

RECONOCIMIENTO PLENO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA

-La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances-

Silvina Ramírez¹

Sumario

- I. Del Estado multicultural al Estado plurinacional.
- II. Algunos intentos de formulación de una ley marco entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena.
- III. La Ley de Deslinde Jurisdiccional como estrategia de reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena.
- IV. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances
- V. Epílogo

I. Del Estado multicultural al Estado plurinacional

Las reformas constitucionales de los años 80 y 90 que contemplaron en su articulado normas de reconocimiento a la administración de justicia significaron un paso adelante en la lucha por los derechos de los Pueblos indígenas. No obstante, también es preciso admitir que no se apartaron de una matriz o modelo generado en los orígenes de las constituciones latinoamericanas², imbuida del respeto irrestricto a los derechos individuales y de un tímido reconocimiento de los derechos colectivos que no alcanzaron a modificar una concepción liberal del Estado; dentro de esta concepción los Pueblos indígenas están invitados a participar pero no pueden apropiarse de un espacio que, en definitiva, le es ajeno.

Estas reformas consagraron Estados multiculturales, insuficientes en su concepción pero importantes para generar herramientas que en su momento permitieron colocar los derechos indígenas en la agenda pública y también abrieron algunas fisuras para avanzar en el reconocimiento –tibia aún– de su territorio, de la administración de justicia propia, de sus instituciones, etc.

Este movimiento de reconocimiento fue complementado y apuntalado por el Convenio 169 de la OIT, aprobado y ratificado por el Estado boliviano en 1991 y, recientemente (septiembre de 2007), por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, la que representa incluso un avance con relación al Convenio 169 de la OIT hasta ese momento la herramienta más importante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

¹ Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Centro de Estudios sobre Democracia y Estado de Derecho del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

² Cfr. Ramírez Silvina, “Siete Problemas del nuevo Constitucionalismo indigenista” presenta al VI Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, RELAJU, Bogotá, 2008.

Sin embargo, todavía estamos lejos de construir Estados que puedan revertir un proceso cuyo punto de partida es el inicio de construcción de nuestras repúblicas, y que en sus raíces no contemplaron la inclusión de los Pueblos indígenas como sujetos políticos sino más bien buscaron disolverlos bajo el manto del respeto de individualidades sin admitir su existencia como pueblos.

Desde esa perspectiva, el desafío de nuestros actuales Estados frente a la “emergencia indígena”³ es ya no sólo avanzar linealmente sino pegar un salto que cambie radicalmente las estructuras del Estado y la distribución interna del poder. En otras palabras, cuando hablamos de este nuevo paradigma que conforma “los Estados multinacionales”, nos referimos a una transformación de fondo que pueda abandonar la clásica matriz constitucional imperante y que genere una coexistencia e interacción de diferentes nacionalidades en un mismo espacio geográfico, bajo la unidad política de un Estado pero conservando, cada una de las nacionalidades que lo componen, sus instituciones, la gestión de sus recursos naturales, su tierra y territorio, etc.

De lo que se trata, entonces, es tomar como punto de partida el pluralismo cultural y como horizonte el Estado multinacional. La concepción liberal del Estado manejada hasta el presente no puede dar respuestas a las genuinas demandas de los Pueblos. Tampoco puede reconocer plenamente la diversidad y menos aún admitir la cogestión del gobierno. En definitiva, cambiar el paradigma estatal es subvertir la distribución de los poderes del Estado, generando mecanismos que admitan, por ejemplo, que no sólo el Poder Legislativo puede crear normas válidas, ni sólo los jueces del Estado pueden dirimir conflictos.

Es en ese sentido que en el contexto latinoamericano se van gestando nuevas constituciones que pueden significar, precisamente, este cambio de paradigma demandado por los Pueblos indígenas, organizaciones que los representan y movimientos sociales. Las Constituciones de Ecuador y Bolivia son un ejemplo de lo que potencialmente puede llegar a generarse con estos nuevos instrumentos normativos. Representan la posibilidad de un cambio más profundo, que pueda construir Estados de cara a las demandas de los pueblos que los conforman.

Es el caso del proyecto de Constitución boliviana que surgió de la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007 y que representa una transformación significativa, más allá de algunos problemas en su formulación. Luego del pacto entre los diferentes sectores políticos, la constitución que surgió del acuerdo firmado en octubre de 2008, aunque sigue conservando su capacidad de transformación, atenúa las potenciales consecuencias de algunos artículos que sin lugar a dudas hubieran significado un sacudón profundo a los cimientos del Estado.

Como ejemplo de estas afirmaciones, el capítulo de autonomías concede excesivas prerrogativas a las autonomías departamentales; subordina permanentemente las decisiones de las instituciones indígenas al poder ordinario o central; la distribución de poder no parece haber cambiado notablemente, y en el caso de la justicia indígena, recorta los reconocimientos alcanzados en la versión de diciembre de 2007.

³ Bengoa José, **La emergencia indígena en América Latina**, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Bengoa señalaba la emergencia indígena de los años 90 en América Latina, desacadando los cambios que se producen tanto en el contexto internacional como nacional que son los que han movlizado estos fenómenos.

No obstante, también es posible pensar que la legislación secundaria que surja de lo que prescribe la misma constitución pueda imprimirle alguna otra “vuelta de tuerca” al escenario político y jurídico, que recupere el producto de lo discutido en la Asamblea Constituyente. De todas maneras, y sin saber aún el resultado del referéndum, debemos considerar que el actual proyecto de Constitución de Bolivia puede convertirse en una herramienta que apunte a la construcción de un Estado multinacional, aunque también es posible sostener la mirada inversa, y afirmar que más allá del desarrollo de un “neo-constitucionalismo indígena”, el proceso todavía no está dando muestras claras de poder contar con un paradigma diferente al que impera hasta el presente.

A continuación se describen algunos problemas que surgen de la formulación de las nuevas constituciones y que se convierten, en definitiva, en obstáculos a superar para configurar nuevos modelos estatales:

- I. **El desafío de alcanzar un genuino pacto entre los pueblos.** En términos generales, las constituciones siempre se formularon bajo la idea de receptar la “voluntad popular” (una única voluntad que representaba al pueblo soberano) en su texto, de modo tal que su defensa también significaba la defensa de lo que el pueblo había decidido en aquel momento constituyente. En ese sentido, no se tomaba ni siquiera en cuenta las dificultades de disolver en aquella metáfora los intereses, rasgos distintivos, creencias, instituciones de cada uno de los pueblos que componían el Estado que estaba naciendo. En otras palabras, en aquellos momentos fundacionales de nuestras repúblicas no se pensó ni siquiera en la posibilidad de lograr acuerdos –algo que se impone hoy fruto de las numerosas demandas- entre los pueblos, y de alcanzar pactos que los comprometan y también que los reconozcan con igual jerarquía. En la nueva Constitución boliviana, y más aún en el último proyecto consensuado, se vislumbra el fruto de una negociación política –necesaria por cierto para lograr la “gobernabilidad”- pero carente de un trabajo más abierto y transparente con todos los afectados, que debería haber incluido a muchos más que los representantes de las diferentes fuerzas políticas.
- II. **Las instituciones que prevalecen en el proyecto son de tradición occidental.** Si bien no se trata de dejar por el camino las instituciones republicanas que han imperado por casi dos siglos en nuestros países, no se ha logrado introducir una mirada indígena que demuestre que las nuevas constituciones receptan formas organizativas que pertenecen a los distintos pueblos. Impera la visión occidental y la idea de que son los diferentes pueblos indígenas los que deben “integrarse” a las instituciones de tradición occidental, lo que no permite un desarrollo y fortalecimiento de las propias instituciones relegándose su ejercicio sólo al ámbito local.
- III. **Una concepción de Estado de Derecho que no termina de perfilarse.** Existieron dos ideas básicas que finalmente conformaron lo que hoy llamamos Estado de Derecho en nuestras democracias: la regla de la mayoría, en el entendido que es ésta la que debe prevalecer como la condición básica de un Estado democrático; un gobierno limitado, dado que si bien se privilegian las decisiones mayoritarias éstas no pueden avasallar derechos mínimos que son infranqueables. De ese modo, se alcanza un equilibrio –difícil- entre mayorías y minorías, pero con un objetivo relevante, proteger los derechos de todos. En ese sentido, la división de poderes y las diferentes funciones que se les asignan tienen por finalidad alcanzar esta idea de Estado de Derecho, medular para garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Es por ello también que la elección de los jueces, en un diseño constitucional clásico, no se realiza por sufragio popular. Haber incorporado la

elección universal para los magistrados/as del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional Plurinacional abre algunos interrogantes que tienen una relación directa con el modelo de Estado hacia el cual se tiende.

Por otra parte, la idea de Estado multinacional lleva incorporada otra idea eje que debe ser la brújula de las discusiones contemporáneas sobre los derechos indígenas: la emancipación de los pueblos. Esta idea, no novedosa pero utilizada en numerosos contextos, debe servir para guiar los debates, ya que los fundamentos del contenido de un nuevo paradigma estatal gira alrededor de su capacidad transformadora de la situación actual en la que viven los pueblos indígenas latinoamericanos.

II. Algunos intentos de formulación de una ley marco entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena

En 1995 el Estado boliviano, en el marco de la Constitución vigente hasta el momento y mediante una interpretación del texto de su artículo 171, inició la tarea de formular una ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. En ese sentido, y nuevamente a través del desarrollo de criterios interpretativos que se ajustaban a lo dispuesto en las herramientas normativas internacionales, se reconocía la administración de justicia propia de las comunidades indígenas y se intentaba regular su interacción con las normas de la justicia ordinaria⁴.

Este proceso tuvo como base un trabajo de campo llevado adelante en diferentes zonas geográficas del territorio. Esta investigación empírica demostró la existencia de sistemas normativos diferentes al sistema normativo imperante. Es así que dichos sistemas comprendían autoridades, procedimientos establecidos, identificación de conductas prohibidas y permitidas, y un sistema de castigos que permitían afirmar que se conformaban verdaderos sistemas judiciales.

Con ese punto de partida, el proyecto intentó perfeccionar un marco regulatorio que no invadiera el derecho propio pero que contemplara las situaciones en donde se presentaban zonas de intersección para clarificar qué sistema debería entender en esos casos particulares. No obstante haberse avanzado en su formulación, el proyecto no alcanzó a ingresar al Parlamento para su discusión.

En la región fueron pocos los proyectos de coordinación que alcanzaron su aprobación. Como una excepción que confirma la regla de la no existencia de leyes que regulen la relación de diferentes sistemas normativos, podemos mencionar el caso de la República Bolivariana de Venezuela que en diciembre de 2005 Promulgó la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas⁵. En su título VII sobre administración de justicia, contempla la jurisdicción especial indígena y su relación con la administración de justicia ordinaria.

⁴ Ver el trabajo “**Justicia Comunitaria**” publicado en 10 volúmenes por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, septiembre de 1999, en donde se relata el trabajo empírico así como reflexiones teóricas sobre el significado y los alcances de la coexistencia de múltiples sistemas normativos.

⁵ En la exposición de motivos se establece que la ley reconoce la diversidad cultural, lingüística y legal de la República Bolivariana de Venezuela y pone fin al hecho colonial que puso a los pueblos originarios en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural e ideológica.

No es casualidad, entonces, que después de tantos años transcurridos desde las primeras reformas constitucionales que reconocieron la preexistencia y derechos de los pueblos indígenas, no se hayan podido consolidar movimientos que respaldaran leyes de coordinación entre sistemas de justicia diversos, que pudieran clarificar aquellos puntos oscuros que siempre presentan los cruces de sistemas cuyos fundamentos valorativos provienen de fuentes tan distintas.

Vale la pena preguntarse cuál ha sido la causa de que no haya prosperado una legislación secundaria que a primera vista es imprescindible, dado que evidentemente es preciso una coordinación que no permita en primer lugar inseguridad jurídica, y en segundo lugar –y en detrimento de la justicia indígena- un desconocimiento del derecho propio, dada la austeridad con la que, por lo general, se manifiestan los textos constitucionales.

Un obstáculo relevante en su momento fue la necesidad de llevar adelante la consulta previa prevista por el Convenio 169 de la OIT, lo que implicaba afectación de recursos humanos y económicos sumados a la gestación de una movilización importante dentro de los pueblos indígenas no siempre conveniente para la coyuntura política.

En definitiva, la carencia de voluntad política conspiró contra la sanción de leyes de este tipo en los países latinoamericanos. Si bien en la mayoría de países de la región se abrió un debate alrededor del reconocimiento de los derechos indígenas, lo cierto es que se llevó a cabo en un contexto en donde la dimensión liberal de los derechos no estaba en juego. En otras palabras, los avances tenían una suerte de “camisa de fuerza”, y los proyectos de ley de coordinación que podrían haber significado un paso más en el camino de la construcción de un nuevo Estado encontraron muchos límites.

La nueva constitución boliviana, tal como la aún vigente, coloca a la llamada “ley de deslinde jurisdiccional” en la escena principal de la administración de justicia, y abre nuevamente las puertas para volver a discutir cuáles deben ser los contenidos y alcances, de lo que nos ocuparemos en el próximo apartado. Sin embargo, vale la pena destacar que en este punto abordar seriamente una ley de coordinación o deslinde no es un tema menor, y que la constitución deja abierta serias brechas interpretativas que debe clarificar con esta legislación secundaria.

El recorrido que hasta el presente han evidenciado este tipo de leyes, o más específicamente los proyectos de leyes que se han formulado y en algunos casos discutido, es una muestra elocuente de cierta resistencia a generar un marco adecuado para que pueda desarrollarse una coexistencia de sistemas normativos diferentes y para que pueda fortalecerse la institucionalidad indígena.

El fortalecimiento de las instituciones indígenas merece un párrafo aparte. Parece obvio que una ley de coordinación debe tener como primer objetivo generar un marco normativo que evite superposiciones y que clarifique un escenario posible de convivencia. Pero otro objetivo no menos importante es contribuir al fortalecimiento de instituciones que pueden estar debilitadas o socavadas por los mismos procesos de cooptación o exclusión que los pueblos indígenas han sufrido por parte del propio Estado⁶.

⁶ Ver Irigoyen Fajardo Raquel, **Pautas de coordinación entre del derecho indígena y el derecho estatal**, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999. La autora afirma que “...el respeto y el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas se derivan del reconocimiento del derecho

Por lo tanto, es el propio Estado el que tiene la responsabilidad histórica de reparar los daños ocasionados y de revertir un estado de situación que no puede recaer en los propios pueblos. Los estados latinoamericanos han sido poco sensibles al reconocimiento genuino de su existencia. Su propia conformación, enraizada profundamente en el paradigma colonial, ha dado la espalda, consistentemente, a sus derechos colectivos⁷. Es por ello que en la actualidad, y frente a los graves abusos a los que se someten, es preciso reconocerles la amplia gama de derechos de los que son sujetos y los daños que han sufrido en sus diferentes dimensiones, incluida la cultural.

La reparación cultural involucra, entre otras cosas, la recuperación de la memoria, la lengua, la espiritualidad y sus prácticas que los definen y son sus formas de vida. El reconocer explícitamente la existencia de derechos culturales es el primer paso para una recuperación integral de su cosmovisión. La reparación cultural puede tomar formas de compensación que transiten otros caminos como el fortalecimiento de las autoridades indígenas, el respeto a su lengua y a sus creencias y la recuperación de su institucionalidad⁸.

En pocas palabras, en los momentos actuales estamos enfrentando lo que se ha dado en llamar “procesos de descolonización”⁹, que superan aquellos meros “procesos de reconocimiento” que hemos mencionado para situarse ante el desafío de construir algo diferente que lo condensamos en lo que llamamos Estados multinacionales.

III. La Ley de Deslinde Jurisdiccional como estrategia de reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena

Sin lugar a dudas la negociación que culminó el 21 de octubre de 2008 con la modificación de prácticamente 100 artículos del proyecto original de constitución significó un retroceso en algunos ámbitos. Así, la justicia indígena que fue receptada con mayor fuerza en el producto surgido de la Asamblea constituyente fue morigerada en sus alcances en la última versión del proyecto. Sin embargo, al prever explícitamente una ley de deslinde jurisdiccional, es posible volver a recuperar espacios con los contenidos que se le otorguen a esta ley.

Revisemos un poco el texto original del proyecto de constitución. En el segundo inciso del artículo 190 la jurisdicción indígena originario campesina sólo tiene como límites “el derecho a la

indígena. Ello incluye el respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas...”, pág. 95.

⁷ Cfr. Díaz-Polanco Héctor, **El canon Snorri. Diversidad cultural y tolerancia**, México, 2004. Dice Díaz-Polanco “...*El reconocimiento de derechos socioculturales mediante un régimen autonómico, para organizar la sociedad sobre una plataforma multicultural, suscita incertidumbres respecto a su compatibilidad con los derechos y garantías individuales, constitucionalmente consagrados en la mayoría de las naciones contemporáneas, y que en éstas también son parte de una tradición cultural con cierto arraigo en un importante sector de la población*”, págs. 30-31.

⁸ Ver Ramírez Silvina, “El desafío de la reparación cultural: el caso de los indígenas” en la revista del Programa de Naciones Unidas (PNUD), Bogotá, 2007.

⁹ Ver Schilling-Vacaflor Almut, “Identidades indígenas y demandas político-jurídicas de la CSUTCB y el CONAMAQ en la Constituyente boiviana” en **Tinkazos**, revista de Ciencias Sociales, Bolivia, 2008. Así se afirma: “...*de esa manera, ciertos cambios internos, como la participación creciente de mujeres, están siendo interpretados dentro del CONAMAQ (Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyo, Organización indígena originaria campesina de Bolivia, el subrayado es mío) como una continuidad histórica de las estructuras precoloniales y como procesos de descolonización, ya que la desigualdad de género y la marginalización de las mujeres son atribuidas a la influencia de los españoles. De la misma manera, los procesos de transformación actuales son concebidos como un retorno a las relaciones precoloniales, porque se las imaginan como más igualitarias y complementarias.* Págs. 154-155.

vida y los derechos establecidos en la presente constitución”. En el proyecto modificado se incorpora como un límite expreso el derecho de defensa y las demás garantías consignadas en la constitución.

Por otra parte, en el proyecto surgido de la asamblea constituyente, en el texto de su art. 192 se otorga a la jurisdicción indígena originario campesina la posibilidad de conocer en todo tipo de relaciones jurídicas, algo que fue eliminado en el nuevo texto y suplantado por condiciones de vigencia material, personal y territorial, lo que podría interpretarse como un recorte de los alcances de la jurisdicción especializada.

Otro límite impuesto a la jurisdicción indígena en el proyecto consensuado es haber eliminado el párrafo en donde se explicitaba la definitividad de sus decisiones. En el viejo artículo se contemplaba el caso de revisión de las decisiones de la jurisdicción indígena y se negaba esa posibilidad tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción agroambiental, prescribiendo también que sus resoluciones se ejecutarían en forma directa.

En el nuevo proyecto no se menciona expresamente la definitividad de sus decisiones, dejando la instancia del Tribunal Constitucional Plurinacional como aquella que decidirá las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto.

Dado la importancia que adquiere el Tribunal Constitucional Plurinacional vale la pena realizar algunas observaciones a esta institución. En primer lugar, sin lugar a dudas significa un avance importante en cuanto incorpora representantes de pueblos indígenas a una instancia superior de justicia.

Sin embargo, los avances consignados ceden a algunas reformas sufridas en la negociación de octubre de 2008. En cuanto a su integración, se elimina la “representación paritaria” entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino. En cuanto a los requisitos sólo se tomará como calificación de méritos el haber ejercido autoridad en las respectivas comunidades, pero al sumar otra serie de condiciones como la especialización o experiencias en derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos, se infiere que las autoridades indígenas tendrán menos probabilidades o podrían ser descalificados por no reunir los requisitos exigidos por la constitución.

Esta posibilidad sólo pretende advertir sobre los riesgos de una formulación que retrocede en claridad con respecto a su texto original, generando consecuencias tal vez no deseadas que terminen discriminando a las autoridades indígenas.

Un párrafo aparte merece la elección mediante sufragio universal. No debemos olvidar que el sistema de selección indirecta de jueces tiene su fundamento en equilibrar la regla de la mayoría reflejada en el Parlamento garantizando los derechos de las minorías. Es indiscutible que estamos frente a una concepción diferente de Estado de Derecho, pero queda abierto el interrogante de si la selección de jueces por medio del voto popular profundiza la democracia o restringe de algún modo el goce y protección de los derechos.

Esta pregunta no es trivial si tenemos presente que el delicado equilibrio entre privilegiar las mayorías y limitar el gobierno en función de la protección de determinados derechos ha desvelado el desarrollo de las democracias latinoamericanas y ha justificado, en muchos casos, el accionar de los jueces. Se hace necesario entonces reflexionar sobre los alcances de este

cambio radical, no sólo para dar razones para optar por la elección popular de los jueces sino también para evaluar los alcances de esta decisión.

En definitiva, la ley de deslinde jurisdiccional es importante y ya estaba prevista en el proyecto surgido de la asamblea constituyente al mencionar una ley que determine los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental.

Es importante, porque permite clarificar los ámbitos de actuación de las diferentes jurisdicciones y porque también genera un marco mínimo que regule los posibles y eventuales “choques de jurisdicciones”. También es importante para corregir los retrocesos del nuevo proyecto y poder garantizar la existencia de una jurisdicción indígena que esté en un pie de igualdad con la jurisdicción ordinaria.

Por todo lo expuesto, es central formular una ley de deslinde jurisdiccional que pueda avanzar sobre algunos aspectos no expresados o señalados de modo impreciso en la formulación constitucional para así dejar sentado, definitivamente, la existencia de una jurisdicción indígena que complementa y coexiste con la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional debe servir, técnicamente, para evitar superposiciones con la justicia ordinaria así como para alcanzar un fortalecimiento del derecho propio de los Pueblos indígenas. Políticamente, esta ley deja finalmente establecido el principio del pluralismo jurídico, contribuyendo a la conformación de un Estado diferente, dado que se supera el monopolio de producción de normas por parte de las instancias del Estado tradicionales para abrir la posibilidad de que las instituciones indígenas también puedan ser consideradas como generadoras de normas dentro de la órbita de un mismo Estado.

De ese modo, también las autoridades indígenas se convierten en autoridades del Estado, dado que revisten la calidad de jueces al dirimir conflictos, y por otra parte forman parte de instituciones del Estado que si bien presentan una tradición occidental se integran ahora con miembros de Pueblos indígenas, lo que también acentúa la pluriculturalidad del Estado. Aun está por verse si esa pluriculturalidad puede avanzar hacia la multinacionalidad que demandan los Pueblos indígenas.

IV. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances

Para formular una ley de deslinde jurisdiccional que contemple una gama de problemas mínimos que puedan presentarse a la hora de la coordinación o articulación de los distintos sistemas de justicia, debe necesariamente pensarse en las siguientes situaciones complejas:

1. Determinación de la existencia de derechos propios en los diferentes pueblos indígenas.
2. Casos de conflictos de competencia (material, personal, territorial).
3. Vulneración de los Derechos Humanos fundamentales.
4. Fortalecimiento de la institucionalidad indígena.
5. Respeto de los derechos indígenas en la jurisdicción ordinaria.

1. *Determinación de la existencia de derechos propios en los diferentes pueblos indígenas.*
La jurisdicción especial indígena tiene como sustento la existencia de normas,

autoridades, procedimientos y castigos establecidos en cada uno de los Pueblos indígenas para regular la vida en sus comunidades. Es así que más allá del reconocimiento constitucional, es aconsejable introducir en esta nueva ley un reconocimiento expreso de su existencia –sin entrar a una regulación detallada, dado que por las características del derecho indígena, éste no puede ser reducido a un conjunto de artículos y menos aún ser escriturizado- que avale la necesidad de desarrollar una articulación con el sistema de justicia ordinaria.

En ese sentido, brindar un marco general que permita visualizar la importancia de la coordinación contribuye a generar los espacios adecuados para que se transmita con claridad quiénes deben entender en caso de violación de un derecho o de producción de un conflicto. Junto con la imprescindible seguridad jurídica que debe transmitirse, se le otorga a la jurisdicción indígena una igual jerarquía a la jurisdicción ordinaria, lo que fortalece lo contemplado constitucionalmente.

2. *Casos de conflictos de competencia (material, personal, territorial)*. Si bien ya expresada en el texto de la constitución, es preciso ampliar o definir con mayor certeza sus contenidos. En cuanto a la competencia material, el proyecto de constitución deriva su determinación a la ley de deslinde jurisdiccional. En esta área está claramente definido en el Convenio 169 de la OIT que la jurisdicción indígena puede entender en cualquier hecho que se le presente, por lo cual no existen límites a su competencia material.

En cuanto a su competencia personal, es insuficiente sólo sujetar a la jurisdicción indígena a los miembros del pueblo indígena. Pueden pensarse casos en donde esté involucrado un ciudadano no indígena que cometa un hecho ilícito dentro de la propia comunidad indígena, provocando consecuencias a bienes o personas de la misma comunidad. En ese caso, no parece indicado someter a la persona a la jurisdicción ordinaria.

Otro caso que podría interpelar una interpretación rígida de la competencia personal es aquel en que una persona está vinculada a algún miembro de la comunidad indígena por un vínculo familiar o parental y vive dentro de la comunidad indígena. En esta hipótesis el no indígena debería ser juzgado por la jurisdicción especializada indígena. Estos posibles casos hacen necesario formular en la ley de deslinde jurisdiccional un artículo que claramente establezca los contenidos y límites de las diferentes competencias.

Por su parte, en el caso de la competencia territorial también se debe dejar claramente establecido en la ley cuáles serán los alcances. Parece no ser suficiente señalar que serán competentes las autoridades indígenas para entender de los hechos y efectos que tengan lugar en la jurisdicción indígena. Sin embargo, en la ley de deslinde jurisdiccional debe quedar también expuesto cómo se soluciona el problema que provocan los migrantes, y si éstos, fuera de su comunidad (un caso muy común en Bolivia), deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria o debe entrar a jugar también la jurisdicción indígena.

3. *Vulneración de los Derechos Humanos Fundamentales*. Tal vez uno de los temas que más discusiones ha suscitado alrededor de la administración de justicia indígena es el respeto de los derechos humanos fundamentales. Más allá que ya han sido receptados por los principales instrumentos normativos internacionales, una de las demandas más

recurrentes de los pueblos indígenas es que éstos sean interpretados interculturalmente¹⁰.

El art. 202 del nuevo proyecto de Constitución expresa en su inc. 8 que una de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional es conocer sobre “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”.

La composición mixta del Tribunal Constitucional asegura que las decisiones van a ser tomadas con diferentes miradas y, por lo tanto, con diferentes marcos valorativos, lo que en principio garantiza que lo resuelto por las autoridades indígenas será evaluado interculturalmente. Esto es relevante ya que, por una parte, existe una segunda instancia en los casos de violación a los derechos fundamentales (no sólo en estos casos) y por otra parte, también representa una forma de sobreponernos a las tensiones valorativas –y concretamente a los dilemas que siempre plantean los derechos humanos y su respeto- a través de una instancia plurinacional.

La ley de deslinde jurisdiccional debe contener un procedimiento claro que a la vez que resguarde los derechos fundamentales pueda hacer expeditivo su tratamiento por el tribunal constitucional, de modo que los casos puedan llegar a su conocimiento sin las trabas burocráticas que muchas veces retrasan el abocamiento de las instancias de justicia.

4. *Fortalecimiento de la institucionalidad indígena.* No puede ser ajeno que en muchas de las comunidades indígenas su institucionalidad puede estar debilitada por los mismos procesos de exclusión y discriminación –que se agrava con el no reconocimiento por parte de los Estados hasta hace no tanto tiempo atrás- y por contextos totalmente adversos para los Pueblos indígenas.

Es en este marco que los Estados deben asumir la obligación de contribuir a fortalecer sus instituciones, no sólo por una suerte de responsabilidad histórica sino también porque frente a la construcción de nuevos modelos estatales que privilegian la plurinacionalidad, apuntalar un diálogo genuino entre las diferentes nacionalidades también está ligado a la subsistencia de sus propias formas de gobierno, de administración de justicia, de gestión de sus recursos, etc.

Es así que la ley de deslinde jurisdiccional debe contar con un apartado (un capítulo, algunos artículos, de acuerdo a la sistematización de su texto) que exprese esta contribución del Estado, ya sea a través del desarrollo de programas específicos, o a través de una cooperación que pase por rescatar y consolidar las formas propias de dirimir conflictos.

5. *Respeto de los derechos indígenas en la jurisdicción ordinaria.* Los aspectos que se relacionan con cuáles son los modos correctos de intervención de la justicia ordinaria en los casos en que se encuentren involucrados miembros de pueblos indígenas debe quedar claramente expresado en la ley de deslinde jurisdiccional.

Muchos son los puntos a regular, especialmente en lo referido a la justicia penal que es la más sensible –y la que más daño puede provocar- si no se toman los recaudos adecuados. Cuando un indígena debe ser juzgado por la justicia ordinaria (ya sea porque se encuentra fuera de su

¹⁰ Para profundizar en un excelente trabajo que aborda las tensiones entre la diversidad y los derechos fundamentales, ver Sánchez Botero Esther, **Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño**, UNICEF, Bogotá, 2006.

comunidad –salvo los casos de extraterritorialidad-, ya sea porque los daños que provoca lo sufre un no indígena, etc.), se debe tener en cuenta:

- El problema de la lengua. Traducción e intérpretes. Se debe garantizar que en cualquier proceso (ya sea penal, civil, familiar, laboral) los implicados, cuando sean indígenas, puedan contar con un intérprete que les permita entender con claridad cuáles son las diferentes etapas del litigio, en su caso de qué se les acusa, cuál es la prueba, etc. La falta de un traductor o intérprete afecta directamente la legalidad y legitimidad de cualquier proceso.
- Integración de los tribunales. En el proyecto de nueva constitución se avanza notablemente en este aspecto al integrar con representantes indígenas al Tribunal Constitucional Plurinacional. De lo que se trata es de crear instancias de administración de justicia interculturales.
- Defensorías especializadas. Es obvio que los derechos de los pueblos indígenas se encuentran debilitados si no existe personal capacitado que los conozca y pueda defenderlos adecuadamente. Este problema intenta ser solucionado con defensorías especializadas que también podrían ser mencionadas en la ley de deslinde jurisdiccional.
- Extinción de la acción penal. Si bien la extinción de la acción penal debe estar regulada en los códigos de procedimiento penal, y se produce cuando el hecho ya ha sido juzgado por la jurisdicción indígena, sería deseable que también fuera contemplada en la ley de deslinde.
- Mecanismos de legitimación: participación en los procesos. Es relevante que en determinados litigios que los afectan como pueblos –por ejemplo, genocidio, discriminación- se pueda participar efectivamente como víctima colectiva. Estos mecanismos de legitimación han avanzado tanto doctrinal como jurisprudencialmente, y sería importante contemplar esta posibilidad en la nueva ley.
- Importancia de los peritajes. Otra de las formas de intervención que han tomado cada vez más presencia en los procesos es el de los peritajes antropológicos o socio-culturales. Estos peritajes ilustran al juez sobre las características del pueblo al que pertenece el indígena; y en ese sentido, aunque también se encuentran contemplados en los códigos de procedimiento penal, podrían ser regulados en la ley de deslinde.
- Condiciones de la pena privativa de libertad. Los instrumentos internacionales ya prevén que en el caso de indígenas se deben privilegiar otras penas alternativas a la prisión. Es importante hacer realidad esta prescripción y sobre todo tenerla presente a la hora de determinar la pena.

A riesgo de ser redundante, vale la pena señalar que muchas de estas instituciones ya pueden estar contempladas en otras leyes, tal como el Código de Procedimiento Penal ya señalado que recepta, por ejemplo, la extinción de la acción penal. Sin embargo, y dada la importancia que adquieren estos instrumentos en el juzgamiento de un indígena por la jurisdicción ordinaria, se sugiere que sean también contemplados en la ley de deslinde jurisdiccional.

Resumiendo, entonces, la ley de deslinde jurisdiccional puede no sólo contribuir a despejar cualquier “discusión interpretativa” del texto constitucional, puede ampliar sus alcances dotándola de mejores instrumentos para su aplicación, y por último puede también generar un marco de articulación y coordinación que evite cualquier solapamiento o confusión sobre los alcances tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción indígena.

La ley de deslinde jurisdiccional simbólica y prácticamente significa un reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena, por lo cual su formulación es un desafío para que sus contenidos puedan salvar los numerosos obstáculos que representa la coexistencia de múltiples sistemas normativos (nota a pie diciendo que no es sólo sistema normativo indígena, sino que cada pueblo puede tener su propio sistema de justicia).

Esta ley también forma parte de una deuda pendiente del Estado boliviano. Ya desde la vieja Constitución de 1994 existía la obligación –y la necesidad- de legislar en función de la coordinación y complementación de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, y tal como se señaló en un apartado anterior, encontró numerosos obstáculos para su discusión en el Parlamento.

Sería deseable que todos los problemas de coordinación que ya han sido reseñados por numerosos autores¹¹ puedan encontrar respuestas en una ley de este tipo, y que finalmente la justicia indígena deje de ser considerada una forma “subordinada” de resolución de conflictos, para que sea reconocida en un pie de igualdad a la justicia ordinaria, formando parte de los instrumentos del Estado para gestionar la conflictividad.

V. Epílogo

Este recorrido por los problemas que se han presentado en la historia reciente de Bolivia, y en los debates generados alrededor del pluriculturalismo que ha devenido actualmente en una demanda genuina por multinacionalismo, se traduce también en tensiones en la administración de justicia. Del tipo de Estado que nosotros definamos dependerá toda la compleja distribución de poder intraestatal. En ese sentido, la administración de justicia puede receptar la diversidad cultural y la existencia de múltiples naciones en un mismo ámbito geográfico territorial, o bien puede ser refractario a las instituciones diversas, y de ese modo insistir en un único sistema normativo válido.

Afortunadamente, y con los últimos cambios constitucionales plasmados en el proyecto sometido a referéndum, ya no queda ningún resquicio interpretativo para seguir abogando por una supuesta unidad estatal amenazada por los fantasmas de la fragmentación, ni para seguir sosteniendo la supremacía de la jurisdicción ordinaria, relegando a casos excepcionalísimos la posibilidad de que sean las autoridades indígenas quienes administren justicia.

La composición del Tribunal Constitucional Plurinacional, el capítulo que regula la jurisdicción indígena originaria campesina, la previsión que contempla la futura existencia de una ley de deslinde jurisdiccional, son todos signos inequívocos del lugar institucional que ocupan hoy los pueblos indígenas.

¹¹ Cfr Huber Rudolf y otros (coord.), **Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena**, Konrad Adenauer, México, 2008.

Independiente de la coyuntura política y del valor simbólico que conlleva el hecho de que actualmente el presidente de Bolivia sea un indígena, lo cierto es que se han dado pasos gigantes y fundamentales para que finalmente los pueblos indígenas sean considerados tanto sujetos políticos como interlocutores de peso en cualquier circunstancia por la que deba atravesar el Estado boliviano.

En esta nueva Constitución, a punto de ser aprobada, los mecanismos de participación se han profundizado, lo que permite avisar que los procesos de descolonización seguirán su curso. Sin embargo, también vale la pena advertir los desafíos que enfrenta todo este movimiento constituyente. En primer lugar, provocar una efectiva desestructuración de la matriz colonial, generando un multinacionalismo que pueda desprenderse de un paradigma liberal y que contemple seriamente el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, sin renegar de la importancia de los derechos individuales y del principio de dignidad que establece el liberalismo político, es preciso admitir que finalmente las viejas (y muchas vigentes) constituciones latinoamericanas confirman una matriz insuficiente para garantizar la protección de los derechos colectivos. En ese sentido, esta constitución también se presenta como una posibilidad concreta para generar un Estado que cambie una vieja tradición heredada por las constituciones que se perfeccionaron en los primeros años de la República.

Por último, es importante destacar al menos dos cuestiones fundamentales. La primera tiene que ver con la posibilidad de superar aquel modelo que gestiona la exclusión pero que no cambia la jerarquización de la desigualdad¹², lo que finalmente genera más desigualdad y exclusión. La segunda está relacionada con la relevancia que han adquirido en estos nuevos procesos los movimientos sociales.

Las constituciones pueden transformar paradigmas pero no transforman la realidad por sí solas. Son las organizaciones indígenas, los movimientos sociales, la participación ciudadana la que posibilita un cambio y presiona para que éste se produzca. La idea de provocar cambios de abajo hacia arriba adquiere cada vez mayor vigencia, al demostrar que son los únicos posibles y perdurables.

Bolivia está demostrando, con todas sus contradicciones y con toda la fuerza de sus movimientos, que es posible trabajar por transformaciones estructurales. Es todavía prematuro juzgar los alcances del cambio, pero al menos permite vislumbrar un horizonte en el que el multinacionalismo y el pluralismo jurídico sean posibles.

¹² Esta idea la “tomé prestada” del trabajo de Garcés V., Fernando, “Los esfuerzos de construcción descolonizada de un Estado Plurinacional en Bolivia y los riesgos de vestir al mismo caballero con otro terno” presentado en el VI Congreso de la RELAJU, Bogotá, 2008.

Bibliografía

- Albó, Xavier y Ruiz, Carmen (Coord.) **Tinkazos, Revista boliviana de Ciencias Sociales**. Bolivia, marzo de 2008
- Anaya, S. James. **Los Pueblos indígenas en el Derecho Internacional**, Edit. Trotta, Madrid, 2005.
- Bengoa, José. **“Historial del pueblo mapuche, siglo XIX y XX”**, Ediciones LOM, Chile, 2000.
- Bengoa, José. **“La Emergencia indígena en América Latina”**, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.
- Carrasco, Morita. **Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina**. IWGIA y Vinciguerra, Buenos Aires, 2000.
- Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya –Oxlajuj Ajpop-. **“Del monismo al pluralismo jurídico”**, Oxlajuj Ajpop y PNUD, Guatemala, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura. **Reinventar la democracia, reinventar el Estado**. CLACSO, Buenos Aires, 2005.
- Díaz Polanco, Héctor (comp.). **Etnia y Nación en América Latina**. Claves de América Latina, México, 1995.
- Díaz Polanco, Héctor. **El canon Snorri. Diversidad cultural y tolerancia**. Universidad de la Ciudad de México, 2004.
- García Linera, Alvaro. **Estado Multinacional**. Ed. Malatesta, La Paz, 2005.
- Huber, Rudolf y otros (Coord.) **Hacia Sistemas Jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena**. Konrad Adenauer, México, 2008.
- Informe del Programa de Derechos indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. **“Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”**, Editorial LOM, Chile, 2003.
- Irigoyen Fajardo, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Fundación Miran Mack, Guatemala, 1999.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. **“Justicia y Pueblos indígenas”**. CIDECA, Guatemala, 1997.
- Paz y Paz, Claudia, Ramírez, Silvina (coords). **“Gestión de la conflictividad local en Guatemala en la post-guerra”**, editores siglo veintiuno, Guatemala, 2003.

- Ramírez, Luis. “*Justicia Penal y Diversidad Cultural*” en **Administración de Justicia y Pueblos indígenas**, Ed. Serviprensa, Guatemala, 2001.
- Ramírez, Silvina. “*Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario*” en **Pena y Estado** n° 4, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Sánchez, Enrique (comp.) **Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina**. Disloque Editores, Colombia, 1996.
- Sánchez Botero, Esther. **Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño**. UNICEF, Bogotá, 2006
- Sieder, Rachel (ILAS) y Witchell Jessica (AFRAS, Universidad de Sussex). “**Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process**” en *Culture and Rights*, editado por Jane Cowan, Marie Dembour and Richard Wilson, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.