución que el pueblo pueda dar muerte a la persona que sea identificada por la comunidad como el responsable (por su mala conducta, si vale la expresión) de sequías, inundaciones u otro tipo de fenómenos climáticos de ese tipo; o, el planteamiento de otra colega Constituyente del oficialismo en sentido de eliminar la prohibición constitucional, que según ella era expresa en la Constitución de 1967, de los sacrificios humanos para favorecer al pueblo.

el derecho a la defensa. Por ello, la independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad y la equidad son principios y derechos fundamentales, razón por la cual lo previsto en el artículo 190.I no opera en forma autónoma con relación a lo establecido en el artículo 190.II y 178.I del texto constitucional por lo que los ‘principios’ de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, deben ser integrados por los otros fijados en el texto constitucional por estar así establecido en esta y así haberse aceptado por esos pueblos.

Criterio corroborado, además, porque a diferencia de lo establecido en el texto constitucional de 1967 reformado, en el texto constitucional vigente se ha incorporado la administración de justicia indígena, originaria y campesina en la estructura del Estado tal como lo prevé el artículo 179.I cuando se afirma que “La función judicial es única”, detallando inmediatamente después las diversas manifestaciones que presenta: la ordinaria, la agroambiental, las especiales y la “indígena originaria campesina”. Criterio reafirmado, también, en la Ley N° 025 en su artículo 4.

En el mismo artículo 179 del texto constitucional, esta vez en el párrafo II, se genera una equiparación al establecerse que “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

Cabe precisar en este punto que el texto constitucional vigente emplea los términos Estado y gobierno como sinónimos por lo que se vuelve necesario acudir al artículo 12.I del mismo texto para precisar su verdadero significado. En este sentido se tiene que el artículo 12.I señala que: “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral [...]”. Por lo tanto la incorporación de la justicia indígena, originaria y campesina es, en sentido estricto, a uno de los órganos de ejercicio de poder: el judicial.

En este escenario, si la justicia indígena, originaria y campesina es parte de la organización y estructura del Estado, y éste se sustenta en los valores señalado en el artículo 8.II de la Constitución (unidad,

igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género²⁹⁴ en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien), aquella también debe asimilar estos principios al momento de impartir justicia. Es un debate complejo el discriminar si lo que se ha calificado como valores en el

294 No es un detalle menor que la Constitución ecuatoriana, donde la población indígena se estima alcanza a 1'203.382 personas distribuidas en 27 pueblos (ver Comunidad Andina, p.11), se tenga previsto en el artículo 57 que: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, *que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*”. Ello, porque en la cosmovisión de un alto número de pueblos indígenas bolivianos y ecuatorianos, la mujer no ocupa un lugar en la comunidad ni se le reconocen una serie de derechos como los que determinan que en el mundo occidental (si así se lo quiere denominar) gocen de igual posición que los hombres y de iguales derechos. En la Constitución ecuatoriana las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a auto determinarse y definir su propio destino, excepto en lo que a derechos de las mujeres se refiere porque ahí impera otra lógica, de modernidad o de progreso y reconocimiento de la mujer, eso me parece que es simplemente desconocer la cosmovisión de esos pueblos. Pero el caso ecuatoriano también aporta a explicar cómo se altera, desde la Constitución, la justicia indígena en forma similar a lo que acontece en el caso boliviano en el sentido que venimos explicando. El artículo 171 de la Constitución ecuatoriana señala que “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, *con garantía de participación y decisión de las mujeres*. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. Ya no tiene relevancia si es que conforme a su cosmovisión, en uno u otro pueblos, solo los hombres administraban justicia o como lo hacía, porque ahora deben imperativamente garantizar la participación y decisión de las mujeres.

artículo 8 del texto constitucional corresponde a verdaderos valores, o si en el se han confundido valores, principios y reglas, pero ese análisis excedería los objetivos de éste estudio.

Por ello cabe limitarse a señalar que aun cuando no los hubieran aplicado en tiempos pasados, ahora, esos pueblos, deben hacerlo cuando impartan justicia tal como se desprende, además, de la lectura de los artículos 4, 5, 6, 159, 160, 161, 162 y 163 de la Ley N° 025.

Otra de las profundas diferencias entre el texto constitucional vigente y el de 1967 reformado, es que en aquél se han limitado los ámbitos de actuación personal, material y territorial de la justicia indígena, originaria y campesina en el artículo 191:

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

En cuanto a la competencia personal resulta ser que quedó limitada a los miembros de cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, de tal forma que no basta con reunir alguna de estas condiciones sino que además se exige un vínculo de pertenencia directo a aquel pueblo en el que se pretenda administrar justicia.

Lo complejo es determinar quién ‘es’ indígena, quién ‘es’ originario o quién ‘es’ campesino y quien no lo es, porque claramente los estudios de ADN no aportan a ello ni otros por el estilo: todos los seres humanos somos más o menos iguales; tampoco se lo logra acudiendo a la pigmentación; y, menos, a la vestimenta. Además, porque no es algo que se imponga al ser humano; es una categoría diferente, por ejemplo, a la de nacionalidad (vínculo jurídico político entre un ser humano y un Estado); y, tampoco es invariable en el tiempo.

Todo ser humano tiene el derecho fundamental a auto identificarse, si lo quiere, con un determinado pueblo indígena así como tiene el derecho a modificar su decisión las veces que lo desee; y, además, tiene el derecho a no ejercer ese derecho a la auto identificación si lo estima conveniente. ¿Un pueblo indígena tiene el poder de impedir el ejercicio de ese derecho, de limitar la libertad del ser humano hasta ese extremo? ¿Ello no afectaría la dignidad del ser humano? Yo considero que no es admisible en el planeta esa limitación de la libertad ni de afectación a la dignidad de todo ser humano, lo que no implica desconocer mecanismo que impidan la acción de la justicia en función a otros parámetros que no son propiamente antropológicos o sociológicos. Serán las autoridades de cada pueblo las que puedan negar la aceptación de una persona, como integrante de éste, porque así se auto reconoce, pero no podrán impedir que alguien que se auto identificó con ese pueblo pueda dejar de hacerlo²⁹⁵.

Por otra parte llama la atención, por contradictorio, haberse introducido en el artículo 191.II.1 una serie de categorías (“actores o demandado, denunciante o querrelante, denunciado o imputado, recurrente o recurrido”) que guardan directa relación con acciones, procesos, procedimientos y recursos propios del sistema de administración de justicia ordinario o de corte continental europeo si se prefiere. Nuevamente se aprecia la contaminación de la justicia indígena,

295 Ver Aguilar Cavallo, *op. cit.*: 604-609.

originaria o campesina porque sus autoridades tendrán que determinar cuál es la cualidad del sujeto en el caso o situación concreta que adopta, porque una interpretación literal deriva en que solo podrán operar en tanto se esté ante un actor o demandado, denunciado o querellado, denunciante o imputado, recurrente o recurrido que, reitero, responde a formas específicas de activación y desarrollo de procesos y procedimientos acuñados por el sistema de justicia ordinaria.

También resulta contradictorio que en el artículo 179.I del texto constitucional se afirme que “La función judicial es única” y en el artículo 191.II.2 se requiera una “Ley de Deslinde Jurisdiccional”, más aun, cuando el artículo 30.II.14 reconoce a los pueblos indígenas, originarios y campesinos el derecho “*Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión*”.

Es, como tengo señalado, una ley (expresión democrática en la lógica liberal y propia, por su origen, del derecho continental europeo) la que determina cuál es la competencia material en la que pueden actuar las autoridades de aquellos pueblos y cuál no. Consecuentemente la administración de justicia que desarrollan los pueblos indígenas, originarios y campesinos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Deslinde Jurisdiccional carecería, en sentido estricto, de validez y sustento constitucional, lo que no ocurría con lo que se tenía previsto en el texto constitucional de 1967 reformado.

Por otra parte, el texto constitucional vigente evidencia una contradicción compleja que se suma a la lógica de hibridación jurídica de lo ordinario con lo indígena, originario y campesino.

Téngase presente que el artículo 11 de la Ley N° 025 señala que *la jurisdicción* “Es la potestad que tiene el Estado Plurinacional de administrar justicia; emana del pueblo boliviano y se ejerce por medio de la autoridades jurisdiccionales del Órgano Judicial”. Consecuentemente, se recogió la posición que sostiene que la jurisdicción es una y única, que se diferencia de la ‘competencia’ que según la misma ley, esta vez acudiendo a su artículo 12, resulta ser “[...] la facultad que tiene una

magistrada o magistrado, una vocal o un vocal, una jueza o un juez, o autoridad indígena originaria campesina *para ejercer la jurisdicción* en un determinado asunto”. Pero si la jurisdicción es una y única, no tiene sentido que sea una ley la que la señale los *lindes* que operan en un ámbito (el ordinario) y en otro (el indígena, originario y campesino).

Siguiendo la lógica del texto constitucional y la Ley N° 025, lo que correspondía era una Ley de Deslinde competencial, en el mejor de los casos, pero eso no es lo que quedó plasmado en el ordenamiento jurídico boliviano. Por ello, sostengo, existe una contradicción orientada a gestar en Bolivia un proceso de hibridación jurídica donde los resultados a futuro no parecen ser, por decirlo de forma elegante, alentadores salvo que se acuda a la dignidad del ser humano como premisa fundamental y, consecuente con ello, que los Derechos Humanos sean permanente y persistentemente protegidos.

Es impulso de hibridación jurídica es contrario a los derechos que tienen reconocidos los pueblos indígenas, os pueblos originarios y los pueblos campesinos en los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos que abordan el tema.

Por otra parte, la Ley de Deslinde Jurisdiccional no se adecua a la distribución de competencia que se establece en el texto constitucional vigente donde se han fijado diversos niveles de autonomía como son el departamental (artículos 277, 278 y 279), el regional (artículos 280, 281 y 282), el municipal (artículos 283 y 284) y la autonomía indígena originaria campesina (artículos 289 al 296); además, la especificación de las competencias que pueden ser ejercidas en cada uno de esos niveles (artículos 297 al 305). Pero a ello se agrega que encajona a los distintos pueblos indígenas, a los distintos pueblos originarios y a los distintos pueblos campesinos a optar por constituir gobiernos autónomos o municipios autónomos “indígena originario campesinos” al grado que, de no hacerlo, la competencia de administrar justicia puede ser cuestionada.

Autonomías que se sujetan adicionalmente, ahora, a lo previsto en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización tal como lo manda

el artículo 271.I al ser aquella en la que se ha regulado “el procedimiento para la elaboración de estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas”. Como se precisa en el artículo 292 “Cada pueblo indígena originario campesino elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley”.

Se genera así un complejo entramado de leyes y contenidos normativos sustanciales y procesales que no pueden ser ignorados al momento de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos donde operan los tratados internacionales en general y en particular los de Derechos Humanos y las normas del Derecho Comunitario y el texto constitucional, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la Ley del Órgano Judicial, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Código Procesal Constitucional, Ley del Órgano Electoral Plurinacional y los Estatutos de cada nivel autonómico, entre otras, además de tenerse al Tribunal Constitucional Plurinacional y al Órgano Electoral Plurinacional como entes que operan como una especie de instancias supremas de la administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Hoy no se está frente a un deber del legislador para que elabore una ley de compatibilización ni se está frente a una coexistencia de varios subordenamientos jurídicos en el que cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos definan que tema, asunto, cuestión o materia puede ser objeto de conocimiento en el ejercicio de su potestad de administrar justicia; se está frente a un complejo bagaje de leyes que limitan el ejercicio de esa potestad en el marco de un proceso orientado a gestar un sistema de justicia basado en la hibridación jurídica de múltiples componentes.

Complejidad agudizada por el hecho de establecerse en el artículo 297 del texto constitucional, una clasificación de las competencias

para los diversos niveles de gobierno autónomos donde llama la atención, por ejemplo, la prevista en el artículo 298.I.21 en el que se reserva la de “Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral” para el nivel central de gobierno.

Al ser una competencia privativa del nivel central impide a otros niveles de gobierno, incluido el indígena, originario y campesino puedan desarrollar válidamente esa tarea²⁹⁶ aun cuando ello puede operar negativamente ya que como sostiene Trujillo, resulta ciertamente complejo pretender sostener que a lo largo del tiempo un pueblo se ha mantenido sin influencia de otra cultura o pueblo²⁹⁷ o que lo haga en el tiempo, sin que ello sea negativo:

[...] una comunidad política no deja de ser ella porque cambia sus instituciones o hace suyas instituciones de otras comuni-

296 Codificar significa “la reunión de las leyes de un Estado, relativas a una rama jurídica determinada, en un cuerpo orgánico, sistemático y con unidad científica. Es un sistema legislativo mediante el cual el Derecho positivo de un pueblo se organiza y se distribuye de forma regular” (Cabanelas, 1981, tomo II: 181). También, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “Código” viene del latín **codīcus*, der. regres. de *codicūlus*, *codicilo*, con diversas acepciones: “Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada”, “Recopilación sistemática de diversas leyes” o “Conjunto de reglas o preceptos sobre cualquier materia” (Microsoft, Encarta 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation).

297 Ejemplos de este tipo de procesos, sin tener que remontarse a siglos pasados, se pueden apreciar en la historia de los pueblos del sur del Departamento de Oruro y los del Norte del Departamento de Potosí (http://www.padep.org.bo/www/dat/actualidad/noticias/paz/de_la_paz_al_desarrollo-la_prensa.pdf) También la Ley N° 2903 de 15 de noviembre de 2004 a través de la cual se declaró de prioridad nacional el desarrollo integral de los Ayllus Pacificados, que comprenden los ayllus Layme, Puraka y Jukumani del Municipio de Uncía Provincia Bustillos, Distrito Indígena Q’ampaya del Ayllu Pocoata del Municipio de Pocoata de la Provincia Chayanta del Departamento de Potosí; Qaqachaka, Norte Condo, K’ulta del Municipio de Challapata y Ayllus de Challapata de la Provincia Avaroa del Departamento de Oruro.

dades, y digo hace tuyas porque no las copia servilmente, sino que las modifica para adaptarlas o, al incorporarlas a su ethos cultural, las transforma por el roce con el resto de instituciones a las que se suma²⁹⁸.

Como sostiene con gran precisión Lorena Ossio, el “derecho consuetudinario indígena” es fundamentalmente oral, por lo que no requiere, necesariamente, ser plasmado en un documento escrito para su validez y aplicación, pero aclara que:

[...] no debe considerarse que la presencia de normas escritas invalida hablar de derecho consuetudinario, hay comunidades que tienen normas escritas y no por eso dejan de tener derecho consuetudinario. Esto parece ser una tendencia creciente, que quizá se deba a las influencias externas, por las que los grupos étnicos están empezando a escribir sus normas.

Por ejemplo los ayoreos, que son un caso extremo gran parte de su población es analfabeta, incluso orgánica y políticamente presentan problemas para su articulación con el resto de las organizaciones indígenas, no obstante inician un proceso de escritura de sus estatutos presionados por la Ley de Participación Popular, que establece la tramitación de su personalidad jurídica, por lo que con ayuda de organismos no gubernamentales (ONG's). De igual manera el caso de los izozeños que incluyen en sus estatutos sanciones y prohibiciones²⁹⁹.

Por lo tanto, negar a los pueblos indígenas, originarios y campesinos la posibilidad de llevar a cabo la codificación de sus normas es convertir al texto constitucional en límite para el desarrollo de la administración de justicia en los pueblos indígenas, originarios y campesino a través de sus propias autoridades. Más aun, cuando se entiende que la

298 Trujillo, *op. cit.*: 100.

299 Ossio, 1999: 465.

codificación³⁰⁰ no es, necesariamente, la integración de diversas normas escritas en un texto escrito, sino que también lo es la gestación de un cuerpo sistemático y coherente de instrumentos normativos a través de diversos mecanismos.

El carácter privativo de la competencia establecida en el artículo 298.I.21 también genera roces con lo previsto en el artículo 304.I.8 del texto constitucional vigente donde se señala como “competencia exclusiva” de las “autonomías indígena originario campesinas” la del “Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley”; y es el texto constitucional el que ha reservado para el nivel central las materias antes mencionadas.

300 Conforme al Diccionario de la Real Academia de la lengua Española “codificar” viene del latín *codex*, *-ícis*, código, y *-ficar*, siendo un verbo transitivo que significa: “Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático”. (Microsoft® Encarta® 2007.) Manuel Ossorio señala que la voz “codificación” es: “Acción y efecto de *codificar*, de hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático. La tendencia a reunir en códigos las legislaciones de diferentes ramas del Derecho es cada vez más acentuada, porque sus ventajas no pueden ser desconocidas. Lo que sucede es que solo son susceptibles de *codificación* aquellas normas legales que ofrecen permanencia, como ocurre con las del Derecho Civil o, por lo menos, una elativa permanencia, como las penales. Otras ramas legislativas son difíciles de codificar, porque se encuentran en permanente, casi diaria, evolución. De ahí que constituya un motivo de constante polémica la posibilidad o, siquiera, la conveniencia de forma un código del trabajo. Como tampoco tendría sentido o utilidad codificar la legislación política o la administrativa o la sanitaria o la educativa u otras similarmente cambiantes” (en Ossorio, 2005: 187). Con abstracción de la valoración de cuales materias pueden o no ser codificadas, de lo manifestado por Ossorio, lo que cabe preguntarse es ¿los pueblos indígenas, originarios o campesinos no cuentan con normas legales que ofrecen permanencia susceptibles de *codificación*? La respuesta es, claramente, que sí tienen y no existe fundamento para negarles a cada uno de ellos el poder llevar adelante esta tarea. El Código de Hammurabi es distinto al Código Civil Napoleónico en la forma, pero ambos son códigos y emergen de procesos que les brindan esa condición.

La ausencia de una referencia específica a que la codificación referida en el artículo 298.I.21 puede derivar, válida aunque no acertadamente, en que en esos ámbitos se prive a los pueblos indígenas, originarios y campesinos de resolver los conflictos que sobre estas materias se presenten en sus ámbitos de competencia o, al menos, a gestar conflictos de diversa intensidad que bien pudieron ser evitados.

Más aun cuando se tiene presente que la distinción entre materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral tiene una finalidad pedagógica, práctica, operativa si se prefiere, pero no absoluta u ontológica ya que todas ellas son parte de un todo indivisible; no son compartimentos estancos, y responden a principios generales del derecho y valores comunes como el de justicia. Para graficar lo afirmado valga como ejemplo los siguientes. El artículo 298 del texto constitucional vigente establece como competencia privativa del nivel central del Estado el “15. Registro civil”, que es a partir del cual se generan una serie de reglas que derivan en poder ejercer diversos derechos, observar obligaciones y cumplir deberes en el ámbito de la familia, el matrimonio y las uniones libres o de hecho. También se identifican, en ese contexto, una serie de conductas que son merecedoras de sanciones con el consecuente establecimiento de su condición de conductas delictivas plasmadas en tipos (valga la referencia, penales). ¿Cómo quedan las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos cuando tienen que administrar justicia sobre temas en los que, como esos, se ven privados de contar con normas desarrolladas en el pueblo al que pertenecen porque solo puede hacerlo el nivel central del Estado? Y así, en torno a esa competencia, también lo que se refiere a manifestaciones de diversa naturaleza en el ámbito tributario, laboral, etc. Por lo tanto, ¿Qué normas pueden generar los pueblos indígenas sobre nacimientos o defunciones de seres humanos, entre otros, si ese tema está reservado para el nivel central de gobierno? ¿Cómo solucionar los conflictos que se generen en los ámbitos de competencia de los pueblos indígenas, originarios o campesinos en temas que guardan

relación con el registro civil pero sobre los cuales están impedidos de generar sus propias normas o aplicar las que tienen desde tiempos inmemoriales? La respuesta, nuevamente, ira en la línea de ignorar lo que quedó en el texto constitucional para evitar conflictos (el “proceso de cambio” por encima de todo); o, en la de admitir el error para gestar los correctivos necesarios y más adecuados tomando en cuenta el nivel de progreso cultural que evidencia el pueblo boliviano así como un estricto y permanente respeto y protección de los Derechos Humanos.

Para el supuesto de ser insuficiente ese ejemplo, tomo otro de los muchos existentes. La administración del patrimonio del Estado Plurinacional, que es una competencia privativa del nivel central de gobierno (artículo 298.I.13) encuentra múltiples manifestaciones en materia civil, penal, tributaria, laboral y comercial, entre otras, que excluyen la posibilidad de que los pueblos indígenas, originarios y campesinos ejerzan su potestad de generación legislativa aun cuando lo hacían hasta antes de la vigencia del texto constitucional de 2009 y, consecuentemente, de que sus autoridades puedan administrar justicia para dar solución a los conflictos que se presenten en sus ámbitos de competencias territorial, personal y material.

En definitiva, el texto constitucional vigente ha excluido de la jurisdicción indígena, originaria y campesina una serie de materias que hasta antes de febrero de 2009 estaban en su ámbito de competencia y constitucionalmente reconocidas a partir de limitaciones en lo que hace a la potestad de generación normativa con lo que de ello se deriva para las autoridades de esos pueblos que tienen la tarea o responsabilidad de administrar justicia.

Por otra parte el texto constitucional boliviano vigente también ha limitado la administración de justicia indígena, originaria y campesina en el artículo 191.II.3 al establecer que no es una facultad de sus autoridades el activar o no su competencia ante un hecho concreto, sino un deber en “las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena origina-

rio campesino”. Así se establece del sentido imperativo que se emplea en el artículo citado: “Esta jurisdicción *se aplica* [...]”. Si las autoridades de un pueblo indígena deciden no dar solución a un tema aplicando “su justicia”, ya sea porque en su cosmovisión no cabe o emergente de esta no corresponde, simplemente, están actuando contra lo que el texto constitucional les manda.

Nuevamente, corresponderá a las autoridades de estos pueblos tener que determinar si existe o no una relación o hecho jurídico que pueda ser objeto de su conocimiento lo cual los remitirá, necesariamente, a patrones de corte jurídico occidental europeo; lo mismo acontece al determinar cuándo se está ante el efecto de una relación o hecho jurídico y cuándo no.

A ello se suma un elemento importante y es que el artículo 22 del texto constitucional señala claramente: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”. Es el único deber que es calificado como primordial para el Estado y la dignidad y la libertad son los únicos derechos calificados como inviolables a lo largo de todo ese texto.

Es una muestra inequívoca de cómo el pueblo boliviano ha dignificado al ser humano al grado de que las instituciones políticas y jurídicas encuentran como fin esencial el respeto y la protección de los Derechos Humanos, por cierto, sin que se pueda excluir de ello a los seres humanos que pertenecen a cualquier pueblo indígena, originario o campesino considerados en su individualidad.

Ese criterio es aplicable a quien se auto identifica como perteneciente a un pueblo indígena, a un pueblo originario o a un pueblo campesino así como a quien no lo hace, pero la obligación de respetar la libertad y la dignidad del ser humano es común para las autoridades (servidores públicos) que administran justicia en el ámbito del sub ordenamiento jurídico ordinario como para quienes lo hacen en el ámbito de cada uno de los subordenamientos jurídicos existentes en cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Lamentablemente, en todos esos subordenamientos persisten prácticas que son contrarias a la libertad y la dignidad del ser humano. Ello no es una novedad y negarlo es como intentar tapar el sol con un dedo; tampoco es novedoso que la búsqueda de respeto de esos derechos esenciales se presenta como una tarea constante todavía no acabada en el mundo entero. Lograr ese objetivo es el desafío que tiene Bolivia a inicios del siglo XXI.

Más aun cuando a título de justicia indígena, originaria o campesina (o comunitaria como comúnmente se la denomina en instancias gubernamentales y los medios de comunicación) se están cometiendo en Bolivia groseras violaciones a los derechos humanos: linchamientos o ajusticiamientos; golpizas por la disidencia política; prácticas crueles, inhumanas y degradantes; prohibiciones de ingreso a determinados ámbitos territoriales a algunos bolivianos; y, como estas, muchas otras³⁰¹.

301 A manera de ejemplo, ver <http://www.revistalex.com/onu-preocupada-por-linchamientos-pide-distinguirlos-de-la-justicia-indigena/>: “La Organización de Naciones Unidas (ONU) expresó hoy su preocupación por los frecuentes linchamientos en Bolivia de personas sospechosas de haber cometido delitos, pero pidió distinguir esa práctica de la justicia indígena. El representante del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en Bolivia, el canadiense Denis Racicot, dijo que preocupan casos en los que se habla de ese tipo de justicia, pero que son agresiones que el Gobierno y jueces ordinarios deben sancionar. Racicot defendió la justicia comunitaria como una tradición en Bolivia y una forma de resolver los conflictos en las comunidades desde los tiempos de la Colonia que, en la mayoría de los casos, se aplica de forma “respetuosa y a favor de las personas”. Estos comentarios fueron hechos a propósito de una consulta sobre las agresiones que un grupo campesino de la Amazonía propinó, en nombre de la justicia comunitaria, al dirigente indio opositor Marcial Fabricano el pasado viernes en la región del Beni. Los atacantes argumentaron que practicaban justicia comunitaria porque consideran un traidor a Fabricano, que ahora es funcionario de la prefectura opositora de Beni. Por su parte, la ministra de Justicia de Bolivia, Celima Torrico, comentó que esas agresiones “no se pueden confundir con la justicia comunitaria” y pidió a las autoridades departamentales de Beni actuar contra

Hechos reprochables que requieren una respuesta estatal urgente, opuesta a la pasividad con la que operan los coyunturales gobernantes que parecieran creer que con negar, ocultar o ignorar los problemas se los soluciona, sin darse cuenta que esa actitud impide, más bien, poder identificar las verdaderas bondades de la administración de justicia que llevan a cabo las autoridades de diversos pueblos indígenas, originarios y campesinos sin que presente mayores problemas, aportando a la solución pacífica de conflictos.

En definitiva, el confuso escenario existente a partir del proceso de hibridación jurídica con la vigencia del texto constitucional requiere respuestas urgentes, especialmente en el ámbito constitucional, de tal forma que se convierte en relevante la labor que despliegue el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional. En este marco adquieren trascendental importancia los tratados internacionales de Derechos Humanos y todo lo que con ellos viene aparejado tal como se ha precisado en el capítulo I del presente documento.

Largas y vanas fueron las explicaciones que esgrimí en el seno de la Asamblea Constituyente y en los diversos escenarios de teórica construcción de consensos alertando que lo que se estaba gestando era un proceso de hibridación jurídica pernicioso donde nadie gana nada y todos pierden, fundamentalmente, los pueblos indígenas, originarios y campesinos con menor presencia poblacional o territorial.

“la violencia gratuita”. Torrico defendió la justicia comunitaria que recoge la nueva Constitución boliviana promulgada por Evo Morales el pasado mes de febrero e indicó que el Gobierno está trabajando en las leyes que definen los lindes entre la justicia indígena y la ordinaria. Según la ministra, la ley será “clara y específica” y se aprobará en la nueva Asamblea Plurinacional (Legislativo) que se constituirá con la elección de sus representantes en los comicios generales del próximo 6 de diciembre. Al respecto, Racicot destacó que Bolivia incluya en su nueva Carta Magna la justicia de los pueblos indígenas como “un paso importante” porque les otorga reconocimiento internacional. También subrayó la importancia de fijar los límites entre el sistema de la justicia indígena y el de la ordinaria “para que no haya conflictos”.

También corresponde precisar que la forma en la que se configuró al Órgano Judicial no solamente se genera efectos en cuanto a la actividad jurisdiccional, sino que también repercuten en cuanto a la cualidad de las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos que se convierten en agentes de aquél órgano³⁰².

De ello deriva nuevamente un ámbito de sujeción de estos agentes del órgano judicial a las actividades que en él se desarrollan, porque no se limita a actividades jurisdiccionales sino que abarcan ámbitos administrativos y legislativos, como acertadamente precisa Véscovi al sostener que: “Dentro del poder judicial se cumplen funciones administrativas en cuanto se realizan nombramientos, a veces se imponen sanciones, y se disponen compras, gastos, etc. Esto es, se administra, como una de las formas de otorgar más independencia a dicho poder y evitar las mayores interferencias del poder ejecutivo. Y también, con la misma excepcionalidad, tarea legislativa, en cuanto, en general, los tribunales superiores pueden dictar reglamentos, acordadas, instrucciones de servicio, etc., que, en rango inferior a la ley y también al reglamento, comúnmente obligan, con carácter general, a los inferiores”³⁰³.

Se marca así una profunda diferencia con lo que se tenía previsto en el texto constitucional de 1967 reformado, específicamente, en lo que al artículo 171.III se refiere ya que la cohabitación en el mismo Estado de diversas fuentes de generación normativa y de ejercicio de la potestad jurisdiccional no acarrearba que las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos pierdan su independencia con relación a las autoridades de la justicia ordinaria y, consecuentemente, no estaban obligadas ni alcanzadas por las normas gestadas al interior del órgano judicial referentes a tareas administrativas o sujetas, si se

302 Derpic coincide en esencia con este criterio señalando que: “El aspecto más preocupante de la reforma es la estatización de la jurisdicción indígena originario campesina, con lo que se quita vida a la base y se refuerza el paradigma del Estado como único productor de Derecho” (2009: 514).

303 Véscovi, 1999: 111.

prefiere, al ejercicio de la potestad reglamentaria desarrollada en el ámbito del antes denominado Poder Judicial³⁰⁴. Ese, en todo caso, es un problema menor desde mi punto de vista.

El problema mayor radica en que la nueva condición de agentes del Órgano Jurisdiccional de la autoridades indígenas, originarias y campesinas que administran justicia en sus pueblos no guarda coherencia con lo establecido en el artículo 30.II.5 del texto constitucional donde se reconoce el derecho de los pueblos indígenas, originarios y campesinos “A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”; ni con lo previsto en el artículo 30.II.14 y el derecho de estos “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”; y, tampoco con lo establecido en el artículo 30.II.18 donde se señala que tienen derecho: “A la participación en los órganos e instituciones del Estado”.

Es legítimo, válido y saludable para el Estado el reconocimiento de esos derechos así como necesaria su plena efectividad en Bolivia, pero estos se oponen a la hibridación forzada y pérdida de las instituciones de esos pueblos que genera el texto constitucional vigente cuando atribuye al Tribunal Supremo de Justicia Plurinacional ejercer el control de legalidad de la justicia indígena, originaria y campesina sobre ejes articuladores que vienen a ser la Ley de Deslinde Jurisdiccional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. En el mejor de los casos y en la búsqueda de soluciones a este problema se tiene la necesidad de crear una Sala, en el marco de lo permitido por el artículo 38.10 de la ley N° 025, que por su carácter especializado se ocupe de los temas provenientes de esos pueblos ya que no guarda sentido la presencia de juzgadores pertenecientes a esos pueblos ahí donde llegan temas en los que se aplican las normas del sistema ordinario de justicia y no la de aquellos pueblos. Es la derivación reduccionista y de hibridación plasmada en el texto constitucional vigente, desde mi punto de vista, con relación a

304 Ver Trujillo, 1999: 95.

la justicia indígena, originaria y campesina en el ámbito de ejercicio del control de legalidad en perjuicio y detrimento de los pueblos que tienen menor presencia poblacional o territorial. Este criterio se ve confirmado por lo establecido en el artículo 190.I en el que se señala que:

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 [...].

No es un derecho para que un pueblo intervenga con carácter generalizador en ámbitos diversos o diferentes a los que le otorgan esa cualidad.

También, porque conforme a lo establecido en el artículo 191 del mismo texto constitucional, en el que se delimitan los ámbitos de vigencia personal, temporal y territorial de la jurisdicción indígena, originaria y campesina, claramente se establece que a ella le corresponde conocer “[...] los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional”, a la que se le suma lo establecido en el artículo 192.III donde se precisa que “El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

Es una ley la que se convierte en el instrumento que limita el ámbito de actuación para las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en la administración de justicia dentro de la estructura del órgano judicial volviendo más complejo un ordenamiento jurídico en el que interactúan la “justicia ordinaria” con la diversidad propia y consustancial de la “justicia comunitaria” de cada pueblos indígena, originarios y campesino que configuran diversos subordenamientos ju-

rídicos. Recuérdese el ejemplo que brindé en torno al racismo y la discriminación, porque sin ser la Ley de Deslinde Jurisdiccional resulta ser aquella que incorpora limitaciones para los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Pero independientemente de lo que la Ley de Deslinde u otras puedas establecer, resulta ser que se tiene asignada constitucionalmente la calidad de servidores públicos a las autoridades naturales de las comunidades indígenas, originarias y campesinas lo que deriva en ingresar en un proceso de subsunción dañino para un Estado multiétnico, pluricultural y plurinacional que aspira a ser, teóricamente, intercultural, ya que como manifiesta Fernández Orozco, estas autoridades se convierten en “terminales del Estado”³⁰⁵.

Para apreciar los efectos de este diseño constitucional solo debe tomarse en cuenta que caben tres posibles derivaciones operativas: a) que lo indígena, originario y campesino irradie sus características al sistema de justicia ordinario; b) que el sistema ordinario lo haga en uno o varios de los subordenamientos jurídicos indígenas, originarios y campesinos existentes; o, c) que ese proceso de irradiación se produzca de forma recíproca. En cualquiera de estas opciones se está frente a un proceso que podría derivar en avances para uno u otro, pero opuestos a los fenómenos de hibridación jurídica con la afectación directa a las instituciones jurídicas de esos pueblos que es lo que se ha conseguido con el texto constitucional, especialmente a los de menor población o menor presencia territorial dentro del Estado, que no se caracterizan por su amplitud dialéctica para esos cambios como sí lo hace el sistema ordinario. A ello se agrega la presencia de un amplio conjunto de principios y reglas de corte boliviano y origen occidental europeo que deben ser aplicadas por las autoridades de aquellos pueblos al administrar justicia especialmente en cuanto a principios y derechos fundamentales se refiere, porque son límites que no se pueden violentar sin afectar el

305 Ver Fernández Orozco, 2004: 28.

diseño y contenido del texto constitucional vigente y, al mismo tiempo, mandatos obligatorios de efectividad.

Ese cambio es impuesto desde la máxima instancia jerárquica del órgano jurisdiccional ordinario, ya que no implica proceso de consulta alguno sino que opera lógicamente como lo hace la jurisprudencia (que podrá variar según el apego al sistema francés, estadounidense u otro), pero se distancia de aquellos cambios que en ejercicio de su derecho a la autodeterminación pueda hacer cada pueblo indígena, originario o campesino.

En una lógica diferente a la contenida en el texto constitucional, las autoridades que administran justicia en estos pueblos pueden ser aquellas que lo hacían en tiempos pasados como pueden haber variado y ser otras en el presente; pero también pueden variar libremente en el tiempo porque el texto constitucional no prohíbe ni limita (y tampoco correspondería que lo haga) esas modificaciones o alteraciones que se presenten y no por ello perderían la potestad de administrar justicia, pero en un marco de libertad y no de hibridación forzada. Las autoridades que administran justicia en el sistema ordinario son las que constitucionalmente vienen determinadas y las leyes desarrollan, en ese marco, detallan; en cambio en los pueblos indígenas, originarios y campesinos son las que estos pueblos decidan que lo van a hacer independientemente de lo que en aquellas normas se establezca. El ejercicio del derecho a la autodeterminación opera de diferente forma en uno y otro caso.

Este mismo razonamiento, aunque con mayor intensidad, opera en el ámbito del control de constitucionalidad sobre el que volveré en el siguiente capítulo.

Por el momento sostengo que el Convenio 169 de la OIT reconoce como un derecho fundamental de esos pueblos el de retener y desarrollar sus instituciones al grado de precisarse en el artículo 4 (1) que corresponde a los estados la obligación de protegerlas; así, se señala: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salva-

guardar las personas, *las instituciones*, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, también, en el artículo 5, inciso a) del mismo Convenio, que “deberá respetarse la integridad de los valores, *prácticas e instituciones* de esos pueblos”. Claramente, tal como quedó el texto constitucional boliviano, lo que no se hizo fue preservar ese derecho fundamental al desnaturalizar las instituciones indígenas, originarias y campesinas en una lógica de homogeneización cultural e hibridación jurídica contraria a la pluralidad jurídica, al menos, en lo que a la administración de justicia se refiere. Las autoridades que administran justicia son parte fundamental de las instituciones jurídicas de esos pueblos por lo que viene a colación la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, específicamente en el artículo 34: “los pueblos indígenas tienen derecho a *promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales* y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y *cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos*, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

El propio artículo 30 del texto constitucional precisa que son nación o pueblo indígena originario campesino “toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, *instituciones*, territorialidad y cosmovisión [...]”.

Podrá alegarse que debe considerarse que esa hibridación es producto de la manifestación de la voluntad de esos pueblos sosteniendo que el texto constitucional boliviano es el primero en la historia que fue elaborado y aprobado con la participación de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, tal como se lo manifiesta constantemente desde instancias gubernamentales oficialistas; que, por ese hecho, no se trataría de una violación al derecho fundamental de esos pueblos ni al contenido del Convenio 169 o de la Declaración de Naciones Unidas, sino ante una manifestación del ejercicio del derecho de autodeterminación que se traduce en la renuncia a la preservación de sus instituciones. Frente a ello cabe la pregunta de si es un referéndum nacional de aprobación

de una propuesta de texto constitucional es el que se adecua a la obligación estatal de llevar adelante procesos de consulta a los pueblos indígenas sobre los temas o asuntos que los afecten³⁰⁶.

306 Sentencia Constitucional N° 2003/2010-R, de 25 de octubre 2010, Magistrado Relator: Dr. Marco Antonio Baldívieso Jinés:

“III.5. El derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad

El derecho a la consulta previa fue reconocido a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT, cuyo art. 6.1 estableció que al aplicar las disposiciones del Convenio 169, los gobiernos deberán:

“a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instancias representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El art. 6.2 del Convenio señaló que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

La consulta, de acuerdo al art. 15.2 del Convenio 169 se extiende a los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, al señalar que cuando la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, 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 esas tierras.

Dichas normas fueron ampliadas y precisadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en el art. 19 establece que: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Además, el art. 32 de la Declaración, específicamente respecto a las tierras y territorios, sostiene: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

(continúa en la siguiente página)

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

Por su parte, la Constitución Política del Estado reconoce en el art. 30. 15), el derecho: “A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”, añadiendo posteriormente que “se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorios que habitan”.

En cuanto a los recursos naturales, el art. 403 de la CPE, reconoce la integridad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios.

Ahora bien, a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que -como se tiene señalado- forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 410 de la CPE, se puede concluir que la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

Esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos: a. Antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (arts. 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 CPE); b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); c. Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (arts. 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 y 403 de la CPE); y, d. Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los derechos de los pueblos indígenas: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y, 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”.

En la misma Sentencia, se señaló que “[...] el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172).

Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y *modus vivendi*.

De ser afirmativa la respuesta y válido el contraargumento, solo cabe velar por el cabal cumplimiento del texto constitucional vigente y de las leyes que desarrollen su contenido para su plena operatividad así como de la potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria) y de administrar justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos con los efectos de hibridación jurídica precisados, emergentes de la alteración de las prácticas y normas de esos pueblos, a partir de la condición de agentes estatales de sus autoridades y su inserción en el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional³⁰⁷. No tendría sentido que esos pueblos aprueben un texto constitucional, en cuya elaboración participaron, si no la van a acatar.

En todo caso, desde la perspectiva constitucional, un adecuado control de constitucionalidad será vital lo que motiva desarrollar, en el siguiente capítulo de éste estudio, un análisis detallado.

307 Para apreciar la profundidad de estos cuestionamientos, ver North, 1990, así como el trabajo de Elizabeth Colson, 1974, al cual North acude en diverso momento.

Capítulo 4

Control de constitucionalidad y justicia indígena, originaria y campesina

1. Introducción

La presencia de una novedosa jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico boliviano conlleva una amplia gama de efectos de diversa intensidad, en lo que reconocimiento de derechos se refiere, para la vida de todos los seres humanos. Entre ellas se encuentra el deber y la obligación de todo servidor público de velar porque los productos emergentes del ejercicio de las atribuciones que tiene asignadas en su ámbito de competencias y, especialmente, los del ejercicio de la potestad de generación legislativa y reglamentación, sea resultado del apego y respeto a las formas, a los procedimientos y a los contenidos sustanciales que informan los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario, las del texto constitucional y los tratados internacionales. Como precisé en el anterior capítulo, las autoridades que administran justicia en cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos son servidores públicos que integran del Órgano Judicial.

No basta con dotarse de instrumentos normativos impecables en su presentación escrita o soporte físico, porque son instrumentos, o herramientas si se prefiere, que solo sirven cuando fueron correctamente elaborados y permiten alcanzar los objetivos que se les fijan. Por ello, su función no es la de convertirse en fines en sí mismos; están al servicio de algo mayor. Consecuentemente sus bondades y beneficios se los apre-

cia al momento de ser aplicados en casos concretos en los que se los emplea o aplica y la proyección, que a partir de éstos se proyectan, para todos. La administración de justicia viene a ser, por esa y otras causas, el ámbito en el que se percibe con mayor intensidad si esos instrumentos responden a lo que les dio razón que les dio razón para emerger y operarán como parámetro para la evaluación de si se está o no frente a un Estado en el que se respetan los Derechos Humanos.

No guarda coherencia con un Estado constitucional que la libertad y la dignidad del ser humano queden como letras impresas en papeles o en puras palabras en el caso de normas no escritas que son ignorados por las personas que asumen la responsabilidad de aplicarlos al administrar justicia en casos concretos; tal como manifiesta un boliviano privado de libertad, a quien tengo en mente por ser una víctima de un sistema que trata de acallar al crítico, al opositor o al que opina diferente: “[...] la peor clase de dictadura, [es] aquella que impera bajo el disfraz de estructuras constitucionales y figurativas pero no efectivas”.

En este sentido, todo ejercicio de la potestad de administración de justicia debe velar porque sus productos respeten los Derechos Humanos, la dignidad y la libertad del ser humano, evitando que los valores y principios que acoge el ordenamiento jurídico se vean alterados por la discrecionalidad de quienes dicen administrar justicia. Es una exigencia de la que no están excluidas las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios ni las de los pueblos campesinos, de tal forma que no es admisible que las decisiones que adopten al atender un caso en concreto terminen por ser contrarias a esas premisas, mantengan validez y menos que perduren sus efectos en el tiempo tal como debe ser en el ámbito de la administración de justicia ordinaria.

Consecuentemente, toda actuación de esas autoridades debe adecuarse a las exigencias sustanciales que informan los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, los del Derecho Comunitario, el texto constitucional y los tratados internacionales en general, en ese orden.

Como sostengo a lo largo de los capítulos precedentes, Bolivia se caracteriza por la existencia de un orden jurídico que esta integrado por varios subordenamientos jurídicos de los cuales, adquieren particular importancia la de cada uno de los pueblos indígenas, de cada uno de los pueblos originarios y de cada uno de los pueblos campesinos bolivianos. Por ello vienen a ser relevantes las palabras de Isidre Molas, al ser aplicables en el caso boliviano, cuando señala que:

Se trata de un Ordenamiento jurídico, aunque éste sea complejo y se organice de manera plural; es decir, aunque prevea la existencia en su seno de sub-ordenamientos como corresponde a un Estado compuesto. La coherencia sistémica de las normas del Ordenamiento jurídico exige la existencia de criterios y procedimientos para asegurarla. En él no deben existir normas con mandatos contradictorios, porque la seguridad jurídica exige la predeterminación cierta de las normas aplicables [...]³⁰⁸.

Consecuentemente, no resulta lógico, coherente ni sostenible que las decisiones de las autoridades que administran justicia quebran ten esa unidad independientemente del subordenamiento jurídico en el que se desenvuelvan.

Fijo así, el marco general dentro del que desarrollo, a lo largo de las siguientes líneas, el análisis de los criterios, los mecanismos y los procedimientos que debe observar el Tribunal Constitucional al administrar justicia constitucional, conforme se tiene establecido en el texto constitucional vigente, al identificarlos como los que conducen a unidad la heterogeneidad existente en Bolivia con respeto a las identidades, en un marco democrático e intercultural con absoluto apego al deber que tiene el Estado (entiéndase, la administración pública en un sentido

308 Molas, 2006: 200. Cabe señalar que hace esta afirmación enfatizando la supremacía constitucional al ser su objeto de análisis el ordenamiento jurídico español, pero que en función a lo que tengo explicado, no resta mérito a la aplicabilidad de su razonamiento en el escenario boliviano.

amplio) de garantizar que no se violen o vulneren Derechos Humanos. También, porque se quiera o no reconocer, forman parte de una cultura boliviana, gestada a lo largo de varios siglos, en la que resalta su heterogeneidad, pero que es una al final de cuentas.

Sostengo que ese entendimiento deriva en que sea el sistema de control constitucional aquel que, por las atribuciones que le fueron asignadas en el texto constitucional vigente al Tribunal Constitucional, opera como eje específico de preservación de la unidad del ordenamiento jurídico boliviano (y no las leyes nacionales como la de Deslinde Jurisdiccional u otros instrumentos normativos de similar naturaleza) al estar integrado por diversos subordinamientos jurídicos que se articulan sobre la base del respeto de los Derechos Humanos. Parte de tener asumida, como premisa fundamental, que el respeto y la protección de la libertad y de la dignidad del ser humano son las que le dan razón de ser a la existencia de lo que hoy denominamos Estado.³⁰⁹

309 POST SCRIPTUM: Durante el tiempo en el que se preparaba la impresión del presente documento, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitió la Sentencia Constitucional N° 0300/2012, de 18 de junio de 2012, en la que bajo el subtítulo “III.1.2. El control plural de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política del Estado”, brinda una serie de elementos relevantes en el ámbito de estudio del presente estudio de la cual resalto las siguientes partes: “El reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario parte de un dato de la realidad, de la coexistencia dentro del territorio boliviano de diferentes sistemas jurídicos, que tienen sus propias normas, instituciones, autoridades encargadas de administrar justicia y procedimientos para la resolución de sus conflictos, que tiene como base valores, principios y lógicas distintas a la occidental.

La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al art. 179 de la CPE, forma parte del órgano judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (art. 30.II.5 de la CPE) y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

No obstante lo señalado, -se reitera- que la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que las demás jurisdicciones, se encuentra limitada por el respeto de los siguientes derechos a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidas por la Norma Fundamental (art. 190.II de la CPE), debiendo añadirse, además, a los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conforme a ello, la Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter plurinacional del Estado y el principio de interculturalidad, ha diseñado a la justicia constitucional, y en especial al Tribunal Constitucional Plurinacional, como una institución encargada de ejercer el control sobre todas las jurisdicciones y, en general sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia, el ordinario y el indígena originario campesino.

En ese ámbito, el pluralismo jurídico cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); el principio de unidad de la función judicial (art. 179 de la CPE), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades, están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano.

En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional.”

Preciso, de inicio, que el órgano de control constitucional no es, por lo tanto, un ente que deba operar como puesto aduanero en el que se da luz verde a lo que se entiende es conforme a la constitución o se da luz roja cuando ocurre lo contrario, y menos permitiendo el ingreso de contrabando o legalizando el contrabando gestado en cualesquiera ente legislativo (nacional o subnacionales). Requiere un accionar en el que la presteza de los sujetos legitimados para interponer las acciones y recursos constitucionales adquiere tal trascendencia que su dinamismo será aquel que le permita a ese órgano de control cumplir con las funciones para las cuales fue creado y con ello, aporte a la adecuada administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, de los originarios y de los campesinos así como de jueces y tribunales.

También opera en la base de la exposición que realizo, el tener identificado al texto constitucional vigente como producto de un mínimo consenso construido entre diversas fuerzas políticas en octubre de 2008, en medio de particulares circunstancias que han derivado en la presencia de artículos que pueden ser fichados como propios de un sistema jurídico boliviano al haberse gestado a lo largo de más de ciento cincuenta años de vida independientemente; otros que evidencian la influencia de precedentes normativos de origen continental-europeo o romano-germánico al haberse mantenido incólumes; aquellos que son el reflejo de haberse tomado como referente para su incorporación a textos constitucionales desarrollados en países con regímenes de economía centralmente planificada o, si se prefiere, socialistas; y, también, los que vienen a ser la traslación de previsiones de textos constitucionales que acogieron un modelo de gobierno de corte consociativo en estados plurinacionales³¹⁰.

También, que el análisis de los precedentes jurisprudenciales más importantes gestados a través del Tribunal Constitucional durante la vigencia del texto constitucional de 1967 reformado, así como los provenientes del derecho internacional y supranacional, son elementos que

310 Ver Russo, 1997: 231 y ss.

aportan a la mejor comprensión del sistema de control constitucional gestado y diseñado en Bolivia y su relación e incidencia en el ejercicio de la potestad de administración de justicia de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos.

2. Análisis de precedentes jurisprudenciales nacionales, internacionales y supranacionales

Tomando en cuenta el tiempo de vigencia que tuvieron los artículos 1 y 171 del texto constitucional de 1967 y su reforma de 1994, resulta paradójico encontrar un escaso número de Sentencias Constitucionales en los que se hubiera abordado el ejercicio de la potestad de administración de justicia por parte de las autoridades de los diversos pueblos indígenas, originarios o campesinos existentes en Bolivia. Más aun, cuando como se suele alegar, el ejercicio de esa potestad de administrar justicia se encuentra ampliamente extendida en el territorio boliviano y su práctica se ha mantenido ininterrumpidamente desde tiempos que anteceden a los de la emergencia del Estado como República libre, independiente y soberana.

En este contexto, resalta como primera Sentencia Constitucional vinculada a la denominada, en ese entonces, “justicia comunitaria”, la N° 295/2003 de 11 de marzo de 2003³¹¹ que fijó las bases conceptuales en las que se asientan las que le siguieron en el tiempo e incidió en el contenido del texto constitucional vigente. Así, en apego a lo previsto en el texto constitucional de 1967 reformado reafirmó que en Bolivia existía “pluralismo jurídico” y consecuente “pluralismo normativo” desde tiempos anteriores a la reforma constitucional de 1993-1994:

La Constitución reformada en 1994 reconoce que Bolivia es un país multiétnico y pluricultural. Una parte de esa pluralidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo

311 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6348.html>, Magistrada Relatora Elizabeth Iñiguez de Salinas.

jurídico vigente desde la época de la conquista y la Colonia —puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas— aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema.

La vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogeneización sociocultural. En un país con diversas étnicas y culturas como es Bolivia, las comunidades campesinas y pueblos indígenas mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra y de resolución de conflictos conocidos como ‘Derecho Consuetudinario’, aunque es más adecuado y propio referirlo como ‘Justicia Comunitaria’. Es necesario reconocer que las prácticas socioculturales antedichas perduran gracias a la persistencia de la comunidad en su sentido más amplio, es decir, como estructura social en la que se desarrollan campos de acción en lo político, religioso, económico, laboral y jurídico³¹².

Sentencia en la que llama la atención el contenido de orden antropológico-sociológico y consecuente atenuación de valoraciones de orden propiamente jurídico. Pero sin abundar en ese problema cabe re-

312 Idón Moisés Chivi Vargas (2006: 59) critica la Sentencia señalando: “[...] se decide sin ninguna consideración de orden teórico que ‘pluralismo jurídico’ y ‘derecho consuetudinario’ son lo mismo que ‘justicia comunitaria’; aun más, que ‘justicia comunitaria’ es la denominación correcta (!) [...] Tomos de reflexiones y debates en la academia se perdieron en el limbo de las equivocaciones y el Tribunal Constitucional dio en la palabra clave [...]”. Ver, además, Herrera *et al.*, 2003. También, Ros I., Combés *et al.*, 2003. Ver en especial la publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Bolivia 1998.

saltar que en ella se manifiesta la inquietud por identificar un punto de convergencia entre lo que denomina “justicia comunitaria” y “justicia oficial” que permita la convivencia armónica en el Estado de una sociedad plural, para lo cual señala:

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

Criterio a partir del cual el Tribunal Constitucional planteó la necesidad de alcanzar “una convergencia armónica” entre dos “sistemas”³¹³ que presentan características diferentes pero que no viven aislados sino

313 No comparto esta calificación de “sistema jurídico” que realizó el Tribunal Constitucional y que se la utiliza con frecuencia cuando se aborda el tema. Por ello, a lo largo del presente estudio se ha evitado el calificar como sistema jurídico a la justicia indígena, originaria campesina: primero, porque la forma de administrar justicia, organización de sus autoridades y la pluralidad de cosmovisiones existentes varían de pueblo a pueblo; segundo, porque la calificación de “sistema jurídico indígena originario campesino” es, simplemente, una forma de homogeneización en detrimento de aquellos pueblos con menor presencia territorial o poblacional; y, tercero, porque no cabe calificar como sistema jurídico a lo que no es porque. Ver, también Peses Velasco, 2008: 241.

que interactúan respetando el criterio (imperante en esa época) de primacía del texto constitucional:

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

Como se puede apreciar, nuevamente se percibe un alto apego a concepciones de orden sociológico que llevan al Tribunal a esgrimir planteamientos propios de un positivismo jurídico secante, ajeno a otro tipo de concepciones que había aplicado a través de otras Sentencias, anteriores y posteriores a la que analizo, y que habían aportado a comprender que los valores y los principios constitucionales, por ejemplo, no eran simples enunciados sin niveles de concreción práctica sino que entre otras manifestaciones derivaban en que los derechos constitucionales puedan ser efectivamente tutelados o determinar, en base a aquellos, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por ser considerada inconstitucional. Por otra parte, incurrió en el error de generalizar la carencia de instrumentos escritos en la “justicia comunitaria” en los que se encuentren contenidas sus normas cuando, como lo tengo oportunamente expresado, ello no era así en ese tiempo ni lo es hoy.

Adicionalmente, una de las dificultades emergentes de la acentuación de concepciones de orden antropológico-sociológico antes que jurídicas, fue presentar a los derechos colectivos como opuestos a los

derechos individuales olvidando de esa forma que en la esencia de todo colectivo se encuentra el ser humano y es, por lo tanto, sobre la base de los derechos humanos de éste que tienen sustento la existencia de los denominados derechos colectivos. ¿Puede concebirse la existencia de un pueblo sin seres humanos que lo integren? Desde mi punto de vista, no. Lamentablemente, presentar como concepciones y problemas actuales aquello que se habían superado varias décadas atrás, no fue acertado.

Lo positivo de la Sentencia Constitucional que comento fue despejar las dudas existentes en torno al derecho de las comunidades campesinas y pueblos indígenas para que sean sus autoridades, las que en el marco constitucional vigente en ese tiempo, administren justicia aplicando las normas de su subordenamiento jurídico y no las del correspondiente al denominado 'ordinario'.

Ese criterio cambia, como tengo explicado, con el ingreso en vigencia del texto constitucional de 2009 donde, como he sostenido, se tiene implementado un control de legalidad por parte de los tribunales ordinarios que abarca el contenido sustancial de las normas de esos pueblos al momento de ser aplicadas en casos concretos.

Tema diverso es, en la lógica del Tribunal traducida en la Sentencia que comento, el conflicto de competencias (temporal, material o personal) que podía generarse en el marco constitucional fruto de la existencia de varios subordenamientos jurídicos que integran el ordenamiento jurídico boliviano; la misma Sentencia emerge de ese escenario, lo que explica la remisión a una ley específica que aborde esos ámbitos. Por ello, en la misma Sentencia se planteaba:

Pese al esfuerzo para contar con un instrumento normativo que permita armonizar en un mismo Estado la existencia de dos sistemas valorativos diferentes dentro de una realidad tan compleja, no se han podido plasmar el anteproyecto en un cuerpo normativo que establezca las directrices imprescindibles para coordinar la justicia ordinaria propia de la con-

cepción occidental, con la justicia indígena, cosmovisión claramente asentada en particularidades que le proporcionan una lógica diferenciada [...].

El Tribunal incurrió así en un error al atribuir la labor de coordinación de la justicia ordinaria con la justicia indígena, como las denomina, a una ley porque lo que el texto constitucional vigente en ese tiempo exigía a los legisladores en su artículo 171 era una ley que *compatibilice* las funciones de generar normas y administrar justicia de los pueblos indígenas y comunidades campesinas con las atribuciones de los poderes del Estado, no para que las coordine. Téngase en mente que no es lo mismo *coordinar* que *compatibilizar*, y que no correspondía atribuir al legislador la labor de establecer algo cuando ya lo estaba (además de fijado y delimitado) en y por el propio texto constitucional. Adicionalmente, como lo he sostenido en los capítulos precedentes, no era ni podía ser una Ley el instrumento normativo idóneo para posibilitar la coexistencia entre las denominadas “justicia comunitaria” y “justicia ordinaria”, porque lo que en definitiva había quedado plasmado en el texto constitucional vigente desde 1994 era la presencia de varios subordenamientos jurídicos que coexistían e integraban una unidad mayor, de tal forma que era posible identificar valores y principios comunes y no diferentes como sostuvo el Tribunal en apego a discursos sociológicos bastante ligeros. Otra cosa es que el despliegue de ciertos principios encuentre niveles de especificidad al ser aplicados en ámbitos que presentan particularidades que los diferencian.

Valores y principios comunes que operan, por cierto, en base a Derechos Humanos universalmente reconocidos y acogidos en los instrumentos normativos desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el texto constitucional vigente en aquel tiempo; que incidían y lo hacen ahora directamente cuando se administra justicia de tal forma que el ejercicio de esa tarea por parte de sus autoridades tienen límites infranqueables independientemente de ciertas

especificidades en las formas o procedimientos que correspondan ser aplicados, por ejemplo, en cada pueblo indígena, en cada pueblo originario o en cada pueblo campesino así como en la “justicia ordinaria” boliviana, chilena, argentina, inglesa, alemana u otras.

Es cuestionable que el Tribunal cambió el contenido normativo constitucionalmente requerido para una ley específica al fijar como deber del legislador el desarrollo de ésta pero atribuyéndole un alcance impropio, es decir, diferente al constitucionalmente fijado, lo cual es una muestra de la negativa incidencia de criterios de orden predominantemente sociológicos en el razonamiento plasmado en la Sentencia comentada.

Al legislador le correspondía elaborar una Ley que por sobre todo brinde seguridad jurídica a las denominadas comunidades campesinas y pueblos indígenas de tal forma que lo resuelto por sus autoridades no encuentre como traba la existencia de conflictos de competencia entre dos o más de los múltiples subordinamientos jurídicos constitucionalmente reconocidos. Pero también correspondía que ese instrumento normativo impida que prosperen pretensiones de querer aplicar un control de legalidad (independientemente de la denominación que se le de en cualquier subordinamiento jurídico) a lo resuelto en la justicia ordinaria por la justicia comunitaria, o viceversa. Considero que la mayor falencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia que comento radica en la falta de un adecuado entendimiento del tipo de cláusula contenida en el artículo 171.III del texto constitucional vigente en aquel tiempo, lo que afectó, a su vez, al adecuado entendimiento de la existencia de un ordenamiento jurídico con origen común en una sociedad plural, consecuentemente, acogedor del pluralismo jurídico existente e integrado por varios subordinamientos jurídicos cuya coexistencia claramente venía constitucionalmente establecida.

Es importante resaltar que la emisión de la Sentencia estuvo precedida por la contratación de expertos en aplicación de lo previsto en el

artículo 25.II³¹⁴ de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional y una investigación que demoró varios meses en el esfuerzo por identificar lo que podrían equipararse a normas y los procedimientos legales (en sentido amplio) específicos de administración de justicia del pueblo comprometido en el caso³¹⁵.

En la misma línea jurisprudencial se insertó la Sentencia Constitucional 313/2004 de 10 de marzo de 2004³¹⁶ que le siguió en el tiempo, así como la Sentencia Constitucional 1008/2004, de 1 de julio de 2004³¹⁷. En esta última se hacen algunas precisiones con relación a la propiedad agraria, que corresponde resaltar, ya que aclara la diferencia entre lo que es “justicia comunitaria” y lo que es simplemente delincuencia así como la existencia de identificación y registro de los pueblos indígenas, originarios y campesinos que habitan el territorio boliviano, para los fines de dotación de Tierras Comunitarias de Origen³¹⁸. En la misma Sentencia Constitucional 1008/2004 se señaló:

[...] según la norma prevista por el art. 171.III de la Constitución dispone que: “Las autoridades naturales de las comunidades

314 “Artículo 25. Asesores.

315 I. El Tribunal Constitucional contará con un equipo permanente de profesionales abogados con Título en Provisión Nacional. Sus miembros serán designados por concurso de méritos y oposición que se ajustará a las normas que establezca el Reglamento del Tribunal.

II También podrá contratar consultores para casos específicos”.

315 Este es uno de los elementos resaltados por la Organización Internacional del Trabajo, ver p. 57.

316 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion8885.html>; Magistrada Relatora Elizabeth Iñiguez de Salinas.

317 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion9765.html>; Magistrado Relator José Antonio Rivera Santivañez.

318 “[...] aun en el supuesto de que la propiedad agraria no estuviese cumpliendo la función económico-social [refiriéndose al requisito constitucional actualmente vigente para que el Estado respete y garantice la propiedad privada], en un Estado Democrático de Derecho, no es admisible que los particulares asuman medidas de hecho para ocupar una propiedad privada, menos por medios violentos que amenacen los derechos a la vida y la integridad física

indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las Leyes” [...]; la norma referida, en el marco de la consagración de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, reconoce como parte del ordenamiento jurídico el derecho consuetudinario de estos, así como a sus formas de organización social y política, lo que implica el reconocimiento de sus autoridades naturales, con potestad de administrar y aplicar el derecho consuetudinario como solución alternativa de conflictos. De la norma citada se infiere lo

de los propietarios u ocupantes o tenedores de los bienes; máxime si en la propiedad existen instalaciones consistentes en construcciones y otros bienes y enseres destinados a la producción lechera, que constituyen propiedad privada garantizada, en su ejercicio, por las normas de la Constitución y el ordenamiento jurídico ordinario [...] la declaración del derecho propietario y otorgamiento del respectivo título sobre las tierras comunitarias de origen, en aquellos casos en los que los pueblos indígenas o comunidades campesinas no estén asentados y ocupando una determinada área geográfica no se opera de hecho sino de derecho, es decir, es el Estado que previa sustanciación de los respectivos procesos o procedimientos administrativos del que declarará la propiedad del respectivo pueblo indígena o comunidad campesina sobre una determinada extensión de tierras y otorgará el título ejecutorial, sin afectar otros derechos. En el caso que motiva el presente recurso, los co-recurridos Gabriel Pinto Tola y Dionisio Madani Condori y sus dirigidos, no han acreditado su pertenencia a un pueblo indígena o comunidad campesina u originaria, al contrario asumen ser miembros del Movimiento Sin Tierra, de otro lado, aún para el supuesto de ser miembros de un pueblo indígena o comunidad campesina con personalidad jurídica debidamente reconocida y registrada por el Estado, no se encontraban asentados y en posesión de la mediana propiedad agraria denominada “Hacienda Collana”, precisamente por ello asumieron acciones de hecho para ocuparla, por lo tanto, conforme se ha referido precedentemente, corresponde al Estado sustanciar el proceso de saneamiento simple y definir la legitimidad del derecho propietario; por lo tanto la ocupación realizada y admitida por los nombrados co-recurridos no puede justificarse invocando las normas prevista por el artículo 117.I de la Constitución”.

siguiente: a) quienes administran y aplican el derecho consuetudinario son las autoridades naturales de los pueblos indígenas y comunidades campesinas; b) el derecho consuetudinario puede ser aplicado a la solución alternativa de conflictos; c) la aplicación referida a la solución de los conflictos entre los miembros del pueblo indígena o comunidad campesina; y d) dicha aplicación tiene su límite en las normas previstas por la Constitución y las Leyes, lo que significa que en la aplicación del derecho consuetudinario no puede infringirse la Constitución y las leyes, se entiende en lo que concierne al respeto y resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

De esta forma quedó absolutamente claro que no cualquier persona, aún cuando se auto identifique como perteneciente a un pueblo indígena, originario o campesino podía atribuirse la condición de autoridad facultada para administrar justicia y menos actuar en esa condición violando derechos humanos o derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; la denominada “justicia comunitaria”, como lo establecía esa Sentencia en el marco constitucional vigente en aquel tiempo, venía delimitada por su propia esencia en cuanto a los ámbitos de competencia territorial, material y personal; a las formas, formalidades y procedimientos de cada pueblo para reconocer la condición de autoridad facultada para administrar justicia en cada pueblo indígena, originario o campesino; y, que la actuación de estas autoridades debían respetar los derechos humanos y los derechos fundamentales previstos en el texto constitucional³¹⁹.

Sobre este último punto, resulta prudente citar la Sentencia Constitucional 1017/2006 de 16 de octubre de 2006³²⁰ en la que se señaló:

III.2.2. La justicia comunitaria debe ejercerse respetando la Constitución Política del Estado y la ley [...] Ahora bien, de los

319 Ver Irigoyen, 1999.

320 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion15093.html>; Magistrada Relatora Elizabeth Iñiguez de Salinas.

antecedentes procesales remitidos a este Tribunal, se evidencia por una parte, que las autoridades originarias de Tumarapi emitieron el Voto Resolutivo de 3 de julio de 2006, prohibiendo en forma terminante a los recurrentes ‘pisar’ (sic) dicha comunidad en atención a la conducta reprochable que demostró el correcurrente Braulio Oruño Guarachi; y por otra parte, tales autoridades procedieron a detener a los recurrentes los días 3 al 5 de julio de 2006, aduciendo que lo hicieron para ponerlos a disposición del Fiscal de Viacha, buscando armonía y convivencia pacífica en supuesto ejercicio de la justicia comunitaria. En ese orden, se tiene en primera instancia que los recurridos actuaron en aras de la justicia comunitaria —que conforme se estableció en el Fundamento Jurídico anterior, debe ejercerse estrictamente dentro de los parámetros contenidos en la Constitución y las leyes— situación que no observaron los demandados por cuanto prohibieron terminantemente a los recurrentes transitar en Tumarapi, configurando una decisión de confinamiento de hecho, y los detuvieron por tres días consecutivos sin que exista flagrancia, que es el único caso como se tiene anotado en el que la ley faculta a toda persona a aprehender al delincuente in fraganti con el único objeto de conducirlo de manera inmediata ante autoridad competente; incurriendo así en acto ilegal que lesiona el derecho a la libertad de locomoción de los recurrentes.

Asimismo, se debe dejar claramente deslindado que en la especie no se produjo la figura prevista por el artículo 28 del CPP por la cual en virtud del Derecho Consuetudinario Indígena se habría resuelto la comisión de un delito o falta por parte de los recurrentes en la comunidad de Tumarapi respetando los derechos fundamentales y garantías establecidos por la Constitución Política del Estado dando lugar así a la extinción de la acción penal; al contrario, se constata que, en los hechos, los ahora recurrentes no fueron aprehendidos por un supuesto delito; es más, ni siquiera existe un proceso penal iniciado

contra ellos; por otra parte, las “sanciones” impuestas resultan lesivas a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales. Consiguientemente la actuación de los recurridos no puede encontrar amparo ni justificarse en lo previsto por el artículo anteriormente citado, como arguyen estos³²¹.

La misma línea jurisprudencial fue empleada en las sentencias constitucionales N° 1103/2004 de 16 de julio de 2004, 1472/2004 de 13 de septiembre de 2004; 1567/2004 de 28 de septiembre de 2004, 661/2005 de 14 de junio de 2005, 45/2006 de 2 de junio de 2006, 0352/2006 de 10 de abril de 2006, 0433/2006 de 9 de mayo de 2006, 0518/2006 de 1 de junio de 2006 y 1026/2006 de 16 de octubre de 2006³²².

321 También aporta a la claridad de lo manifestado el acceder a la Sentencia Constitucional N° 1100/2006 de 1 de noviembre de 2006, en la que se señala: “[...] Sobre el particular, corresponde dejar establecido, que las medidas de hecho en las que incurrieron los recurridos, asumidas a raíz de que —a juicio de estos— el recurrente hubiera cometido “delitos contra la moral y las buenas costumbres” [sic], de ningún modo pueden justificar que las autoridades naturales de la comunidades indígenas o campesinas a título de aplicar la justicia comunitaria o el ejercicio del derecho consuetudinario, lesionen y por ende, desconozcan derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos; que si bien por mandato expreso del artículo 171.III de la CPE: “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las Leyes”; empero, el ejercicio de esta potestad encuentra o tiene su límite en las normas previstas por la Constitución y las Leyes, lo que significa que en la aplicación del derecho consuetudinario no puede desconocerse el citado precepto constitucional ni la previsión contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal (CPP), que expresamente determina: “(Justicia comunitaria). Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena”.

Es importante resaltar que las autoridades que administraban justicia en las comunidades campesinas y pueblos indígenas en el marco de lo previsto en el texto constitucional de 1967 reformado en 1994 no estaban libradas de ser demandadas en Amparo Constitucional o Habeas Corpus tal como se lo aprecia en las Sentencias citadas, pero para mayor claridad, amerita resaltar una parte del contenido de la Sentencia Constitucional 1017/2006 de 16 de octubre de 2006³²³ cuando se precisó que:

III.1. Sobre la legitimación pasiva en el recurso de hábeas corpus, y el reconocimiento de las “autoridades naturales” de las comunidades indígenas y campesinas.

Previamente a ingresar a dilucidar la problemática de fondo planteada, corresponde explicar que conforme ha sostenido este Tribunal en su invariable jurisprudencia, el recurso de hábeas corpus no procede contra particulares y solo se activa respecto a funcionarios y autoridades. En el presente caso, el recurso se dirige contra el Secretario General, Secretario de Hacienda, Secretario de Actas, Secretario General de Zona del Sindicato de Tumarapi y contra el representante de la población de Tumarapi, personas que si bien no tienen la calidad de funcionarios o autoridades en sentido estricto; empero, en virtud del artículo 171. III de la CPE, que establece que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas pueden ejercer funciones administrativas y aplicar normas pro-

322 Es importante tomar en cuenta las palabras de Lorena Ossio cuando resalta diversas sentencias constitucionales en las que, como afirma, “se consigna la palabra equivocada de justicia comunitaria para la presentación de los hechos en temas municipales, no sirve para la fundamentación jurídica” que vienen a ser: “las N° 0005/2007 - R de 8 de enero de 2007, 0699/2007 - R de 14 de agosto de 2007, 0678/2007 - R de 7 de agosto de 2007, 0361/2007 - R de 10 de mayo de 2007, 1008/2004 - R de 1 de julio de 2004, 1017/2004 - R de 29 de junio de 2004, entre otras. Ver Ossio, 2008: 95 y ss.

323 <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion15093.html>; Magistrada Relatora Elizabeth Iñiguez de Salinas.

pías como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres, se les reconoce la calidad de autoridades que, en la aplicación de sus normas, pueden lesionar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, único límite para el ejercicio del derecho comunitario, conforme lo establece la norma constitucional antes glosada [...].

Adicionalmente a esta transcripción, es importante alertar que la falta de comprensión a la que me referí del alcance de lo previsto en los artículos 1 y 171 del texto constitucional de 1994 se aprecia cuando el Tribunal, en la Sentencia que comento, afirma con relación a los recurridos que “[...] si bien no tienen la calidad de funcionarios o autoridades en sentido estricto; empero, en virtud del artículo 171. III de la CPE, que establece que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas pueden ejercer funciones administrativas y aplicar normas propias como solución alternativa de conflictos”. Por una parte, porque el Tribunal no precisó que las autoridades de esos pueblos no eran servidores públicos en el sentido aplicable a los jueces y fiscales, por ejemplo, pero no por eso dejaban de ser autoridades en sus pueblos. Por otra parte, porque tampoco precisó el alcance de lo que representaba esa solución alternativa que, como tengo señalado, no era equiparable a un arbitraje u otros mecanismos de ese estilo.

Finalmente, corresponde reiterar que bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 y las reformas que se le introdujeron en más de una oportunidad, no se generó jurisprudencia constitucional emergente de recursos de control de constitucionalidad sobre normas de los pueblos indígenas, originarios o campesinos pese a contarse con los mecanismos correspondientes.

Ya bajo la vigencia del texto constitucional aprobado mediante referéndum en enero de 2009, el Tribunal Constitucional del Presidente Morales emitió diversas Sentencias Constitucionales dentro del limitado margen de actuación que le brindó la Ley N° 003 a la que se sometieron y dieron carácter preferente, incluso, al texto constitucional, como

tengo oportunamente precisado. Dentro de esas sentencias, una particularmente interesante es la N° 0243/2010, de 31 de mayo de 2010³²⁴, que emergente de la revisión de un amparo constitucional, realiza un análisis muy interesante bajo el título de “La justicia constitucional y la jurisdicción indígena originaria campesina” como parte de los fundamentos jurídicos de la misma. En ésta se realizan diversas consideraciones en torno al Convenio 169 de la OIT y al contenido de la reforma constitucional de 1994 que derivó en la modificación de los artículos 1 y 171 a los cuales me referí en diversas oportunidades. Su análisis con relación a estos artículos es altamente coincidente con lo que, a lo largo del presente texto, sostengo en torno a la apertura que contenían aquellas previsiones y sus bondades para con los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos.

Así, además de resaltar la caracterización del Estado como multiétnico y pluricultural, se refiere al contenido del Convenio 169 de la OIT señalando que:

Se hace referencia al pluralismo jurídico porque en el Convenio no solo se respetan las formas de producción jurídica de los pueblos indígenas, *distintas a las instituciones estatales*, sino que se les reconoce el derecho a conservar y aplicar sus costumbres a través de sus autoridades originarias, lo que implica el reconocimiento a la normatividad (las normas propias de los pueblos indígenas), institucionalidad (autoridades originarias) y jurisdicción (funciones jurisdiccionales).

Las cursivas que introduce en el párrafo transcrito responden a poner de relieve que es correcta la precisión en sentido de que el Convenio 169 de la OIT reconoce que las autoridades de los pueblos indígenas que administran justicia no tienen por que ser asimiladas como servidores públicos que es lo que, lamentablemente desde mi punto de vista,

324 Sentencia Constitucional N° 0243/2010-R, de 31 de mayo de 2010, Magistrado Relator: Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés.

aconteció en el texto constitucional vigente. Pero también es incuestionable que la condición de servidores públicos de esas autoridades fue asimilada como favorable por todos los pueblos indígenas, de todos los pueblos originarios, de todos los pueblos originarios y de todos los pueblos campesinos y no resulta coherente que, ahora, se pretenda alegar que no fueron consultados o no participaron en la elaboración del texto constitucional³²⁵.

Pero retomando la Sentencia citada, en lo que al análisis del texto constitucional de 1967 reformado en 2004 corresponde, también se señaló que:

Estas tres características fundamentales: normatividad, institucionalidad y procedimientos, implicaron el reconocimiento de un *pluralismo jurídico* en Bolivia: la *existencia de diferentes sistemas normativos dentro del Estado*, orientados por valores y principios característicos de las múltiples culturas existentes. En ese entendido, las “autoridades naturales” (autoridades de los pueblos indígenas) podían aplicar sus propias normas, *siempre que las mismas no fueran contrarias a la Constitución y las leyes*. Al prever esta limitación, la Constitución se alejó de los lineamientos generales establecidos por el Convenio 169, en el que se estableció como único límite de la aplicación del derecho indígena, los derechos humanos establecidos en los Pactos internacionales así como los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de cada país.

325 Desde mi punto de vista el referéndum aplicado para la aprobación o rechazo del texto constitucional operó como canalizadora del derecho a la consulta que les asiste a esos pueblos, sin que con ello me aleje de tener asumido que un efecto perverso de ese tipo de procesos en ámbitos diversos a los de gestión pública en sentido estricto es que las mayorías mandan y las minorías quedan relegadas y que aun cuando se intente mostrar a los pueblos indígenas como una unidad en la que no existen dificultades ni problemas entre los pueblos que los integran los que se ven particularmente perjudicados son aquellos que tienen menor presencia poblacional, presencia territorial o menor incidencia en las instancias de representación de aquellas que se presentan como la voz de esa ficta unidad.

Sin duda, el límite impuesto por la Constitución en el art. 171, sobre la compatibilidad de la aplicación del derecho indígena con las leyes, es lo que le restó efectividad y fuerza, en la medida en que el ordenamiento jurídico nacional no tomó en cuenta la existencia de ese derecho indígena y, por tanto, la aplicación de sus normas siempre encontraba una barrera y un límite en las leyes.

Criterio del Tribunal que resultaba inconsistente con lo previsto en el texto constitucional de 1994 cuando se hace referencia a ‘leyes’, porque no es verdad, ya que en ese texto únicamente se hacía referencia a la necesidad de avanzar en un marco de unión y solidaridad, específicamente, en su artículo 1 (lo cual no contradecía el Convenio 169 de la OIT y no limitaba el ejercicio de la potestad de generación normativa —legislativa y reglamentaria— o la de administración de justicia de los pueblos indígenas); que en su artículo 171.I se sostenía que “Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley [...]” los derechos de esos pueblos lo que, correctamente entendido, impedía que los legisladores ingresen a legislar aquello que no les correspondía, fortaleciendo la ausencia de límites odiosos para el ejercicio de las potestades señaladas; y, finalmente, en el artículo 171 se hacía referencia específicamente a la potestad de administrar justicia de esos pueblos, donde la única Ley que se exigía era una de ‘compatibilización’ de “estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado (entiéndase el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial). Pero era una ley, que como tengo sostenido, encarnaba el pecado de ser un instrumento normativo que no era aquel que permitiera cumplir el fin para el cual se lo destinaba y no porque éste sea una barrera para el efectivo ejercicio de esa potestad.

También imprecisa resulta la Sentencia cuando se atribuye al texto constitucional de 1994 la existencia de una suerte de sistemas jurídicos que operaban cual compartimentos estancos, cuando ello no era, propiamente, así; hubiese sido bueno que el Tribunal precise las diferencias existentes entre lo que es un sistema jurídico y lo que es un orden

jurídico y lo que es, también, un ordenamiento jurídico. En este sentido, la crítica que tengo expuesta a la jurisprudencia gestada por el Tribunal Constitucional que operó bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 reformado en 1994 y el 2004, es también aplicable al Tribunal de Morales.

Simplemente agregó que no era correcto, como no lo es en la actualidad, limitar el pluralismo jurídico existente a lo ordinario por una parte y a lo indígena, originario y campesino por otra, ya que solo a manera de ejemplo, dentro de lo indígena, dentro de lo originario y dentro de lo campesino, ese pluralismo está presente con mayor intensidad. Esa imprecisión del texto constitucional deriva en anular infundada e inconstitucionalmente un escenario del real pluralismo jurídico.

Continuando con el contenido de la Sentencia Constitucional que comento, que en esta se señala que:

Por otra parte, cabe mencionar que si bien se reconocieron los derechos de los pueblos indígenas y la jurisdicción indígena, el marco del reconocimiento fue limitado, pues a más del art. 1 referido al carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia y el art. 171 citado, el tema indígena seguía siendo ajeno a la configuración institucional del Estado boliviano, y estaba incluido como un Régimen Especial (Título Tercero, Régimen Agrario y Campesino, de la Parte Tercera, Regímenes Especiales).

Además, el art. 171 de la CPE, establecía que una ley debía compatibilizar las función jurisdiccional indígena de “las autoridades naturales” con las atribuciones de los poderes del Estado; sin embargo, pese a la existencia de proyectos de ley, estos no fueron aprobados por el Parlamento.

Ello determinó que los temas relativos, por ejemplo, a la competencia territorial, material y personal de la jurisdicción no estuvieran precisados, que no exista una norma expresa que estableciera el órgano destinado al control de la jurisdicción indígena y que, en los hechos, la jurisdicción ordinaria terminara por controlar las decisiones de la indígena.

Transcripción que permite apreciar la influencia de un discurso político partidario que se esfuerza por acentuar la existencia de una sociedad fracturada en Bolivia, cuando en realidad si bien es cierto que existen profundas diferencias entre bolivianos y bolivianas (territoriales, lingüísticas, étnicas o raciales y religiosas entre otras), ninguna de ellas alcanza niveles de intensidad que comprometan la unidad del Estado ni alcanzan niveles de intensidad que puedan dar lugar a calificar como real una sociedad fracturada. Al contrario, fruto del progreso cultural gestado a lo largo de más de quinientos años lo que se construyó fue una base común de valores entre todos los bolivianos y todas las bolivianas. Negarlo es como querer tapar el sol con un dedo, como comúnmente se dice.

Un exceso discursivo del Tribunal, en la Sentencia que comento, es calificar como limitado el reconocimiento contenido en el texto constitucional de 1994 a partir de identificar para ello que el reconocimiento a las potestades de generación normativa y de administración de justicia a las comunidades indígenas y campesinas se encontraba contenido en un régimen especial. Para quien no conocía aquel texto, esa afirmación deriva en presentar a esos regímenes especiales cual si fueran unos colgandijos intrascendentes o meros remiendos del texto constitucional y, su contenido, sin mayor importancia, cuando en realidad la estructura de aquel texto constitucional determinaba que esos regímenes eran verdaderamente relevantes. ¿Fue una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, el derecho a huelga u otros, el estar contenidos en el Régimen Social” (que era un Régimen Especial) de aquel texto constitucional? Claramente no, porque lo contenido en estos regímenes especiales no tenían menor jerarquía en cuanto a los derechos que proclamaba con aquellos contenidos, por ejemplo, en el artículo 7 en el que se enumeraban enunciativamente algunos derechos fundamentales. También a manera de ejemplo, otro Régimen Especial era el denominado “Régimen Familiar” donde se señalaba en su primer artículo que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo protección

del Estado”, desarrollándose después una amplia gama de derechos y garantías que por su ubicación en la estructura del texto constitucional encontraron limitaciones para poder ser ejercidos o para exigir se lo aplique.

Como reflexión sostengo que no es saludable que una Sentencia Constitucional presente como demérito aquello que no lo era y, menos, a partir de medias verdades o medias mentiras. Ello, porque incide en la comprensión del contenido del texto constitucional vigente ya que en un esfuerzo por mostrar como malo o despreciable lo que había antes en tanto que lo vigente es posicionado como bueno y perfecto, que es lo que se aprecia en las Sentencias Constitucionales del Tribunal Constitucional de Morales, se afecta la esencia misma del Estado y la del texto constitucional vigente.

Pero siguiendo con el análisis de la Sentencia que comento, inmediatamente después de algunas referencias al Convenio 169 de la OIT, desarrolla un trabajo similar con relación a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Lo hace resaltando el artículo 1 de ese instrumento normativo internacional de Derechos Humanos en sentido de que se “hace referencia a dos titulares de derechos: Uno colectivo (los pueblos) y otro individual (los miembros de los pueblos). En este sentido, la Declaración reconoce una concepción integral de los derechos humanos: Para el efectivo ejercicio de los derechos individuales es necesario el reconocimiento de los derechos colectivos”. Algo con lo que coincido en tanto no se pretenda atribuir primacía a los segundos ni operen éstos como superiores o más importantes que los primeros por lo que en puntos de tensión entre ambos, debe tenerse presente que en la esencia misma de cualquier colectivo se encuentra como cimientos al ser humano, es decir, termina imperando la dignidad del ser humano que es algo que no se menciona en la Sentencia que comento. Luego, en la Sentencia, se realiza el comentario sobre diversos artículos de la citada Declaración para concluir señalando que:

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, fue ratificada por Bolivia mediante Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007 y tiene un peso gravitante, como fundamento y justificación, en la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009.

Afirmación frente a la cual corresponden realizar algunas precisiones que las hago apelando a partir de en mi condición de constituyente y participe del proceso de construcción de un acuerdo político en el Congreso Nacional el 2008 de donde emergió el texto constitucional vigente. Esa precisión viene dada por el hecho de que la aprobación de la citada Ley de ratificación de esa Declaración fue concertada en la oposición entre quienes nos desempeñamos como constituyentes y quienes trabajaban como Parlamentarios, porque su aprobación en la ONU se la había impulsado y promovido a lo largo de largos años como parte de una política de Estado en la que también trabajé cuando me desempeñé como Ministro de Justicia y Derechos Humanos; su conveniencia era, por tanto, incuestionable y debíamos asumir el rol de motivar que el oficialismo también se sume a esos esfuerzos, esta vez, con la ratificación de dicha Declaración. Eso se logró y fue así que en el Senado Nacional se la aprobó por unanimidad.

También me corresponde precisar que es evidente que esa Declaración fue un instrumento importante para la elaboración del texto constitucional vigente pero advirtiéndole que ello vino dado por el peso gravitante que se reconoció primeramente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otras Declaraciones y tratados internacionales de Derechos Humanos en el marco de la ONU, de diversas Resoluciones también de la ONU; o, los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos o la jurisprudencia convencional y aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Siguiendo con el contenido de la Sentencia Constitucional que comento, resulta importante transcribir, aun cuando es extensa, aque-

lla fracción en la que como parte de los fundamentos jurídicos que se aplicó para la resolución del caso concreto se introdujo bajo el subtítulo de “III.3.3. La Constitución Política del Estado vigente y la Jurisdicción indígena originaria campesina: Sus límites”, cuando se señala que:

La Constitución Política de Bolivia promulgada el 7 de febrero de 2009, tiene un enfoque pluralista e intercultural para la gestión de la diversidad. En ese sentido, no solo se declaran los derechos de los pueblos indígenas (art. 30), sino que la propia Constitución y las instituciones que crea están empapadas de pluralismo, haciendo efectivo el derecho previsto en el art. 30.18 de la CPE: “A la participación en los órganos e instituciones del Estado”.

En virtud al derecho de los pueblos indígenas “A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”, Bolivia se constituye en un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario y con autonomías”, fundándose en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, “dentro del proceso integrador del país” (art. 1).

En ese ámbito, no solo se asumen los principios y valores propios de los pueblos indígenas como principios y valores del Estado (art. 8), sino que se reconoce que la democracia puede ser ejercida de manera comunitaria, por la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y, entre otros aspectos más, se reconoce a las autoridades indígenas originaria campesinas encargadas de administrar justicia como parte del órgano judicial, al sostener que la jurisdicción indígena originaria campesina es una forma de ejercicio de la función judicial.

Ahora bien, la potestad de impartir justicia, (tanto en la jurisdicción ordinaria, como en la indígena), se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación

ciudadana, armonía social y respeto a los derechos (art. 178.I CPE).

De acuerdo al texto constitucional (art. 179), la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozan de igual jerarquía y, en ese sentido, no se prevé ningún medio de revisión, por parte de la jurisdicción ordinaria, de las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192).

La jurisdicción indígena originaria campesina, por otra parte, de acuerdo al art. 190 de la CPE, respeta el derecho a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución y también claro está, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, estableciendo el art. 119.I expresamente que: “Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.” De lo dicho se establece que el respeto a derechos y garantías, marca el límite de la validez, de las resoluciones y determinaciones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

En ese entendido, tanto la jurisdicción indígena originaria campesina, como la ordinaria, están controladas por la justicia constitucional, y, en definitiva por el Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano que debe controlar el respeto a los derechos y garantías fundamentales en ambas jurisdicciones, considerando los principios generales de la potestad de impartir justicia previstos en el art. 178 de la CPE, entre ellos, el pluralismo jurídico y la interculturalidad.

Conforme a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional se convierte en el órgano esencial para la consolidación del pluralismo y la interculturalidad en Bolivia. De ahí deriva la nece-

sidad de su conformación plural, que en cierta medida garantizará el diálogo entre culturas, para permitir que las diferentes atribuciones del Tribunal Constitucional sean ejercidas en el marco de los principios antes anotados, lográndose bases, principios y consensos mínimos en un Estado Plurinacional, que sustenten una convivencia armónica entre las diferentes culturas. En ese entendido, será esa base principista la que informará las normas indígenas y no indígenas y, por lo mismo, ambas estarán recíprocamente influidas y enriquecidas por el diálogo intercultural.

Cabe añadir que el Tribunal Constitucional Plurinacional, también consolidará el pluralismo jurídico, estableciendo los límites de la jurisdicción ordinaria y la indígena, pues entre sus atribuciones tiene que conocer y resolver los conflictos de competencia entre esas jurisdicciones. El desafío, por tanto, es lograr que, basados en el principio de interculturalidad, se logre un sustrato mínimo común, buscándose la unidad en la diversidad; pues, la existencia de un pluralismo jurídico no puede ser considerada como una desorganización axiológica, social y jurídica: “El reto del pluralismo jurídico es permitir un diálogo entre la noción de la unidad y de la diversidad, de tal modo que se garantice a la vez la aplicación de los derechos humanos (noción universal) y el de los derechos consuetudinario de los grupos culturales (noción particularista)” (De Trazegnies Granda, Cit. por MOLINA RIVERO, Ramiro, “Una aproximación histórica y contemporánea al derecho indígena”, en *Desafíos de la Democracia en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1998: 51-52).

Ahora bien, debe dejarse establecido, que si bien actualmente no está conformado el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, atendiendo a que el límite de la jurisdicción indígena originaria campesina —contemplado tanto en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos como en la Constitución Política del Estado— son los derechos funda-

mentales, este Tribunal Constitucional, en ejercicio del control al respeto a derechos y garantías constitucionales, tiene competencia para conocer las posibles violaciones a derechos y garantías constitucionales que se produzcan como emergencia de la aplicación de las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional debe realizar un detenido análisis para poder administrar objetivamente justicia y resguardar los derechos y garantías constitucionales, siendo necesario destacar lo desarrollado en este campo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la convivencia de la jurisdicción indígena originaria campesina y la ordinaria, que en su SC 0295/2003-R de 11 de marzo, estableció que:

“(...) debe llegarse a un punto de convergencia tal en el que ambos encuentren convivencia armónica, sin que ninguno avasalle al otro, resguardando en ambos, los derechos colectivos de las comunidades y los derechos fundamentales de las personas.”

Conforme a ello, si bien los pueblos indígena originario campesino tienen reconocida su autonomía política y jurídica, esta debe ejercitarse dentro de los parámetros que la Constitución fije para todos los habitantes de su territorio, tomando en cuenta que aún no existe la Ley de Deslinde Jurisdiccional, por lo que se puede concluir que la jurisprudencia citada es perfectamente compatible con el actual texto constitucional.

Sobre lo anteriormente desarrollado se colige que la sujeción a la justicia comunitaria no es caprichosa ni arbitraria, más aun cuando se tiene un reconocimiento constitucional que le otorga una fortaleza jurídica igual a la jurisdicción ordinaria, empero, debe ejercerse en el marco de las normas constitucionales con el objetivo supremo de lograr la paz social al solucionar los conflictos políticos, sociales y económicos suscitados a su interior, tal como lo reconoció la SC 0295/2003-R.

Transcripción extensa, por lo que me disculpo, pero que encuentro importante rescatar a fin de no alterar el marco en el que presento los siguientes criterios.

Teniendo en mente la forma que se integró el Tribunal que emitió esa sentencia resulta comprensible su apego al discurso del partido oficialista, aunque no justificable, como se aprecia al tratar de enaltecerse algo que se presenta como nuevo, perfecto y mil cosas por el estilo. Pero para el discurso político existen otros escenarios distintos a una Sentencia Constitucional.

Lo que rescato como elemento positivo es que pese a emplear como un solo término “pueblos indígena originario campesino”, ese Tribunal terminó por poner de manifiesto que en Bolivia existe un ordenamiento jurídico, que viene integrado por una amplia gama de subordinamientos dentro de los que resaltan los de cada uno de los pueblos indígenas, los de cada uno de los pueblos originarios y los de cada uno de los pueblos indígenas.

También resalto como positivo es el énfasis que se realiza en torno a que el ejercicio de la potestad de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos encuentra su base y límites infranqueables en los Derechos Humanos acogidos en buena parte en diversos instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos que integran el Bloque de Constitucionalidad boliviano y, al mismo tiempo, en que es al Tribunal Constitucional Plurinacional al que le corresponde jugar un rol relevante para que ello así sea.

También coincido en que existe una amplia gama de principios expresamente previstos en el texto constitucional, que deben ser observados y aplicados por las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos a tiempo de administrar justicia al igual que al momento de generar instrumentos legislativos o reglamentarios independientemente de que sean orales o escritos.

Mis discrepancias con el texto transcrito emergen, como señalé, de esa falaz dinámica de calificar como negativo lo previamente existente y

enaltecer lo vigente como si por ese solo hecho fuera perfecto, carente de defectos o cosas por el estilo, porque ello deriva en omitir, por ejemplo, una amplia gama de odiosas limitaciones y excesivas desconfianzas traducidas en el texto constitucional vigente por parte del oficialismo con relación al ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos. Flacidez argumentativa que queda develada cuando el Tribunal acude, como correspondía, a la jurisprudencia constitucional gestada el 2003. Así se explica que, bajo un subtítulo de la Sentencia en la que se tratan de identificar límites, no se haga mención a todos los existentes y solo se plantee una suerte de generalidad alejada del objeto de análisis. Sobre este punto, por una parte, me remito por ejemplo a lo que tengo expuesto en torno a las competencias que se reconocen a las autonomías indígenas, originarias y campesinas para el ejercicio de su potestad de generación legislativa, reglamentaria y de administración de justicia, y, por otra, a leyes nacionales y decretos supremos que ingresaron en vigencia con posterioridad al del tiempo en que lo hizo el texto constitucional de 2009. Como fundamenté oportunamente en el presente estudio, resultan ser diversas leyes las que limitan el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de esos pueblos; la Ley de Deslinde es una, pero recuérdese el ejemplo que brindé de la Ley de Lucha Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, la Ley de Lucha Contra la Corrupción además de otras. También, que la lectura del texto constitucional básicamente condiciona a esos pueblos a constituir una autonomía indígena, originaria o campesina o un municipio indígena, originario o campesino para poder, válidamente, ejercer esas potestades de generación normativa y de administración de justicia.

En pocas palabras cabe remitirme a lo que manifesté a lo largo de los capítulos precedentes, pero dejando en claro que la Sentencia Constitucional que comento expone una visión sesgada del contenido del texto constitucional y reduccionista del alcance de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos en varios de los

cuales, por cierto, tienen una amplia protección los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos así como cada uno de los hombres y de las mujeres que los integran. Resulta por demás invisibilizador el homogeneizar a lo indígena, lo originario y lo campesinos como una unidad cuando existen pueblos con menor población o menor presencia territorial o menor nivel de incidencia en las estructuras de toma de decisiones de sus organizaciones en las que, con suerte, algunos participan, y que los convierte en víctimas de prácticas violatorias de Derechos Humanos por parte de otros pueblos.

También apunto que la Sentencia Constitucional que comento es manifestación incontrastable de que el diseño constitucional conduce, como tengo manifestado, a una hibridación jurídica cuyos resultados terminan por afectar negativamente a los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como a todas las bolivianas y a todos los bolivianos, especialmente sensible para aquellos que auto identificándose como pertenecientes a un pueblo indígena, originario o campesino lo hacen con cualquiera de los que tienen menor presencia poblacional, menor presencia territorial o menor nivel de incidencia en las estructuras de toma de decisiones en las que, con suerte, algunos participan.

Finalmente rescato, de esa Sentencia, el resultado; en el caso concreto y excluyendo el discurso político con el que se pretende adornarla, se amparó “el derecho a la libertad física del accionante [y] su dignidad de ser humano” apelándose a la aplicación directa de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en primer lugar y luego al contenido del texto constitucional, en éste último caso, resaltando la referencia al artículo 22 que sostiene “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”. Por ello me permito transcribir una parte más de dicha Sentencia cuando se señala que:

Por lo expuesto, se evidencia que la actuación de las autoridades demandadas [una comunidad indígena] no se ajustó al marco constitucional, que tiene como base el respeto a los de-

rechos y garantías constitucionales por parte de los órganos e instituciones del Estado, más aún dentro de las diferentes jurisdicciones previstas en la Constitución Política del Estado.

Finalizado el análisis de esa Sentencia Constitucional, corresponde resaltar que el Tribunal Constitucional de Morales emitió otra interesante Sentencia Constitucional 2003/2010-R, de 25 de octubre de 2010³²⁶ en la que, como tengo señalado al inicio del presente estudio, aborda la denominación que se le brinda a los pueblos indígenas, originarios y campesinos. También se hace un análisis del derecho a la tierra y al territorio a partir de un análisis del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y del texto constitucional con lo que se llega a sostener que:

[...] los pueblos indígena originario campesinos tienen derecho: 1. A las tierras, territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido; 2. A poseer, utilizar y controlar dichas tierras y territorios; 3. A que el Estado garantice el reconocimiento y protección jurídica de dichas tierras y territorios, incluidos los recursos existentes en ellos.

A lo anotado debe agregarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre las “Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia” de 24 de diciembre de 2008, en las recomendaciones señaló que para prevenir, investigar y sancionar estas formas de esclavitud, se debía: [...]

Por otra parte, en cuanto a las recomendaciones para garantizar el acceso a la justicia por parte del pueblo Indígena Guaraní y demás pueblos indígenas en Bolivia, se tienen las siguientes: “28. Adoptar y reformar las políticas y leyes nacionales con el fin de que se instituyan procedimientos eficaces para solucio-

326 Sentencia Constitucional N° 2003/2010-R, de 25 de octubre 2010, Magistrado Relator: Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés.

nar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas —con especial atención a la situación de las comunidades guaraníes en la región del Chaco”

“29. Adoptar y reformar la legislación nacional para que los pueblos indígenas puedan iniciar procedimientos legales, sea personalmente o mediante sus organismos representativos, para asegurar el respeto de sus derechos humanos. Tales procedimientos deben ser equitativos y justos y que conduzcan a decisiones prontas con reparaciones efectivas por la lesión a sus derechos individuales y colectivos. Particular atención debe darse a los casos relacionados con lesiones sufridas por individuos indígenas que han sido víctimas de actos de violencia”.

“30. Asegurar que los trámites de los procedimientos para la reivindicación de tierras indígenas sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes hechas por los pueblos indígenas en el marco de dichos procedimientos (...)

Considero que lo más relevante de esta parte de la Sentencia, además del tema tierra y territorio, es el apego a la posición que expuse en el capítulo I de éste estudio, ya que dentro de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos que deben aplicarse en Bolivia por las características de su ordenamiento jurídico en cuanto a jerarquía normativa se refiere, no existe una restricción o condicionamiento en torno a la ratificación del instrumento internacional de un tratado, sino que sin contar con ella también vienen a ser directamente aplicables otros instrumentos normativos internacionales como declaraciones, resoluciones, jurisprudencia convencional o, como se aprecia en el presente caso, incluso informes de ciertas entidades internacionales o supranacionales. Es, desde mi punto de vista, un punto fuerte de esta sentencia que, lamentablemente y como lo dejé establecido oportunamente, contrasta con otras emanadas del mismo Tribunal.

Por otra parte es importante rescatar la Sentencia Constitucional N° 0010/2010-R, de 6 de abril de 2010, porque tal como lo hizo el Tribunal Constitucional que operó bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 y sus reformas, con esta se aporta a diferenciar lo que es delincuencia pura y simple de lo que es el reconocimiento de la potestad de administración de justicia por parte de pueblos indígenas, originarios o campesinos. En esta Sentencia³²⁷ se señala que:

“Cabe señalar que no es posible confundir tales actos con la aplicación de las sanciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina; pues, por una parte, esa jurisdicción debe cumplir los ámbitos de vigencia territorial y personal, basándose en los criterios establecidos por el Convenio 169 de la OIT y, ahora, por el art. 180 de la CPE, y, por otra, toda sanción impuesta dentro de esa jurisdicción debe respetar los derechos fundamentales, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT (art. 8.2), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 34) y el art. 190.II de la CPE.

Conforme a lo sostenido, es evidente que ante acciones que no pueden ser consideradas como ejercicio de la jurisdicción indígena, en las cuales existe una evidente lesión a derechos fundamentales y la comisión de un delito flagrante, son los funcionarios públicos quienes, de oficio, deben iniciar las investigaciones correspondientes, conforme lo manda el art. 286 inc.1) del CPP, que determina que tienen obligación de denunciar los delitos de acción pública: “Los funcionarios y empleados que conozcan el hecho en el ejercicio de sus funciones”.

En virtud a lo expuesto, correspondía a los funcionarios que conocieron los hechos acaecidos en Punata denunciarlos para

327 Sentencia Constitucional N° 0010/2010-R, de 6 de abril de 2010, Magistrado Relator: Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés.

que se siga la correspondiente acción penal, sin perjuicio de iniciar las investigaciones contra quienes supuestamente fueron aprehendidos en flagrancia por los miembros de la comunidad.”

Finalmente corresponde resaltar que a estas Sentencias se suman otras emitidas por el Tribunal Constitucional de Morales que abordan el tema indígena, originario y campesino como lo son la N° 0156/2010-R de 17 de mayo de 2010 en la que se brinda especial atención al tema del derecho al agua; la N° 0401/2010-R de 28 de junio de 2010, la N° 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010, la N° 1106/2010-R de 27 de agosto de 2010, la N° 2010/2010-R de 3 de noviembre de 2010, la N° 2036/2010-R de 9 de noviembre de 2010, la N° 2207/2010-R de 19 de noviembre de 2010, la N°1586/2010-R de 15 de octubre de 2010, la N° 1549 de 11 de octubre de 2010. Todas estas, así como las anteriormente citadas, resultan ser emergentes de la revisión de acciones de libertad o de acciones de amparo constitucional.

En lo que corresponde a la revisión de precedentes jurisprudenciales en los países de la Comunidad Andina resaltan, por su alto número y contenido, los generados por la Corte Constitucional de Colombia. Cabe tener presente que el artículo 246 del texto constitucional colombiano señala: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En este contexto, la citada Sentencia Constitucional 295/2003 de 11 de marzo de 2003 del Tribunal Constitucional boliviano tomó en cuenta varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia³²⁸ ade-

328 Cabe precisar que Colombia tiene más de 102 pueblos indígenas y que la Corte Constitucional de este país ha emitido más de cuatrocientas sentencias judiciales en la materia.

más de otras no menos relevantes que ameritaron diversos comentarios, como ser la T-254/94³²⁹, T-342/94, C-139/96³³⁰, C-037/96³³¹, T-344/96, SU-039-97³³², C-058/94, SU -510/98³³³, SU-510/98, T-254/94, T-344/98,

-
- 329 Sobre esta sentencia, la OIT comenta que “Aunque el resultado del caso es la revocación de una sanción aplicada por la comunidad indígena por aplicación del derecho consuetudinario, el caso es importante porque se reconoce la legitimidad de la jurisdicción indígena, con el límite del respeto a los derechos fundamentales. La Corte de Constitucionalidad apoya su decisión en el Convenio núm. 169, que emplea para distinguir a una comunidad indígena de una simple asociación, y para señalar la subordinación de la jurisdicción indígena al respeto de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por instrumentos internacionales de derechos humanos” (p. 67).
- 330 Sobre esta sentencia, la OIT comenta que “En este caso la Corte actualiza legislación del Siglo XIX, caracterizada por un lenguaje anacrónico y una concepción paternalista en relación con los pueblos indígenas, al tono de los fundamentos de la Constitución de 1991 y del Convenio núm. 169 de la OIT. Se puede destacar de la sentencia que además de reiterar lo concerniente al efecto normativo de la Constitución, se refiere a las comunidades indígenas en los términos del Convenio núm. 169 y destaca a los indígenas como sujetos culturales plenos y con derecho a vivir de acuerdo con sus creencias, es decir, además de darle relevancia al principio de diversidad cultural, reconoce su igualdad frente a los demás habitantes” (p. 69).
- 331 En una de las partes relevantes de esta Sentencia se resaltan cuatro elementos esenciales del mecanismo de administración de justicia indígena que son: “1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; 2. La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios; 3. La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley; y, 4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales. Mientras que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades, la cual no solo es jurisdiccional sino, también, normativa, el tercero y cuarto elementos señalan los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad”.
- 332 En una de las partes relevantes de esta Sentencia se señala que “Para la Corte los indígenas han dejado de ser una realidad fáctica pasando a ser sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce que hay formas de vida social diferentes y debe otorgarse a estas comunidades personería sustantiva pues eso es lo que confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir protección”.

(continúa en la siguiente página)

T-652/98, T-634/99, T-934/99, C-088-01³³⁴, T-1127/01³³⁵, T-239/02, T552/03 y C-03/08³³⁶.

En ellas, entre otros aspectos destacados que han motivado su cita, por su relación lo manifestado a lo largo del presente estudio, se tiene que: 1) se reafirma el reconocimiento de la diversidad étnica y cul-

333 Sobre esta sentencia, la OIT comenta que “En este caso, en el que se registra un conflicto entre la mayoría de la comunidad y algunos de sus miembros, la Corte Constitucional —siguiendo los lineamientos del Convenio núm. 169— da preeminencia al derecho de preservación de la identidad comunitaria, por sobre el derecho de algunos de sus miembros de ejercer públicamente un culto incompatible con el de la comunidad, y el de miembros no indígenas de una iglesia evangélica de difundir su culto en el territorio de la comunidad. La Corte considera que la restricción de algunos derechos dentro de su territorio, aunque tiene límites, puede estar justificada, si ello es necesario para el mantenimiento de la identidad cultural de la comunidad” (p. 76).

334 Sobre esta sentencia, la OIT comenta que “Lo interesante de este caso es que quien invoca el Convenio 169 núm. de la OIT es el Congreso de la República, para justificar la constitucionalidad y defender la insistencia sobre el texto de una norma aprobada por el propio Congreso, frente a la objeción presidencial. Si bien la Corte Constitucional no se explaya mayormente sobre el Convenio núm. 169, el pronunciamiento sigue los parámetros de ese instrumento en relación con la prestación diferenciada del servicio de salud a las comunidades indígenas, los principios que deben guiar el servicio y la posibilidad de escoger a los prestadores del servicio de salud” (p. 83).

335 En una de las partes relevantes de esta Sentencia se señala que “La Constitución política Colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural, al incluir en su artículo séptimo como uno de los fines esenciales del Estado, el del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

336 Sobre esta sentencia, la OIT comenta que “la falta de consulta determinó la inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso. La Corte amplía su doctrina anterior acerca del deber de consulta, aplicándola en el caso al procedimiento de sanción de una ley. El Tribunal analiza en el caso el impacto que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes, llegando a la conclusión de que las disposiciones de la ley son susceptibles de afectar el bosque, y por ende el modo de vida y la integridad cultural de esas comunidades. Por ende, dada la potencial afectación de los derechos o intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el Congreso debió haberlos consultado. La falta de consulta acarrea entonces la invalidez de la norma, a la luz de las disposiciones constitucionales pertinente, y del Convenio núm. 169, que —de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional— forma parte del llamado “bloque de constitucionalidad”. (p. 128).

tural de la población indígena colombiana; 2) se precisa el deber estatal de brindar protección integral a la población indígena y el entorno en el que se desenvuelven; 3) se sostiene que el reconocimiento de los pueblos indígenas no es una simple declaración retórica sino que constituye parte del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana; 4) se reafirma el derecho consagrado en la Constitución colombiana de auto identificación étnica y cultural marcando clara diferencia con la visión y concepción de los estados liberales unitarios y monoculturales y lo resalta como parte de un Estado democrático, inclusivo y participativo; 5) se precisa la existencia de límites para el reconocimiento de la autonomía política y jurídica de la comunidad campesina emergentes de la propia Constitución; y, 6) precisan que también emergen límites para dicha autonomía, que van en la línea del respeto a los derechos humanos.

Con relación a estos dos últimos puntos, es oportuno transcribir parte de la Sentencia SU – 510/ 98 de la Corte Constitucional de Colombia:

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

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

Los mecanismos constitucionales previstos para evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, hacen que al igual que en el caso boliviano, operen con un carácter de inmediatez y sin ser subsidiarios de otros recursos tanto el amparo constitucional o acción de amparo así como el hábeas corpus o acción de libertad.

En la misma línea jurisprudencial se identifican otras sentencias, también en el caso colombiano, que marcan una dirección coincidente en la esencia de la posición asumida por el Tribunal Constitucional boliviano que desarrolló sus actividades jurisdiccionales hasta el 2008.

En el caso peruano, cabe tener presente que en su texto constitucional se prevé como artículo 149 que:

"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial

con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

En este contexto son varias las sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional peruano que corresponde resaltar. Así se tiene que la STC N° 03343-2007-PA/TC, reconoce incuestionablemente el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas aunque precisa que éste no debe ser confundido “... con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que den considerarse juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado”. Por su parte, se tiene la STC N° 004752004-AI/TC que en su fundamento 22, con relación a los tratados y convenios suscritos por el Perú, señala que “... tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”; tratados y convenios dentro de los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT que contiene el reconocimiento a favor de los pueblos indígenas para el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia. Por otra parte, la STTC N°0025-2005-PI/TC, en su fundamento 33 añade en ese contexto que los “... tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”. Una muy importante es la STC 022-2009-PI/TC (Caso Tuanama I) en la que se establecen una serie de principios desarrollados a lo largo de los fundamentos que van del 26 al 36 y una explicitación consecuente del derecho a la consulta previa, desde el fundamento 37 al 40.

No menos importante viene a ser la STC N° 06316-2008-PA/TC a través de la cual el Tribunal Constitucional peruano resolvió una demanda constitucional de amparo presentada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) relacionada con los derechos de los pueblos indígenas y contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. Precedentes que no dejan de tener relación con el derecho a administrar justicia, aunque un referente importante es que la Corte Suprema de Justicia de ese país se ha pronunciado, en el marco

de procesos penales, en torno a la observancia del debido proceso y su apego por parte de las autoridades indígenas.³³⁷

Por su parte, en el caso ecuatoriano cabe tener presente que su texto constitucional de 5 de junio de 1998 señalaba en su artículo 191, tercer párrafo, que:

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

Es decir, las autoridades indígenas podían dirimir y resolver los distintos conflictos que se presentaban al interior de los territorios indígenas, conforme sus normas, procedimientos y sanciones. En comparación al artículo 171.III del texto constitucional boliviano de 1967 reformado, la redacción del artículo 191 que comento presentaba una interesante variación toda vez que el objeto de la Ley demanda a su órgano legislativo, no era la de compatibilizar el ejercicio de la potestad de generación normativa y de administración de justicia con las reconocidas, por ejemplo, al Ejecutivo, al Legislativo o al Judicial nacional, sino únicamente a las funciones del sistema judicial ecuatoriano. En todo caso, sin detenerme en mayores comentarios a los que expuse en su momento citando a Cabedo Mallol, contenía el mismo concepto errado de considerar como instrumento idóneo para esa compatibilización a una Ley.

En todo caso, durante la vigencia de aquél texto constitucional y al igual que en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ecuatoriano no emitió sentencias que versen sobre la constitucionalidad o incons-

337 Ver <http://www.justiciaviva.org.pe/informes/merylaurente.doc>; donde se recoge la ponencia presentada en el “XIV CONGRESO PERUANO DEL HOMBRE Y LA CULTURA ANDINA Y AMAZÓNICA” de Mery Laurente Chahuayo: “Eustaquio Palomino y César Matías Escobar en el caso Huayanay: El derecho positivo y consuetudinario en los conflictos entre indígenas y gamonales.

titucionalidad de normas de la justicia indígena. La excepción estuvo dada por la Resolución 247-RA-00-1:S de 16 de marzo de 2000, en el caso *Fipse vs. Arco Oriente*, por el cual se reconoció a las organizaciones de tercer grado de los pueblos indígenas como estamentos de autoridad en el proceso de toma de decisiones.

En todo caso es importante tener presente las palabras del profesor César Montaña Galarza cuando señala que:

“[...] en el caso ecuatoriano se puede citar un asunto que se ha constituido en un referente como ejemplo de reconocimiento del derecho indígena por parte del sistema de justicia ordinario. Es el caso de la comunidad de La Cocha, en la provincia norteña de Cotopaxi, en el cual las autoridades indígenas juzgaron un asesinato al interior de la comunidad de conformidad a sus normas y el derecho propio, y luego, este mismo caso por acción de una de las partes involucradas pasó al sistema de justicia ordinaria. El 9 de septiembre de 2002 se desarrolló la audiencia preliminar ante el Juzgado Segundo de lo Penal de Cotapaxi, encargando al Juzgado Tercero de lo Penal, en donde el Fiscal presentó el dictamen acusatorio estableciendo la existencia del delito de asesinato y la culpabilidad de los acusados. Así, el juzgador basa en las normas constitucionales y legales y en el Convenio No. 169 de la OIT, emitió la resolución de nulidad de todo lo actuado por el Fiscal en virtud de que las acciones conocidas ya fueron juzgadas en conformidad a lo que dispone el Art. 191, cuanto inciso de la Constitución Política del Ecuador de 1998, que regía en la época. Esta norma constitucional entre otras cosas disponía [...]”³³⁸

Mediante referéndum desarrollado en octubre de 2008, Ecuador aprobó el ingreso en vigencia de un texto constitucional en el que se prevé a favor de los pueblos y comunidades indígenas y el pueblo montubio las potestades de administración de justicia y de generación nor-

338 Montaña Galarza, 2010: 83.

mativa, resaltado lo previsto en los artículos 56 y siguientes. Sin embargo, desde el ingreso en vigencia de este texto constitucional no se ha generado ningún precedente jurisprudencial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas de aquellos pueblos por parte de la Corte Constitucional.

Pero es singular por la forma en la que se desconoce el texto constitucional ecuatoriano a través de la relativización de los derechos de los pueblos indígenas, para favor el interés del coyuntural gobernante, concretada por la Corte Constitucional Para el Período de Transición con su Sentencia interpretativa N° 0002-09-SIC-CC, de 14 de mayo de 2009.

Para comprender esta afirmación corresponde tener en mente que el artículo 57 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana señala que “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos”; por su parte el artículo 313 señala que: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia [...] Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social [...] Se considerarán sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley”; por otra parte, el artículo 321 dispone que “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunita-

ria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental”; finalmente, el artículo 323 establece que: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

Conjunto de previsiones constitucionales que ven mutar su contenido normativo por lo previsto en la Sentencia interpretativa N° 0002-09-SIC-CC, de 14 de mayo de 2009, que versa sobre un caso en el que existía, como señala la Corte, una antinomia entre el contenido del artículo 57.4 y los otros señalados, especialmente el 313; pero en realidad el desafío para la Corte que emitió esa Sentencia radicaba en la búsqueda de una vía para desconocer los alcances del artículo 57.4 de tal forma que no se vean entorpecidos los alcances del Decreto N° 1691, del 29 de abril del 2009, del presidente Rafael Correa. Para ello, la Corte se escudó en la aplicación de un juicio de ponderación que derivó en dar mayor peso a lo contenido en el artículo 313 fallando en los siguientes términos:

Interpretar en el sentido de que se prioriza el interés general que representa a la nación toda, respecto al interés particular o comunal como sucede en la especie; en consecuencia, disponer al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Santa Elena que proceda de manera inmediata al registro de la declaratoria de utilidad pública de 58 has., para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del país, de un total de superficie aproximada de 2.557.60 has., perteneciente a la Comuna Monteverde [...];

No se puede negar que una de las críticas más complejas al uso del método de la ponderación y de la teoría de la argumentación (sustentadas por Alexis y Dworking entre otros, cada cual con sus diferencias) es el peligro de juicios arbitrarios y salomónicos de los jueces; pero

esta crítica es válidamente respondida aunque pronunciamientos como los de la Corte que comento terminan por desnaturalizar a ese método y a esas teorías. Lo que no se puede responder es el caso en el que el juez (en este caso la Corte) es un fiel validador de la voluntad del Presidente de un Estado. Por diversas consideraciones que no corresponde detallar en el presente estudio, opino que el resultado no hubiera variado si la Corte aplicaba cualquier otro método de interpretación para cumplir con cierta *obligación*. No menos preocupante resulta ser el pronunciamiento de la Corte Constitucional ecuatoriana con relación al Código de Minería.^{339, 340}

Finalmente, en el caso venezolano se tiene que su texto constitucional aborda específicamente el tema de los derechos de los pueblos indígenas en su Capítulo VIII, abarcando los artículos 119 al 126. En el artículo 119 se establece que “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida [...]”, en el 121 que “[...] Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto...”. No

339 Bartolomé Clavero inicia su comentario sobre este tema, bajo el título “Ecuador: Corte Constitucional contra pueblos Indígenas”, señalando: La Corte Constitucional del Ecuador, de conformidad explícita ‘con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos’, reconoce cumplidamente los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la “*consulta previa, libre y razonada*” respecto a la ‘prospección, explotación y comercialización de recursos renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (art. 57.7). A principios de 2009, apenas a los tres meses de haber entrado en vigor, sufre un revés por gracia de la burla literal que de tales derechos hace la Ley de Minería, ley que ahora la Corte Constitucional sorprendentemente avala con el solitario vota en contra de la jueza Nina Pacari”. Ver el texto completo en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5843>

340 Ver García Serrano, 2011: 45 y ss.

se cuenta con precedentes jurisprudenciales que versen sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas de la justicia de pueblos y comunidades indígenas.

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, el Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Diego García-Sayán, en la ceremonia de apertura del XL Período Extraordinario de Sesiones en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 13 de julio de 2009, señalaba con relación al trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas, que:

“En ese contexto es válido preguntarse si el sistema jurisdiccional interamericano, es decir, esta Corte, ha facilitado o permitido el acceso de los temas concernientes a los pueblos indígenas de nuestra América, un sector históricamente desprotegido y mermado en sus derechos. La historia le ha sido crónicamente esquiva al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Sus derechos a la identidad étnica, a la tierra y al territorio y a sus propios mecanismos de justicia ancestral, han sido sistemáticamente desconocidos en la región. A primera vista se pudiera sospechar que los derechos de los pueblos indígenas no hubieran podido acceder a las complejidades del sistema jurisdiccional interamericano. Felizmente no ha sido así.

Es cierto que durante los primeros lustros era más bien excepcional que llegaran a la Corte Interamericana casos de esta naturaleza. De hecho, el primer caso fue conocido recién en 1993 (*Aloeboetoe vs. Surinam*). Es solo a partir del año 2001, es decir cuando la Corte tenía ya 20 años de constituida, que empezaron a llegar con más continuidad. A partir de esa ocasión se fue creando y enriqueciendo una jurisprudencia constante que a estas alturas constituye ya un importante *corpus juris* del derecho internacional. Esto se ha producido tanto través de los casos contenciosos como a través de medidas provisionales dispuestas por la Corte.

En esos desarrollos la Corte Interamericana ha enfatizado que es una obligación estatal y de la propia Corte contar con una visión pluricultural para tratar casos sobre derechos de los pueblos indígenas. Como lo señaló la Corte en el caso *Yakye Axa contra Paraguay* (2006), al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas del resto de la población. Es ese enfoque el que ha servido de orientación conceptual a la Corte para elaborar una avanzada jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas.

A manera de ejemplo valga mencionar que la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección que la libertad de expresión brinda al derecho a hablar la lengua materna. En el caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), la víctima, un indígena garífuna que estaba detenido en un centro penitenciario hondureño, sufrió la prohibición de las autoridades carcelarias de hablar en su lenguaje materno.

La Corte consideró que la “lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.

En los últimos ocho años ha tenido particular significación su desarrollo jurisprudencial en casos referidos a derechos de los pueblos indígenas. Tanto para procesar casos contenciosos como para adoptar medidas provisionales. El telón de fondo, por cierto, no podía ser otro sino el de la multiculturalidad y multiétnicidad de la mayoría de sociedades nacionales que son parte del sistema interamericano.

Si bien han sido varios los temas fundamentales abordados a través de esas decisiones, destacan en ello tres fundamentales:

- tierra y territorio;
- recursos naturales, y;
- derechos políticos.

En lo que respecta a los derechos a la **tierra y el territorio**, la sentencia dictada por la Corte en el 2001 en el caso *Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, fue la primera decisión vinculante de un tribunal internacional en reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra y de los recursos naturales. Posteriores decisiones reafirmaron y desarrollaron esos derechos considerados por la Corte base fundamental de la cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica de los indígenas. En esa y otras ocasiones, la Corte ha determinado (*Mayagna vs. Nicaragua 2001*) que los recursos naturales son parte importante del territorio. Asimismo (caso *Saramaka vs. Surinam de 2007*) que las concesiones que otorgue el Estado deben darse con el “consentimiento previo, libre e informado” de los indígenas y con razonables beneficios y compensaciones económicas.

En materia de derechos políticos, finalmente, se ha establecido en el caso *Yatama Vs. Nicaragua (2005)* que las particularidades de los pueblos indígenas para la participación en la dirección de asuntos públicos deben tomar en consideración y respetar sus valores, usos y costumbres y formas de organización, distintas a las de los partidos políticos.

Palabras que resumen el trabajo desplegado por la Corte a lo largo del tiempo y que por la talla de quien realiza esas afirmaciones derivaría en pretencioso de mi parte intentar recortarlas.

A lo anterior agrego el hecho de que a Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversos pronunciamientos como el denominado “Situación de Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Mismo” (CIDH, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10, rev. 3, 29 de noviembre de 1983) y la Resolución 12/85, Caso 7615, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985, OEA/ser.L/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1 de octubre de 1985. También es importante mencionar el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que versa sobre la Convención Internacional sobre

la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, presentado en la 68ª período de sesiones, cite CERD/C/GTM/CO/11 de 15 de mayo de 2006, en la que se establece con absoluta precisión la necesidad de que a tiempo de que los Estados atiendan la implementación del sistema de “justicia comunitaria” cuando así lo prevén sus constituciones, pero velando en todo momento por el respeto de los Derechos Humanos por parte de esta³⁴¹. También son relevante sobre el tema indígena, aunque sin avocarse al tema de administración de justicia específicamente, las Sentencias de la Corte Interamericana de Justicia de 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas) en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; la de 29 marzo de 2006 en el caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; y la de 28 de noviembre de 2007, en el caso Pueblo Samaka Vs. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. También, el Informe de Fondo N° 40/04 de 12 de octubre de 2004, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.053 denominado Comunidades Mayas del Distrito de Toledo v. Belice.

En lo referente al caso boliviano en ese ámbito internacional cabe tener presente el informe sobre “Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia” del 28 de junio de 2007, el Informe CCPR / C / 79 / Add. 74, de 5 de mayo de 1997 del Comité de Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El informe del Relator Especial Sobre Ejecuciones Extrajudiciales de la Organización de Estados Americanos, Sumarias o Arbitrarias de 9 de enero de 2002, el informe de 4 de marzo de 2004 del Relator Especial de la Organización de Estados Americanos Sobre la Independencia de Jueces y Abogados y el Informe del Relator Especial de la Organización de Estados Americanos Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas de

341 [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2192c1448100d3a8c12571800048c71a/\\$FILE/Go642039.DOC](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2192c1448100d3a8c12571800048c71a/$FILE/Go642039.DOC).

11 de noviembre de 2007, en las que se encuentran diversas referencias sobre la necesidad de reconocer, en el marco constitucional, las potestades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos a generar sus normas y administrar justicia resaltando como límite el respeto a los derechos humanos.

Algo llamativo es que no se tienen precedentes judiciales ni jurisdiccionales en el ámbito del Derecho Comunitario andino aun cuando existen diversos instrumentos normativos que abogan por la autonomía indígena.

De estas referencias puede colegirse que son incuestionables los avances generados en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos tanto en lo referente a la generación normativa como a la administración de justicia en la región, pero también que no son derechos irrestrictos al tener que sujetarse a los contenidos sustanciales de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos y a los propios marcos constitucionales de cada Estado, existiendo mecanismo a los cuales puede acudir cuando ello acontece y de los cuales no quedan excluidas las autoridades de esos pueblos ni los pueblos como tales.

Por lo tanto, tomando en cuenta estos antecedentes, corresponde ingresar al análisis del sistema de control constitucional de las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos contenidos en la Constitución Política del Estado de Bolivia tanto en lo referente al control previo como al posterior o correctivo de constitucionalidad.

3. El control previo de constitucionalidad

Conforme señala Rivera Santibáñez, el control previo de constitucionalidad "... es un sistema a través del cual, el órgano competente realiza la revisión del contenido de un proyecto de disposición legal para establecer su compatibilidad con los principios, valores, preceptos y normas

establecidos en la Constitución antes de que finalice el procedimiento de su aprobación”³⁴². El Código Procesal Constitucional precisa en su artículo 104 (Objeto) que “El control previo de constitucionalidad tiene por objeto confrontar el texto de Tratados Internacionales, Proyectos de Leyes, Estatutos o Cartas Orgánicas, con la Constitución Política del Estado, así como determinar la constitucionalidad de preguntas del referéndum”.

De lo anterior se tiene que este mecanismo de control opera en un tiempo en el que el instrumento normativo no ha culminado su proceso de formación para poder ser calificado como tal o, si se prefiere, cuando todavía no se agotó el procedimiento que ineludiblemente se requiere constitucionalmente para que alcance vigencia y valor jurídico³⁴³.

En este contexto, el texto constitucional vigente ha establecido que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe conocer y resolver, en principio, dos acciones que corresponden a las de control previo de constitucionalidad. Así, el artículo 202 señala:

“Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: [...]

7.-. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de Ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio³⁴⁴.

[...]

342 Rivera Santivañez, 2011: 143.

343 Fernández Segado, 1998: 115.

344 La Ley N° 027, de 6 de julio de 2010, denominada Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional señal en su artículo 12.8 que “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver: [...] Las consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Asamblea Legislativa plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental,

9.- El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.”

Dos acciones que, en todo caso, motivan tener en cuenta que quedó abierta la posibilidad para que el legislador a través de una ley nacional, pueda generar otras acciones de control previo para que sean conocidas y resueltas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, algo que difiere con lo que se tenía establecido en el texto constitucional de 1967 reformado en 1994 que era lo más conveniente.

Una tercera acción de control previo de constitucionalidad no prevista en el citado artículo 202 es aquella que versa sobre el que se debe realizar sobre los proyectos de Estatuto o carta orgánica de los niveles de gobierno autónomos subnacionales, dentro de los que quedan comprendidos los de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como los municipios indígenas³⁴⁵.

Marco general en el que debo dejar sentado que tengo un punto de vista diverso al de Rivera Santivañez cuando ve que dentro de este tipo de control se insertan las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplica-

sobre la constitucionalidad de proyectos de ley”. Un dato particularmente llamativo es como el texto constitucional habla de *la Presidenta o del Presidente de la República* pero la Ley, cambiando esa denominación, se refiere a la misma autoridad como *la Presidenta o del Presidente del Estado*.

Esta acción es similar a la que se tenía prevista en el texto constitucional de 1967 reformado, dado que el artículo 120.8 establecía como atribución del Tribunal Constitucional “Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la Constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto. La opinión del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúe la consulta”; la diferencia radica en la eliminación de lo resaltado en cursiva del texto transcrito.

345 POST SCRIPTUM: Durante el tiempo que tomó la impresión del presente documento, el Tribunal Constitucional Plurinacional admitió cinco consultas que versan sobre estatutos autonómicos de pueblos indígenas, a los cuales se puede acceder en la página web www.autonomias.gob.bo

das a un caso concreto³⁴⁶. Más adelante expondré los fundamentos de mi posición.

Por ahora, en lo que corresponde a “las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de Ley”, considero que opera positivamente al fortalecimiento del ordenamiento jurídico en general y en especial en lo concerniente al ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos porque cualquier duda, en torno a la constitucionalidad de un Proyecto de Ley, vinculada a esos ámbitos podrá encontrar niveles de claridad y certidumbre con el pronunciamiento del Tribunal. Igual efecto se tendrá, al menos atesoro esa posibilidad, cuando la consulta verse sobre un Proyecto de Ley cuya constitucionalidad este en duda por ser contraria a lo previsto en el texto constitucional al vulnerar, entre otros, derechos de las personas (consideradas en su individualidad) pertenecientes o autoidentificadas como pertenecientes a cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos existentes en Bolivia.

Es un mecanismo adecuado para preservar la unidad, consistencia y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano que requiere particular atención en la medida en que se caracteriza por estar compuesto por varios subordenamientos jurídicos; podrán evitarse asimetrías que afecten ese ordenamiento por el ingreso en vigencia de una Ley que sea contraria a lo previsto en el texto constitucional, en el sentido expuesto, o al contenido de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos o las normas del Derecho Comunitario conforme a lo expuesto en el primer capítulo de este documento.

El problema se presenta al momento de responder a la exigencia de precisar si bajo la el término de ley que se emplea en el artículo 202.7

346 Rivera Santivañez, 2012: 137 y 155.

quedan comprendidos los proyectos de instrumentos normativos que se analizan y discuten en el marco del ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria de los niveles de gobierno subnacionales (autonomías departamentales, municipales, indígenas, originarias o campesinas).

Por ello debe tenerse en cuenta que ese artículo 202.7 precisa que la consulta opera en torno a “proyectos de ley” (ley, por cierto, con minúscula) lo que da lugar a sostener que dentro de ese control pueden quedar comprendidas las “leyes” que se pueden gestar en los órganos legislativos de los niveles de autonomía subnacionales (departamental, municipal, indígena, originario y campesino) y no solo lo hace para los que emanan de la Asamblea Legislativa Plurinacional independientemente de que lleven o no ese nombre (hablamos, por tanto, de una ley en sentido formal y material). Es decir, las autoridades legitimadas para interponer el recurso en el artículo 202.7 podrían, válidamente, efectuar una consulta sobre la constitucionalidad de un proyecto de instrumento normativo que se viene gestando en un nivel de gobierno autónomo subnacional a través de sus autoridades correspondientes.

Este criterio viene a encontrar sustento en los siguientes elementos:

- Primero, en que el artículo 202.1 del texto constitucional establece como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional el conocer y resolver “En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, Estatutos autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales...”. En consecuencia, al haberse especificado en este artículo 202.1 los instrumentos normativos que pueden ser objeto de control constitucional, queda claro que lo que se busca preservar es un orden jurídico coherente y consistente abarcándose para ello los instrumentos normativos generados en todos los niveles de gobierno autónomos subnacionales.

- Segundo, porque el artículo 272 del texto constitucional claramente señala que “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 de gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones*”. En pocas palabras, en cada nivel de gobierno autónomo también se pueden gestar leyes, como acontece actualmente³⁴⁷, lo que permite apreciar que están sujetas a un proceso de formación que exige observar ciertas formas o ciertos procedimientos así como contenidos sustanciales para su ingreso en vigencia, aplicabilidad y eficacia... antes de ingresar en vigencia existen proyectos de leyes.
- Tercero, porque como tengo expuesto el nivel jerárquico de las leyes nacionales no es ni superior ni inferior al de los Estatutos autonómicos y al de la *legislación departamental, municipal e indígena* conforme se estableció en el artículo 410.II.3 del texto constitucional. Que la redacción del artículo 202.7 no es la más feliz; que se hicieron añadidos buenos o malos a lo que se tenía ya previsto en el texto constitucional de 1994, es otro tema.

Pero la dificultad para que opere ese control viene dada por la limitación de la legitimación activa únicamente para la Presidenta o Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental. Marco del que se alejó el Código Procesal Constitucional como se aprecia en su artículo 112 (Legitimación) al haber agregado *pequeños detalles* a esa legitimación para la interposición de esta acción: 1) “La Presidenta

347 Pueden revisarse las leyes departamentales, por ejemplo, en <http://www.gobernacionlapaz.gob.bo>; <http://santacruz.gob.bo>; <http://www.cochabamba.bo>, entre otras.

o el Presidente del Estado Plurinacional, cuando se trate de proyectos cuya iniciativa tienen su origen en el Órgano Ejecutivo”, lo cual impide que esa o ese servidor público pueda realizar la consulta sobre un instrumento legislativo en proceso de aprobación de cualquier nivel de gobierno autónomo subnacional; 2) “La Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tratándose de Proyectos de Ley, cuando la consulta fuere aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o una de sus Cámaras, por dos tercios de los miembros presentes”, que también genera ese impedimento en la cobertura de la acción; y 3) “Para Proyectos de Ley en Materia Judicial, la Presidenta o el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación por la Sala Plena respectiva”³⁴⁸, que merece un comentario aparte por dos elementos:

- Primero, porque en el caso del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y el del Tribunal Agroambiental, más allá de la aprobación previa de Sala Plena, corresponde precisar el alcance de lo que por “proyectos de ley en materia judicial y reforma de Códigos” se refiere. Las leyes (en el sentido amplio precisado) que emergen del ejercicio de la potestad de generación legislativa que tienen reconocida los pueblos indígenas, originarios y campesinos pueden versar válida, legítima y constitucionalmente sobre materia judicial.
- Segundo, porque como también precisé, en el ejercicio de su potestad de generación normativa los pueblos indígenas, los

348 Mutaciones que se presentaron con la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyo artículo 134 preveía que estaban legitimados para interponer esa 1) “El Presidente cuando se trate de proyectos de ley de iniciativa del Órgano Ejecutivo”; 2) “El Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional tratándose de proyectos de ley, cuando la consulta fue aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o por una de sus Cámaras”; y 3) “El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación de Sala Plena, en casos de proyectos de ley en materia judicial y reforma de Códigos”.

originarios y los campesinos así como otros niveles de gobierno tienen el derecho de llevar adelante la codificación de sus leyes y otros instrumentos normativos por encima de las imprecisiones del texto constitucional vigente.

Elementos que me permiten sostener que la legitimación activa reconocida a los Presidentes del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental habilita la posibilidad de activar el control constitucional sobre cualquier producto equivalente a un proyecto de ley que se esté gestando en cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos.

Si alguien se pregunta ¿cuán intensas fueron las discusiones o los debates en la Asamblea Constituyente en torno al reconocimiento de legitimación activa para que los pueblos indígenas, originarios o campesinos puedan someter sus proyectos legislativos al Tribunal Constitucional para un control previo?, encontrará una respuesta desilusionante: no lo hubo, porque la voluntad para escuchar mis planteamientos en sentido de habilitar ese control para estos instrumentos normativos así como para los de otros niveles de gobierno subnacionales con una legitimación más amplia, a la que al final quedó establecida, que incluya a las autoridades de esos pueblos. La sordera oficialista se explica, por cierto, lamentablemente, en que esos niveles de debate afectaban y comprometían sus tiempos en el cálculo político electoral de esa coyuntura.

Ahora, pasado algún tiempo desde el ingreso en vigencia del texto constitucional, en diversos escenarios de debate encuentro que frente a la crítica a algunas partes de ese texto en el sentido expuesto, se esgrimen como defensa del mismo que no es igual el tratamiento de un proyecto de Ley en la Asamblea Legislativa Plurinacional a lo que acontece con los procesos de generación normativa de esos pueblos y que sus leyes o aquello equiparable no necesariamente emergen a través textos escritos y, que en ciertos casos, esas leyes se gestan al dar solución a casos concretos. Argumentos interesantes, además de

otros menos sólidos, que los encuentro propios del escenario discursivo político-partidario, orientados a presentar como perfecto aquello que, en realidad, no lo es, porque terminan por desvanecerse ya que no incide el que se trate de normas escritas u orales como lo hace el que sean los procedimientos que sigan esos pueblos sean diferentes a los de la Asamblea Legislativa ya que esa acción. En ambos casos, el control previo no versa sobre los procedimientos de aprobación a los que se debe someter el proyecto de ley sino sobre el contenido de éste último. Adicionalmente, al igual que en el caso de los proyectos en la Asamblea Legislativa Plurinacional, no se está ante una consulta de carácter obligatorio, sino sujeta a un impulso del ente legitimado correspondiente, razón por la cual resulta inconsistente alegar dificultades de orden procedimental (irreales, por cierto) para haberse impedido el acceso de esos pueblos a través de esa acción al Tribunal Constitucional. También debe tenerse en cuenta que en los casos en los que esa norma emerge en la solución del caso concreto, el mecanismo de control constitucional de la norma no es el de control previo sino que se está frente a un escenario diferente para el cual están previstas otras vías.

Reconocer esa legitimidad a esos pueblos, como a otros niveles de gobierno subnacionales, hubiera aportado a preservar la unidad, consistencia y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano. Es un marco normativo que contrasta o, si se prefiere, se aleja sensiblemente de la lógica que los constituyentes pretendíamos alcanzar en lo que al control previo de constitucionalidad se refiere dando mayor apertura a la población a través de una ampliación de la legitimación activa para la interposición de esta acción.

En definitiva lo apropiado hubiera sido habilitar expresamente que el control previo de constitucionalidad abarque las leyes (independientemente de la denominación que se les pueda dar en cada ámbito autonómico, porque lo relevante es su contenido sustancial) emergentes de cualquiera de los niveles de gobierno autónomo subnacionales, incluidos obviamente los generados en los pueblos indígenas, origi-

narios o campesinos durante su proceso de formación (en un estado equiparable a lo que denominamos Proyecto de Ley conforme al procedimiento o a las formas que tenga cada pueblo) cuando se presenten dudas o cuestionamientos en torno a la constitucionalidad de su contenido sustancial. Por cierto, el que sean leyes escritas o no es irrelevante.

Pasando al análisis del artículo 202.9 del texto constitucional, en el que se precisa que es atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional ejercer control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales, cabe tomar en cuenta las palabras de Rivera Santivañez cuando señala que esta consulta es:

“[...]un proceso constitucional a través de la cual la autoridad legitimada somete control preventivo de constitucionalidad el texto de los referidos instrumentos internacionales, así como el proyecto de Ley de su aprobación, para que se verifique su compatibilidad con las con las normas de la Constitución”³⁴⁹.

En todo caso, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 106 (Objeto) que “El control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, antes de su ratificación, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial.” Analizado la legitimación para activar esta acción, el texto

349 Rivera Santivañez, 2011: 199. Se trata de una acción que presenta algunas diferencias con lo que se tenía previsto en el artículo 120.9 de la Constitución de 1967 y sus reformas, que señalaba: “La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u *organismos internacionales*” (n. a.: las cursivas son nuestras). Por ello, me parece conveniente tener en cuenta que Ribera Santivañez señalaba sobre ésta acción, en el marco de lo previsto en texto constitucional vigente hasta el 2009 que era: [...] una acción jurisdiccional a través de la cual, la autoridad conocimiento y consideración del Tribunal Constitucional el texto de los mismos suscrito por el ejecutivo, así como el proyecto de ley de su aprobación, para que se realice el control previo sobre la compatibilidad o incompatibilidad de sus normas con las de la Constitución” (Rivera Santivañez, 1998: 199).

constitucional guarda silencio, lo que podría dar lugar a entenderlo tan amplio que cualquier ciudadano podría emplearlo (lo que me parece bueno), pero el Código Procesal Constitucional limita esa legitimación en su artículo 107 al Presidente del Ejecutivo con carácter facultativo y al Presidente del Legislativo con carácter obligatorio³⁵⁰.

Marco en el que corresponde advertir que el concepto que nos brinda Rivera cubre dos áreas que guardan consistencia con lo previsto en el texto constitucional: 1) el correspondiente a la confrontación del instrumento normativo internacional, cuya ratificación que se pretende alcanzar, con el del texto constitucional; y, 2) el proyecto de ley de aprobación propiamente dicho que viene aquel integrado, en términos generales, por un artículo cuya redacción se limita citar los artículos del texto constitucional en función a los cuales se lleva a cabo la ratificación y, un segundo artículo, en el que se encuentra la información esencial que permita identificar el instrumento normativo internacional que se aprueba.

Es diferente el contenido del Código Procesal Constitucional, porque restringe ese control al primer ámbito, es decir, al que versa sobre el contenido sustancial del instrumento normativo internacional.

Pero la existencia de una duda fundada sobre la constitucionalidad del instrumento normativo internacional da lugar a identificar un tercer ámbito que debe ser objeto de control, descuidado por Ribera e ignorado por el Código, que corresponde al control sobre el cumplimiento u observancia de lo previsto en los artículos 255 a 260 del texto constitucional.

En el caso de los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos o de normas supranacionales que aborden igual

350 El artículo 149 de la Ley N° 027 señalaba que: “Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre su constitucionalidad, la Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, con resolución expresa, enviará el mismo en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional antes de su ratificación.”

materia, debe tenerse presente la imposibilidad de alegar su inconstitucionalidad a partir de identificar en aquellas disposiciones que amplían el reconocimiento de derechos humanos, las garantías para su protección o los deberes estatales para su preservación dada la presencia del artículo 13.II del texto constitucional que señala:

“Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

Si un instrumento normativo internacional restringe los derechos humanos, debilita las garantías para la protección de estos derechos o atenúa las obligaciones estatales para su preservación, podrá cuestionarse su constitucionalidad. También se podrá alegar la inconstitucionalidad cuando no se hubiesen cumplido las formalidades o procedimientos previstos en el texto constitucional para la suscripción por parte del Ejecutivo de ese tipo de compromisos.

La mayor dificultad radica en tener al frente un instrumento normativo internacional de Derechos Humanos que presenta antinomias con otro de igual naturaleza que el Estado pretende ratificar. Complejo escenario porque puede resultar lógico que se opte por el que fortalezca esos derechos, labor en la que puede ser importante el criterio del Tribunal aun cuando no le corresponde propiamente ingresar a desarrollar esa materia, sino aplicar en los casos concretos aquél que se adecue a las exigencias de los principios *pro homine*, *el pro actione* y *del favor debilis*. Por ello, desde mi punto de vista, debe dimensionarse adecuadamente el contenido normativo del siguiente artículo:

“Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables.”

En cambio, el control sobre un instrumento normativo internacionales que no verse sobre Derechos Humanos, requerirá extremar esfuerzos al tiempo de desplegar el control tanto en lo referente a formas y procedimientos que se observaron para la suscripción como a contenidos sustanciales, toda vez que debe tenerse en cuenta que a diferencia de lo previsto en el texto constitucional de 1967 y sus reformas, el vigente ha incorporado varios artículos que regulan expresamente las relaciones internacionales del Estado boliviano.

En primer lugar se tiene que el artículo 258 del texto constitucional señala que “Los procedimientos de celebración de tratados internacionales se regularán por la ley”. Instrumento normativo que la fecha en la que escribo estas líneas todavía no se lo tiene elaborado. Pero además, corresponde tener presente que el artículo 255.I del texto constitucional señala:

“Artículo 255. I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo.”

Esos fines del Estado se los encuentra expresamente previstos en el artículo 9 del propio texto constitucional en seis numerales de los cuales, aun cuando todos son relevantes, ameritan un especial comentario en el marco del presente trabajo los numerales primero y segundo ya que en ellos se sostiene que:

“Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

- 1 . Construir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
- 2 . Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, de las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.”

En términos sencillos, cualquier instrumento normativo internacional del cual se quiera que Bolivia sea parte, requiere que los servidores públicos encargado de llevar a cabo las tareas correspondientes velen en todo momento porque su contenido no resulte atentatorio o violatorio de los Derechos Humanos, resultando ordenadora la premisa de protección y preservación de la libertad y la dignidad del ser humano así como de la pluralidad y el pluralismo que caracteriza al país. Pero un elemento que no guarda armonía con el contexto general del texto constitucional es el introducir como una función del estado la de “consolidar las identidades plurinacionales” ya que esa labor es simplemente un instrumento de intromisión de la administración pública en un escenario en el que prima el derecho a la libre determinación. Por ello, un correcto entendimiento de ese elemento en el marco de la acción de control constitucional que se analiza, deriva en orientarla a que un instrumento normativo internacional no sea aquel que pueda afectar negativamente al ejercicio de ese derecho que es, en realidad, el núcleo normativo.

También resulta por demás llamativo que en el numeral 2 del artículo 9 del texto constitucional se quiebre la alegada unidad monolítica de naciones y pueblos indígenas, originarios campesinos, ya que como se aprecia de la transcripción efectuada se colige que una cosa son las naciones, otra los pueblos y otra las comunidades, se entiende, indígenas, originarias o campesinas según corresponda.

En ese contexto, a los fines resaltados se suman otros que se encuentran dispersos a lo largo de varios artículos del texto constitucional, de los cuales considero muy importante por su proyección ordenadora en el ámbito del tema que desarrollo en este estudio, el contenido en el artículo 306.V que corresponde a la organización económica del Estado en el que se señala:

“Artículo 306. [...] V. *El Estado tiene como máximo valor al ser humano* y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.”

Su importancia, como se podrá intuir, radica en que un alto número de instrumentos normativos internacionales versan sobre temas de orden económico, razón por la cual se ingresa a un terreno bastante complejo toda vez que el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá velar porque los actos desplegados por la administración pública en ese ámbito permitan alcanzar ese fin. Ahora, preguntarse cuán adecuado puede ser que el Tribunal ingrese en valoraciones de ese estilo, deriva en una compleja respuesta que excede los objetivos que se tienen previamente establecidos para este estudio.

Pero, en todo caso, si corresponde resaltar que a lo largo del texto constitucional existen numerosas referencias a los valores en el Estado; existen, incluso, algunos que llegan a ser precisados (y también principios presentados como valores y viceversa), pero en todo el texto constitucional el único valor que es calificado como “máximo” es el previsto en el citado artículo 306.V: “el ser humano”.

Elemento que, por cierto, me permite identificar otro adicional para sustentar mi posición de que en Bolivia, antes que una sociedad fracturada, existen valores comunes que parte, como tengo precisado, de reconocer que es el ser humano el elemento nuclear del Estado (en clara relación con el citado artículo 22) lo que también reafirma el hecho de ser éste un instrumento y no un fin en sí mismo.

Es ese máximo valor, sumado a otros, a partir de los cuales se explican los principios que se han establecido en el artículo 255.II del texto constitucional como aquellos que deben ser observados a tiempo de ser parte de un compromiso internacional o supranacional por parte

del Estado boliviano³⁵¹. Previsión constitucional que afianza mi posición en sentido de que el control previo de constitucionalidad que se analiza puede encontrar, como fundamento sobre la constitucionalidad de la autorización que se quiere alcanzar en el marco de la ratificación del instrumento normativo internacional, la inobservancia de las exigencias constitucionales en lo que a la negociación o suscripción se refiere.

Nótese que en el artículo 255 del texto constitucional se califica como principio la “Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación”, e inmediatamente después, el “Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos”. Con relación a la defensa y promoción de los derechos humanos, viene a ser

351 “Artículo 255.- [...]”

II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de:

1. Independencia e igualdad entre los estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos.
2. Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo.
3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación.
4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos.
5. Cooperación y solidaridad entre los estados y los pueblos.
6. Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado.
7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva.
8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente.
9. Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo.
10. Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos.
11. Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado.”

aplicable lo que sostuve anteriormente en torno a identificar en la dignidad y la libertad del ser humano los pilares de toda actuación del Estado en el marco de sus relaciones internacionales. Con relación al respeto a los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, corresponde efectuar dos precisiones.

La primera, es que en tanto los derechos de estos pueblos están plasmados en el texto constitucional y encuentran su nivel de sustento en el reconocimiento de éstos a través de diversos instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, por lo tanto, resulta lógico, saludable y altamente positivo que en el análisis que vaya a desarrollar el Tribunal se tenga el cuidado de no olvidar que esos derechos son parte de la fuente y fundamento para el desarrollo del ordenamiento jurídico boliviano y no puede ser olvidado al momento de suscribir un instrumento normativo internacional.

La segunda, es llamativo que se alegue que las “naciones y pueblos indígena originario campesino” constituyen un bloque indisoluble y que el reconocimiento de la condición de nación es un gran avance, pero en este artículo se hubiese omitido incluir, precisamente, a las naciones indígenas, originarias y campesinas. No sin fundamento se podría alegar que se ha privilegiado a los pueblos indígenas, originarios y campesinos con relación a las naciones indígenas, originarias y campesinas. Pero la explicación de esa aparente omisión no es un simple error de transcripción, estilo o cosa por el estilo; su explicación se la encuentra en la desconfianza y temor del oficialismo manifestado tanto en la Asamblea Constituyente como en el Congreso Nacional del cual emergió el texto constitucional, en el sentido de emplear en éste instrumento normativo el término nación precisamente en el ámbito que versa sobre relaciones internacionales. Es, nuevamente, una prueba de la instrumentalización de lo indígena, de lo originario y de lo campesino que deriva en esgrimir un lenguaje en cierto lugar, porque permite obtener votos, pero no en otro porque puede ser mal visto. Desde el punto de vista del oficialismo, introducir entre los principios plasmados en el

artículo 255 al término “nación” representaba un riesgo (falso desde mi punto de vista) para que sus titulares lo entiendan como habilitadores para planteamientos independentistas, lo que se les presentaba como complejo. Paradójico, pero cierto.

Finalmente, donde se identifica un problema de difícil solución es en el caso de los tratados internacionales que requieren ser aprobados mediante referéndum, que se encuentran detallados en los artículos 257.II y 259 del texto constitucional³⁵².

Dificultad, sostengo, porque quien participa en el referéndum es el propio pueblo boliviano, el pueblo constituyente si se prefiere, razón por la cual corresponde preguntarse si el Tribunal Constitucional Plurinacional puede imponer su criterio a ese pueblo o, si ese pueblo constituyente, lo hace a éste último. Téngase presente que la convocatoria a referéndum no solo es para la ratificación de un instrumento normativo internacional gestionado por el Ejecutivo, también lo es para el caso en el que el pueblo boliviano le pide al Ejecutivo que suscriba uno de esos instrumentos normativos internacionales. Si se quiere complejizar el tema, también corresponderá preguntarse si es que el Tribunal Constitucional Plurinacional puede negar que un instrumento normati-

352 “Artículo 257. [...] II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:

1. Cuestiones limítrofes.
2. Integración monetaria.
3. Integración económica estructural.
4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración”.

“Artículo 259. I. Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado.

II. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.”

vo internacional aprobado mediante referéndum se constituye en parámetro para la determinación de la constitucionalidad o no de otros instrumentos normativos.

El tema se presenta sabroso para el debate y se identifican diversas vías para analizarlo, pero en esta oportunidad me limito a sostener que alegar la supremacía constitucional para resolver ese tema es insuficiente, que no por ser las mayorías las que se impongan en un referéndum pueden restringir derechos humanos de las minorías incluidos dentro de estos los de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que la jerarquía normativa que caracteriza al ordenamiento jurídico boliviano determina que para encontrar la respuesta se debe acudir a los valores (la libertad y la dignidad del ser humano como las que aportan alcanzar la justicia) para cualquier proceso de interpretación y a principios que de ello se derivan como el *pro homine*, el *pro actione* y del *favor debilis* que, por cierto, también se encuentra en la esencia de la identidad cultural de Bolivia, incluyendo la de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Nuevamente se está ante una acción que opera a favor de la preservación del ordenamiento jurídico boliviano comprendiendo los subordenamientos jurídicos ordinario y el de cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos.

La adopción de un compromiso internacional por parte del Estado boliviano, compromete a todos los habitantes sin que se distinga entre población indígena, originaria, campesina, mestiza u otra.

Finalmente corresponde precisar que si bien se tienen dos acciones de control previo de constitucionalidad expresamente habilitados, como tengo señalado, se dejó una apertura para que mediante Ley Nacional se puedan crear otras.

Una tercera atribución de control previo de constitucionalidad, no contenida en el artículo 202 sino en el 275 del texto constitucional es la que se ha denominado “Control de Constitucionalidad de Proyectos de Estatutos o Cartas Orgánicas de Entidades Territoriales” desarrollado en el Código Procesal Constitucional en sus artículos 116 a 120.

Corresponde, ahora, ingresar al análisis del tratamiento a este control previo de constitucionalidad. El artículo 116 (Objeto) del Código Procesal Constitucional señala que “El control previo de constitucionalidad de Estatutos o Cartas Orgánicas tiene por objeto confrontar el contenido de dichos instrumentos normativos con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional”.

De su lectura, primero se confirma que lamentablemente no pueden ser objeto de control previo de constitucionalidad los instrumentos normativos que no sean los Estatutos o las Cartas Orgánicas de los niveles de gobierno autónomos subnacionales, tema sobre el cual tengo establecidas mis críticas a las cuales me remito así como a las que realicé en el capítulo I del presente texto en torno a los estatutos y cartas orgánicas con relación al contenido de la Ley N° 31 denominada Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

Corresponde, por ello, centrar la atención en una diferencia entre el contenido del citado artículo y lo previsto en el artículo 275 del texto constitucional, que se presenta como una especie de juego de palabras, pero que tiene trascendental importancia.

El artículo 118 del Código Procesal Constitucional establece que están legitimados para esa consulta, por una parte, el presidente del órgano deliberante de la Entidad Territorial autónoma “previa aprobación del órgano deliberante por dos tercios de votos del total de sus miembros” y, por otra, las autoridades de las Autonomías Indígenas Originario Campesinas designadas de acuerdo a sus normas y procedimientos propios. Pero el artículo 275 del texto constitucional señala que se requieren esos dos tercios de votos del total de los miembros del órgano deliberante para la aprobación del proyecto de Estatuto o de Carta Orgánica y no para su remisión que, consecuentemente, no amerita votación alguna.

Al mismo tiempo, la legitimación prevista en el Código guarda relación con la práctica gestada a lo largo de varias décadas en el país, donde los entes deliberantes y fiscalizadores en las prefecturas de de-

partamento (las Asambleas Departamentales) y los gobiernos municipales (concejos municipales) elegían un presidente o una presidenta. Esa práctica se ha mantenido en esos niveles de gobierno, ahora autónomos, donde sus órganos deliberantes presentan un presidente o una presidenta.

Esa práctica se recogió en el texto constitucional donde, en un exceso de celo centralista desde mi punto de vista, se definieron por ejemplo períodos máximos de mandato y requisitos a cumplir para los tiempos de mandato de la máxima autoridad ejecutiva y de los de los órganos legislativos, deliberativos y fiscalizadores de los gobiernos autónomos en general.

Pero en lo referente a las autonomías indígenas, originarias y campesinas es necesario detenerse en el análisis toda vez que el artículo 296 del texto constitucional viene a ser fundamental porque sostiene que “El gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación, o comunidad establecida en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley”. Previsión cuyo desarrollo legislativo está en el artículo 53.I de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización en los numerales 5 y 6 en los que se señala:

5. En el caso de la conformación de una autonomía indígena originaria campesina, en un territorio indígena originario campesino, su titular convocará a la conformación de un órgano deliberativo, o su equivalente, para la elaboración y aprobación del proyecto de estatuto mediante normas y procedimientos propios bajo la supervisión del Órgano Electoral Plurinacional a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE).
6. En el caso de la conformación de una autonomía indígena originaria campesina en una región, la nación o pueblo indígena originario campesino y la reunión de los órganos legislativos de las entidades territoriales que la conformen, convocará

a la conformación de un órgano deliberativo mediante normas y procedimientos propios bajo la supervisión del Órgano Electoral Plurinacional a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIDFE).

Contexto en el que corresponde criticar el tutelaje atribuido al Órgano Electoral Plurinacional al que quedan sometidos estos pueblos, algo que no se da en el caso de las autonomías departamentales o municipales y consecuentemente deviene en inconsistente con lo establecido en el Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el propio texto constitucional. No corresponde que sea una ley nacional la que les imponga una institución (“... a la conformación de un órgano deliberativo, o su equivalente...”) toda vez que implica alterar sus propias instituciones que deberían respetarse por parte de la administración estatal nacional. Consecuentemente se genera una interrogante y es que esos pueblos no tienen por qué tener un presidente o una presidenta y menos con esa denominación. Exigir que así lo hagan derivaría, simplemente, en atentar contra sus derechos.

Por lo tanto, en un correcto entendimiento del texto constitucional, lo que corresponde es que independientemente de la denominación de presidente o presidenta, el control previo de constitucionalidad sobre sus estatutos o cartas orgánicas se lleve a cabo aceptando la legitimación activa de aquel grupo o persona que tenga la representación del pueblo indígena, del pueblo originario o del pueblo campesino conforme a sus prácticas y normas.

3.1 El Tribunal Constitucional en el control previo de constitucionalidad

De lo manifestado se puede señalar, sin temor a equívoco, que el Tribunal Constitucional Plurinacional adquiere particular importancia en cuanto órgano encargado del control previo de constitucionalidad en lo que se refiere a la justicia indígena, originaria y campesina.

En lo referente a las consultas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley dejé sentada mis críticas razón por la cual me remito a ellas. Es un mecanismo que pese a sus imperfecciones puede dar resultados altamente positivos si se vela porque se asuma como parte de los elementos que operan como fuente y fundamento para el desarrollo de instrumentos normativos los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos evitando que éste factor sea desplazado, ignorado o relegado.

A ello se suma el hecho de haberse adoptado, para la conformación de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, un modelo de corte consociativo imperfecto³⁵³, por las derivaciones que de ello se generan para el control previo de constitucionalidad.

Los artículos 197.I, 182 y 198 determinan que el Tribunal Constitucional Plurinacional deba estar integrado por Magistrados que “representan” por una parte al “sistema ordinario” y al “sistema indígena originario campesino”; por otra, a los Departamentos del Estado; y, finalmente, tomando en cuenta la equidad de género. A ello se suma lo previsto en el artículo 199 del texto constitucional que señala:

Artículo 199. I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y *tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.*

II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

353 Ver los artículos 255, 256, 257, 259 y 260 del texto constitucional.

De esta forma el Tribunal Constitucional Plurinacional conjuga una compleja representación que incide en lo referente al control previo de constitucionalidad y en lo que a la potestad de generación normativa y de administración de los pueblos indígenas, originarios y campesinos se refiere.

Por lo tanto uno de los desafíos más importantes de éste órgano será evitar reproducir la crítica que se efectúa a los modelos consociativos en sentido de priorizar la pertenencia étnica, territorial, lingüística u otra que permitió el acceso del sujeto concreto a la función antes que desempeñar, en este caso, el control de constitucionalidad o, si se prefiere, evitar que se asuman lógicas de mandatos imperativos emergentes de la elección en lugar de una representación nacional ligada a la preservación del contenido de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario y el contenido del texto constitucional. Solo en este último escenario deseado es que el control previo operará en el marco de su fin esencial y permitirá a la Constitución cumplir las funciones que, como se tiene oportunamente señalado, le corresponden.

3.2 Las autoridades indígenas, originarias y campesinas en el control previo de constitucionalidad

Con relación a las autoridades indígenas, originarias y campesinas cabe precisar que estas no son aquellas que integran el Tribunal Constitucional Plurinacional como Magistrados. Ello, porque con relación a los Magistrados “representantes de estos pueblos”, como se ha señalado en el punto anterior, deberán cumplir con la tarea de conocer y resolver las consultas que se les presenten como lo hará cualquier otro Magistrado.

En cambio las autoridades de los pueblos indígenas, originarios o campesinos en general no están legitimadas para activar la acción y consecuentemente tampoco existen fundamentos que inicialmente den ca-

bida a su participación en el conocimiento o resolución de la consulta al no tener habilitada la potestad de ejercer un control de constitucionalidad. Pero en la medida en que sea necesario conocer y resolver una consulta previa de constitucionalidad de alguna norma que guarde relación con la potestad de generación normativa o de administración de justicia de esos pueblos, como aconteció con la Sentencia Constitucional N° 295/2003 de 11 de marzo de 2003, se requerirá el aporte o, si se prefiere, el conocimiento de las autoridades que administren justicia ya sea en forma directa o indirecta para permitir una adecuada valoración y decisión final del Tribunal Constitucional Plurinacional.

De esta forma se aporta a la protección del contenido normativo del texto constitucional en aquellos casos en los que una potencial norma de la justicia ordinaria pueda afectar a las de la “justicia comunitaria” quedando pendiente, desde mi punto de vista, la ampliación de la previsión constitucional a través de una Ley de la República para la situación inversa en los que la potencial norma de la justicia indígena, originaria o campesina puedan resultar contrarios a esos contenidos normativos constitucionales.

Finalmente corresponde reiterar que las autoridades de esos pueblos que asuman la tarea equiparable a la de un ente deliberativo que apruebe el proyecto de estatuto o carta orgánica para la autonomía que conformen serán las legitimadas para remitirlo a efecto de que se lleve a cabo el control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional conforme lo exige el artículo 275 del texto constitucional.

4. El control correctivo de constitucionalidad

Conforme señala Rivera Santivañez, el control correctivo o a posteriori de constitucionalidad “... es un sistema a través del cual, el órgano competente realiza el control de las disposiciones legales en vigencia para establecer la compatibilidad o incompatibilidad de sus normas con las

de la Constitución, con el objeto de sanear el ordenamiento jurídico del Estado, de manera que pueda anular y retirar del ordenamiento jurídico toda norma que sea contraria a los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales, preceptos y normas previstas en la Ley Fundamental”³⁵⁴.

A diferencia del control previo de constitucionalidad, el correctivo opera en un tiempo en el que la norma ha culminado el procedimiento de formación requerido para su ingreso en vigencia gozando de la presunción de constitucionalidad y, por tanto, de pleno valor jurídico. El órgano competente para realizar éste control es, como señala el artículo 196.I del texto constitucional, únicamente el denominado Tribunal Constitucional Plurinacional, quedando restringida la posibilidad de que cualquier otro órgano, autoridad o servidor público, en sede administrativa o judicial, del subsistema de justicia ordinaria o de cualquier pueblo indígena, originario o campesino pueda proceder autónomamente a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o disponer su inaplicabilidad por presumir su inconstitucionalidad.

El texto constitucional es suficientemente claro en ese sentido mas allá de lo que otras leyes puedan establecer (por ejemplo, las del Órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional o el Código Procesal Constitucional). Consecuentemente, si se presentara el supuesto de que alguna persona o autoridad que forma parte de la justicia ordinaria o de la indígena, originaria o campesina identifica alguna norma como contraria a lo previsto en el texto constitucional no puede dejar de aplicarla o de cumplirla, sino que debe promover la acción que corresponda específicamente establecida en el texto constitucional para que sea ese Tribunal el que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una parte o la integridad del contenido del instrumento normativo en cuestión con el efecto vinculante y otros efectos que de ello se desprenden.

354 Rivera Santivañez, 2012: 157.

En este contexto, al tener expuestas mis críticas a lo previsto en el artículo 132 del texto constitucional en el capítulo II del presente documento, me remito a ellas, avocándome directamente

al análisis del texto constitucional en el que se identifican dos acciones, una de carácter abstracto que adquiere esta condición al no estar vinculada a un caso concreto y, otra, que está vinculada a la resolución de un caso concreto.

Dentro de las acciones abstractas se encuentran:

- La acción prevista en el artículo 202.1: “En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales [...]”;
- La acción prevista en el artículo 202.4: “Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución”; y,
- Aquellas que mediante ley, conforme a lo previsto en el artículo 202, puedan crearse en Bolivia.

Dentro de las acciones vinculadas a la resolución de un caso concreto se encuentran:

- La acción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 132 del texto constitucional: “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley”;
- La acción derivada de lo previsto en el artículo 202.1 en la que existe un caso concreto cuya resolución depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales;

- Aquellas que mediante ley, conforme a lo previsto en el artículo 202, puedan crearse en Bolivia³⁵⁵.

También debe tenerse en mente que la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional surte un efecto abrogatorio y *erga omnes* cuando la norma es declarada inconstitucional tal como lo precisa el artículo 133 del texto constitucional donde se señala que:

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

Aproximación general a partir de la cual ingreso a analizar esas acciones.

4.1 El control correctivo de constitucionalidad abstracto

Tomando en cuenta los objetivos que se tienen establecidos para el presente estudio, la exposición que realizo sobre las acciones correspondientes al control correctivo de constitucionalidad abstracto se concentra en su relación con las potestades de generación normativa y de administración de justicia que tienen reconocidas los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

En primer lugar se tiene que en el artículo 202.1 del texto constitucional se establece que corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver en única instancia “*los asuntos de puro*

355 El Código Procesal Constitucional, en su artículo 73 (Tipos de acción de inconstitucionalidad) se limita a identificar como tales a la “Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales”; y, a la “Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales”.

derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales [...]”.

Su desarrollo en el nivel infraconstitucional se lo encuentra en el Código Procesal Constitucional desde el artículo 74 al 78.

Debe tenerse en cuenta que los estatutos autonómicos y a las cartas orgánicas incluyendo los y las de la autonomía indígena, originaria o campesina y de los municipios indígenas, antes de ser sometidos a referéndum aprobatorio, deben superar favorablemente el control previo de constitucionalidad tal como lo exige el artículo 275 del texto constitucional. También, conforme lo prevé el artículo 63 de la Ley N° 031, Ley Marco de Autonomías y Descentralización, la reforma total o parcial de los estatutos o las cartas orgánicas también debe ser sometida al control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional.

Ello puede dar lugar a cuestionarse sobre los casos en los que todo o parte de un estatuto autonómico o carta orgánica pueden llegar a ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Plurinacional cuando éste declaró la constitucionalidad en un control previo de constitucionalidad. Ese supuesto únicamente cabe en dos situaciones. La primera, cuando vigente el estatuto o la carta orgánica se produce una reforma constitucional parcial. La segunda, cuando el Tribunal aprecia en base a la acción interpuesta elementos que derivan en un cambio de criterio.

Por otra parte, queda claro que no existen ordenanzas o resoluciones no judiciales que queden excluidas de este control lo que determina que aquellas emergente del nivel de gobierno autónomo indígena, originario o campesino, independientemente de la denominación que reciban podrán ser objeto de este control constitucional correctivo.

Igualmente queda claro que las resoluciones judiciales (entiéndase Autos Supremos, Autos de Vista, Autos Definitivos, Autos interlocutorios, etc.) no serán objeto de control constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad abstracta. La razón, desde mi punto de vista, es clara en el sentido de tenerse diseñado un control de legalidad

atribuido en esencia al Tribunal Supremo de Justicia en el marco de la forma en que quedó estructurado el Órgano Judicial. En otros términos, ninguna sentencia emanada de un juez o tribunal del ámbito de la jurisdicción agroambiental, ordinaria o especializada podrá ser sometida a control constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta. En lo que a la denominada jurisdicción indígena, originaria o campesina se refiere, independientemente de la denominación o forma que adquiera el producto emergente de la actuación de sus autoridades aplicando sus propias normas, se entiende, en tanto jurisdiccionales, podrán ser objeto de control constitucional a través de esta acción de inconstitucionalidad abstracta aunque, como precisaré oportunamente, existe otra vía.

Algo que resulta coherente desde cierto punto de vista, pero que motivan preguntarse si es un Código Procesal Constitucional aquel que genere un ámbito de exclusión de lo que constitucionalmente se tiene permitido. En todo caso, en lo que a los pueblos indígenas, originarios y campesinos se refiere, resulta ser que aquello equivalente a una resolución no judicial de carácter normativo puede ser objeto de control constitucional a través de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

Es decir, no debieran existir márgenes de duda en torno a que ninguna de estas acciones está destinada a generar un control constitucional de la solución a conflictos a las que se hubiera llegado en cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos de Bolivia, como tampoco sucede con la solución de conflictos que se hubiera dado en la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, la potestad de administrar justicia reconocida a los pueblos indígenas, originarios y campesinos no encuentra, en estas acciones de control correctivo de constitucionalidad, impedimento o traba alguna.

En lo referente a la facultad de generación normativa reconocida a estos pueblos es necesario resaltar que sus normas quedan comprendidas dentro de las leyes a las que se hace referencia en el artículo 73 del Código Procesal Constitucional. Algo que no viene a ser novedoso desde mi punto de vista toda vez que en el texto constitucional de 1994

así también se lo tenía previsto aunque no se llegó a comprender su real dimensión, razón por la cual hasta la fecha no se tienen emitidas Sentencias Constitucionales emergentes de acciones abstractas de inconstitucionalidad en ese sentido.

Como tengo precisado en el capítulo I del presente trabajo, se tiene que el producto del ejercicio de la facultad normativa (legislativa y reglamentaria) reconocida a cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos se integran al orden jurídico boliviano, toda vez que independientemente de su denominación y de que se presenten en forma escrita u oral tienen una esfera competencial diferenciado de otros y así delimitado. También, porque conforme lo prevé el artículo 410 del texto constitucional, las normas de estos pueblos forman parte de un ordenamiento jurídico en el que ocupan un nivel jerárquico específico con relación a otros instrumentos normativos además, reitero, de corresponder al desarrollo de ámbitos de competencia fijados constitucionalmente. También, porque tal como se establece en el artículo 290.II del mismo texto el autogobierno de las autonomías indígenas debe darse en armonía con la Constitución y la Ley, es decir, deben darse en un marco de proporción y correspondencia de esas normas con el contenido del texto constitucional, elemento que queda claro cuando se establece en el artículo 292 de aquél que “Cada autonomía indígena originaria campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley”, previsión concordante con lo establecido en el artículo 304.I donde se afirma que tienen reconocida como competencia exclusiva la de “1. Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley”.

Por su parte se tiene que en el Código Procesal Constitucional se ha incorporado como artículo 76 que:

“Artículo 76. (Procedimiento).

I. Admitida la Acción, la Comisión de Admisión ordenará se ponga en conocimiento de la autoridad u Órgano emisor de

la norma impugnada, para que en el plazo de quince días se apersona y presente el informe que corresponda.

II. Cumplido el plazo, con o sin informe se procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. En términos sencillos, los instrumentos normativos de cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y cada uno de los pueblos campesinos están comprendidos en el ámbito de competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional en lo que se refiere a poder ser objeto de examen de constitucionalidad cuando se activa la acción abstracta de constitucionalidad. No solo en lo que a contenido sustancial se refiere, también en lo que a su proceso de formación corresponde.

Elemento que guarda coherencia con el cumplimiento de la función que tiene reconocido el texto constitucional vigente (como otros) de ser una de las fuentes y fundamentos del desarrollo del ordenamiento jurídico boliviano, así como su función en el Estado de preservar su unidad con respeto de las identidades, en un marco intercultural, sin que contra ello opere el tenerse reconocidos varios subordenamientos jurídicos que vienen a ser tantos como pueblos indígenas, pueblos originarios y pueblos campesinos existen, además de otros³⁵⁶.

En lo referente al recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales, el artículo 133 del Código Procesal Constitucional señala que tiene por objeto "... garantizar que toda disposición que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto,

356 POST SCRIPTUM: La Sentencia Constitucional N° 0300/2012, de 18 de junio de 2012, es un tibio ejemplo de cómo el contenido normativo de una ley nacional contrario a los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos puede ser cuestionado a través del control constitucional comentado, pero queda por ver cómo opera en una situación inversa. Califico como tibio ese pronunciamiento porque desde mi punto de vista, optó por una salida discursiva para no declarar expresamente la inconstitucionalidad de una ley nacional cuando así correspondía.

tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, se establezca de acuerdo con la Constitución Política del Estado”.

Previsión que guarda coherencia con el contenido normativo del artículo 202.4 del texto constitucional y permite afirmar que aun cuando se lo denomine recurso, lo que se activa en realidad es una acción abstracta de inconstitucionalidad que podrá operar sobre los instrumentos normativos de los pueblos indígenas, originarios o campesinos que creen, modifiquen o supriman tributos. El control constitucional previsto en el artículo 202.4 del texto constitucional es claro en el sentido de fijar que cada pueblo indígena, cada pueblo originario y cada pueblo campesino tiene reconocida competencia para establecer, modificar o suprimir tributos en un marco de correlación con las competencias fijadas en esa misma materia para los niveles de gobierno nacional, departamental y municipal. Cualquier persona o, si se prefiere, toda boliviana o todo boliviano puede acudir al Tribunal para cuestionar la constitucionalidad de un tributo generado en cualquiera de esos pueblos cuando estima que no se ha observado, en su proceso de formación, su concreción normativa, contenido sustancial o aplicación lo exigido y contenido en el texto constitucional o las leyes nacionales, departamentales o municipales correspondientes.

Debe tenerse en cuenta que el texto constitucional no incorporó ninguna exigencia en cuanto a legitimación activa se refiere, pero si lo hace el Código en su artículo 135: “... toda persona natural o jurídica que se considere afectada por...”. Desde mi punto de vista, esa afectación a la que se hace no exige que sea actual ni real al ser aplicada a la persona, también puede ser futura o potencial,, razón por la cual la incluyo en este tipo de acciones y no en el ámbito de las acciones de constitucionalidad concretas de inconstitucionalidad.

En lo referente al control de constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial del texto constitucional establecido en el artículo 202.10 no considero necesario ampliar los comentarios dado el carácter general que presenta.

Pero a diferencia de éste, no brinda seguridad en orden al pluralismo y la pluralidad en la que se asienta el país y que puede llegar a constituirse en un mecanismo de afectación para el ejercicio de las potestades de generación normativa o de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, más aun tomando en cuenta como se han gestado las primeras leyes de desarrollo del contenido constitucional, es la apertura que deja el artículo 202 del texto constitucional para que a través de leyes puedan asignarse otras acciones al Tribunal Constitucional Plurinacional.

4.1.1. Los jueces y tribunales ordinarios en el control correctivo de constitucionalidad abstracto

En el marco del análisis del control correctivo de constitucionalidad abstracto, es importante precisar que no le corresponde ejercerlo a ninguno de los jueces y tribunales del sistema de justicia ordinario con relación a las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Primero, porque no están constitucionalmente habilitados o, si se prefiere, no tienen la atribución para hacerlo ya que es una tarea exclusiva del órgano de control de constitucionalidad. La dificultad, por tanto, no radica en el diseño constitucional, sino en un tema operativo, porque la ausencia de una clara diferencia entre lo que es control constitucional y control de legalidad, puede derivar en que a título de aplicar el segundo (lo que de hecho no corresponde) se terminen controlando normas de los pueblos indígenas, originarios o campesinos.

El mayor riesgo lo identifiqué en tenerse incorporado en el Código Penal un tipo, en el artículo 153 bajo el *nomen iuris* de “Resoluciones Contrarias a la Constitución y las Leyes”, que señala que:

El funcionario público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, incurrirá en reclusión de un mes a dos años [...] La misma pena será aplicada

cuando la resolución sea emitida por un fiscal. [...] Si el delito ocasionare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio.

Mi temor se funda en varios factores. Por una parte, porque operando en una lógica propia de un marco constitucional diferente, resulta ser que hoy se acusa y condena en base a ese tipo penal cuando no existió ninguna declaración de inconstitucionalidad por parte el Tribunal Constitucional Plurinacional ni ninguna declaración de ilegalidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental (y, por no haberse creado todavía, de las Jurisdicciones Especializadas). Simplemente al fiscal o al juez se le ocurre que una resolución u orden es inconstitucional y se impulsa el proceso hasta la condena, resultando de ello que es un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria quien determina una inconstitucionalidad o una ilegalidad cuando ello no les compete. Es una inequívoca expresión de un sistemático proceso de violación de Derechos Humanos que, además, viene casado con el hecho de ser un tipo que es considerado como delito de corrupción tal como se lo ha establecido en el artículo 24 de la Ley N° 004 de lucha contra la corrupción, de 31 de marzo de 2010.

El riesgo emergente de esa mala práctica es mayor en el caso de las autoridades que administran justicia en cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos porque resulta ser que en tanto delito de corrupción es ajeno a la jurisdicción indígena, a la originaria y a la campesina porque así se lo ha establecido en el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Escenario agravado por el caos que se presenta en torno a la distribución de competencias de orden económico que, como señalé, además de ser altamente restrictivas para esos pueblos en un sentido contrario a los derechos que les asisten, encuentran en la administración pública central a celosos guardianes de aquello que no les corresponde celar. Y, finalmente, porque quienes administran justicia en esos pueblos, al tener la cualidad de servidores públicos que integran el Órgano Judicial, les viene aplicable la agravante de la pena que también se estableció en la citada Ley N° 004.

Por otra parte, porque en todas las actuaciones que realizan los jueces y tribunales de la justicia ordinaria versan, en general, sobre casos concretos. Finalmente, porque la ley restringe la legitimación activa en cada una de las acciones previstas en el artículo 202 con relación al control correctivo de constitucionalidad abstracto que no toma en cuenta a estos funcionarios.

4.1.2. Las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en el control de constitucionalidad abstracto

En el marco del control de constitucionalidad abstracto adquiere singular protagonismo el accionar de las autoridades de cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en aquellos casos en los cuales se accedió a un nivel de gobierno autónomo municipal o indígena, originario o campesino. Independientemente de si esas autoridades ejercen o no alguna función en la administración de justicia, quedarán legitimadas para poder interponer la acción de inconstitucionalidad abstracta en tanto sea en su pueblo la máxima autoridad ejecutiva conforme se establece en el artículo 202.1 del texto constitucional y el artículo 74 del Código Procesal Constitucional.

Esa legitimación les permite activar el control de constitucionalidad abstracto para que opere sobre diversos instrumentos normativos: leyes nacionales, decretos supremos que afecten directamente el texto constitucional, resoluciones no judiciales emanadas de la administración pública central, estatutos autonómicos departamentales, estatutos autonómicos de otros pueblos indígenas o campesinos u originarios, sus propios estatutos, cartas orgánicas y los productos del ejercicio de la potestad legislativa y reglamentaria de los diversos niveles de gobierno subnacionales.

Se trata, desde mi punto de vista, de un diseño absolutamente coherente porque permite preservar la cohesión y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano, más aun cuando el cuestionamiento a la constitucionalidad del instrumento normativo en concreto puede ver-

sar no solamente en lo que a su contenido sustancial se refiere, sino que también puede hacerlo sobre su proceso de formación.

Hubiese carecido de sustento, lógica y coherencia que los instrumentos normativos de los pueblos indígenas, originarios o campesinos queden excluidos de ese control o negarles legitimidad a sus autoridades para interponer acciones de constitucionalidad abstracta.

Por ello, es importante resaltar que las autoridades de esos pueblos podrán interponer acciones de inconstitucionalidad abstracta o en lo referente a tributos, aun cuando no sean quienes las generaron o elaboraron, así como lo podrá hacer cualquier otra persona con independencia de su autoidentificación étnica, territorial, lingüística o religiosa, entre otras, en tanto sea una de las que el texto constitucional reconoce como legitimada al efecto.

Ello amerita precisar que en el caso de la Presidenta o del Presidente de la República se está ante un servidor público que participa en la promulgación de las leyes sancionadas por el Legislativo y en las normas que ejercen del ejercicio de la potestad reglamentaria del ejecutivo nacional, pero no de aquellas emergente en los niveles de gobierno subnacionales (departamental, provincial, municipal o indígena, originario o campesino) sin que en éste último caso exista un impedimento o cuestionamiento para que pueda ejercitar las atribuciones 1 y 2 previstas en el artículo 172 del texto constitucional en el que se señala:

Artículo 172. Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.
2. Mantener y preservar la unidad del Estado boliviano.

Atribuciones que van aparejadas, en el diseño constitucional, del impedimento para que este funcionario público determine discrecional o unilateralmente si se está ante una norma inconstitucional o no, por lo que en el supuesto de estar frente a un caso en el que le asista esa duda tendrá que interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad, es decir, cuando estime que existe una norma que choca o es contraria a

lo que el texto constitucional establece. Consecuentemente, una norma perteneciente a un pueblo indígena, originario o campesino identificada por el Presidente de la República como inconstitucional podrá motivar que sea esta autoridad quien interponga la acción abstracta de inconstitucionalidad, sin necesidad de consulta o trámite previo con las autoridades del pueblo comprometido.

Razonamiento que es aplicable para las senadoras y senadores y diputadas y diputados porque la naturaleza de su elección y representación (territorial y poblacional-territorial respectivamente, con un nivel de representación étnico racial en algunos casos) no deriva en que la representación quede restringida al departamento o a la circunscripción territorial en el que se encuentre uno u otro pueblo indígena, originario o campesino donde se identificó la presunta norma inconstitucional. El ejercicio de esas funciones implica una responsabilidad nacional y atribuciones de alcance nacional no existiendo óbice para que cualquier Senador o Diputado pueda interponer el recurso que se analiza en el supuesto planteado. El mismo razonamiento es aplicable para los Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, con la variante de la limitación territorial departamental, provincial o municipal de la representación que se asuma luego de la elección.

También es importante resaltar que la máxima autoridad de la Defensoría del Pueblo, conforme a lo establecido en el artículo 228.I del texto constitucional, tiene asignada la tarea de velar “por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a *la actividad administrativa de todo el sector público* y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos”, que por lo establecido en el artículo 30.II.5³⁵⁷ del texto constitucional y como tengo se-

357 Artículo 30.II.5: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos [...] 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”.

ñalado, incluye la desarrollada por las autoridades de cualquiera de los pueblos indígenas, originarios y campesinos de tal forma que independientemente de las autoridades de estos pueblos, sus normas podrán ser objeto de control constitucional a partir de la interposición de la acción abstracta al tenerse así permitido en el artículo 222.1 del texto constitucional cuando se establece que es atribución del Defensor del Pueblo: “Interponer las *acciones de Inconstitucionalidad*, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato”.

En síntesis, el control correctivo de constitucionalidad abstracto diseñado en el texto constitucional, por encima de las críticas que se puedan realizar, permite preservar la unidad del ordenamiento jurídico boliviano al poder ser sometidas a ese control los contenidos normativos de cualquier instrumento normativo generado en cualquiera de los niveles de gobierno (nacional o sub nacionales), incluidos, por tanto, los de cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos existentes. También, que debe tomarse cuidado sobre la legitimación para interponer este tipo de acciones, que no abarca a los jueces ni tribunales del sistema de justicia ordinario ni a las autoridades que administran justicia en los pueblos indígenas, originarios o campesinos a diferencia de lo que acontece con aquellas autoridades de estos pueblos en tanto máximas autoridades ejecutivas del nivel de gobierno autónomo indígena.

Por lo tanto, las normas de los pueblos indígenas, originarios o campesinos cuya constitucionalidad es cuestionada no impide que las autoridades no indígenas, originarias o campesinas (v. gr.: Diputado, Senador, Gobernador y Defensor del Pueblo entre otros) puedan activar la acción que derive en el juicio de constitucionalidad abstracto y pueda declararse la inconstitucionalidad de la misma con efecto derogatorio y *erga omnes*.

4.2 El control correctivo de constitucionalidad vinculado a un caso concreto

El artículo 132 del texto constitucional legitima a toda persona individual o colectiva, afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución, a presentar la que se ha denominado “Acción de Inconstitucionalidad”. Ello supone la existencia de un caso concreto y una afectación concreta (se entiende real, actual y concreta y no potencial ni hipotética).

Ese caso concreto puede darse en el ámbito del sistema de administración de justicia ordinario o en el ámbito de administración de justicia de cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos existentes. Al mismo tiempo la pertenencia o la autoidentificación étnica no operan como condición o requisito para poder ejercer el derecho a interponer esta acción. También, que la denominación genérica de “norma jurídica” que emplea el artículo 132 resulta aplicable a aquellas que emergen del ejercicio de la facultad normativa (legislativa y reglamentaria) en general, incluidas las de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad que analizó se presenta como un mecanismo que habilita el que pueda ser aplicado a las normas de estos pueblos y así preservar la unidad y coherencia de un ordenamiento jurídico boliviano integrado por varios subordenamientos jurídicos.

Su desarrollo, lamentablemente, no se lo realizó en la Ley del Tribunal Constitucional ni en el Código Procesal Constitucional lo que dificulta su análisis, pero no lo impide. Por una parte, porque el Tribunal Constitucional Plurinacional despliega su actividad de control en base a lo previsto en el texto constitucional y no lo que le imponga o limite la Asamblea Legislativa Plurinacional a través de una ley u otro instrumento normativo.

Por ello sostengo que se está frente a una acción de control constitucional vinculado a un caso concreto en el que está vigente un

instrumento normativo que se lo entiende inconstitucional y que afectó a una persona. La legitimación solo queda restringida a ser mayor de edad, no haber sido declarado interdicto o estar impedido para ejercer sus derechos y asumir obligaciones.

Sobre esa base, corresponderá que además de observarse los requisitos formales de contenido de la demanda, pueda adjuntarse un ejemplar de la norma impugnada o precisar su contenido o, en caso de normas no escritas, especificar donde es que se aplica. También, deberá acreditarse la afectación.

Podrán, en este sentido, ser cuestionados los instrumentos normativos en general incluyendo dentro de estos aquellos los que son fruto del ejercicio de la potestad de generación legislativa o reglamentaria de cualquier pueblo indígena, originario o campesino. No procederá, por las características de la acción que comento, interponerla contra resoluciones judiciales, por ejemplo, o contra aquellas que queden sujetas al control de legalidad que opera en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción agroambiental, de las jurisdicciones especializadas que se creen o de la jurisdicción indígena, originaria o campesina.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia constitucional cuando corresponda deberá declararse su inconstitucionalidad con efectos derogatorios o abrogatorios para todos y no solo para la parte que interpuso la acción.

Es una acción diferente, en todo caso, a la prevista en el artículo 202.1 del texto constitucional que se ha denominado en el Código Procesal Constitucional como “acción de inconstitucionalidad concreta” y desarrollado del artículo 79 al 84³⁵⁸. Para resaltar la diferencia entre una y otra cabe tener en cuenta que:

- Conforme lo prevé el artículo 132 del texto constitucional para la denominada acción de inconstitucionalidad, se requiere acre-

358 La Ley N° 027, del Tribunal Constitucional, desarrollaba esta acción desde el artículo 109 hasta el artículo 108.

editar una afectación concreta (se entiende real, actual y concreta y no potencial ni hipotética), a diferencia de lo que se exige para la acción de inconstitucionalidad concreta prevista en los artículos 73.II³⁵⁹ y 79³⁶⁰ del Código Procesal Constitucional. En esta última acción, se requiere la existencia de una potencial aplicación en el caso concreto de la norma que se acusa de inconstitucional.

- Conforme lo prevé el artículo 132 del texto constitucional para la denominada acción de inconstitucionalidad, no se requiere que esté en marcha un proceso judicial o administrativo, a diferencia de lo exigido para la acción de inconstitucionalidad concreta prevista en el artículo 202.1 del texto constitucional y en los artículos 73.II y 79 del Código Procesal Constitucional.

Un elemento coincidente entre esa acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 132 del texto constitucional con la acción de inconstitucionalidad concreta prevista en el artículo 202.1 del mismo texto y los artículos 73.II y 79 del Código Procesal Constitucional, es que la afectación real, actual y concreta en la primera y potencial en la segunda acción, puede ser a una persona natural o a una persona colectiva y, como expresión de esta última, un pueblo indígena, un pueblo originario o un pueblo campesino.

359 “Artículo 73. (Tipo de acción de inconstitucionalidad). Las Acciones de Inconstitucionalidad podrán ser:

I. [...]

II. Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.”

360 “Artículo 79. (Legitimación activa). Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción.”

Diferencias que me permiten, ahora, concentrar el análisis en la acción de inconstitucionalidad concreta previsto en el artículo 202.1 del texto constitucional y el artículo 73.II del Código Procesal Constitucional.

Tomando las palabras de Rivera Santivañez, la acción de inconstitucionalidad concreta:

“Es un proceso constitucional que tiene la finalidad de someter al control de constitucionalidad una disposición legal, sobre cuya constitucionalidad surge una duda razonable y fundada, en aquellos casos concretos en los que debe ser aplicada para resolver un proceso judicial o administrativo, a objeto de que el órgano competente someta a juicio de constitucionalidad para verificar su compatibilidad con la Constitución.”³⁶¹

Corresponde tener presente que el Tribunal Constitucional que trabajó bajo el marco del texto constitucional vigente hasta febrero de 2009 desarrolló una importante jurisprudencia y sentó una práctica que apuntaló el que se hubiese mantenido sin mayores modificaciones en el texto constitucional vigente.

Su jurisprudencia permitió precisar aquellos casos en los que se está frente a un proceso judicial o administrativo, cómo y cuándo el servidor público que administra justicia debe promover la acción de inconstitucionalidad concreta y el tratamiento que requiere en el seno de ese órgano de control..

Tal como lo establece el texto constitucional vigente y, en particular, el artículo 78.II en sus numerales 2, 3, 4 y 5, deriva en que la declaración de inconstitucionalidad tenga un carácter vinculante y general.

En cuanto a los instrumentos normativos que pueden ser sometidos a este control, según lo previsto en el artículo 202.1 del texto constitucional y 73.II del citado Código, se tiene que son las leyes, los Estatutos Autonómicos, las Cartas Orgánicas, decretos y todo género de resolución no judiciales. Para que se lleve a cabo ese control, como

361 Rivera Santivañez, 2012: 251.

resalté, debe existir un proceso judicial o administrativo en el que se active la acción por lo que corresponde aclarar cuando es que se está frente a uno de éstos. Esa tarea resulta compleja, pero no muy dificultosa, en el ámbito del subsistema de administración de justicia ordinaria a partir de la identificación de la presencia de un poder de acción, otro de defensa y otro de decisión. En cambio, esa tarea es más compleja en algunos de los subordenamientos jurídicos indígenas, de los originarios y de los campesinos porque no se presentan esos tres componentes tan claramente diferenciados. En varios casos una misma persona o conjunto de personas desarrollan diversas tareas como las de administrar justicia, de orden religioso o espiritual, de orden político o económico³⁶². Frente a ello, si bien los tres elementos resaltados aportan a identificar cuando se está frente a un proceso judicial o administrativo en los pueblos indígenas, originarios y campesinos, pero también aportan a ese fin las particulares cosmovisiones que en cada uno de ellos orienta esa labor. También aporta a esa identificación la cualidad de la decisión que se espera emerja de la actuación de esas autoridades independientemente de las formas o formalidades que se apliquen. Ese viene a ser el punto central de análisis que permita identificar cuando es que existe la potencial aplicación de una norma (en sentido amplio) para el caso concreto cuya constitucionalidad se puede cuestionar.

También es importante precisar que lo que se someterá a control es el contenido normativo de los instrumentos normativos que precisa el texto constitucional, porque salvo aquellos casos en los que existe una imposición como la de tener que dotarse de un estatuto para el acceso a la autonomía municipal indígena, a la autonomía indígena, a la autonomía originaria, a la autonomía campesina o a la autonomía regional indígena, no en todos los casos revestirá características similares a los de una ley en sentido formal o a un decreto supremo, por poner dos

362 Ver Ministerio de Justicia, 1999, tomos 1, 2, 3 y 9; y Nicolas, Fernández y Flores, 2007.

ejemplos. En muchos casos, esos instrumentos normativos deberán ser identificados aplicando, al efecto, un concepto de ley en sentido formal y material así como la dinámica equiparable a la de gestación de normas a partir de los precedentes (jurisprudencia es un término que entiendo correcto) independiente de que se presenten en forma escrita u oral. Pero esas normas que pueden contener componentes de orden espiritual o religioso, moral o ético, son precisamente las que demandarán del Tribunal Constitucional Plurinacional el esfuerzo para alcanzar a fijar si se está o no frente a un instrumento normativo que corresponda ser objeto de control.

Otra de las labores complejas que le corresponderá desplegar al Tribunal, en el marco de la acción que comento, es si es que verdaderamente corresponde llevar a cabo un control de constitucionalidad o un control de legalidad y, al mismo tiempo, suplir las falencias que presenta el Código Procesal Constitucional para aquellos casos en los que se presente aplicable en un mismo caso el control de constitucionalidad y el de legalidad.

En lo que corresponde a la legitimación activa el artículo 79 del Código Procesal Constitucional precisa que la tiene la autoridad judicial o administrativa que conoce el proceso judicial o administrativo correspondiente.

En ese sentido, aun cuando el citado Código guarda silencio, en el caso de los pueblos indígenas, originarios o campesinos corresponde entender que es el texto constitucional el que le brinda esa legitimación a las autoridades (sujeto individual o colectivo) que son competentes para administrar justicia, independientemente de que cumpla o no otras funciones.

También es importante resaltar que la acción que analizó puede ser activada de oficio o a petición de parte, operando de igual forma en el ámbito de cada subordinamiento jurídico indígena, originario o campesino, razón por la cual la autoridad descrita en el párrafo anterior, tiene el deber de elevar al Tribunal Constitucional Plurinacional el cuestio-

namiento al instrumento normativo que se pretende aplicar, ya sea de oficio o a petición de cualquiera de las partes involucradas, cuando se lo entiende inconstitucional. Al igual que en el ámbito del subordenamiento de justicia ordinario, ninguna de las autoridades de esos pueblos puede negar o impedir la remisión de la consulta al Tribunal Constitucional aun cuando estimen que la norma es constitucional. Así lo han aceptado los pueblos indígenas, originarios y campesinos al aprobar el texto constitucional vigente con su participación en el referéndum llevado a cabo el mes de enero de 2009.

Está por demás señalar que la decisión que emerja del Tribunal sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del contenido normativo controlado tiene efecto vinculante para las autoridades de los pueblos señalados tal como acontece con los jueces o tribunales del subordenamiento jurídico ordinario donde resaltó el supuesto en el que se determine el efecto derogatorio o abrogatorio del instrumento normativo en concreto y de aquellos conexos o concordantes cuando corresponda.

Por otra parte, tal como lo precisa el Código Procesal Constitucional en el artículo 73.II, no le compete al Tribunal conocer ni resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones que dicte el Órgano Judicial que, por los elementos que resalté en su momento, engloban a los dictados por jueces, tribunales, y autoridades que administran justicia en cada uno de los pueblos indígenas, en cada uno de los pueblos originarios y en cada uno de los pueblos campesinos se los denomine o no jueces, juezas o magistrados.

Finalmente, en lo referente a esta acción de inconstitucionalidad concreta, corresponde alertar que no debe ser confundida con las consultas de las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios o de los pueblos campesinos sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto a las que refiere o, con mayor propiedad, establece el texto constitucional en el artículo 202.8 como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Las acciones analizadas en este punto podrán verse incrementadas si así lo decide el legislador al poder incorporarse otras mediante Ley al así permitirlo el artículo 202 del nuevo texto constitucional.

En resumen, las acciones de control correctivo de constitucionalidad vinculado a un caso concreto son las establecidas en los artículos 132 y 202.1 del texto constitucional y abarcan, como tengo precisado, los contenidos de los instrumentos normativos gestados por cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos en ejercicio de su potestad de generación legislativa o reglamentaria.

4.2.1. Los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las especializadas en el control correctivo de constitucionalidad vinculado a un caso concreto

De lo manifestado sobre las acciones que activan el control de constitucionalidad que nos ocupa, se tiene que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las especializadas no tienen mayor intervención en lo que concierne a la acción de inconstitucional prevista en el artículo 132 del texto constitucional, al menos, en tanto no se desarrolle mediante ley algo diferente.

En cambio, en la acción de inconstitucionalidad concreta prevista en el artículo 202.1 del texto constitucional y los artículos 73.II y 79 al 84 del Código Procesal Constitucional les exige diligencia además de tareas específicas.

En ese sentido, en aquellos casos en los que se promueva la acción a petición de parte, esas autoridades deben proceder a admitirla o rechazarla conforme se detalla en el artículo 80 del Código Procesal Constitucional. En cualquier caso deberán remitirla al Tribunal Constitucional Plurinacional para su revisión (en caso de rechazo) o consideración (si es admitida), en cualquier caso, con las motivaciones y fundamentaciones correspondientes.

Pero además de esas diligencias de orden procedimental, existen otras de orden sustancial. Esas autoridades tienen la obligación de valorar con el mayor profesionalismo los fundamentos que les sean expuestos por quienes solicitan se promueva la acción de inconstitucionalidad. Particularmente importante es, además, que promuevan esa acción cuando identifican la posible presencia de una inconstitucionalidad y, en el marco de esta tarea, hacerlo no solo cuando el instrumento normativo propio de la justicia ordinaria sino también cuando identifican que ese instrumento normativo se presenta como inconstitucional por contravenir cualquier contenido normativo constitucional en lo que a reconocimiento de derechos y de potestades de generación normativa y de administración de justicia se refiere de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

De esa forma se cuenta con una vía, un mecanismo, que apuntala la búsqueda de construcción de un orden jurídico coherente y consistente.

4.2.2. Las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en el control correctivo de constitucionalidad vinculado a un caso concreto

Del análisis de la acción de constitucionalidad prevista en el artículo 132 del texto constitucional (no desarrollada en el Código Procesal Constitucional) se tiene que no son las autoridades de los pueblos indígenas, originarios o campesinos aquellas que puedan conocer y resolver este tipo de acciones sino únicamente el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Pero también queda claro que cualquier persona, con absoluta independencia del ejercicio de su derecho a autoidentificación, puede presentar esa acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional y, por lo tanto, cualquier autoridad, individual o colectiva, de cualquier pueblo indígena, pueblo originario o pueblo campesino, podrá presentarla para que se lleve a cabo el control constitucional so-

bre el contenido normativo del instrumento normativo cuestionado u observado. En este sentido cabe resaltar que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona no solo puede ser aquella emanada del ejercicio de la potestad de generación legislativa o reglamentaria del pueblo en el que tienen reconocida esa cualidad de autoridades, sino que también pueden hacerlo cuando ese instrumento normativo fue generado en otro pueblo indígena, otro pueblo originario, otro pueblo campesino, el gobierno autónomo municipal, el gobierno autónomo departamental o el nivel nacional de gobierno.

En lo referente a la acción prevista en el artículo 202.1 del texto constitucional correspondiente al control correctivo de constitucionalidad vinculado a un caso concreto, adquiere importancia el rol de las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos para depurar el ordenamiento jurídico boliviano. Estas autoridades tienen la obligación constitucional de remitir el incidente que se les presente o que activen de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional y evitar emitir una resolución final aplicando en el caso que conocen en tanto no se dicte la sentencia constitucional que corresponda.

Al mismo tiempo, es a estas autoridades a las que les corresponde promover de oficio la acción cuando identifican la posible inconstitucionalidad de la norma de la cual depende la decisión final que adopten.

4.3. Otras atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional

Las atribuciones comentadas, propias de lo que se denomina control constitucional, son esenciales para el armónico desenvolvimiento de los subordenamientos jurídicos que integran el ordenamiento jurídico boliviano y, en especial, para el efectivo ejercicio de las potestades de generación normativa (legislativa y reglamentaria) de cada uno de los pueblos indígenas, de cada uno de los pueblos originarios y de cada uno de los pueblos campesinos.

Pero en el artículo 202 del texto constitucional también se establecieron otras atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional no menos importantes con igual trascendencia para esos pueblos, en especial, en lo que se refiere al derecho a administrar justicia aplicando sus propias normas a través de sus propias autoridades.

Para su análisis, con un fin estrictamente didáctico, me permito generar tres grandes grupos.

El primero comprende las atribuciones del Tribunal Constitucional de conocer y resolver conflictos de competencia:

- Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público (artículo 202.2 del texto constitucional);
- Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas (artículo 202.3 del texto constitucional); y,
- Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental (artículo 202.11 del texto constitucional);

El segundo, integrado por aquellas que versan sobre la protección de Derechos Humanos, derechos fundamentales explicitados en el texto constitucional y otros derechos de similar naturaleza no previstos expresamente en ese texto, que comprende:

- Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas” (artículo 202.5 del texto constitucional); y,
- La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento (artículo 202.6 del texto constitucional).

Y, el tercero, que comprende las atribuciones de ese Tribunal vinculadas, como precisaré, al control de legalidad³⁶³:

- Los recursos directos de nulidad (artículo 202.12 del texto constitucional); y,
- Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria (artículo 202.8 del texto constitucional).

Con relación al *primer grupo* debe tenerse en mente que desde la constitución de Bolivia como Estado libre, independiente y soberano en 1825 hasta el presente se viene desarrollando una administración pública que, no sin tropiezos ni dificultades y en tanto complejo organizacional, responde en su esencia a la lógica que informa sobre los beneficios de tener repartidas cuotas de poder público o, con mayor propiedad, funciones, entre diversos órganos estatales, no pudiendo dos de ellos desempeñar iguales funciones sin que se afecte negativamente a la libertad o a la dignidad de los seres humanos y, consecuentemente, al régimen democrático. Tal como señala Dromi “...la libertad no exige que los órganos del Estado ejerzan todas las funciones, pero sí que algunos de ellos ejerzan determinadas competencias de modo exclusivo y excluyente”³⁶⁴, algo que no comprendieron ni entienden regímenes autoritarios y gobiernos usurpadores.

Contexto en el que se presenta el artículo 12 del texto constitucional vigente donde se señala que:

Artículo 12.- 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

363 Dejo constancia de que la acción de amparo constitucional también opera en la materia que permite generar este grupo, pero que la incluyo solo en el anterior por ser en el que se manifiesta su mayor presencia.

364 Dromi, 1996: 115.

la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos.

De ahí que la correcta comprensión del sentido en el que se emplea el término Estado, en éste artículo, sea el de administración pública (en sentido amplio) que se organiza y estructura, en esencia, sobre la base de cuatro órganos que tienen competencias diferenciadas pero que no están ajenas a potenciales conflictos de competencias o de atribuciones que requieren contar con un mecanismo de solución en base al Derecho y no la fuerza o la violencia.

Precisando lo que por “competencia” se entiende, acudo a las palabras de Sánchez Morón cuando sostiene que:

“La competencia, por usar una definición clásica, es la medida de la potestad que corresponde a cada entidad y a cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano por relación a los demás [...] Las competencias administrativas se distribuyen por normas jurídicas. Estas normas *competenciales* pueden ser de diferente rango...” [Entiéndase, supra constitucional, constitucional, legal o reglamentario].³⁶⁵

Y, en lo concerniente al término “atribución” transcribo in extenso, por su claridad y precisión, el razonamiento que expone Gordillo cuando señala que:

No debe confundirse la *competencia* con la “aptitud de obrar” de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano;” en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino solo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar. Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la*

365 Sánchez Morón, 2009: 243.

competencia como especie. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función solo será legítimo cuando lo realice en su competencia: el que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, pero ello no quita que el acto sea estatal y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.

La aptitud de obrar o ejercicio de la función deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa y ello se aprecia de acuerdo con la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; *la competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regula *la licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.³⁶⁶

Precisiones conceptuales que resultan ineludibles para comprender que, en el marco de lo previsto en el artículo 202.2 del texto constitucional, es el Tribunal Constitucional quien conocerá y resolverá “Los conflictos de competencias y atribuciones *entre órganos del poder público*”, es decir, los órgano-institución precisados en el artículo 12.I del propio texto constitucional. También, que por tal razón, en ningún caso se puede promover contienda de competencia al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo a lo previsto en el texto constitucional. Y, que aun cuando la estructura de la administración pública presenta otros órganos de origen también constitucional, legal o consuetudinario como es el caso de la Contraloría General, la Defensoría

366 Gordillo, *op. cit.*: XII-8.

del Pueblo, la Procuraduría General del Estado ni los propios correspondientes a los pueblos indígenas, originarios o campesinos; estos no ingresan en el *selecto* grupo al que se refiere el artículo 202.2 del texto constitucional tal como lo refleja el artículo 85 del Código Procesal Constitucional en general, y, específicamente, en sus artículos 86, y 91.

Así lo precisó el Tribunal Constitucional que desarrolló sus actividades jurisdiccionales hasta el 2008 cuando, por ejemplo, en la Sentencia Constitucional N° 0001/2005 de 2 de febrero de 2005, señaló:

... que la acción de conflicto de competencia es un proceso constitucional que tiene la finalidad de determinar el titular de una competencia asignada por la Constitución, en aquellos casos en los que, con motivo de emitir una disposición, resolución o adoptar un acto, se genera un conflicto porque se entiende que uno de los titulares de un órgano público invade el ámbito de competencia de otro...

En el marco de esta atribución del Tribunal, es también relevante señalar que como lo precisó el Tribunal Constitucional que desarrolló sus actividades hasta el 2008 bajo la vigencia del texto constitucional de 1967 reformada en 1994, 2004 y 2005, en un sentido plenamente aplicable en el marco constitucional vigente, no se está ante una vía a través de la cual se puedan resolver los conflictos de competencias o de atribuciones que se den dentro de un mismo órgano ya que para ello existen otras vías o correctivos administrativos aplicables³⁶⁷. No menos relevante es precisar que esos conflictos de competencia o de atribuciones puedan darse por actividad o inactividad.

367 El Auto Constitucional N° 380/2003-CA, de 20 de agosto, se señaló que: "... por Auto Supremo 028/2003 de 9 de abril, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declina de competencia de la demanda contencioso-administrativa interpuesta por (...) contra la Alcaldesa Municipal y el Presidente del Concejo Municipal de Cochabamba, remitiendo el proceso ante la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, la misma que por Auto

En lo directamente relacionado con el tema central de este estudio, la importancia de esta atribución del Tribunal Constitucional radica en que la asignación de competencias y atribuciones a los órganos Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral permite el efectivo ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como el de sus potestades de generación normativa (en sentido amplio) y el de administración de justicia. Pero tal como se aprecia en el tiempo de vigencia del texto constitucional, con frecuencia se aprecia como desde uno de esos órganos (el Ejecutivo) se imponen decisiones altamente discrecionales a otros órganos (al Legislativo, al Electoral y al Judicial) como si los derechos y las potestades de esos pueblos fueran compartimentos estancos.

Ahí, desde mi punto de vista, se presenta un gran desafío para quienes integran el Tribunal Constitucional Plurinacional. Reitero, a manera de ejemplo y en lo directamente aplicable al contenido del texto constitucional vigente que son más que evidentes los excesos en la competencia y las atribuciones de un órgano del Estado que emite, ges-

de 5 de agosto de 2003, también declina de competencia; evidenciándose la inexistencia de conflicto de competencia en el ámbito constitucional por cuanto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Superior del Distrito de Cochabamba forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Política del Estado, entonces no puede hablarse de usurpación de funciones de un poder respecto a otro”.

La Comisión de Admisión de este Tribunal dictó el AC 656/2005-CA, de 21 de diciembre, por el que rechazó un supuesto conflicto de competencia suscitado entre la Superintendencia Tributaria Regional La Paz y la Administración de Aduana Interior La Paz, con el argumento de que: “... no hay un conflicto de competencias, dado que en el caso que se analiza, no existe ninguna pugna entre máximas autoridades de los órganos centrales del poder estatal, sea entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial; o entre estos con la Corte Nacional Electoral; entre las administraciones departamentales o entre los gobiernos municipales respecto a la invasión de la titularidad de las competencias para conocer y resolver un proceso o recurso, o lo que es lo mismo, no se da la concurrencia de dos autoridades que reivindiquen cada una para sí, la competencia de conocer y resolver el asunto en cuestión”.

ta y aplica instrumentos normativos y ejecuta actos en abierto exceso de la competencia en materias legislativas y judiciales que versan sobre los derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como de sus atribuciones de generación normativa y de administración de justicia.

Un segundo conflicto de competencias (ya no de atribuciones) que le corresponde conocer y resolver al Tribunal Constitucional Plurinacional son los que se presentan “... entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas”, previsto en el artículo 202.3 del texto constitucional. A diferencia del anterior, no se trata de conflictos entre los órganos públicos precisados en el artículo 12.1 del texto constitucional³⁶⁸.

Son conflictos que versan sobre las competencias detalladas en los artículos que integran la Tercera Parte (Estructura y organización territorial del Estado) del texto constitucional.

Por ello, cuando en el artículo 202.3 del texto constitucional, lo primero que se requiere precisar es a qué se refiere con “gobierno plurinacional” o, si se prefiere ¿cuál es el gobierno plurinacional? Para hacer-

368 Con relación a éste tipo de conflictos, el Tribunal Constitucional que desarrolló sus actividades jurisdiccionales hasta el 2008 precisó en la Sentencia Constitucional N° 0001/2004, de 16 de febrero de 2004, que:

“El conflicto de competencia, en la Jurisdicción Constitucional, se configura cuando sobre la tramitación de un determinado asunto existen dos autoridades que reivindican para sí la competencia, es decir, una autoridad que tramita un asunto, sin tener, en apariencia, competencia para ello, y una segunda autoridad que, en apariencia, sí tiene competencia para tramitar ese asunto, en cuyo caso corresponde al Tribunal Constitucional dirimir el conflicto señalando cuál es la autoridad competente”.

Cabe, en todo caso, advertir que el texto constitucional vigente hasta febrero de 2009 establecía en su artículo 120.2 que era atribución del Tribunal Constitucional la de conocer y resolver “Los conflictos de competencia y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios”; y, en el artículo 120.3 la de conocer y resolver “Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales”.

lo se requiere acudir a un conjunto de artículos dispersos en el propio texto constitucional. En primer lugar, al artículo 5.º donde la denominación de “gobierno plurinacional” es empleada expresamente para diferenciar un gobierno plurinacional de los gobiernos departamentales cuando se señala que: “El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos³⁶⁹ deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano”; en segundo lugar, el artículo 277 en el que se refiere al “gobierno autónomo departamental”; en tercer lugar al artículo 281 que se refiere al “gobierno de cada autonomía regional”; en cuarto lugar al artículo 283 donde se habla del “gobierno autónomo municipal”; y, finalmente, al artículo 296 en el que se hace referencia al “gobierno de las autonomías indígena originaria campesina”.

Contexto que requiere tener presente, además, la independencia que caracteriza a los órganos en cada nivel de gobierno, lo cual impide considerar que los conflictos se presenten como bloques entre el nacional con los subnacionales o viceversa, sino que se genera una larga lista de escenarios de conflictos de competencia; por ejemplo, se tiene que pueden presentarse conflictos entre el legislativo nacional con el ejecutivo municipal, entre el ejecutivo nacional y el ejecutivo indígena, entre el legislativo departamental y el ejecutivo nacional, entre el ejecutivo (o equivalente indígena) con el legislativo (o equivalente campesino), etc.

Escenario que permite comprender la importancia que adquiere el Tribunal Constitucional Plurinacional en torno al ejercicio de las potestades de generación normativa (legislativa y reglamentaria) y las ta-

369 Entiéndase, además del gobierno nacional y los gobiernos departamentales, los gobiernos autónomos municipales, los gobiernos autónomos de cada uno de los pueblos indígenas, los gobiernos autónomos de cada uno de los pueblos campesinos y los gobiernos autónomos de cada uno de los pueblos originarios.

reas de los ejecutivos de cada pueblo indígena, originario y campesino cuando autónomos con relación a los niveles de gobierno nacional, departamental y municipal. El favorecimiento a lógicas de jerarquía que impulsa el gobierno actual puede derivar en la desnaturalización de la organización territorial del Estado, en tanto que la asimilación del proceso autonómico con una clara concepción de competencias que asisten a cada nivel de gobierno fortalecerá la unidad territorial estatal. Por cierto, igual riesgo se corre si desde ese Tribunal se insiste en presentar lo indígena, lo originario y lo campesino como una suerte de unidad.

Contexto que desde mi punto de vista no se ve favorecido por lo previsto en el Código Procesal Constitucional, donde al desarrollar el procedimiento aplicable para este tipo de conflictos, se le da al Tribunal la potestad de suspender el ejercicio de una competencia cuando se trata de un conflicto de competencia positivo³⁷⁰. Riesgoso, sostengo, porque viene a ser una vía de paralización de la actividad pública donde el más perjudicado es el ciudadano, donde los pueblos indígenas y campesinos (el caso de los pueblos originarios, en general, es diferente) a su vez, terminan por ser aquellos que pueden llegar a verse más perjudicados. Si se suman las reducidas competencias de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en las que pueden ejercer su potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria) a las que me referí en el capítulo I de este documento, y la de administración de justicia correspondientes con estas, se terminará por coincidir en que es la mejor expresión de un freno al desarrollo del régimen autonómico boliviano.

370 Código Procesal Constitucional: “Artículo 92. (Procedencia).

I. El conflicto de competencias entre el nivel central del Estado y las Entidades Territoriales Autónomas y Descentralizadas, y entre éstas, procederá como conflicto positivo, cuando una de ellas entienda que la otra ejerce una determinada competencia que no le corresponde de acuerdo a la Constitución Política del Estado o la Ley.

II. Asimismo, procederá como conflicto negativo, cuando ninguno de esos Niveles asuma las competencias atribuidas por la Constitución Política del Estado o la Ley.”

Será en el tiempo que se develen las limitaciones que conlleva ese diseño para los pueblos indígenas, originarios o campesinos con menor población, presencia territorial, poder de presión, resistencia o incidencia en estructuras de toma de decisiones nacionales salvo que, y es el punto más importante, ese Tribunal asuma que lo de “naciones y pueblos indígena originario campesinos” no es sostenible como unidad o bloque sino que, como tengo explicado, reconozca la existencia de cada pueblo indígena, cada pueblo originario y cada pueblo campesino, cada uno titular del derecho a la autodeterminación y objeto de tutela frente a afanes de sometimiento desde Palacio de Gobierno, en Plaza Murillo de la ciudad de La Paz, y aplique los principios *pro homine*, *el pro actione* y *del favor debilis* cuando corresponda.

Finalmente, ingresando al análisis del tercer componente del primer grupo de atribuciones del Tribunal Constitucional planteado al inicio del desarrollo de éste punto, se tiene la atribución de conocer y resolver “Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental” (artículo 202.11 del texto constitucional).

Su inclusión en un mismo grupo con las dos acciones anteriores radica en que se trata de la intervención del Tribunal en un conflicto que se presenta en el seno de la administración pública aun cuando se da entre entes que integran un mismo Órgano: el Judicial.

La diferencia radica en que en este tipo de conflictos el término “competencia” adquiere una acepción diferente, que motiva acudir a dos artículos de la Ley N° 025, denominada Ley del Órgano Judicial. En primer lugar, al artículo 11 donde se señala:

Artículo 11. (JURISDICCIÓN). Es la potestad que tiene el Estado Plurinacional de administrar justicia; emana del pueblo boliviano y se ejerce por medio de las autoridades jurisdiccionales del Órgano Judicial.

Y, a partir de éste, que reafirma el hecho de que esa potestad es atribuida a un Órgano, el Judicial (integrado por personas que individual

o colectivamente administran justicia variando su denominación en jueces, tribunales, autoridades indígenas, etc.), al artículo 12 de la misma Ley donde se esgrime un concepto de “competencia”:

Artículo 12. (COMPETENCIA). Es la facultad que tiene una magistrada o magistrado, una o un vocal, una jueza o un juez, o autoridad indígena originaria campesina para ejercer la jurisdicción en un determinado asunto.

Marco que me permite sostener que más que estar frente a un conflicto de competencias, lo que corresponde conocer y resolver al Tribunal Constitucional Plurinacional es un conflicto de atribuciones. Pero sin extenderme sobre este tema, paso a resaltar que la denominada jurisdicción “indígena originaria campesina” forma parte del Órgano Judicial... un Órgano que termina integrado por cinco componentes: 1) la denominada jurisdicción ordinaria; 2) la denominada jurisdicción indígena originaria campesina; 3) la denominada jurisdicción agroambiental; 4) las jurisdicciones especializadas a crearse mediante ley; y, 5) la justicia constitucional. Pero no son los conflictos entre cualquiera de estas las que se prevén como aquellas que deban ser resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional especialmente cuando el artículo 14 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial, señalaba que:

Artículo 14. (CONFLICTOS). I. Los conflictos de jurisdicción entre la ordinaria, agroambiental, especializada e indígena originario campesino, se resolverán por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

II. Los conflictos de competencias dentro de una jurisdicción se resolverán de conformidad a ley.

Previsión normativa que terminaba ampliando la atribución constitucionalmente prevista en el artículo 202.11 que solo se refiere a los conflictos de competencia entre la jurisdicción “indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental”, no a los conflictos de la jurisdicción indígena originaria campesina con las jurisdicciones especializadas.

Pero ese artículo 14 de la Ley N° 025, denominada Ley del Órgano Judicial, cuya data es del 24 de junio del 2010, vino a ser derogado implícitamente por el artículo 124 de la Ley N° 027, denominada Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, del 6 de julio del 2010, donde nuevamente se incorporó la redacción del texto constitucional.

Pero el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 6 de agosto de 2012, vuelve a lo que se había derogado, así se señala:

Artículo 100. (Objeto). El Tribunal Constitucional Plurinacional resolverá los conflictos de competencias entre las Jurisdicciones Indígena Originaria Campesina, Ordinaria y Agroambiental,

Pero así como amplía la atribución del Tribunal, excluye de esos conflictos a lo que se den entre cualquiera de las jurisdicciones a las que se hace expresa referencia de las que puedan gestarse entre esas y las jurisdicciones especializadas.

Ese artículo del Código citado reduce la pluralidad y pluralismo que se encuentra en la esencia de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos al presentarla como una unidad.

Por ello es necesario clarificar los escenarios de actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional en el marco de la atribución objeto de análisis:

- a) No es atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver los conflictos de competencia que se presenten en el seno de la denominada jurisdicción ordinaria conforme lo prevé el artículo 38 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial³⁷¹.

371 Señala que entre las atribuciones de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia se encuentra la de: “Dirimir conflictos de competencia suscitados entre los Tribunales Departamentales de Justicia y de juezas o jueces de distinta circunscripción”. Cuando el conflicto es entre jueces del mismo Departamento, conforme a lo previsto en el artículo 50 de la misma Ley, será resuelto por la Sala Plena del Tribunal Departamental de Justicia correspondiente, y así sucesivamente. En ello no hay, por tanto, mayor novedad ni problema.

- b) Tampoco es atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional el conocer y resolver los conflictos de competencia que se presenten en el seno de la denominada jurisdicción agroambiental, conforme se prevé en el artículo 140.1 de la Ley N° 025.
- c) Para los casos en los que se presenten conflictos de competencia entre las jurisdicciones especializadas deberá incorporarse en la ley correspondiente el o los mecanismos que precisen cuál es el ente al que le corresponde resolverlo dado que, por el momento, no es atribución ni del Tribunal Supremo de Justicia ni del Tribunal Constitucional Plurinacional.
- d) Cuando se está frente a un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria con la agroambiental, o viceversa, se tenía prevista una vía en el artículo 14 de la Ley del Órgano Judicial que quedó derogada por lo previsto en los artículos 12.11, 124, 125 y 126 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y no repuesta por el Código Procesal Constitucional tal como se lo evidencia cuando se lee con atención los artículos 100 a 103... no se cuenta con un procedimiento que regule ese tipo de conflictos.
- e) Cuando se presenta un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción agroambiental con cualquiera de las especializadas, por el momento, no se cuenta con la previsión legal que precise a quién corresponde resolverlo.
- f) El Código mejoró lo que se preveía en la denominada Ley N° 027 del Tribunal Constitucional el supuesto en el que se da un conflicto entre la jurisdicción “indígena originaria campesina” (o, bien entendida, en el ejercicio de la potestad de administrar justicia a través de la o las autoridades correspondientes de cualquier pueblo indígena, cualquier pueblo originario o cualquier pueblo campesino) con la jurisdicción ordinaria o con la agroambiental, porque le corresponderá resolverlo al Tribunal Constitucional Plurinacional.

- g) Cuando la autoridad de la jurisdicción ordinaria o agroambiental se declara competente para determinado asunto y su decisión es cuestionada por una o ambas partes del asunto en concreto [que no son propiamente las autoridades que administran justicia de un pueblo indígena, de un pueblo originario o de un pueblo campesino] (art.124.1) el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria o de la agroambiental deberá actuar conforme al procedimiento previsto en el artículo 108 del Tribunal Constitucional ya que de no alcanzarse un entendimiento, ser el Tribunal Constitucional Plurinacional el que tenga que resolver la controversia conforme lo prevé el artículo 109 del citado Código. Lo llamativo es que en el Código no se prevé un espacio para que puedan actuar o intervenir y, pese a ello, el Tribunal dictará resolución y remita “el proceso” ya sea: 1: a la jurisdicción ordinaria o a la agroambiental o, 2: a la jurisdicción indígena, a la originaria o a la campesina cuando la identifique como la competente aun cuando las autoridades de cualquiera de estas últimas no hubiesen intervenido o se les hubiese consultado, lo que sumado al hecho de ser vinculante el fallo, obliga a la jurisdicción de esos pueblos a conocer y resolver el caso o asunto aun cuando no lo pidieron.
- h) También complejo se presenta el escenario cuando la autoridad de la jurisdicción ordinaria o de la agroambiental se declara incompetente para determinado caso; decisión que cuestionada por una o ambas partes [que no son propiamente las autoridades que administran justicia de un pueblo indígena, de un pueblo originario o de un pueblo campesino] (art.124.1), deriva en que al igual que en el anterior caso, el Tribunal dictará resolución y remita “el proceso” ya sea 1. a la jurisdicción ordinaria o agroambiental o, 2. a la jurisdicción indígena, a la originaria o a la campesina sin la intervención, nuevamente, de las autoridades de estas últimas.

- i) Otro escenario se da cuando una autoridad de uno de los pueblos indígenas, una autoridad originaria de cualquier pueblo originario o una autoridad campesina de cualquier pueblo campesino que administra justicia (cuando no es parte en el proceso) se considera la competente y plantea el conflicto de competencia al juez de la jurisdicción ordinaria o de la agroambiental que conoce el asunto; o, cuando la autoridad indígena, originaria o campesina que administra justicia considera que el juez de la jurisdicción ordinaria o de la agroambiental es la competente para conocer la causa (artículo 124.III de la Ley N° 025). Corresponderá a la autoridad de la jurisdicción ordinaria o agroambiental que conoce la causa, al ser ante la cual se hizo el planteamiento, remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional para que éste dicte resolución y remita “el proceso” ya sea 1. a la jurisdicción ordinaria o agroambiental o, 2. a la jurisdicción indígena, a la originaria o a la campesina. Conforme lo prevé el Código Procesal Constitucional, ninguna de las partes en la causa tienen la posibilidad de esgrimir sus argumentos, propugnar o impugnar el cuestionamiento a la competencia realizado por la autoridad indígena, originaria o campesina... consecuentemente, terminan por ver sometido el asunto ante una jurisdicción diferente a la cual inicialmente acudieron o se vieron convocadas, lo que, desde mi punto de vista, vulnera objetivamente la garantía del debido proceso.
- j) El escenario es caótico cuando el cuestionamiento a la competencia es planteada por cualquiera de las partes inmersas en un asunto que es conocido por una autoridad que administra justicia en un pueblo indígena, originario o campesino alegando que ello corresponde a la ordinaria o a la agroambiental; o, también, cuando un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria o de la agroambiental ve cuestionada su competencia

al entender alguna de las partes que le corresponde a alguna de las autoridades de esos pueblos. Caótico, porque no se cuenta con un procedimiento expreso que permita al Tribunal Constitucional Plurinacional o al Tribunal Supremo de Justicia conocer y resolver ese tipo de conflictos aunque, desde mi punto de vista, será el Tribunal Constitucional Plurinacional el llamado a actuar en base a una interpretación que debe llevarse a cabo del artículo 179.II del texto constitucional donde se señala: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía”. Lo preocupante es, en todo caso, que en este supuesto, las partes no cuentan con vías para hacer conocer su posición.

- k) Finalmente, también caótico se presenta el escenario en el que una autoridad que administra justicia en un pueblo indígena cuestiona la competencia de la autoridad de un pueblo originario, o viceversa; o, cuando la autoridad que administra justicia en un pueblo indígena cuestiona la competencia de la autoridad de un pueblo campesino, o viceversa; o, cuando una autoridad que administra justicia en un pueblo originario cuestiona la competencia de la autoridad que administra justicia de un pueblo campesino, o viceversa. Simple y sencillamente, porque no se cuenta con el mecanismo adecuado para resolverlo. Las formas de organización de los pueblos de tierras bajas para resolver esos conflictos son diferentes... sustancialmente diferentes, para ser claro, con aquellos que tienen diseñados los pueblos de tierras altas y, dentro de los pueblos de las tierras altas, también existen marcadas diferencias en el sentido indicado.

Si algún tema debía ser abordado en la Ley de Deslinde Jurisdiccional, eran precisamente los supuestos contenidos en los incisos j) y k)... pero lamentablemente no fue así y además del énfasis de

la cooperación y coordinación entre las diversas jurisdicciones constitucionalmente establecidas (lo cual tiene un alto contenido declarativo antes que desarrollo del contenido del texto constitucional propiamente dicho), deja un vacío en claro reflejo de no haberse asumido el eje fundamental: el Tribunal Constitucional Plurinacional es el ente que tiene la mayor responsabilidad de permitir que la jurisdicción en Bolivia, que es una, pueda articular de tal forma que se superen los conflictos de competencias entre los diversos ámbitos, valga la reiteración, de competencia que tiene asignada la denominada jurisdicción ordinaria, agroambiental, especializada, indígena en cada uno de sus pueblos, originaria en cada uno de sus pueblos o campesina en cada una de sus pueblos. Es ahí donde las diversas jurisdicciones se articulan en un marco de pluralidad y de pluralismo jurídico; de preservación de la unidad de un ordenamiento jurídico donde cada subordenamiento jurídico no se rige por lógicas de jerarquía, sino de ámbito de competencias y de ejercicio de atribuciones dentro de estas.

Pero afortunadamente, el texto constitucional contiene los mecanismos que permiten superar esas deficiencias aun cuando para aplicarlas sea necesaria una alta capacidad de las personas que integran o lleguen a integrar el Tribunal Constitucional lo que permitirá velar porque se respeten componentes fundamentales, como lo es el debido proceso en los términos que se encuentra previsto en instrumentos normativos internacionales y el propio texto constitucional abarcando el principio del juez natural, para evitar que se afecten no solo los derechos de las personas sino también lo de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios o de los pueblos campesinos. Por cierto, ello será posible, únicamente, a partir del alejamiento de dinámicas político partidarias que fundamentan la presentación instrumentalizadora, como una unidad, de lo “indígena originario campesino” y asumir que cada pueblo indígena, cada pueblo originario y cada pueblo campesino tiene reconocido el derecho a la autodeterminación ligado con la preservación de sus instituciones jurídicas. Es decir, reconocer que en esos pueblos existen

subordenamientos jurídicos que no operan en un marco monolítico sino que demandan el respeto a su identidad y especificidad.

En síntesis, el primer grupo que conformé al inicio, apuntala al Tribunal Constitucional como el órgano en cuyas espaldas recae la responsabilidad de llevar a cabo la interpretación que diferencia los conflictos de competencia de orden administrativo del que corresponde a la administración de justicia, esta última, en especial, por ser esencialmente un mecanismo de control de legalidad que desde mi punto de vista correspondía ser asignado al Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora, pasando al segundo grupo de atribuciones adicionales a las de control constitucional que tengo planteado, recuerdo que viene integrado por:

- Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas”; y,
- La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento.

Con relación a los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, prevista en el artículo 202.5 del texto constitucional, corresponde precisar que no guarda diferencias con lo que se tenía previsto en el texto constitucional de 1967 reformado en 1994, 2004 y 2005. Sobre ella, con absoluta razón, Rivera Santivañez señala que:

Es un proceso tutelar que tiene por finalidad restablecer los derechos fundamentales o garantías constitucionales de la persona, en aquellos casos en los que se hubiesen restringido o suprimido, al emitir una resolución legislativa.³⁷²

Es una acción que no discrimina si lo que debe llevar a cabo el Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad o uno de le-

372 Rivera Santivañez, 2012: 519.

galidad como se desprenden de la lectura detenida del artículo 202.5 del texto constitucional cuando señala que corresponde a ese ente conocer y resolver “Los recursos contra resoluciones del órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas”.

Por ello, corresponde brindarle particular atención, partiendo con la precisión de que dadas las características que le atribuye el texto constitucional a la Asamblea Legislativa Plurinacional, los reglamentos legislativos son instrumentos normativos propios del nivel central o nacional de gobierno ya que corresponden a ese ámbito de competencias y, por lo tanto, están en un nivel jerárquico inferior a los que integran el bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales que no forman parte de aquel bloque. No tienen, por tanto, un nivel mayor o menor al de las leyes nacionales en lo que a jerarquía normativa se refiere, simplemente, porque tiene un ámbito de acción específico constitucionalmente determinado. Tampoco gozan de una ubicación superior o inferior a cualquiera de los instrumentos normativos generados en los niveles de gobierno subnacionales (departamentales, municipales, indígenas, originarios o campesinos) y, por lo mismo, no son más ni son menos que los reglamentos que puedan tener los legislativos 8° equivalentes) de cualquiera de los niveles de gobierno subnacionales.

Esos reglamentos legislativos son los que desarrollan los diversos instrumentos de acción parlamentaria dentro de los que, en términos genéricos, están los que contienen resoluciones del Órgano. Pero también es evidente que la evolución del Derecho Parlamentario boliviano permite identificar que esa acepción genérica no es la que emplea el texto constitucional, sino una específica. Por ello, dentro de esa variedad de instrumentos a través de los cuales se expresa la voluntad del legislativo y desarrolla sus atribuciones, corresponde diferenciar a las: a) Minutas de Comunicación, b) Declaraciones, y c) Resoluciones.

Sus denominaciones ponen en evidencia que cada uno de éstos se orienta a un fin específico. Así, en términos generales, como se lo

puede apreciar en los reglamentos de las Cámaras de Diputados y de Senadores vigentes, las Minutas de Comunicación son “recomendaciones al Órgano Ejecutivo, Contraloría General del Estado, Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado, Procuraduría General del Estado, Gobiernos Autónomos de las Entidades Territoriales y Universidades Públicas”. En cambio las declaraciones camarales “son pronunciamientos, que expresan la posición oficial de la Cámara en torno a temas de interés nacional o internacional”. En ambos casos, son elementos de alto contenido declarativo que no representan mayor riesgo para el ejercicio de las potestades de generación normativa o de administración de justicia reconocidas a los pueblos indígenas, originarios o campesinos.

En cambio, el escenario es diferente cuando se tome en cuenta que las Resoluciones Camarales, “son disposiciones obligatorias, en el marco y ejercicio de las competencias y atribuciones de cada una de las Cámaras” y dentro de esas atribuciones están, además de la de legislar, las de fiscalizar, investigar e incluso juzgar.

Escenario genérico en el que no puede perderse de vista que si algo caracteriza al neoconstitucionalismo como sustento ideológico del texto constitucional vigente, es la altísima desconfianza al accionar de los legisladores.

Por ello deberá seguirse cuidadosamente el desarrollo de las acciones de los legisladores a partir de coincidirse en que esas resoluciones camarales se presentan como una compleja amenaza para cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Desconfianza que se explica, además y de forma objetiva, por el contenido del propio Código Procesal Constitucional que le dedica solo cuatro artículos (del 139 al 142) y fija un particular efecto a la decisión del Tribunal, porque como se señala en el artículo 142, podrá declarar fundado el recurso declarando la nulidad de la resolución impugnada o infundado, subsistiendo en este caso sus efectos con imposición de costas y multas al recurrente. Es una de las pocas situaciones en las que se prevé sanciones al recurrente cuando se declara infundado el recurso

sin necesidad de valorar temeridad, malicia u otro elemento de similar naturaleza, Esa amenaza de sanción se orienta, claramente, a impedir o reducir su ejercicio.

El desbalance es tan claro que, la nulidad que pueda declararse, no conlleva según el Código, ninguna multa o costas al legislativo.

Pero más preocupante que eso, es que las resoluciones de los parlamentos (u entes equivalentes) de los niveles de gobierno subnacionales incluidos los de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, parecen no estar alcanzados por este recurso constitucional como si en esos niveles no existiera el riesgo de violación de Derechos Humanos o los contenidos normativos constitucionales.

Cada pueblo indígena, originario y campesino así como todo hombre y toda mujer que se autoidentifica o no como perteneciente a alguno de ellos, requiere contar con un recurso que impida que las resoluciones de los órganos legislativos (aun cuando su denominación varíe) de cualquier nivel de gobierno (nacional, departamental, municipal, indígena, originario, campesino y otro) vulneren sus derechos. En el caso de esos pueblos, esas vulneraciones pueden provenir de entes legislativos o equivalentes de sus similares y es ahí, particularmente, donde se aprecia la bondad de este recurso, porque su correcto desarrollo protege a los más pequeños en lo que a población, presencia territorial o integración en entes que los representen, se refiere.

Pasando a otro ámbito, motiva especial importancia la atribución del Tribunal Constitucional de conocer y resolver “La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento”, prevista en el artículo 202.6 del texto constitucional.

Por una parte, por ser la verdadera vía que permite a un país, como Bolivia, en el que existe un ordenamiento jurídico integrado por varios subordenamiento jurídico, preservar su unidad; y, por otra, porque son las vías que velan porque el Estado cumpla con su deber de hacer efectiva la garantía de amparar los Derechos Humanos y fundamentales de

los seres humanos toda vez que la naturaleza de estas acciones, especialmente las de la acción de libertad y de la acción de amparo constitucional, encuentran en la protección de la libertad y de la dignidad del ser humano su razón de ser en estricto apego a lo previsto en el artículo 22 del texto constitucional donde se señala que:

Artículo 22.- La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

Consideraciones generales a las que corresponde agregar algunos comentarios específicos sobre las acciones en concreto que integran ese bloque. Así, en lo referente a la *acción de libertad* se tiene que en Bolivia como en otros Estados se ha gestado una amplia literatura que explica como desde sus orígenes anglosajones hasta el presente, se han conformado sus características y proyecciones. Por ello, a tiempo de remitirme a la misma, simplemente resalto que a diferencia de lo que se tenía previsto en el texto constitucional boliviano de 1967 y sus reformas, se ha incluido en el vigente a la vida, además de la libertad física y la locomoción, como finalidad de la tutela que debe brindar el Tribunal Constitucional.

Como se desprende de lo previsto en el artículo 125 del texto constitucional vigente, se trata de una acción que tiene por finalidad tutelar la vida, la libertad física y la locomoción de las personas contra la supresión o la restricción ilegal o arbitraria que lleve a cabo cualquier servidor público o particular (persona individual, jurídica o colectiva), cuyo objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación del derecho constitucional.

Considero fundamental resaltar que la amenaza o violación de los derechos mencionados conlleva una potencial responsabilidad penal de sus autores, el objeto de esta acción no es cumplir una función punitiva... ello corresponderá ser determinado a otras autoridades jurisdiccionales. El éxito se alcanzará al impedir que la amenaza de violación se haga efectiva o que la violación del derecho constitucional prolongue

sus efectos. También, que no debe ser objeto de la discusión (aunque lamentablemente es algo que acontece con frecuencia en nuestro medio) la existencia del derecho sino los actos que amenazan o lesionan el derecho constitucional que tiene la persona. Finalmente, que la vida, la libertad y la locomoción que se amparan son los de las personas físicas, no los de personas jurídicas, colectivas o la de los pueblos.

Contexto en el que se presenta como restringido el contenido del artículo 47 del Código Procesal Constitucional donde se señala que “La acción de libertad procede cuando cualquier persona crea que: 1. Su vida está en peligro. 2. Está ilegalmente perseguida. 3. Está indebidamente procesada. 4. Está indebidamente privada de libertad personal”.

Restrictiva, sostengo, porque la amplia jurisprudencia gestada durante el desarrollo de las actividades jurisdiccionales del Tribunal Constitucional durante la vigencia del texto constitucional de 1967 reformado en 1994, 2004 y 2005, optó por una clara línea de protección a los derechos a la vida, la libertad y la locomoción de las personas que bueno será que encuentre continuidad y sea profundizada por quienes integran, ahora y los que lo hagan en el futuro, el denominado Tribunal Constitucional Plurinacional.

Ese carácter restrictivo no impide, en todo caso, que se concrete que la acción de libertad, en estricto apego a lo que manda el texto constitucional, opere de forma reparadora o preventiva cuando la privación de la libertad física es arbitrariamente amenazada o restringida independientemente de ésta provenga por mandato expedido por servidores públicos que administran justicia en el Órgano Judicial (jueces, tribunales o autoridades que administran justicia en los pueblos indígenas, originarios o campesinos), por orden policial, por omisión en dar libertad o permitir la libre locomoción cuando corresponde a quien tiene limitados esos derechos, o, por disponerse la restricción a esos derechos sin observarse las formalidades constitucional o legalmente exigidas. También deberá operar en forma reparadora o preventiva cuando la libertad física o de locomoción sea objeto de perturbaciones o inco-

modidades o molestias para su normal ejercicio y desarrollo; cuando las limitaciones impuestas para el ejercicio de esos derechos no sean razonables ni guarden proporcionalidad aun en los casos de quienes tienen legalmente limitado el ejercicio de los mismos; cuando se mantiene una privación de libertad o de locomoción por más tiempo del que legalmente corresponde; cuando no es posible establecer el paradero de una persona privada de libertad o detenida y buscar, con ello, asegurar su derecho a la vida; etc.

Diversos supuestos en los que, por cierto, como se desprende de la jurisprudencia gestada por el Tribunal Constitucional boliviano que desarrolló su actividad jurisdiccional hasta 1998 fundamentalmente, permite diferenciar lo que es pura y simple delincuencia falsamente amparada bajo el manto de ser manifestación de la administración de justicia indígena, originara o campesina, de lo que es verdadera administración de justicia a través de las autoridades correspondientes en los diversos ámbitos jurisdiccionales constitucional o legalmente establecidos.

La acción de libertad se constituye, por tanto y como lo ha puesto en evidencia el progreso del constitucionalismo boliviano, en uno de los instrumentos constitucionales fundamentales que para la administración de justicia en el ordenamiento jurídico boliviano, y en especial dentro de cada uno de los subordenamientos jurídicos que lo componen, se lleve a cabo velando porque se respeten y protejan la libertad y la dignidad de los seres humanos.

Su efectividad para ese fin, desde mi punto de vista, es incuestionable... aporta más que cualquier ley (la de deslinde jurisdiccional, de compatibilización, de coordinación u otras) a que cada pueblo indígena, cada pueblo originario y cada pueblo campesino pueda ejercer su potestad de administrar justicia aplicando sus instrumentos normativos dentro del marco de respeto y observancia de lo contenido en los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, las normas del Derecho Comunitario que versa sobre Derechos Humanos y el texto

constitucional en lo que a la vida, la libertad y la locomoción de las personas se refiere.

Igualmente destacada se presenta la *acción de amparo* sobre la que se ha desarrollado una amplia literatura que abordan su origen, evolución en la legislación boliviana y otros países así como sus fundamentos filosóficos, jurídicos y políticos. Por ello, a tiempo de remitirme a ella, preciso que un orden jurídico puede estar plagado de instrumentos normativos que reconozcan o declaren derechos o, si se prefiere, ámbitos de ejercicio para la libertad de los seres humanos en el Estado, pero es incuestionable que además de requerirse el despliegue de un andamiaje institucional que posibilite su ejercicio se requieren mecanismos de orden legal que los hagan efectivos frente a las amenazas de restricción, restricción o supresión y, dentro de estos últimos, uno que sea particularmente rápido y expedito para evitar que esas amenazas se concreten o que esas restricciones o supresiones prolonguen sus efectos sin que se apliquen los correctivos correspondientes. Este particular mecanismo es la forma en la que se garantiza que esos derechos o ámbitos de libertad no se vean afectados negativamente, atribuyendo a un Órgano específico el poder conocer y resolver las acciones de amparo que se les presente y que, en el marco de la legislación boliviana, termina por ser el Judicial a través del denominado Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este sentido, de la lectura del artículo 128 del texto constitucional, esta acción tiene por objeto la restitución o restablecimiento de los Derechos Humanos, derechos fundamentales y garantías constitucionales normativas, con excepción de la vida, la libertad física o individual para las cuales se tiene prevista la acción de libertad, en los casos en los que sean amenazadas, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva.

No debe ser confundida, como lo hizo el Tribunal Constitucional de Morales, con una contienda judicial en la que el Estado (entiéndase,

la administración pública integrada o controlada por el oficialismo en la mayor parte) debe ganar por encima de los fundamentos o hechos en los que se sustancia el proceso o sujetarla a una amplia gama de restricciones exquisitamente residuales. Por una parte, porque los procesamientos de endiosamiento del Estado únicamente develan la construcción de blindaje para un reducido grupo de personas coyunturalmente encaramadas en el poder; y, por otra, porque en el ordenamiento jurídico boliviano como en otros existe una amplia gama de vías para promover la pretensión de respeto del derecho que se entiende amenazado, restringido o suprimido... pero no todas ellas gozan de la celeridad y eficacia que se requiere.

Sistemáticamente se han gestado trabas para la interposición de esta acción, por ejemplo, alegándose el carácter subsidiario del amparo de tal forma que, como requisito de procedibilidad, termina por alejarse de su razón básica de exigencia en función al agotamiento de las vías previas, rechazando en función a criterios restrictivos por parte del Tribunal sin fundamentar cual es, en esos supuestos, la que corresponde, olvidando cómodamente su rol fundamental y, especialmente, que en caso de duda lo que corresponde es preferir dar trámite a la acción de amparo. Corre el riesgo, en ese sentido, de terminar convertida en una exquisitez académica discrecionalmente delimitada por quienes integran el Tribunal, en detrimento de su esencia: la libertad y la dignidad del ser humano.

Pero independientemente de estas preocupaciones, lo cierto es que esta acción junto a la de libertad se han constituido en los mecanismos constitucionales más efectivos, eficientes, oportunos, adecuados y acertados para que el ordenamiento jurídico boliviano preserve su unidad, pese a estar integrado por un alto número de subordinamientos jurídicos, viabilizando el funcionamiento de la ahora denominada jurisdicción ordinaria con el efectivo ejercicio de la potestad de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, a través de sus propias autoridades y aplicando sus normas.

Insisto en que desde 1994, esa potestad de administrar justicia estuvo reconocida en el texto constitucional boliviano a los ahora denominados pueblos indígenas, a los pueblos originarios y a los pueblos campesinos sin que hasta febrero de 2003, cuando dejó de tener vigencia la mayor parte de su contenido, se hubiese concretado la elaboración de la ley de compatibilización que se mencionaba en su artículo 171.III. Lo mismo aconteció con el texto constitucional vigente en el que esa potestad fue ejercida por autoridades de esos pueblos aun antes del ingreso en vigencia de la Ley de Deslinde Jurisdiccional exigida en varios artículos o las más de cinco leyes vinculadas al tema. La única novedad que resalta de la Ley de Deslinde Jurisdiccional vigente en Bolivia es el alto grado de limitación para el ejercicio de las potestades de generación normativa y de administración de justicia de esos pueblos sin ser identificable un eje conceptual en base al cual se estructure sus contenidos.

En cambio, la acción de amparo y la de libertad ponen en evidencia, junto a los referentes que nos brinda el constitucionalismo en la región y lo gestado tanto en la Comisión como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a partir del respeto y observancia de los Derechos Humanos, es posible el pluralismo jurídico tal como se lo tiene asumido en el caso boliviano.

En términos sencillos, es a partir de tenerse asumida la existencia de valores comunes que se traducen en principios en base a los cuales se despliegan reglas que se ven reflejados en los principales instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos, la jurisprudencia que se fue gestando en torno a esta, el texto constitucional el apego a los postulados fundamentales de un régimen democrático, el reconocimiento al progreso cultural del Estado, y, además de otros elementos no menos importantes, el garantismo asimilado por los gobiernos, son los que por encima de otros ejercicios legislativos (que tienen más de experimentación que de concreción) permiten a cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios, de los pueblos campesinos así como a cada uno de los seres humanos que los integran desenvolverse

ejerciendo sus derechos a la libre determinación, a su identidad cultural, cosmovisiones y al ejercicio de sus sistemas políticos, económicos y jurídicos, entre otros... permiten, a Bolivia y las bolivianas y a los bolivianos independientemente de otras identidades también importantes que se tengan asumidos, vivir, desenvolverse y en un marco de libertad... aspirar a trascender. Pero no menos importante resulta ser la capacidad de quienes lleguen a integrar el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Algo más novedosa es la *acción de protección de privacidad* (o *hábeas data*, tal como se la denominó en la reforma al texto constitucional de 1967 concretada el año 2004). De lo previsto en el artículo 130 se tiene que está orientada a la exhibición de registros públicos o privados en los cuales estén incluidos datos personales de una persona o un grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud, objetarla o requerir su rectificación o supresión cuando afecten su intimidad, honra, imagen o reputación.

Tal como acontece en el caso de la acción de libertad y de amparo constitucional, esta acción puede ser interpuesta contra cualquier persona y, en este sentido, incluidas las autoridades de los pueblos indígenas, originarios o campesinos o quienes, dentro de estos, generen registros de ese tipo no correspondiendo que se alegue la vigencia de normas propias para negar el acceso a la información o a los registros o a no proceder a la eliminación o rectificación cuando así lo sea dispuesto por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Opera, también, cuando se ve amenazado o restringido o suprimido el derecho en el ámbito de la administración pública en general o registros privados, afectando a la intimidad, imagen, privacidad, honor o reputación a partir, por ejemplo, de criterios racistas o discriminatorios.

Por otra parte, el artículo 135 del texto constitucional establece que “La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, el medio am-

biente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”. Una de sus características más importantes es que los derechos que se amparan corresponden a los seres humanos pero que, por sus características, no pueden llegar a ser individualizados. A manera de ejemplo, los atentados contra el medio ambiente vulneran los derechos de cada ser humano que habita el territorio boliviano pero no permiten su individualización, razón por la cual no se exige que entre esas personas exista una coordinación de voluntades o que mantengan una relación orgánica (transindividualidad e indivisibilidad). De ahí que el texto constitucional emplee los términos “derechos e intereses colectivos” y que se establezca que la acción popular pueda ser interpuesta por cualquier persona individual o en representación de una colectividad, sin poder expreso³⁷³, o que lo tengan que hacer con carácter obligatorio

373 La Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012, de 23 de julio de 2012, recondujo una acción de cumplimiento a acción popular concediendo amparo a los recurrentes, que la había interpuesta Lucio Ayala Siripi por sí y en representación de la Central Indígena de Pueblos Originarios de la Amazonía de Pando (CIPOAP), en la que, en lo que se refiere a la representación, estableció acertadamente como línea jurisprudencial la siguiente: “III.2. La representación de los pueblos indígena originario campesinos a la luz del constitucionalismo plural imperante.

El reconocimiento de las instituciones representativas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos constituye otro de los derechos provenientes a partir de la libre determinación garantizada por la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad con relación a esta temática; derecho a partir del cual, también se garantiza el respeto de sus normas y procedimientos propios, en base a los cuales legitiman sus instituciones representativas, por lo que la acreditación de la representación que éstas asumen no puede ser exigida a través de mecanismos convencionales (testimonio de poder notariado), ya que ello significaría una intromisión del Estado en sus estructuras propias de organización y por ende una transgresión del principio de libre determinación, más aún, cuando el ejercicio de representación se activa para acudir a la justicia constitucional en resguardo de sus derechos colectivos.

En este sentido, y de modo particular tratándose del ejercicio de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas, este Tribunal considera que la

el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo cuando, por el ejercicio de sus funciones y por las atribuciones que tienen constitucionalmente tiene asignadas, tengan conocimiento de la vulneración o amenaza a los derechos e intereses colectivos.

Conjunto de elementos centrales a partir de los cuales se tiene que cada uno de los pueblos indígenas, cada uno de los pueblos originarios y cada uno de los pueblos campesinos, en tanto colectivos, pueden interponer esta acción así como cualquier persona puede hacerlo en contra de cualquiera de las autoridades de esos pueblos, en ambos casos, para precautelar los derechos e intereses colectivos relacionados con cualquiera de los derechos enunciativamente previstos en el artículo 135 del texto constitucional.

Igualmente importante por su relación con el tema central que se aborda en este estudio, es lo previsto en la última oración del artículo 136.I del texto constitucional (“... Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir...”)

en tanto no opera como acción subsidiaria de otras que puedan tenerse prevista en sede judicial (ordinaria, agroambiental, indígena, originaria, campesina o especializada) o administrativa lo que marca una importante diferencia con relación a la acción de libertad o a la de amparo.

Es, por lo tanto, potencialmente importante (depende del accionar de quienes integran el Tribunal Constitucional Plurinacional) para que como en los casos anteriores, el ordenamiento jurídico boliviano integrado por diversos subordenamientos jurídicos, opere favorablemente a partir de la observancia, respeto y aplicación de los Derechos Humanos.

facultad de representación que asumen dichas instituciones, se aplica también a la que puedan ejercer en instancias jurisdiccionales y administrativas, la cual es delegable por la nación o pueblo indígena originario campesino en base al principio de libre determinación, cuyo mandato está inserto por su condición de autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la cual no se establece ni rige por mecanismos convencionales, sino por normas y procedimientos propios”.

Por otra parte el artículo 134 del texto constitucional acoge la denominada “acción de cumplimiento” que, según lo precisa su primer párrafo “procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”. Es, en realidad, una manifestación de control de legalidad antes que de control de constitucionalidad a través de la cual se brinda una vía sumarísima que permita obtener resultados rápidos y eficaces frente al incumplimiento de los deberes que les asisten a los servidores públicos de adecuar sus actos a lo que manda el texto constitucional o las leyes (estas últimas, entendidas, en un sentido amplio) así como los excesos que, en el marco de su competencia o atribuciones, lleven a cabo esos servidores.

Su articulación con las anteriores, en el marco del texto constitucional y por esa cualidad, no resulta fácil si se parte de identificarla como complementaria o accesoria porque, insisto, no es propiamente una acción que opere en el marco del control de constitucionalidad sino que lo hace en el de control de legalidad.

Es, en términos sencillos, la forma de buscar inviabilizar una acción constitucional que acogió el exceso discursivo antes que la técnica y fundamentación jurídico-constitucional.

En todo caso, termina por ser una acción que (si se lo logra) podrá ser accionada contra los servidores públicos dentro de los cuales, como tengo precisado, están comprendidas las autoridades en general de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos así como estas autoridades y toda persona que integra cualquiera de esos pueblos pueden activarla contra cualquier otro servidor público de la administración pública en general. Resulta una clara expresión de cómo a través de una ley de desarrollo del contenido constitucional (como lo es el Código Procesal Constitucional) se impide el ejercicio de un derecho cuando la lógica informa que ningún instrumento normativo como la ley puede operar de esa forma.

Pero sus imperfecciones terminan por convertirla en un riesgoso instrumento para el efectivo ejercicio de la potestad de generación normativa (legislativa y reglamentaria), de la de administración de justicia y de actividades de orden ejecutivo de los niveles de gobierno autónomo indígenas, de los originarios y de los campesinos. Por una parte, porque a tiempo de dotar de una suerte de blindaje contra este tipo de acciones a la administración pública ubicada en el nivel central de gobierno (especialmente a la Asamblea Legislativa Plurinacional), el citado Código incorpora como artículo 71 el siguiente:

Artículo 71. (Objeto). Si la Jueza, Juez o Tribunal concede la tutela, ordenará la anulación de todo acto o el cumplimiento del deber omitido, que viole o amenace violar derechos o intereses colectivos relacionados con el objeto de la acción, *y podrá establecer la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal del accionado*, de conformidad al Artículo 39 del presente Código.

Resulta ser, entonces, que en franca violación del contenido del texto constitucional abre la compuerta para un mecanismo de control difuso de constitucionalidad a través de una acción destinada al control de legalidad, a través de la cual se puede “determinar [es el término que emplea la Ley] la responsabilidad civil y penal del demandado” sin observarse, por sus características, las más mínimas exigencias de un proceso justo ni un debido proceso además de otros principios básicos o de otros Derechos Humanos.

Escenario del cual, resalto, no están excluidas las autoridades de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios o de los pueblos campesinos. No me extiendo más sobre las críticas que pueden y correspondería efectuar a cómo se encuentra regulada esta acción en el citado Código, pero reitero la advertencia de tenerse un instrumento altamente peligroso para esos pueblos (y no solo para estos).

En síntesis, en torno a la atribución contenida en el artículo 202.6 del texto constitucional debe ser el Tribunal Constitucional Plurinacional

a quien corresponde “La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento”, resulta ser medular para el desarrollo de las potestades de administración de justicia de los pueblos indígenas, originarios y campesinos correspondiendo, por cierto, a las autoridades de estos pueblos, un rol fundamental.

Corresponde, ahora, ingresar al análisis del *tercer grupo* de atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional dentro de las que ubiqué dos que son, en realidad, mecanismos de control de legalidad antes que de control de constitucionalidad. Me refiero, específicamente, a “los recursos directos de nulidad” y a las “consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto”.

Con relación a “Los recursos directos de nulidad” corresponde remitirme a lo manifestado en el capítulo II del presente documento donde resalté sus características más importantes así como el aporte que representó para la construcción de un ordenamiento jurídico boliviano.

Simplemente preciso que es, en esencia, una acción de control de legalidad que bien pudo ser atribuida al Tribunal Supremo de Justicia. Pero independientemente de ese aspecto, lo evidente es que su mayor incidencia en el marco de las actividades que desarrollan los pueblos indígenas, originarios y campesinos, constituidos en municipio indígena o en nivel de gobierno autónomo indígena, originario o campesino, se presenta en el desarrollo de actividades ejecutivas dado que las esferas de competencia que tienen reconocidas derivan en que cualquier persona pueda cuestionar aquello que exceda las mismas. También, que la conformación de esos ámbitos de competencia responde a la búsqueda por preservar la libertad y la dignidad de los seres humanos íntimamente ligada con la adopción de un régimen democrático.

En lo que corresponde a la atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional de conocer y resolver “Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurí-

dicas aplicadas a un caso concreto” que se prevé en el artículo 202.8 del texto constitucional, se está frente a un mecanismo de control de legalidad³⁷⁴ pero enfatizando que es una de las más groseras expresiones de desconfianza sobre la administración de justicia que se lleva a cabo en cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos.

Tal como se puede apreciar de la lectura detenida del documento, esa consulta no es sobre una potencial aplicación de una norma a un caso concreto, sino que se la realiza después de que esa norma fue aplicada a un caso concreto, como se aprecia de la parte resaltada en cursivas. Al mismo tiempo, no es una consulta que verse sobre la constitucionalidad, o no, del contenido normativo de la norma (que es lo que se presenta en los casos de control correctivo de constitucionalidad o en el control preventivo de constitucionalidad), sino que versa sobre su aplicación y, eso es, simplemente, control de legalidad. Cabe tener presente que ninguna resolución, o sentencia si se prefiere, emitida por cualquier juez o tribunal de la denominada jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción agroambiental o de las jurisdicciones especializadas cuenta con una previsión constitucional similar, es decir, para que se consulte al Tribunal Constitucional Plurinacional sobre la aplicación de una norma aplicada a un caso concreto. Cada una de estas jurisdicciones (habrá que ver cómo se van configurando las jurisdicciones especializadas) cuentan con mecanismo de control a través de vías específicas de impugnación o exigencias de actuación de oficio que corrigen la mala aplicación de una norma en un caso concreto lo que es, en pocas palabras, una de las manifestaciones del derecho que tiene todo ser humano que intervie-

374 Discrepo, en ese sentido, con el criterio de Rivera Santivañez cuando con relación a esta acción señala que “es un proceso constitucional a través del cual se somete a control previo de constitucionalidad las normas del Derecho consuetudinario de una Nación o Pueblo Indígena Originario Campesino aplicables a un caso concreto, para verificar su compatibilidad con la Constitución, antes de que se aplique al caso concreto”. (Rivera Santivañez, 2012: 193).

ne en un caso concreto a que las autoridades correspondientes actúen conforme se establece en el ordenamiento jurídico para que se pueda encontrar justicia. Son vías que, desde mi punto de vista, corresponde desarrollar a cada pueblo indígena, a cada pueblo originario y a cada pueblo campesino en el marco de sus cosmovisiones cuando así lo identifican como necesario y no, como se prevé en el texto constitucional, acudiendo al Tribunal Constitucional porque de esa intervención se gesta una hibridación jurídica perversa tanto para la justicia ordinaria como para la aplicada en cada pueblo indígena, originario o campesino.

Advierto, en todo caso, que una lectura ligera de la atribución que comento podría dar lugar, como lo evidencié en varios escenarios de debate en los que participé abordando este tema, que existen aquellos que la resaltan como altamente positiva para impedir que se vulneren Derechos Humanos o los previstos en el texto constitucional. Frente a este tipo de argumentos, sostengo que todos coincidiremos en que la protección y respeto de los Derechos Humanos es tan importante que difícilmente puede alegarse excesos en la implementación de mecanismos que se orienten a ese fin, pero también, en que éste no cumple con, ni aporta, a ese fin así como que previsiones anacrónicas como las que se presentan en el artículo 202.8 del texto constitucional no pueden ser esgrimidas como grandes avances a fin de ocultar, simplemente, la instrumentalización de los derechos de esos pueblos. No encuentro, y lo confieso, otro término que describa de mejor forma el que se tenga prevista una consulta que se puede realizar después de haberse aplicado la o las normas del en un caso concreto: “sobre la aplicación de sus normas jurídicas *aplicadas a un caso concreto*” reza el artículo 202.8.

Anacronismo que se lo trató de enmendar con la Ley N° 027 y, ahora, con el Código Procesal Constitucional (artículo 128) al cambiar el sentido a lo previsto en el texto constitucional a través de su configuración y presentación como una consulta de constitucionalidad que realizan las autoridades de los pueblos indígenas, originarios o

campesinos³⁷⁵ antes de aplicarla en el caso concreto³⁷⁶ y atribuyéndole como objeto el de “garantizar que dichas normas guarden conformidad con los principios, valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado” tal como reza su artículo 128. Pero el objeto del control es esa garantía, cual el sentido de limitar su efecto (declarar la aplicabilidad o no de la norma consultada al caso concreto, según lo prevé el artículo 132).

Pero si su objeto es garantizar que la norma consultada sea conforme a los principios, valores y fines previstos en el texto constitucional, cuál el sentido de limitar la declaración del Tribunal a su aplicabilidad o no al caso concreto. Si se determina su inconstitucionalidad, aun cuando sea en el caso concreto, así debiera ser declarada y, además, ampliado su efecto lo que daría cierta lógica, aun cuando no es lo que prevé el texto constitucional.

375 “Artículo 131. (Contenido de la consulta). La consulta de Autoridades Indígena Originario Campesinas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto, cuando menos contendrá:

1. Datos de la Nación o Pueblo Indígena Originario Campesino, su ubicación geográfica y la identificación de la autoridad que efectúa la consulta.
2. Hechos y circunstancias que podrían ser objeto de aplicación de la norma consultada, refiriendo el carácter consuetudinario de la misma.
3. Autorización de los miembros de la institución política que representa cuando se trate de Órganos colectivos.
4. Explicación sobre la duda que se tenga sobre la constitucionalidad de la norma y su aplicación.”

376 Tribunal Constitucional de Morales, mediante la SC 0034/2010 de 20 de septiembre, precisó el sentido del control normativo de constitucionalidad que contradice claramente el sentido que se le da en Código, al sostener que: “... el control normativo de constitucionalidad, es el mecanismo encomendado al órgano contralor de constitucionalidad, para que en caso de ser activado, verifique la observancia y respeto a la Constitución de todas las normas infraconstitucionales caracterizadas por su generalidad, encontrándose dentro de este plexo normativo las leyes, los decretos supremos, las resoluciones de carácter general y otras normas que no tengan efectos particulares”. (<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resoluciones199912.html>)
Magistrado Relator: Abigail Burgoa Ordóñez.

En todo caso, la vinculación al caso concreto deriva en que el Tribunal deba ingresar a la valoración de hechos, calificación de conductas, identificación de cosmovisiones, etc., del caso concreto lo que deriva en supervisión de acciones de aquellas autoridades, todo ello, en el marco de la administración de justicia llevada a cabo por la autoridad de un pueblo indígena, originario o campesino competente para ello.

Lo previsto en el citado Código podría tener algo de sustento frente a una redacción del artículo 202.8 en la que se diga que es atribución del Tribunal conocer y resolver las consultas efectuadas por autoridades indígenas, originarias o campesinas sobre la constitucionalidad de una norma que se prevé será aplicada en un caso concreto o vinculada a un caso concreto.

Pero el texto constitucional dice otra cosa: “Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación *de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto*”.

Por ello, existen tres posibles respuestas que, en torno a ese tipo de consultas, puede brindar el Tribunal: 1) Si; aplicaron bien su o sus normas al caso concreto; 2) No, porque aplicaron mal su o sus normas al caso concreto (¿Podrá indicar la forma en la que debieron ser aplicadas esas normas?³⁷⁷; o, 3) alguna o algunas las aplicaron bien y otra u otras mal en el caso concreto.

En uno u otro supuesto, el Tribunal, se ve obligado a ingresar a la valoración de hechos, calificación de conductas, identificación de cosmovisiones, etc., supervisando lo hecho por quienes administran justicia en cualquiera de los pueblos indígenas, originarios o campesinos existentes.

Ello, porque no es una consulta sobre la potencial aplicación de la norma al caso concreto sino que versa, como lo prevé el texto cons-

377 El artículo 140.II de la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional señalaba que “Cuando ello no sea posible [se entiende, que la Declaración Constitucional que emita el Tribunal determine su inaplicabilidad en el caso concreto] propondrá respuestas alternativas, culturalmente adecuadas al caso concreto planteado. En cualquier caso, la declaración tendrá carácter obligatorio”.

titucional, sobre una norma que ya fue aplicada en un caso concreto... para ponerlo en términos absolutamente claros, y con las disculpas que corresponde por acudir a la caricaturización: si la norma aplicada fue la de amputación de un miembro a una persona ¿cómo es que se la dejará de aplicar?

Sintetizando lo manifestado a lo largo de este Capítulo, resulta innegable e incuestionable que el ejercicio de las potestades de generación normativa y, especialmente, de administración de justicia de cada pueblo indígena, de cada pueblo originario y de cada pueblo campesino a través de sus autoridades y aplicando sus propios instrumentos normativos, guarda coherencia con la pluralidad y el pluralismo jurídico en el que se funda el Estado boliviano, además de otras manifestaciones, tal como se señala en el artículo 1 del texto constitucional.

Contexto en el que se potencia la importancia del control de constitucionalidad para que el ejercicio de la potestad de generación normativa a través de las acciones que se tienen previstas en el texto constitucional, permitan el fortalecimiento del orden jurídico boliviano caracterizado por estar integrado por diversos subordenamientos jurídicos dentro de los cuales resaltan los de cada pueblo indígena, cada pueblo originario y cada pueblo campesino. Así se impide que operen elementos corrosivos de esa unidad o evasivos de la jerarquía normativa que los caracteriza así como de los ámbitos de competencias y atribuciones que se tienen adoptados y diseñados.

Si bien es cierto que esos mecanismos de control constitucional no operaron en el pasado, queda abierta la senda para que a partir de haberse diseñado un orden territorial en el que se reconoce la existencia de diversos niveles de gobierno derivados de la adopción de un complejo régimen de autonomías, se lo haga cuando corresponda y es, por tanto, ahí donde radica un elemento clave para avanzar resolviendo conflictos constitucionales de forma pronta, oportuna y efectiva.

Por otra parte, la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional durante la vigencia de la Constitución de 1967 y sus re-

formas y los importantes referentes que se identifican en la jurisprudencia del órgano de control constitucional colombiano y la jurisprudencia Convencional así como el accionar de otros órganos internacionales de la Organización de Estados Americanos o de la Organización de Naciones Unidas (Comisiones y Comités) que trabajan en temas de Derechos Humanos, permiten identificar en el respeto y la protección de los Derechos Humanos plasmados en los principales instrumentos normativos internacionales de la materia, la clave para el pacífico y armónico desarrollo de la potestad de administración de justicia que tiene reconocida cada pueblo indígena, originario y campesino existente.

Leyes de compatibilización, de coordinación, de deslinde jurisdiccional u otras de similar orientación terminan por ser peligrosas y no son instrumentos normativos que fortalezcan un orden para permitir el efectivo ejercicio de la potestad de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, originarios o campesinos, en tanto que las acciones de libertad (hábeas corpus) o de amparo constitucional cumplen, con mayor solvencia, con ese rol, al ser precisamente aquellas que responden a las exigencias modernas. Pero ambas acciones requieren que otras acciones y recursos previstos en el texto constitucional deben potenciarse.

Lo fundamental, en todo caso, no es un Ejecutivo fuerte o un Legislativo fuerte, sino un Tribunal Constitucional fuerte y verdaderamente independiente que a través de esas acciones y recursos constitucionales permita que sean los Derechos Humanos el elemento que impida el desarrollo de escenarios de fragmentación o de confrontación, evitando que el texto constitucional termine convertida en lo que la doctrina ha denominado “Constitución de fachada” o permita el accionar de un “gobierno constitucional pervertido”.

Conclusión

1. La Constitución Política del Estado vigente en Bolivia desde el 7 de febrero de 2009 genera un interesante escenario para el debate en torno a los derechos de cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos así como los de las mujeres y los hombres que los integran a partir del diseño por el que se optó en torno a potestades de generación normativa y de administración de justicia. Textos como el de Bartolomé Clavero denominados “Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas”³⁷⁸ u otros similares en los que califican a las constituciones de los estados latinoamericanos como instrumentos de imposición a esos pueblos o situaciones similares, cuestionables en su momento, ahora carecen de sustento en lo que al caso boliviano se refiere y quedan en el pasado bajo el manto de la duda, porque el texto constitucional boliviano es, tal como se lo sostiene en el escenario político, producto de su activa participación.
2. En lo referente al reconocimiento de la potestad de administrar justicia a cada uno de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos, se ha producido una inversión de los ámbitos de discusión. Antes del ingreso en vigencia del texto constitucional de 2009 la preocupación central radicaba en desentrañar cómo, desde el reconocimiento constitucional genérico existente, se irradiaban efectos positivos para el conjunto pero motivando a sus beneficiarios directos el identificar límites ahí donde no existían y no aprovechar la gran apertura existente. Ahora, el texto constitucional vigente establece un sinnúmero de límites para el ejercicio de esas potestades y la atención se ha concentrado en las pocas brechas que le permiten desarrollarse, negando los

378 Clavero, 2008.

límites establecidos. A modo de graficar esa diferencia, antes hacía falta un telescopio para identificar los límites para el ejercicio de esas potestades, ahora se requiere microscopio para identificar lo que permita el pleno ejercicio de esa potestad de administrar justicia. Por lo tanto, en el escenario actual, aquello que puede permitir que lo adoptado funcione es el apego a los Derechos Humanos por ser la base fundamental a partir de la cual puede desarrollar el ejercicio de esa potestad superando límites odiosos o aperturas inconsistentes.

3. Será el tiempo el que ponga en evidencia las fortalezas y debilidades que presenta el texto constitucional en lo que se refiere a esos pueblos, pero es claramente identificable que hoy se puede afirmar que las *instituciones* de los pueblos indígenas, originarios y campesinos se ven afectadas en su relación con otras propias de la denominada justicia ordinaria. Pero la pregunta, todavía sin respuesta, es cuanta efectividad tienen los contenidos normativos constitucionales que abordan la materia para favorecer el fortalecimiento de las potestades de administración de justicia y de generación normativa de esos pueblos.
4. Por otra parte, el ordenamiento jurídico boliviano se caracteriza por una novedosa jerarquía normativa en la que destaca la presencia de un bloque de constitucionalidad que a su vez, valga la reiteración, se caracteriza por contener una jerarquía en la que destaca la supraconstitucionalidad de los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos y la normas del Derecho Comunitario de Derechos Humanos. Característica que permite sostener que la libertad y la dignidad del ser humano operan como base esencial para el desarrollo del Estado.³⁷⁹

379 POST SCRIPTUM: Durante el tiempo que demoró éste texto en imprenta, fue presentado un texto en el que Boaventura de Sousa Santos coincide con este planteamiento, claro está, con ciertas diferencias: “En la arquitectura del Es-

Así lo sustenta el proceso de formación del texto constitucional pese a no haberse superado escenarios emergentes de lógicas propias de gobiernos constitucionales pervertidos, de aquellos que puedan acceder al poder a través del uso de la fuerza o de regímenes autoritarios. No se han superado riesgos en los que la vocación antidemocrática de gobernantes deriven, por ejemplo, en el desconociendo de la creciente presencia y vigencia de normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que con una jerarquía supraconstitucional se han convertido en base para la interpretación de las normas constitucionales tal como lo establece el texto constitucional.

Normas que no le restan importancia a aquellas que con menor jerarquía también integran el ordenamiento jurídico boliviano, provenientes de la compleja estructura y producto del ejercicio de la potestad legislativa y de las potestades reglamentarias reconocidas a ciertos órganos en los diversos niveles de gobierno existentes.

Es el texto constitucional el que ha configurado un ordenamiento jurídico compuesto por varios subordenamientos jurídicos cuyos ámbitos de acción vienen delimitados por competencias que, en el

tado moderno, el derecho infraconstitucional no puede violar la Constitución dada la primacía que le es atribuida en cuanto ley fundamental. Siempre que se reconoce oficialmente el pluralismo jurídico, todos los sistemas de justicia reconocidos deben, de igual modo, obedecer la Constitución. Esta segunda situación está actualmente en vigor en Bolivia y en Ecuador. Por eso, la obediencia que la justicia indígena debe a la Constitución es la misma que la debida por la justicia ordinaria. Dada asimismo la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria le deben obediencia. [...]

Las buenas razones para la complejidad de la subordinación de la justicia indígena a la Constitución y al DIDH residen en que la justicia indígena está fundada en una cultura propia y un universo simbólico muy diferentes de los que presiden la Constitución y el DIDH. Siendo así, es probable que surjan conflictos que planteen complejos problemas de interpretación. La experiencia de la jurisprudencia constitucional de Colombia es un buen ejemplo de ello.” (Sousa Santos, 2012: 37-38).

caso de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos permite que ejerzan sus potestades de generación normativa y de administración de justicia, mas aun cuando se les ha establecido como base fundamental y limitante para su accionar el respeto y protección de los Derechos Humanos.

Lamentablemente, los ámbitos en los que puede ejercerse válidamente la facultad legislativa por parte de esos pueblos esta severamente restringido por un catálogo de competencias asignados a los otros niveles de gobierno (nacional y subnacionales), especialmente, en lo que a competencias privativas y exclusivas del nivel central o nacional de gobierno se refiere con una consecuente reducción de los ámbitos en los que esos pueblos pueden administrar justicia a través de sus autoridades.

5. Pero un avance en el proceso de evolución del constitucionalismo boliviano es la creación de un órgano específicamente encargado de ejercer el control de constitucionalidad de toda norma existente en el ordenamiento jurídico boliviano. Si bien sus antecedentes inmediatos se los encuentra en la reforma constitucional de 1994, el haberse mantenido en esencia en el texto constitucional vigente, permite revalorizar y promover la asimilación de que el eje articulador del orden jurídico en Bolivia son los Derechos Humanos. Lamentablemente el nivel de confusión entre el control de legalidad y el control de constitucionalidad, sumada a la desconfianza al accionar de esos pueblos y la instrumentalización de sus legítimas demandas en función a coyunturales apetitos políticos, terminaron por limitarla en sumo grado y generar una vulneración abierta a su derecho a la libre determinación o a la consulta previa entre otros. Todo ello deriva en ser previsible escenarios de conflicto contraproducentes para el Estado y para el conjunto de los seres humanos y pueblos que lo integran. Con relación al control de legalidad, sobre la base del análisis efectuado, se tiene que cuenta con un detallado y complejo diseño en

el ámbito de la justicia ordinaria, que no es directamente aplicable en los subordenamientos jurídicos de cada pueblo indígena, de cada pueblo originario o de cada pueblo campesino. Cada uno de estos pueblos podrá desarrollar su sistema de control de legalidad si lo estima conveniente, pero será el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional a quienes corresponda operar como instancias supremas al tener que ejercer sus atribuciones en esa materia. En cambio, el control de constitucionalidad abarca a toda norma existente en el ordenamiento jurídico boliviano incluyendo a las generadas por esos pueblos.

6. Por otra parte, la diversidad de pueblos indígenas, de pueblos originarios y de pueblos campesinos implica la existencia, en cada uno de ellos, de particulares mecanismo para dotarse de normas así como de establecer qué autoridades y conforme a qué procedimientos administrarán justicia en el marco de las competencias que el texto constitucional les asigna. Pluralidad que conlleva la imposibilidad de referirse a ellas como integrantes de “un” sistema de justicia sino expresión de subordenamientos jurídicos diferenciados, con identidades y particularidades que no pueden ni deben ser subsumibles unas en otras.

Escenario en el que aporta a su complejidad la adopción en el texto constitucional de un modelo de corte consociativo imperfecto para el Tribunal Constitucional Plurinacional y para el Tribunal Supremo Plurinacional cuyos miembros no llegan a satisfacer exigencias de representación étnica lingüística, de género o territorial (departamental) combinadas con un proceso de elección mediante sufragio universal que, en su primer experimento, quedó bastante maltrecho dada la falta de transparencia e información a la población, sometido mas bien a razonamientos de integración por mayorías aplastantes, militancias o simpatías político partidarias y apegos a fundamentalismos de un proceso de cambio.

Consecuentemente, la función del texto constitucional de preservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano se ve comprometida al ser el control de constitucionalidad su mecanismo vital, pero con actores cuya legitimidad nace cuestionada. Más aun cuando la potestad de generación normativa y de administración de justicia reconocida a cada uno de los pueblos indígenas, a cada uno de los pueblos originarios y a cada uno de los pueblos campesinos supera las deficiencias que han evidenciado leyes como las de Deslinde Jurisdiccional, Marco de Autonomías y Descentralización, Lucha Contra la Corrupción, del Órgano Judicial entre otras.

Pero ante todo, se tiene que un diseño donde los mecanismos constitucionales para la solución de conflictos de igual naturaleza operan en doble sentido, es decir, en los supuestos en los que una norma de la “justicia ordinaria” es contraria al contenido del texto constitucional por afectar a cualquiera de esos pueblos; y, también, para evitar que el ejercicio de la potestad de generación normativa o la de administración de justicia de esos pueblos ingresen o permanezcan en el ordenamiento jurídico boliviano cuando son contrarios a los previsto en ese texto constitucional, los tratados internacionales de Derechos Humanos o las normas del Derecho Comunitario.

7. Finalmente, un adecuado funcionamiento del sistema de control de constitucionalidad contribuirá a la operatividad del orden jurídico articulando los diversos subordenamientos jurídicos partir de la identificación de los elementos de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, la originaria y la campesina en cada uno de los pueblos existentes a partir de tenerse precisión de los mínimos constitucionales que deben ser respetados, la construcción de procesos de interculturalidad y el respeto de las normas e instrumentos internacionales sobre la materia entre otros aspectos.

El mayor peligro que emerge de la adopción de un modelo de corte consociativo imperfecto para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Supremo de Justicia y los otros Órganos del Estado, es transformar su actividad de control de constitucionalidad y de legalidad, respectivamente, en instrumentos de protección de intereses de un partido en función de gobierno o determinados sectores a los que dicen representar antes que hacer prevalecer la protección y respeto a los derechos humanos y derechos fundamentales de los hombres y las mujeres que integran y constituyen el Estado. Resulta difícil imaginar que entes como esos termine por ser imparciales cuando su fuente de acceso es un discurso político de expresión de “mayorías”.

8. Bolivia adoptó un modelo de corte consociativo imperfecto, en el que en todo caso se exige alcanzar altos niveles de consenso en los procesos de toma de decisión. Pero cuando la coyuntura pone en evidencia un mayor apego y celo por preservar el apego a dinámicas de imposición de las mayorías, contrariando el contenido normativo del texto constitucional, de tal forma que el veto de las minorías es negado o calificado como ilegítimo pese a que sus mayores beneficios son los pueblos indígenas, los pueblos originarios y los pueblos campesinos con menor presencia poblacional, territorial o nivel de incidencia en espacios de toma de decisión.
9. Finalmente cabe precisar que el texto constitucional permite la existencia de un ordenamiento jurídico que reconoce la existencia de varios subordenamientos y corresponde al control constitucional evitar el quiebre de la unidad estatal. Pese a las deficiencias que presenta el texto constitucional, cuenta con los elementos básicos para afirmar que es posible conducir la pluralidad a unidad con respeto de las identidades. Por ello es esencial que en su aplicación la articulación de ese control opere con relación a la generación y a la aplicación de normas por parte de las autoridades de los pueblos

indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos a partir del amplio reconocimiento de legitimación activa de autoridades de la justicia ordinaria en los diversos niveles de gobierno que se tienen establecidos así como a favor de toda persona que se vea inmersa en un proceso de administración de justicia en esos pueblos.

10. La interculturalidad ha quedado, por todo lo expresado a lo largo del presente estudio, lejos de ser un objetivo cercano pero no por ello se la debe abandonar, al contrario, deben intensificarse los esfuerzos por alcanzar su pleno desarrollo. Se han marcado las diferencias como bases de confrontación antes que atender su potencialidad para ser conductora a unidad con respeto de las identidades; hoy es tiempo de superar ese escenario.

Reflexiones finales

- El órgano de control constitucional es el pilar fundamental para la preservación de la unidad del Estado, tomando en cuenta el modelo de gobierno adoptado en Bolivia a través del texto constitucional de 2009 (consociativo imperfecto ligado a la caracterización del Estado como marcadamente plurinacional). En ese órgano recae la responsabilidad de impedir que prosperen actos de desconocimiento de los derechos de autodereminación y autoidentificación; de confrontación entre bolivianos; de violencia entre hermanos; de violación de derechos humanos; de desconocimiento de la libertad y la dignidad del ser humano; o, de afectación al sistema democrático por regímenes autoritarios, cesarismos o gobiernos constitucionales pervertidos.

Para cumplir con tan delicada misión, los hombres y las mujeres que lleguen a integrarlo, requerirán valentía para enfrentar los avatares propios del servicio público así como para poder enfrentar gallardamente los riesgos que representa moverse en arenas políticas, en un sentido amplio. También, deberán asumir un compromiso con Bolivia que supere los de cualquier otra naturaleza.

Por ello, el éxito de órgano de control y de quienes lleguen a integrarlo será el de un país y, para ello, deberán comprender y traducir en sus sentencias que el texto constitucional boliviano es el producto de un largo proceso, conflictivo y violento, que emergió del Congreso Nacional y no de la Asamblea Constituyente, pero que pese a ello encierra un nivel de acuerdo mínimo que a ellos les corresponde potenciar para pacificar, conciliar, construir y avanzar.

Su fracaso radicará en identificar al texto constitucional como una especie de cuerpo dogmático que encierre verdades reveladas por el pasado o realidades sociales imperantes en un momento.

- La revisión doctrinal desarrollada para la elaboración del presente estudio permite identificar una tendencia preocupante por mezclar el mito con la historia y dar a posiciones de orden sociológico y antropológico un sesgo despectivo con relación a los fundamentos jurídicos sobre el Derecho y la Justicia. Ello deriva en presentar la justicia de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios y de los pueblos campesinos como un todo perfecto, como si fuera una sola estructura incrustada en el pasado, sin margen para procesos de evolución o transformación, pero al mismo tiempo, se presenta a la justicia ordinaria como toda imperfecta y condenada a la desaparición al no existir margen para corregir sus imperfecciones. También se identifican posiciones que, en sentido inverso, anulan toda posibilidad de poder identificar elementos positivos en la justicia indígena, en la originaria o en la campesina.

Ese tipo de posiciones derivan en perderse en medio de discusiones propias de escenarios discursivos carentes de sustento y resaltar mérito, por ejemplo, a los grandes aportes del constitucionalismo y consecuentemente negar la posibilidad de identificar al texto constitucional como un instrumento al que le corresponde conducir a unidad la pluralidad existente con respeto de las identidades.

Por lo tanto es recomendable generar instancias de investigación que alejadas de posicionamientos político partidarios permitan transitar de un escenario discursivo sobre el pluralismo jurídico en los Estados y, particularmente en Bolivia, a otro que profundice las bases jurídico doctrinales que fortalezcan el desarrollo del constitucionalismo boliviano con el consecuente perfeccionamiento de la humanidad antes de ingresar a escenarios de conflicto o confrontación como los que se vienen perfilando.

En un plano discursivo se hace intensa referencia a la presencia de nuevas constituciones como si estas fueran, por esa característica temporal, expresión de una nueva corriente denominada

nuevo constitucionalismo. Nueva constitución no es Neo Constitucionalismo así como constitucionalismo o neo constitucionalismo transformador no es progreso en la medida en que bajo esa denominación se perfila la limitación de la libertad y la dignidad del ser humano. Además, urge gestar bases sólidas para el desarrollo de una verdadera cultura constitucional que encuentra aportes en posturas que niegan sus bases esenciales.

Una nueva era en la evolución de las constituciones y su impronta en los estados y su derecho, deben tomar en cuenta que: 1. No debe abandonarse la lógica de que los textos constitucional deben ser altamente materializados (material-garantista), es decir, que reconoce muchos derechos y garantías con el consecuente desafío de los gobiernos de traducirlos en un plano real, en un plano opuesto al apetecido por gobiernos autoritarios, y que los ciudadanos pueden demandar ese cumplimiento en cualquier momento por lo que deben gestarse órganos de control de constitucionalidad y de legalidad verdaderamente independientes, cuyos integrantes asuman el rol de ser los llamados a protagonizar un nuevo tiempo en el que la apuesta les exige sacrificio, por ejemplo, al no ceder a lógicas de mayorías aplastantes o cosas por estilo ni someterse a los mandatos de otros Órganos del Estado; 2. La democracia plebiscitaria, es decir, aquella en la que a título de mayorías aplastantes, procesos de cambios o cosas por estilo se impulsa negar Derechos Humanos a las minorías no tienen cabida ni razón de ser en el nuevo escenario. No cabe, por tanto, alimentar los ámbitos de discrecionalidad del Ejecutivo (para gobernar por decretos) o del Legislativo (con leyes que se sobreponen, desconocen o generan mutaciones al contenido normativo del texto constitucional); con ello, simplemente se actúa en un sentido totalmente opuesto a los postulados del neo constitucionalismo que propugna una democracia constitucional, es decir, aquella en la que existen barreras infranqueables para las mayorías donde el eje central viene dado

por el respeto a la dignidad y la libertad del ser humano; y, 3, La vital presencia de órganos que aseguren que por medio de la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional que no se lo convertirá en instrumento al servicio de regímenes autoritarios. Solo cumplidas, al menos, esas condiciones, se podrá hablar que Bolivia ha dado un salto desde el mundo de la legalidad al de la constitucionalidad.

Al mismo tiempo es importante evitar que el reconocimiento de potestad de administrar justicia a cada pueblo indígena, a cada pueblo originario o a cada pueblo campesino opere como mecanismo discriminador de esos mismos pueblos o de los seres humanos que los integran; especialmente urgente resulta esto con relación a aquellos pueblos más débiles por su menor población, visibilidad, presencia territorial o incidencia en los órganos que asumen su representación.

- El texto constitucional boliviano genera un mecanismo perverso de subordinación de los subordenamientos jurídicos de algunos pueblos con menor población o presencia territorial a otros pueblos. Por lo tanto deberá realizarse un gran esfuerzo legislativo que impida que a título de reconocimiento de derechos a favor de unos se genere un sistema de discriminación perverso que culmine con la desaparición de parte importante del pluralismo jurídico existente en Bolivia. En ese contexto jugarán un rol protagónico los instrumentos normativos que se generen en los niveles de gobierno autónomos subnacionales (departamental, municipal, indígena, originario y campesino). Será esencial optar por la superación de concepciones que confunden ámbitos de control de legalidad con los de control de constitucionalidad así como de posiciones que postulan una justicia indígena, originaria y campesina desligada de todo control estatal y constitucional.

- No debe confundirse conducir la diversidad a la unidad respetando las identidades con hacer de la diversidad un instrumento de acentuación de las diferencias como base conceptual para el sustento de un sistema de justicia que implique exacerbación de particularidades raciales, étnicas o regionales.
- No menos importantes es operar los correctivos al Código Procesal Constitucional y lo que quedó vigente de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional a fin de evitar, en tiempo oportuno, que prosperen las barreras para la activación del control constitucional de las normas que se pretendan aplicar en los casos concretos como hoy acontece. Deberá darse claridad a los niveles de legitimación activa y pasiva con relación a las autoridades de los pueblos indígenas, originarios y campesinos de tal forma que se refuerce la jerarquía normativa que caracteriza, ahora, nuestro ordenamiento jurídico.
- Otro de los elementos esenciales a ser alcanzado es la certeza sobre el funcionamiento del control de constitucionalidad ante normas que no conciden con el texto constitucional al afectar los derechos de los pueblos indígenas, de los pueblos originarios o de los pueblos campesinos. También en el sentido inverso, es decir, cuando las normas de cualquiera de esos pueblos sean inconstitucionales a partir de la afectación al sistema ordinario de justicia.
- Sostengo a gritos que en Bolivia se pueden elaborar “nuevos” textos constitucionales cuantas veces lo quieran quienes ingresen a la administración pública como Presidente o Presidenta del Ejecutivo (como suele ser la característica que nuestra historia nos enseña es recurrente en los que terminan por poner de manifiesto su vocación autoritaria) y presentarlos como productos revolucionarios, de cambio o de lo que se quiera. Pero Bolivia necesita otra cosa y es gestar una cultura democrática en la que se consolide un apego de la administración pública a la lógica de existir para la

preservación y protección de la libertad y la dignidad del ser humano, lo que conlleva también asumir que todas las personas tienen derechos que aquellos deben respetar.

- Es imprescindible generar, desde los órganos de gobierno correspondientes, los estudios que permitan transitar de referencias genéricas del funcionamiento del sistema de administración de justicia de aquellos pueblos a escenarios de conocimiento específico del pluralismo existente basado en criterios técnico-jurídicos sin con ello descalificar los aportes de la antropología o la sociología. En este contexto deberá preverse la facultad de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional de acudir a expertos de diversas áreas del conocimiento que les brinden bases sólidas del sistema de justicia imperante en el pueblo indígena, originario o campesino cuando le corresponda someter a juicio de constitucionalidad una de sus normas o cuando tenga que valorarse el respeto de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Finalmente, no debe perderse de vista que la evolución del Derecho, sea en el ámbito de la justicia ordinaria, de la indígena, de la originaria y de la campesina, no se detiene con la aprobación de un texto constitucional o de algunas leyes nacionales. Su perfeccionamiento es permanente y los mayores avances se los alcanza en un escenario tolerante ideológicamente y plural políticamente, donde lo que han denominado en doctrina como “Constitución viviente” y “Democracia constitucional”³⁸⁰ deben tomarse con suma

380 Ver Konrad Hesse, 1992: 3; también Ricardo Guastini, en *Teoría de la Constitución...* en Carbonell (compilador), 2002: 98 y 99. También considerar el concepto de “constitución viviente” sobre el cual, por ejemplo, el Profesor Sagüés cita las palabras de Charles y William Beard: “La teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mítica. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es” (Sagüés, 2001a: 57).

cautela toda vez que no cabe someterse a lógicas de “democracias plebiscitarias o de mayoría”, pero tampoco a “Constituciones estatua, de fachada o propias de gobiernos constitucionales perversos”.

No cabe, por cierto, convertir la plurinacionalidad en lo que no es ni cerrar los ojos frente a las imperfecciones de un modelo consociacional o consociativo imperfecto para alegar la bondad del atropello a los derechos de los seres humanos.

Un proceso de formación democrática, que asegure la libertad de la persona en el Estado y ante el Estado y que se adecue a postulados democráticos mínimos pero esenciales asegurará la privilegiada ubicación que tiene el texto constitucional en el ordenamiento jurídico vigente, su carácter de norma de aplicación directa y la efectiva existencia de un órgano de control de constitucionalidad.

Bibliografía

- Aguilar Cavallo, Gonzalo; *Dinámica Internacional de la Cuestión Indígena*, reimpresión de la primera edición, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, editorial Librotecnia, 2011, Santiago de Chile, Chile.
- Albó, Xavier; *Autonomías Indígenas en la realidad boliviana y su nueva constitución*, 2009.
- Albó, Xavier y Ramiro Molina B.; *Gama Étnica y Lingüística de la Población Boliviana*, 2006.
- Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª edición, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Madrid, España.
- Álvarez Conde, Enrique; *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, 4ª edición, 2003, Madrid, España.
- Álvarez Junco, José; Beramendi, Justo y Requejo, Ferran; *El Nombre de la Cosa. Debate Sobre el Término Nación y Otros Conceptos Relacionados*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, Madrid, España.
- Andaluz, Horacio; *La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la constitución vigente*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 2010, Montevideo, Uruguay.
- Antezana, Luis; *Masacres y Levantamientos Campesinos en Bolivia*, editorial Juventud, 1994, La Paz, Bolivia.
- Aragón Reyes, Manuel; *Constitución y Control del Poder. Introducción a una Teoría Constitucional del Control*, Universidad Externado de Colombia, 1999, Colombia.
- Aragón Reyes, Manuel; *El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. N° 44, serie Temas de Derecho Público, 1997, Universidad Externado de Colombia, 1997.

- Ariza Santamaría, Rosembert; *Armonización Entre Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria. "Sistematización de las Experiencias Internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia"*; en *Justicia Ordinaria y Justicia Comunitaria. ¿Un Matrimonio Imposible? Sistematización de Propuestas de Complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*; 2008, publicada por la Fundación Konrad Adenauer.
- Asbun, Jorge; *Derecho Constitucional General. Conceptos Jurídicos Básicos*, editorial El País, cuarta edición, 2004, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- Asbun, Jorge; *El Recurso Directo de Nulidad. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, editorial El País, 2003, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- Ayala Corao, Carlos M.; *Las consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos*, en www.internationaljusticeproject.org/
- Ayo Saucedo, Diego; *¿De la democracia del rodillo partidario a la democracia del rodillo... indígena?*, en la obra colectiva *Asamblea Constituyente ¿Hegemonía Indígena o Interculturalidad?*, Gustavo Bonifaz Moreno y Diego Ayo Saucedo, obra editada por FES-ILDIS, 2008, La Paz, Bolivia.
- Balaguer Callejón, María Luisa; *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, editorial Tecnos, 1997, Madrid, España.
- Bardelli Lartirigoyen, Juan Bautista; *El Juez Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, Uruguay.
- Bazán, Víctor; *La Integración Supranacional y el Federalismo en Interacción: Perspectivas y Desafíos*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2009, Uruguay.
- Bengoá, José; *La Emergencia Indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, segunda edición actualizada, 2007, Santiago, Chile.

- Blanco Valdés, Roberto L.; *El Valor de la Constitución*, Editorial Alianza, 1ª edición en “Ensayo”, 1998, Madrid, España.
- Bobbio, Norberto *Teoría General del Derecho*, segunda edición, editorial Temis, 2005, Bogotá, Colombia.
- Bonifaz, Gustavo; *¿De la exclusión a la segmentación? Institucionalidad Democrática y Relaciones Interétnicas en la Coyuntura Sociopolítica Boliviana*, en la obra colectiva *Asamblea Constituyente ¿Hegemonía Indígena o Interculturalidad?*, Gustavo Bonifaz Moreno y Diego Ayo Saucedo, obra editada por FES -ILDIS, 2008, La Paz, Bolivia.
- Bonet Pérez, Jordi; *Historia y Evolución de la Protección de los Derechos Humanos*, en Jordi Bonet Pérez y Víctor M. Sánchez (Directores), *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Continuidad y Cambios*, editorial Huygens, 2008, España.
- Borrero García, Camilo; *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*, Centro de Investigaciones y Educación Popular - GTZ, 2003, Bogotá, Colombia.
- Caballero Sierra, Gaspar y Anzola Gil, Marcela; *Teoría Constitucional*, editorial Temis, 1995, Bogotá, Colombia.
- Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, editorial Heliasta, 20ª edición revisada, actualizada y ampliada, 1981, Buenos Aires, Argentina.
- Carbonell, Miguel, *La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una Aproximación Teórica*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, número 108, septiembre – diciembre de 2003, México.
- Carbonell, Miguel (compilador); *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 2002
- Castro Rodríguez, Carlos; *Historia Judicial de Bolivia*, editorial Los Amigos del Libro, 1987, La Paz, Bolivia.
- Castro, Román y Gonzáles, Miguel, *El Estado, Realidad Histórica, Presente y Perspectiva*; en AA VV *Temas Clave de Ciencia Política*, obra coordinada por Ramón Castro; editorial Ediciones Gestión 2000 S.A., de la Colección Universitaria ESERP, 1995, España, 1995.

- Cabedo Mallol, Vicente José; *Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena*, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, N° 25 (otoño 1998), Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universitat de Valencia, Valencia (España) 1998.
- Chivi Vargas, Idón Moisés; *Justicia Indígena y Jurisdicción Constitucional Bolivia 2003-2005*, en *Derechos Indígenas*, en la Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, año 1, N° 1, 2006, La Paz, Bolivia.
- Cea Egaña, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho, Nuevo Paradigma Jurídico*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2005, Uruguay.
- Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social; *Sistema Jurídico Indígena. Diagnóstico en Comunidades de los Pueblos: Chiquitano, Mojeño-Ignaciano y Tacana*, editorial El País, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, 2003, Santa Cruz, Bolivia.
- Colson, Elizabeth; *Tradition and Contract: The Problem of Order*, Adeline, Chicago, 1974.
- Costa Arduz, Rolando; *El Mito del Orden Territorial*, tomos 1 y 2, Fundación de Apoyo al Parlamento y a la Participación Ciudadana, 2006, La Paz, Bolivia.
- Clavero, Bartolomé; *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, Siglo XXI editores, México, 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, Original: Español, 2010, <http://www.cidh.org>
- Condarco Morales, Ramiro; *Aniceto Arce. Artífice de la Extinción de la Revolución Industrial en Bolivia*, editorial Fondo Editorial de los Diputados, 1985, La Paz, Bolivia.

- Dabin, Jean; *Doctrina General del Estado*, traducción de Héctor Gonzales Uribe y Jesús Toral Moreno, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, Estados Unidos.
- Dermizaky Peredo, Pablo; *Derecho Constitucional*, Editorial Alexander, 6ª edición, 2002, Cochabamba. Bolivia.
- Derpic Salazar, Carlos; *La Justicia Comunitaria en la NCPE*, en Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado, Fundación Konrad Adenauer, 2009, La Paz, Bolivia.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Microsoft Encarta 2007. 1993-2006 Microsoft Corporation.
- Dromi, Roberto; *Derecho Administrativo*, 5ª edición, editorial Astrea, 1996, Buenos Aires, Argentina.
- Durán Ribera, Willman Ruperto; *Los Principios de la Constitución Boliviana*, texto editado por el Tribunal Constitucional con motivo del Sexto Aniversario de actividad jurisdiccional, 2004, Sucre, Bolivia.
- Durán Rivera, Willman; *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*, editorial El País, 2005, Santa Cruz, Bolivia.
- Escola, Héctor Jorge; *Compendio de Derecho Administrativo*, Volumen I, editorial Depalama, 1984, Buenos Aires, Argentina.
- Fernández Martinet, Ivanna; *Bélgica, Canada, India, Sudáfrica y Suiza Países Multiculturales: Análisis Constitucional Comparado*, Plural – Unión Europea – GTZ – PADEP, 2006, La Paz, Bolivia.
- Fernández Orosco, Marcelo; *La Ley del Ayllu*. Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en las comunidades aymaras, Pieb, 2004, La Paz, Bolivia.
- Fernández Segado, Francisco; *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia: La Ley N° 1836 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1998, publicado por la Fundación Konrad Adenauer y el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 1998, Argentina.

- Ferrajoli, Luigi; *Democracia y Garantismo*, editorial Trotta, edición de Miguel Carbonell, 2008, Madrid, España.
- Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, editorial Trotta, 9ª edición, 2009, Madrid, España.
- Flores Gonzáles, Elba; *La Justicia Comunitaria un Verdadero Sistema*, en AA VV *Justicia Comunitaria en los Pueblos Originarios de Bolivia*, Editorial Tupac Katari, obra publicada por el Instituto de la Judicatura, 2003, Sucre, Bolivia.
- Fundación Apostamos por Bolivia, *Una Constitución Política Para Todos. El Tratamiento de los Derechos Campesinos e Indígenas en la Constitución*, editada por la Fundación Apostamos por Bolivia, Serie Casa Común N° 5, 2006, La Paz, Bolivia.
- Galindo De Ugarte, Marcelo; *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*, editorial Los Amigos del Libro, Colección Jurídica Guttentag, 1991, La Paz, Bolivia.
- García Ramírez, Sergio; *Recepción de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 2008, Montevideo, Uruguay.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, editorial Thomson-Civitas, reimpresión de la duodécima edición, 2005, Madrid, España.
- García Pelayo, Manuel; *Derecho Constitucional Comparado*, editorial Alianza, 1984, Madrid, España.
- García Pelayo, Manuel; *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, en *El Tribunal de Garantías en Debate*, editada por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Fundación Friedrich Naumann, Lima Perú, en <http://www.ilanud.or.cr/A081.pdf>.
- García Serrano, Fernando; *La Justicia Indígena como Espacio de Protección de los Derechos Individuales y los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas*, en *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*,

- Eddie Córdor (coordinador), Fundación Konrad Adenauer, 2011, Bolivia.
- Garrón Bozo, Rodrigo Javier; *Jerarquía de los Tratados y del Derecho Comunitario*, editorial Azul, 2005, La Paz, Bolivia.
- Gialdino, Rolando; *Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *La Ley*, 2008, Buenos Aires, Argentina, 2008-C.
- Giraldino, Rolando E.; *La Producción Jurídica de los Órganos de Control Internacional de los Derechos Humanos como Fuente del Derecho Nacional. Fuentes Universales y Americanas*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer, 2006, Montevideo, Uruguay.
- Goitia Caballero, Carlos Alberto, *Evaluación Necesaria desde el Ángulo Político*, en AA VV, *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, obra editada por el Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, 2003, Sucre, Bolivia.
- Goitia Caballero, Carlos Alberto; *Estado de Derecho: Desafío Para Bolivia en el Siglo XXI*, en *Opinión y Análisis N° 96 Estado de Derecho en Bolivia*, publicada por FUNDEMOS y la Fundación Hanns Seidel, 2008, La Paz, Bolivia.
- Goitia Caballero, Carlos Alberto; Vásquez, Luis; y, Ayala, Antonio; *Tribunal Constitucional. Comentario y Anotaciones en el Ordenamiento Jurídico Boliviano*, Fondo Editorial de los Diputados, 1999, La Paz, Bolivia.
- Goitia Caballero, Carlos Alberto; *Control Correctivo de Derechos Humanos a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Congreso Internacional. Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo II, editorial EDEVAL, 2012, Valparaíso, Chile.
- González Pérez, Jesús; *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, editorial Temis, 1985, Bogotá, Colombia.

- Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, 8ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, www.gordillo.com
- Gordillo Claire, José M.; *La Cuestión Indígena en el Proyecto de la Constitución Política del Estado*, en opiniones y Análisis N° 91: *Análisis del Proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente*, publicada por FUNDEMOS y la Fundación Hanns Seidel, 2008, La Paz, Bolivia.
- Gros Spiell, Héctor, *El Constitucionalismo Latinoamericano y la Codificación en el Siglo XIX*, en *Anuario Latinoamericano de Justicia Constitucional*, número 6, enero/diciembre de 2002, publicada por el Centro de Estudios políticos y Constitucionales, España.
- Guastini, Ricardo; *Sobre el Concepto de Constitución*, en AA VV *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Editorial Porrúa, 2ª edición, 2002, México.
- Guzmán, Augusto; *Historia de Bolivia. Obras Completas de Augusto Guzmán*, editorial Los Amigos del Libro, octava edición, 1998, La Paz, Bolivia.
- Herdegen, Matthias; *La Internacionalización del Orden Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2010, Montevideo, Uruguay.
- Häberle, Peter; *El Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47, edición 2003, Perú.
- Herrera, Enrique; Cárdenas, Cléverth; y, Terceros Elva; *Identidades y Territorios Indígenas. Estrategias Identitarias de los Tacana y Ayoreo Frente a la Ley INRA*, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2003, La Paz, Bolivia.
- Hesse, Konrad; *Constitución y Derecho Constitucional*, en AA VV, *Manual de Derecho Constitucional*, editorial Marcial Pons, 1996, Madrid, España.

- Hesse, Konrad; en *Concepto y Calidad de la Constitución*, en la obra *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª edición, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, obra editada por el Centro de Estudios Constitucionales, 1992, Madrid, España.
- Hirsch, Günter; *La Jurisdicción en el Estado de Derecho: Entre la Sujeción a la Ley y la Interpretación Cuasilegislativa*; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, Uruguay.
- Ibarra Grasso, Dick E.; *Pueblos Indígenas de Bolivia*, editorial Juventud, 2ª edición, 1997, La Paz, Bolivia.
- Instituto Nacional de Estadísticas — INE; *Características Sociodemográficas de la Población Boliviana*, estudio financiado por el Fondo De Población de las Naciones Unidas, (UNFPA), 2003, La Paz, Bolivia.
- Irigoyen, Raquel; *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, texto publicado por la Fundación Myrna Mack, 1999, Guatemala.
- Islas Montes, Roberto; *Sobre el Principio de Legalidad*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2009, Uruguay.
- Jordán de Albarracín, Betty; *Documentos para una Historia del Derecho Constitucional Boliviano*, Talleres Gráficos San Antonio, 1978, La Paz, Bolivia.
- Klein, Herbert S.; *Historia de Bolivia*, editorial Juventud, 3ª edición aumentada y corregida, versión castellana de Joseph M. Barnadas, 2001, La Paz, Bolivia, 2001.
- Lasalle, Ferdinand; *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Coyoacan, 5ª edición, título original *Ubre Verfassungswesen*, traducido por W. Rocés, 1999, México.
- Laserna, Roberto; Verdesoto, Luis; Zegada, María Teresa y Oporto, Henry; *Constitución y Poder Político. Propuesta de Reforma para Bolivia*, obra editada por USAID / Bolivia y CERES, La Paz, Bolivia, marzo de 2007.

- Lijphart, Arendth; *Democracies: Patterns of Majoritarian And Consensus Government in Twenty-one Countries*, Yale University Press, 1984.
- Lijphart, Arendth; *Democracy in Plural Societies*, Oxford, 1977.
- Loayza Bueno, Rafael; *Halajtayata, Etnicidad y Racismo en Bolivia*, editorial Garza Azul, obra publicada por FUNDEMOS y la Fundación Hanns Seidel, 2004, La Paz, Bolivia.
- López Medina, Diego; *Procesos Constituyentes en el Derecho Comparado*; ponencia presentada en el “IX Seminario Internacional de Justicia Constitucional y Estado de Derecho”; publicada por el Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, 2006.
- Manili, Pablo Luis; *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, editorial La Ley, 2003, Buenos Aires, Argentina.
- Marín, José Ángel; *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, editorial Ariel, 1998, España.
- Martínez, Juan Carlos; Steider, Christian y Uribe Granadas, Patricia (coordinadores); *Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico. Manual para Operadores de Justicia*; Fundación Konrad Adenauer, 2012, México.
- Mesa, José de; Teresa Gisbert y Carlos D. Mesa Gisbert; *Historia de Bolivia*, editorial Gisbert, 5ª edición actualizada y aumentada, 2003, La Paz, Bolivia
- Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación (Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios; Servicio de Asistencia Jurídica para Pueblos Indígenas y Originarios), *Memoria del Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, obra editada por el editorial Comunicación Visual, 1998, La Paz, Bolivia.
- Ministerio de Justicia de la República de Bolivia; *Justicia Comunitaria*, con el apoyo del Banco Mundial, junio de 1998, La Paz, Bolivia.
- Morales Guillen, Carlos; *Código de Procedimiento Civil. Concordado y Anotado y Ley de Organización Judicial. Concordada. con Arreglo a las Ediciones Oficiales*, editorial Gisbert & CIA., 1978, La Paz, Bolivia.

- Molas, Isidre; *Derecho Constitucional*, editorial Tecnos, reimpresión de la 3ª edición, 2006, Madrid, España.
- Monasterios, Abraham; *Procedimientos Especiales*, Imprenta de la Universidad Mayor de San Andrés, 1970, La Paz, Bolivia.
- Montaño Galarza, César; *Inclusión de la Justicia Indígena, Administrada por sus Propias Autoridades y sus Propias Normas*, en *Un Derecho de los Pueblos Indígenas: Institucionalizar la Justicia Comunitaria en la CAN*, Universidad Andina Simón Bolívar, Proyecto SOCICAN – Comunidad Andina, 2010, La Paz, Bolivia.
- Montenegro, Walter; *Introducción a las Doctrinas Político Económicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión de la tercera edición revisada y actualizada, 1991, México.
- Nicolas Vincent; Fernández, Marcelo y Flores, Elba; *Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia PIEB y Fundación UNIR Bolivia, 2007, La Paz, Bolivia.
- Nogueira Alcalá, Humberto; *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la Alborada del Siglo XXI*, editorial Lexisnexis, 2005, Santiago, Chile.
- North, Douglass C.; *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, obra editada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, Bogotá, Colombia.
- Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía Sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo – DANIDA – Comisión Europea, 2009, Perú.

- Ortiz Torricos, Marcela Rita; “*El recurso directo de nulidad entre el control de legalidad y de constitucionalidad*”, tesis de grado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, Bolivia, 2002.
- Ortiz Mattos, Pastor; *El Recurso de Casación en Bolivia*, editada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1997, Sucre, Bolivia.
- Ossio, Lorena; “Avances y retrocesos: rumbo a la complementariedad de la Justicia Comunitaria y la Justicia Estatal en Bolivia”, en *Justicia Ordinaria y Justicia Comunitaria. ¿Un Matrimonio Imposible? Sistematización de Propuestas de Complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*; 2008, publicada por la Fundación Konrad Adenauer.
- Ossio, Lorena; *El Sistema Jurídico Constitucional y el Derecho Consuetudinario indígena*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 1999, Uruguay.
- Ossorio, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, edición 2005, 26ª edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, editorial Heliasta, 2005, Buenos Aires, Argentina.
- Pacari Vega, Nina; “Social Inclusion and Indigenous Peoples’ Rights”, en Inter- American Development Bank, *Social Inclusion and Economic Development in Latin America*, IDB Publications Section, sin data.
- Pellet Lastra, Antonio; *Teoría del Estado*, Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires, Argentina.
- Peña Jumpa, Antonio; Cabedo Mallol, Vicene; y López BÁCernas, Francisco; *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina. Análisis Constitucional. Justicia y Derecho Oaxaqueño (México). Justicia y Derecho Aymara (Perú)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, Lima, Perú.
- Peres Velsco, Antonio; *Nociones de Filosofía Jurídica*, Plural editores, 2008, La Paz, Bolivia.

- Pérez Royo, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas, segunda edición, 1995, Madrid, España.
- Pizzorusso, Alessandro; *Curso de Derecho Comparado*, editorial Ariel, 1987, Barcelona, España.
- Rey Cantor, Ernesto; *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, 2008, México.
- Rivera Santibáñez, José Antonio; *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, editorial Kipus, 2001, Cochabamba, Bolivia.
- Rivera Santibáñez, José Antonio; *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, editorial Kipus, 1ª reimpresión de la 3ª edición, 2012, Cochabamba, Bolivia.
- Rivera Santibáñez, José Antonio; *Supremacía Constitucional y Sistema de Control*, en *Derecho Procesal Constitucional*, obra coordinada por Susana Castañeda Otasu, editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, sin data.
- Rivera Santibáñez, José Antonio, Stefan Jost, Gonzalo Molina Rivero, Huáscar J. Cajías; *La Constitución Política del Estado. Comentario Crítico*, 3ª edición actualizada con las reformas de 2004, editorial Kipus, publicada por la Fundación Konrad Adenauer, 2005, Cochabamba, Bolivia.
- Roca, José Luis; *Ni con Lima ni con Buenos Aires. La Formación de un Estado Nacional en Charcas*, Plural editores, 2007, Bolivia.
- Rodríguez- Zapata, Jorge; *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, editorial Tecnos S. A., 1996, Madrid, España.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos; *La Experiencia Europea en la Aplicación Judicial del Derecho Comunitario*, en Tribunal Andino de Justicia, *La Integración., el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, Sucre, Bolivia
- Rodríguez Veltzé, Eduardo; *El órgano Judicial en la Nueva Constitución*, en *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer, 2009, La Paz, Bolivia.

- Romero Bonifaz, Carlos; *Los Ejes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, en *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Universidad Mayor de San Andrés e IDEA Internacional, 2010, La Paz, Bolivia.
- Romero Ballivián, Salvador; *Análisis de la Elección de la Asamblea Constituyente y del Referéndum sobre Autonomías Departamentales, en opinión y Análisis N° 80*, editada por FUNDEMOS y la Fundación Hanns Seidel, 2006, La Paz, Bolivia.
- Rojas Álvarez, Martha, *La garantía del debido proceso y la justicia comunitaria desde una perspectiva constitucional*, en <http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/docs/libros/Garantias.pdf>
- Ros I., José, Isabelle Combés et al.; *Los Indígenas Olvidados. Los Guaraní-Chiriguano Urbanos y Peri-Urbanos en Santa Cruz de la Tierra*, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2003, La Paz, Bolivia.
- Rubio Llorente, Francisco; *Las formas de poder. Estudios sobre la Constitución*, obra publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Madrid, España.
- Russo, Eduardo Ángel; *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la Posmodernidad*, editorial Abeledo / Perrot, 2ª edición actualizada, 1997, Buenos Aires, Argentina.
- Sáchica, Luis Carlos; *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, Quito, Ecuador.
- Sagüés, Nestor Pedro; *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina*, en *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Luis López Guerra coordinador, editorial Nacional, Quito, 2002, Ecuador.
- Sagüés, Nestor Pedro; *Sobre el Concepto de "Constitución Viviente" (Living Constitution)*, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, directores Raúl Gustavo Ferreira y Andrés Gil Domínguez, editorial Ediar, 2001, Buenos Aires, Argentina.
- Sagüés, Nestor Pedro; *Teoría de la Constitución*, editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, Argentina.

- Sagüés, Nestor Pedro, *El “Control de Convencionalidad”*, en *Particular Sobre las Constituciones Nacionales*, en La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2009 – B.
- Sagüés, Nestor Pedro; **Cultura constitucional y Desconstitucionalización**, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2010, Montevideo, Uruguay,
- Salgado, Judith (compiladora); *Justicia indígena. Aportes para un Debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 1999.
- Salinas Mariaca, Ramón; *Las Constituciones de Bolivia*, editorial Talleres-Escuela de Artes Gráficas del Colegio “Don Bosco”, 1989, La Paz, Bolivia.
- Sánchez Morón, Miguel; *Derecho Administrativo, Parte General*, Quinta edición, Editorial Tecnos, 2009, Madrid, España.
- Sartori, Giovanni; *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*, editorial Taurus, título original *Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, 2001, España.
- Sartori, Giovanni; *¿Qué es la democracia?*, editorial Taurus, título original *Democrazia: cosa é*, traducción de Miguél Ángel Gonzáles Rodríguez y María Cristina Pestellino Liparelli Salomon, 2003, Buenos Aires, Argentina.
- Sarría, Consuelo; *Control Judicial de la Administración Pública*, en *Justicia Administrativa*, ediciones UNSTA, Tucumán, Argentina, 1981.
- Serhan Jaldin, Gamal; *La Historia No Oficial de la Asamblea Constituyente*, obra editada por FUNEMOS y la Fundación Hans Seidel Stiftn eV, 2008, La Paz, Bolivia.
- Saura Estapà, Jaume; *La Universalización de los Derechos Humanos*, en Jordi Bonet Pérez y Víctor M. Sánchez (Directores), *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Continuidad y Cambios*, editorial Huygens, 2008, España.
- Souza Santos, Boaventura de; *Globalización del Derecho. Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*; editada por la Facultad de

Derecho, Ciencias políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y el Instituto Latinoamericano de Servicios legales Alternativos, segunda reimpresión de la primera edición, 2002, Bogotá, Colombia.

Souza Santos, Boaventura de; *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*; en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*; Boaventura de Souza Santos y José Luis Exeni Rodríguez (editores), 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012, La Paz, Bolivia.

Souza Santos, Boaventura de; *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*, Plural editores, 2010, La Paz, Bolivia.

Souza Santos, Boaventura de; *Pensar el Estado y la Sociedad: Desafíos Actuales. Conferencias con Boaventura de Souza Santos*, Muela del Diablo Editores, 2008, La Paz, Bolivia.

Stavenhagen, Rodolfo; *Los Derechos Indígenas: Algunos Problemas Conceptuales*, en *Revista IIDH*, vol. 15, 1992.

Tapia Mealla, Luis; *La invención del núcleo común. Ciudadanía y gobierno multisocietal*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/boliviaticides/tpia.pdf>

Tawil, Guido Santiago; *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, editorial Depalama, 1993, Buenos Aires, Argentina.

Toranzo Roca, Carlos; *Repensando el Mestizaje en Bolivia*, en *¿Nación o Naciones Boliviana (s)? Institucionalidad para Nosotros Mismos*, Gonzalo Rojas Ortuste (Coordinador), Colección 25 Aniversario, CI-DES – UMSA, 2009, La Paz, Bolivia.

Toranzo Roca, Carlos; *Rostros de la Democracia: Una Mirada Mestiza*, Plural – Friedrich Ebert Stiftung, ILDIS, La Paz, Bolivia.

Tribunal Constitucional de Bolivia, *El Aporte del Tribunal Constitucional al Fortalecimiento del Estado de Derecho y a la Democracia*, Tribunal Constitucional de Bolivia, editorial Kipus, 2005, Sucre, Bolivia.

- Tribunal Constitucional de Bolivia, Boletín Informativo, año 9, N° 22, diciembre de 2007, Sucre, Bolivia.
- Trigo, Ciro Félix; *Derecho Constitucional Boliviano*, 2ª edición, Editorial Atenea, obra publicada por el Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003, La Paz, Bolivia.
- Trigo, Ciro Félix; *Las Constituciones de Bolivia*, 2ª edición, Editorial Atenea, obra publicada por el Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, adiciones y actualización (1961-2002) de Jorge Antonio Asbún Rojas, 2003, La Paz, Bolivia.
- Trujillo, Julio César; *Administración de Justicia Indígena*, en AA VV, *Justicia indígena. Aportes para un Debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, 1999, Quito, Ecuador.
- Twining, William; *Derecho y Globalización*; editorial Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2003, Bogotá, Colombia.
- Urenda Díaz, Juan Carlos; *Autonomías Departamentales*, editorial El País, segunda edición, 2003, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- Valencia Vega, Alipio; *Desarrollo del Constitucionalismo*, Editorial Juventud, 1971, La Paz, Bolivia.
- Valencia Vega, Alipio; *Manual de Derecho Constitucional*, editorial Juventud, 1964, La Paz, Bolivia.
- Vega Camacho, Oscar; *Estado Plurinacional. Elementos para el debate, en Descolonización en Bolivia. Cuatro Ejes para Comprender el Cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, 2011, La Paz, Bolivia.
- Vergara Sandoval, Rafael; *Supremacía Constitucional y Tribunal Constitucional Plurinacional*, en *Memoria Conferencia Internacional Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, editora Presencia, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED- GTZ, Bolivia y Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, La Paz, Bolivia.

Vergottini, Giuseppe De; *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Universidad, traducción de Claudia Herrera, 2005, Buenos Aires, Argentina.

Véscovi, Enrique; *Teoría General del Proceso*, segunda edición actualizada, editorial Temis, 1999, Bogotá, Colombia.

Zelada Castedo, Alberto; *OMC: Nuevas Aproximaciones a la Cuestión de la Adaptación del Derecho Interno al Derecho Internacional*, La Paz, Bolivia, 29 de diciembre de 2003, documento de estudio de la Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sub Sede La Paz.

Páginas web visitadas:

www.georgetown.edu

www.rosalux.org.ec

www.tc.gov.pe

www.tsj.go.ve

www.tribunalconstitucional.gov.ec

www.tribunalconstitucional.gob.bo

www.cejil.org

www.cwis.org

www.indianlaw.org

www.unesco.org

www.un.org

www.oas.org

www.fondoindigena.org

www.congreso.gob.pe

www.congreso.gob.bo

www.eldiario.net

www.acnur.org

www.cidh.org

www.elpais.com
www.elperiodico.com
www.laprensa.com.bo
www.larazon.com
www.lostiempos.com
www.padep.org.bo
www.televisiondigital.electronicafacil.net
www.turquia.com/chipre.asp
www.unhchr.ch
www.cajpe.org.pe
www.iadb.org
www.hrw.org
www.inep.org
www.internationaljusticeproject.org
www.noticiasfides.com
www.clacso.org.ar
www.fbdm.org.bo
www.idea.int
www.comparativelawcenter.org
www.constitutionnet.org
www.ictj.org
www.coordinadoracaoi.org
www.gobernacionlapaz.gob.bo
www.santacruz.gob.bo
www.cochabamba.bo
www.autonomias.gob.bo

